

AVANGUARDIA GIURIDICA

collana a cura di Marco Antoniol

MA-1

il procedimento amministrativo

MARCO ANTONIOL

L'art. 10-*bis* della legge 241/1990

La comunicazione dei motivi ostativi

EXEO edizioni 

ISBN pdf : 978-88-95578-17-0 epub : 978-88-95578-20-0

STUDI APPLICATI

professionisti
pubblica amministrazione

Marco Antoniol

**L'art. 10-*bis*
della legge
241 / 1990**

**La comunicazione
dei motivi ostantivi**



Copyright © 2011 Exeo S.r.l.

Diritti riservati. È vietata la riproduzione e la distribuzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore.

Prima edizione: marzo 2011

collana: AVANGUARDIA GIURIDICA, a cura di Marco Antoniol

materia: il procedimento amministrativo

tipologia: studi applicati

codice: MA1

ISBN versione pdf: 978-88-95578-17-0

ISBN versione epub: 978-88-95578-20-0

prezzo: € 20,00

Autori:

Marco Antoniol, dottore in giurisprudenza, specialista per le professioni legali, abilitato all'iscrizione all'albo degli avvocati, collaboratore giuridico del network professionale www.territorio.it, relatore in convegni, autore per Exeo del volume *// federalismo demaniale, il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, 2010, ISBN: 978-88-95578-14-9.



Exeo S.r.l. www.exeoedizioni.it
REA CCIAA PD 337549 ROC 15200
P. IVA 03790770287
sede legale: piazzetta Modin 12, 35129
Padova c.s.i.v.: € 10.000,00
C.P. 76/a 35028 Piove di Sacco (PD)
tel. e fax 049 9711446
info@exeoedizioni.it

network TERRITORIO.IT:

www.territorio.it - il governo del territorio

www.urbium.it - l'urbanistica e l'edilizia

www.patrimoniopubblico.it - il demanio e il patrimonio pubblico

www.esproprioonline.it - l'espropriazione per pubblica utilità

www.e-stimo.it - l'estimo immobiliare

www.catastonline.it - il catasto e la cartografia

professionisti

pubblica amministrazione

SOMMARIO

INTRODUZIONE	5
1. <i>Prima lettura dell'art. 10-bis</i>	5
2. <i>I lavori preparatori: genesi dell'art. 10-bis</i>	8
3. <i>La ratio dichiarata e le altre finalità della norma</i>	9
AMBITO APPLICATIVO	13
1. <i>Premesse</i>	13
2. <i>L'iniziativa di parte: nulla-osta paesaggistici, ricorsi amministrativi, ordinanze propulsive e d.i.a.</i>	13
3. <i>Le limitazioni di cui al quinto periodo: i procedimenti previdenziali e le procedure concorsuali</i>	21
4. <i>Possibili esclusioni non dettate dall'art. 10-bis: materia edilizia, materie di competenza legislativa regionale, piani di lottizzazione, silenzio-diniego, diritto intertemporale e accesso ai documenti amministrativi</i>	25
LA COMUNICAZIONE	31
1. <i>Premesse</i>	31
2. <i>Soggetto: la competenza</i>	31
3. <i>Predicato verbale: forma, natura e impugnabilità della comunicazione</i>	35
4. <i>Complemento oggetto: i motivi che ostano all'accoglimento della domanda</i>	37
5. <i>Complemento di termine: gli istanti</i>	39
6. <i>Complemento di tempo: antecedenza rispetto alla formale adozione del provvedimento negativo, tempestività, questione della fase procedimentale e della ripetibilità</i>	40
7. <i>Effetti: rinvio</i>	43
LE OSSERVAZIONI	44
1. <i>Premesse</i>	44
2. <i>Soggetto, predicato verbale e complemento oggetto</i>	44
3. <i>Complemento di tempo: il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione</i>	46
4. <i>Effetti: la ripresa del decorso dei termini per concludere il procedimento e il problema dei termini rimanenti</i>	49
IL PROVVEDIMENTO	52
1. <i>Premesse</i>	52
2. <i>La negatività del provvedimento</i>	52
3. <i>L'obbligo motivazionale</i>	53
4. <i>L'illegittimità del provvedimento per sua violazione dell'art. 10-bis: omessa confutazione delle osservazioni e altre forme di patologia motivazionale</i>	55

<i>5. L'illegittimità del provvedimento per vizi derivati: l'omissione della comunicazione dei motivi ostativi</i>	58
<i>6. La mancanza del provvedimento: silenzio-inadempimento, silenzio-assenso e silenzio-diniego</i>	66
CONCLUSIONI	70
<i>1. Il vero limite della comunicazione dei motivi ostativi</i>	70
<i>2. Apologia dell'istituto: nuova ipotesi ricostruttiva dell'art. 10-bis e conseguenze di ordine generale</i>	72
BIBLIOGRAFIA	76
SITOGRAFIA	78

CAPITOLO I INTRODUZIONE

1. Prima lettura dell'art. 10-bis

Tra le numerose modifiche apportate alla legge sul procedimento amministrativo¹ nel febbraio 2005² ha presto destato un certo stupore³ l'art. 10-*bis*, introdotto dall'art. 6 della legge di riforma e rubricato «comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza»⁴.

L'attenzione dei primi commentatori è stata attratta anzitutto - ma non solo - dal peculiare contenuto della norma: essa descrive infatti un subprocedimento complesso⁵, che prende l'avvio dalla comunicazione a cui fa riferimento la rubrica, si snoda attraverso delle osservazioni dei privati e si riversa nell'atto conclusivo del procedimento. Così tratteggiato, l'istituto si presenta del tutto privo di gestazione dottrinale: tale considerazione, ad ogni modo, non basta per affermare che la norma «non ha precedenti nel sistema del procedimento amministrativo italiano»⁶,

¹ L. 7 agosto 1990, n. 241, recante «nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi».

² L. 11 febbraio 2005, n. 15, recante «modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa».

³ Cfr., tra i primi Autori che si sono occupati della novella, BACOSI G., LEMETRE F.: *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della «241»* in www.giustizia-amministrativa.it: «La novella in scrutinio merita speciale menzione laddove contempla, con norma affatto innovativa (art. 10-*bis*, introdotto dall'art. 6 della legge n. 15 del 2005), l'obbligo per l'Amministrazione, prima di adottare un provvedimento sfavorevole per il cittadino istante, di comunicargli le ragioni ostative all'accoglimento della sua richiesta».

⁴ Art. 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241: «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».

⁵ Cfr. 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. - TAR*, 2005, 7, pag. 1557, nonché IDEM: *Articolo 10-bis*, in *L'azione amministrativa*, a cura di ITALIA V., Milano, 2005, pag. 395, laddove l'Autore anticipa nel testo - ed affronta approfonditamente in nota - la questione della natura subprocedimentale dell'istituto in parola. Negli stessi termini cfr. altresì CHINELLO D.: *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, in www.lexitalia.it, § 3.

⁶ Così BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 417.

come sovente si legge in dottrina⁷. Il legislatore della riforma, piuttosto, sembra aver generalizzato una fattispecie che da un lato era già nota alle più recenti normative regionali in materia di illeciti edilizi⁸ e d'altro lato sembrava suggerita dai traguardi raggiunti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di Autorità indipendenti⁹.

Parimenti degne di nota sono le scelte sistematiche operate dalla riforma, essendosi correttamente osservato che l'art. 10-*bis* costituisce l'unica disposizione del capo III limitata ai soli procedimenti ad istanza di parte¹⁰. In effetti, l'esigenza di *partecipazione al procedimento amministrativo* - come recita l'intitolazione del capo in parola - sembra caratterizzare tutti i tipi di procedimento: per molti versi, anzi, è maggiormente sentita nei procedimenti iniziati d'ufficio¹¹, di modo che la strana limitazione dell'art. 10-*bis* ai soli procedimenti ad istanza di parte ha destato non

⁷ Cfr. MOMMO G.: *L'articolo 10 bis della legge 241/1990: novità normativa e problemi applicativi di diniego dei titoli abitativi in materia edilizia* in www.altalex.com, § 1, per il quale si tratta di una «novità assoluta», nonché BACOSI G., LEMETRE F.: *La legge n. 15 del 2005*, cit. e CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., § 3.

⁸ Art. 6, comma 2, l. R. Lazio 8 novembre 2004, n. 12: «Qualora, al termine dell'istruttoria, il comune determini che il titolo abilitativo edilizio in sanatoria non può essere concesso, ne dà comunicazione all'interessato con provvedimento motivato. In tal caso, l'interessato può formulare le proprie osservazioni, a pena di decadenza, entro il termine di sessanta giorni». La disposizione è ricordata da TARULLO S.: *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria* in www.giustamm.it, § 1.

⁹ Cfr. VAIANO D.: *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di PREFETTI R., Padova, 2008, pagg. 50-51: l'Autore rinvia in nota a TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 14 gennaio 2002, n. 249, laddove è ritenuto «vulnerante all'effettività della partecipazione endoprocedimentale» sia il fatto di aver impedito alla società ricorrente di analizzare la «relazione sulla base della quale è stata poi adottata la deliberazione oggetto di censura» che ed il fatto che «gli operatori interessati non siano stati, conseguentemente, posti in grado di contro dedurre». La medesima decisione è ricordata altresì da CLARICH M.: *Garanzia del contraddittorio nel procedimento* in *Dir. amm.*, 2004, 1, pagg. 34-35. Cfr. altresì MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento, la partecipazione nella partecipazione e l'art. 21octies della l. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale* in *Giur. merito*, 2006, 6, pag 1543, che ricorda «la prevista comunicazione delle risultanze istruttorie nell'ambito dei procedimenti azionati da alcune Autorità indipendenti»: le relative disposizioni sono individuate da VAIANO D.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 50, nota 36. Sul tema del procedimento innanzi le Autorità amministrative indipendenti cfr. infine SCARSELLI G.: *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali* in *Foro it.*, 2002, cc. 488 e ss. nonché CLARICH M.: *Garanzia del contraddittorio*, cit.: quest'ultimo, in particolare, dopo aver affrontato il tema del contraddittorio nei procedimenti che si svolgono innanzi alle Autorità indipendenti, osserva che esso «rappresenta un settore privilegiato nel quale sperimentare modelli procedurali più garantisti che potrebbero via via essere estesi, con gli adattamenti necessari, anche alle amministrazioni più tradizionali».

¹⁰ Cfr. MOMMO G.: *L'articolo 10 bis*, cit., § 1: secondo l'Autore «nel Capo III (riguardante procedimenti avviati dall'amministrazione e destinati a produrre effetti su soggetti privati), dove la nuova disposizione è stata inserita, costituisce una specie di "corpo estraneo" in quanto riguarda i procedimenti ad istanza di parte». Cfr. però in senso opposto ZITO A.: *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* a cura di SCOCA F. G., IV ed., Torino, 2008, pag. 237: facendo leva sulla *ratio* della disposizione, l'Autore ritiene «giusta [...] la collocazione dell'articolo nell'ambito del Capo III della legge n. 241/1990 che disciplina la partecipazione».

¹¹ Cfr. MORBIDELLI G.: *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A. e SCOCA F. G., IV ed., Bologna, 2005, pag. 643: dopo aver distinto le due funzioni della partecipazione «come strumento di difesa e di collaborazione», l'Autore osserva che «nella seconda le esigenze garantistiche sono[...] meno sentite».

poche perplessità¹².

Varie riserve sono state poi avanzate dal punto di vista strutturale. Da un lato è senz'altro discutibile¹³ la scelta - comune ad altri interventi della novella¹⁴ - di concentrare più norme in un unico comma, obbligando l'interprete al disagiata riferimento a periodi¹⁵: non essendo numerati né graficamente visibili, infatti, i periodi possono dar luogo a malintesi, come infatti è presto accaduto¹⁶. D'altra parte, il legislatore ha adottato una rubrica piuttosto pedissequa: a ciò ha fatto fronte la dottrina, che ha immediatamente ribattezzato l'istituto con dizioni più sintetiche¹⁷ come «preavviso di rigetto»¹⁸ o, più di rado, «preavviso di diniego»¹⁹. Si tratta di espressioni che non brillano per precisione²⁰ ma, se fossero state dotate di

¹² Cfr. *infra*, cap. II, pag. 13.

¹³ Cfr. però BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 396, che sembra apprezzare il fatto che la disposizione «non sia suddivisa in commi, bensì in una serie concatenata di periodi dalla cui lettura necessariamente complessiva emerge il contenuto normativo».

¹⁴ Cfr. gli emblematici commi 4 e 5 dell'art. 25 nonché, tra le norme che più direttamente presentano interferenze con l'art. 10-bis, il capoverso dell'art. 21-octies.

¹⁵ Cfr. VAIANO D.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 36, che parla invece di «regole».

¹⁶ Cfr. in particolare, tra le numerose decisioni che alludono ad un «comma 2» dell'art. 10-bis, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6 marzo 2006, n. 2641 e TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 16 febbraio 2006, n. 232: nella prima sentenza il riferimento è in realtà al quinto periodo della disposizione, mentre nella seconda si riporta testualmente quello che invero è terzo periodo.

¹⁷ Cfr. MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit., pag. 1543.

¹⁸ Cfr. TARULLO S.: *L'art. 10 bis*, cit., § 1: secondo l'Autore, «per brevità, appare preferibile impiegare dizioni più agili e sintetiche, quali “preavviso di rigetto” (dell’istanza)». Cfr. altresì MASTRECCHIA L.: *Il preavviso di rigetto: applicabilità ai procedimenti delle Regioni a statuto speciale dei principi sottesi all'art. 10-bis l. n. 241 del 1990 quali principi generali dell'ordinamento della Repubblica* in *Giur. merito*, 2008, 1, pag. 235, nota 1, che ricorda «l'efficace espressione [...] conosciuta da Tarullo». Tra gli Autori che fin da titolo del proprio contributo adottano l'espressione in parola - da ritenersi senz'altro maggioritaria - si ricordano: FANIZZI R.: *Il preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/90. Problemi di applicazione generale della norma e conseguenze dell'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda* in www.entilocali.provincia.le.it; FARINA G.: *L'omissione del preavviso di rigetto non sempre inficia il provvedimento finale* in www.altalex.com; FREDIANI E.: *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte al preavviso di rigetto* in *Dir. amm.*, 2005, 4, pag. 1003 e ss. LUCCA M.: *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato* in www.lexitalia.it; MASTRECCHIA L.: *Il preavviso di rigetto*, cit.; MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit.; SGUEO G.: *Il rapporto tra il preavviso di rigetto (art. 10 bis legge n. 241/1990) e la sanatoria dei vizi dell'atto amministrativo (art. 21 octies legge 241/1990) secondo il T.A.R. Puglia e la giurisprudenza amministrativa*, in www.diritto.it e PROIETTI R.: *Preavviso di rigetto: conquista di civiltà* in *Diritto e giustizia*, 2005, 34.

¹⁹ Cfr. CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., §3, per il quale l'atto «si potrebbe più agevolmente definire come “preavviso di diniego”».

²⁰ Cfr. BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 402, laddove l'Autore osserva che «è provvedimento negativo ogni atto che denega, disattende ovvero accoglie soltanto parzialmente» l'istanza di parte. In termini analoghi cfr. CARINGELLA F.: *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2007, pag. 1045-1046: l'Autore - che infatti si riferisce all'istituto con l'espressione moderatamente sintetica di «preavviso di provvedimento negativo» - osserva che «l'adozione di un provvedimento negativo» si verifica «sia nel caso in cui l'amministrazione intenda disporre la reiezione dell'istanza, sia nel caso in cui la domanda sia accoglibile solo in parte». Cfr. inoltre TARULLO S.: *L'art. 10 bis*, cit., §1: accanto alla fortunata espressione «preavviso di rigetto», infatti, l'Autore suggerisce quella - più rigorosa - di «(pre)avviso di provvedimento sfavorevole». Tra gli Autori che non sembrano apprezzare dizioni sintetiche si segnalano CASETTA E.: *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Milano, 2008, nonché CHIEPPA R., LOPILATO V.: *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

suggello legislativo, avrebbero contribuito non meno della divisione in commi ad agevolare i primi interpreti di una norma che è tutt'altro che di facile lettura.

2. I lavori preparatori: genesi dell'art. 10-bis

Analogamente al c.d. Progetto Cerulli Irelli²¹, che per molti versi aprì la via alla l. 15/2005²², il disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 10 aprile 2003 non mostrava affatto l'intenzione di introdurre nel procedimento amministrativo un istituto analogo a quello oggi disciplinato dall'art. 10-*bis*²³. Superato il vaglio del Senato, il testo del progetto di legge fu trasmesso alla Camera dei Deputati e da questa rimesso alla Commissione per gli Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, laddove per la prima volta si affacciò l'intenzione di introdurre, dopo l'art. 10 della l. 241/1990, il dovere di comunicare i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza²⁴.

Il neonato art. 10-*bis*, nel testo approvato dalla Camera in data 14 gennaio 2003²⁵, era già quasi compiuto: rispetto alla formulazione oggi vigente mancava solo la seconda parte del quinto periodo, che esclude l'applicazione delle disposizioni precedenti «ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali»²⁶. Tale inciso venne introdotto durante la seconda discussione in Senato²⁷, «in accoglimento di istanze rappresentate da enti previdenziali ed assistenziali»²⁸, con il dichiarato intento di non appesantire l'attività di questi soggetti, tipicamente obbligati a far fronte ad un enorme numero di istanze dei cittadini²⁹. Così modificato, l'art. 10-*bis*

²¹ Cfr. Progetto di Legge C. 6844, XIII legislatura, in www.camera.it.

²² Cfr. CERULLI IRELLI V.: *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - II parte* in www.giustamm.it, §6. L'influenza del Progetto n. 6844 approvato dalla camera nel corso della XIII legislatura è riconosciuto negli stessi lavori preparatori della l. 15/05: cfr. Progetto di Legge C. 3890-A, XIV legislatura, Relazione On. Bressa, in www.camera.it.

²³ Cfr. Progetto di Legge S. 1281, XIV legislatura, in www.senato.it.

²⁴ Cfr. Relazione On. Bressa, cit.: «L'articolo 5, inserito nel corso dell'esame in Commissione, introduce il principio secondo il quale nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, deve comunicare tempestivamente agli interessati i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Gli interessati hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni».

²⁵ Cfr. Progetto di Legge C. 3890-A, XIV legislatura, in www.camera.it.

²⁶ Art. 10-*bis*, quinto periodo, secondo inciso l. 7 agosto 1990, n. 241: cfr. *infra*, cap. II, pag. 22.

²⁷ Cfr. Progetto di Legge S. 1281-B, XIV legislatura, in www.senato.it.

²⁸ Così Progetto di Legge C. 3890-B, XIV legislatura, Resoconto stenografico della Seduta della Camera dei Deputati n. 573 del 24.01.2005, in www.camera.it, laddove l'On. Bressa illustra le ragioni della modifica apportata dal Senato della Repubblica.

²⁹ Cfr. Progetto di Legge C. 3890-B, XIV legislatura, Resoconto stenografico, cit.: ancora l'On. Bressa osserva che «una clausola finale esclude l'applicabilità delle disposizioni in commento alle procedure concorsuali e, a seguito della modifica introdotta dal Senato, ai procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale avviati su istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. La *ratio* che ha sorretto il Senato

incontrò il favore del secondo ramo del Parlamento: l'intero articolato normativo di cui alla l. 15/2005 venne definitivamente approvato dalla Camera il 26 gennaio, promulgato l'11 febbraio e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica il 21 febbraio, per entrare in vigore il quindicesimo giorno successivo³⁰, cioè l'8 marzo del 2005³¹.

3. *La ratio dichiarata e le altre finalità della norma*

L'analisi dei lavori preparatori permette di svolgere una prima considerazione sulla *ratio legis* del nuovo art. 10-*bis*. «Tale disposizione» si legge nella Relazione dell'On. Bressa, «è tesa ad introdurre un istituto procedimentale attraverso il quale ci si propone 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»³². Se ne ricava che il legislatore ha ben presente che il sistema prevede già delle occasioni di dialogo tra soggetto pubblico e privato³³: rispetto ad essi, tuttavia, l'introduzione della comunicazione dei motivi ostativi ha un obiettivo specifico, mirando senz'altro all'effetto deflattivo del contenzioso³⁴.

Il dichiarato obiettivo deflattivo del contenzioso è riconosciuto - e talvolta criticato³⁵ - dalla dottrina maggioritaria³⁶, che mostra però anche una certa tendenza

nell'introdurre questa modificazione è la seguente: in considerazione della natura fortemente garantista della disposizione, nel caso dei procedimenti in materia previdenziale e assistenziale, la nuova procedura introdotta dall'articolo 10-*bis* potrebbe presentare problemi in termini di funzionalità, soprattutto per gli enti previdenziali, stante la grande quantità di domande che potrebbero essere presentate. In tal caso tale norma, anziché essere a garanzia del cittadino, paradossalmente potrebbe ottenere l'effetto opposto, ossia quello di determinare un appesantimento insopportabile ai danni della celerità delle pratiche, che gli enti previdenziali devono gestire, invece, in tempi che dovrebbero essere i più rapidi possibili. Pertanto, questa modifica introdotta dal Senato è stata pienamente condivisa dalla Commissione affari costituzionali».

³⁰ Art. 10, primo comma, Disp. sulla Legge in Gen.: «Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto».

³¹ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2005, n. 9369. Per un sguardo generale sull'*iter* parlamentare della l. 15/05 cfr. DE ROBERTO A.: *La legge generale sull'azione amministrativa. La legge n. 241 del 1990 dopo le modifiche delle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80*, Torino, 2005, pag. 1, nota 1.

³² Cfr. Relazione On. Bressa, cit..

³³ Cfr. in particolare artt. 7-8 l. 7 agosto 1990, n. 241.

³⁴ Così TARULLO S.: *L'art. 10 bis*, cit., § 2. «Sino ad oggi» osserva l'Autore, «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».

³⁵ Cfr. FRANCIOSI F.: *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge n. 241/1990* in www.giustamm.it, § 2: per l'Autore

ad attribuire all'art. 10-*bis* delle finalità ulteriori³⁷. A questo proposito è frequente l'affermazione che, con la nuova norma, il legislatore avrebbe inteso incrementare la trasparenza dell'azione amministrativa³⁸, finalmente riconosciuta dalla l. 15/2005 tra i principi generali del procedimento amministrativo³⁹. Ancor più spesso, poi, la dottrina collega all'introduzione dell'art. 10-*bis* il rafforzamento della partecipazione del privato⁴⁰ - segnatamente in funzione dialogica⁴¹ o collaborativa⁴² - al

«il fine è presto vanificato dalla considerazione che l'interessato, acquisita conoscenza dell'atto lesivo dei suoi interessi, quantomeno al fine di evitare d'incorrere in decadenza, proporrà immediatamente l'impugnativa in sede giurisdizionale del medesimo»: su questa specifica problematica cfr. *infra*, cap. III, pag. 36. Più ragionevole è la critica di BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 418: secondo l'Autore il rischio sarebbe quello «di trasformare la comunicazione dei motivi ostativi - ed il contraddittorio sui medesimi - in una sorta di contrattazione del contenuto del provvedimento finale». Meno critico nei confronti della possibilità di addivenire ad un accordo con il privato è invece CARLOTTI G.: *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 6, nota 105, che al contrario critica la l. 15/2005 per non aver menzionato l'art. 10-*bis* nella nuova formulazione dell'art. 11, comma 1, l. 241/1990.

³⁶ Cfr. BONCRISTIANO V.: *Brevi note in tema di art. 10 bis della legge 241/90*, in www.altalex.com, per il quale «indubbia è la funzione deflattiva del contenzioso»; SGUEO G.: *Il rapporto*, cit., § 2; CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., § 3, che osserva «l'indubbio fine pratico di introdurre un nuovo strumento di deflazione del contenzioso». Cfr. inoltre: LUCCA M., *Il c.d. preavviso di rigetto*, cit.; MASCAGNI F.: *La riforma del procedimento amministrativo operata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15: prime riflessioni relative ad alcuni strumenti di valorizzazione della partecipazione e sull'efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.noccioli.it; GIARDINO E.: *Partecipazione al procedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa: commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, a cura di TOMEI R., Padova, 2005, pag. 273; MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit., pag. 1545 nonché PROIETTI R.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 106.

³⁷ Cfr. però VIDETTA C.: *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990* in *Foro amm.* - TAR, 2006, 2, pag. 853, per la quale l'istituto avrebbe «a quanto costa, l'unico scopo di ridurre il contenzioso».

³⁸ Cfr. CARLOTTI G.: *La partecipazione procedimentale*, cit., § 6, per il quale la quale la comunicazione dei motivi ostativi, «oltre a permettere un intervento attivo nel procedimento al fine di orientare la decisione della pubblica amministrazione, riveste comunque un valore in sé, a prescindere cioè dall'esito dell'intervento stesso (e a fortiori dalla prognosi postuma di tale esito), [...] ai fini della discovery degli atti istruttori in possesso dell'amministrazione». Cfr. altresì GIARDINO E.: *Partecipazione al procedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa: commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, a cura di TOMEI R., Padova, 2005, pag. 273; SGUEO G.: *Il rapporto*, cit., § 2, CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., § 3, nonché TARULLO S.: *L'art. 10 bis*, cit., § 2.

³⁹ Art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

⁴⁰ Cfr. CERULLI IRELLI V.: *Osservazioni generali*, cit., § 6, per il quale «la norma introduce [...] una ulteriore fase partecipativa». Cfr. altresì DEL GIUDICE F., DELPINO L.: *Il Diritto Amministrativo*, IV ed., Napoli, 2007, pag. 949: secondo gli Autori, infatti, il nuovo istituto è «certamente posto a garanzia del principio di partecipazione e collaborazione al procedimento amministrativo». Cfr. infine MASTRECCHIA L.: *Il preavviso di rigetto*, cit., pag. 236, che in nota rinvia a sua volta a SGUEO G.: *Il rapporto*, cit.

⁴¹ Cfr. CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., § 3, che parla di un «dialogo forzoso, introdotto *ex novo* dal legislatore della novella», ritenendolo «assai più utile rispetto alla partecipazione dell'interessato nei momenti iniziali del procedimento amministrativo». Cfr. inoltre MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit., pag. 1544, che parla di «rapporto dialogico», nonché SGUEO G.: *Il rapporto*, cit., § 2, PROIETTI R.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 106 e BONCRISTIANO V.: *Brevi note*, cit.: per quest'ultimo, in particolare, «la *ratio* dell'articolo consiste nel consentire sicuramente un dialogo effettivo tra il cittadino e la pubblica amministrazione in un momento centrale del procedimento».

⁴² Cfr. FARINA G.: *Sulla necessità di applicare in modo restrittivo e rigoroso il nuovo articolo 10 bis della legge 7 agosto*

procedimento amministrativo, del quale l'aumento della trasparenza sarebbe peraltro un indiretto effetto⁴³: il potenziamento del principio del giusto procedimento⁴⁴, del resto, è tenuto presente anche dal legislatore, atteso che, secondo i già citati lavori preparatori della l. 15/2005, la ricordata modifica dell'ultimo periodo ha luogo «in considerazione della natura fortemente garantista della disposizione»⁴⁵. A ciò si aggiunga, peraltro, la vicinanza sistematica e logica tra l'art. 10-*bis* ed il successivo art. 11 della l. 241/1990, da cui si ricava - secondo alcuni Autori - l'ulteriore intento legislativo di costituire una nuova sede finalizzata alla conclusione di accordi tra privati e amministrazione⁴⁶. In dottrina, infine, non sono mancati tentativi di collegare all'art. 10-*bis* anche l'esigenza di far «risparmiare tempo e denaro»⁴⁷ all'amministrazione - con la precisazione che molti Autori ritengono al contrario che il nuovo istituto costituisca un aggravamento procedimentale di dubbia utilità⁴⁸ - e quella di «responsabilizzazione del privato»⁴⁹.

1990, n. 241, alla stregua dell'ordinamento vigente, in www.altalex.com, per il quale l'art. 10-*bis* mirerebbe a «soddisfare l'esigenza di democraticità dell'azione amministrativa e, più in generale, il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, che potrebbe giovare in tal senso anche di un apporto collaborativo dello stesso cittadino, utile ad attenuare il carico di lavoro dei pubblici uffici». Cfr. poi TARULLO S.: *L'art. 10 bis*, cit., § 3, per il quale «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». Cfr. inoltre MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimentale*, cit., pag. 1544, per il quale il ricordato «rapporto dialogico» si pone «in un'ottica tanto garantista per l'interlocutore privato, quanto collaborativa». Più dubbiosa è VIDETTA C.: *Note a margine*, cit., pagg. 840-841: per l'Autrice «*se è indubbio [...] che la partecipazione procedimentale, ancorché stimolata da interessi particolari, assume una funzione collaborativa a favore dell'amministrazione consentendole una più completa conoscenza della realtà degli interessi coinvolti, non pare possa dirsi la stessa cosa per la fase in esame*». Di conseguenza, «l'apporto collaborativo [...] parrebbe rimanere, in questa fase del procedimento, in secondo piano». Al termine del proprio contributo, del resto, l'Autrice arriva a concludere che «così come concepito dal legislatore del 2005, l'istituto non pare allora potersi configurare come istituto di partecipazione vero e proprio (per lo meno non nel senso in cui l'abbiamo intesa fino ad oggi)».

⁴³ Cfr. CARINGELLA F.: *Manuale*, cit. pag. 1035: «Gli istituti di partecipazione realizzano anche la trasparenza dell'azione amministrativa». Cfr. altresì PROIETTI R.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 106, per il quale «così come tutti gli altri istituti partecipativi, anche questo ha un obiettivo deflattivo del contenzioso».

⁴⁴ Cfr. 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 procedimentali in Foro amm. - TAR*, 2006, 5, pag. 1826: per l'Autore il nuovo istituto è «ispirato da una funzione principale di garanzia, attuativa in particolare del principio del giusto procedimento, a cui però è associata una funzione oggettiva di tipo collaborativo».

⁴⁵ Cfr. Progetto di Legge C. 3890-B, XIV legislatura, Resoconto stenografico, cit..

⁴⁶ Cfr. CARLOTTI G.: *La partecipazione procedimentale*, cit., § 6, per il quale «la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza» rileva anche «nella prospettiva dell'eventuale formulazione, da parte dell'istante, di osservazioni rilevanti ai sensi dell'art. 11». Cfr. inoltre MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimentale*, cit., pag. 1545. Per un confronto critico tra le due disposizioni, cfr. VIDETTA C.: *Note a margine*, cit., pag. 851, secondo la quale «l'introduzione dell'art. 10-*bis* farebbe pensare ad una presa d'atto del sostanziale fallimento del modello consensuale, nei fatti poco utilizzato».

⁴⁷ Così SGUEO G.: *Il rapporto*, cit., § 3: per l'Autore questa «quarta funzione [...] deriva direttamente dalle prime tre» - cioè dalle esigenze di trasparenza, di deflazione e di miglior dialogo tra l'amministrazione e i privati - e comunque «resta latente nell'istituto esaminato».

⁴⁸ Cfr. CERULLI IRELLI V.: *Osservazioni generali*, cit., § 6, per il quale «*si tratta di una norma che indubbiamente comporterà un aggravamento dei procedimenti ad istanza di parte (con qualche contraddizione rispetto al principio di cui*

L'art. 10-*bis* è quindi una norma piuttosto ambiziosa, con la quale si sono voluti perseguire obiettivi numerosi⁵⁰ e tutt'altro che modesti, la cui concreta attuazione, a distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore della l. 15/2005, merita di essere opportunamente scandagliata. Per altro verso, i tempestivi contributi della dottrina e le numerose pronunce giurisprudenziali in tema di comunicazione dei motivi ostativi offrono lo spunto per domandarsi se - sul piano della teoria generale del diritto - il nuovo istituto vada semplicemente ad aggiungersi ai preesistenti canali di comunicazione tra cittadino e pubblica amministrazione⁵¹ o se da essi tenda in qualche modo ad allontanarsi. Una simile verifica, tuttavia, richiede preliminarmente una puntuale analisi della fattispecie, da svolgersi dapprima individuando con esattezza l'ambito applicativo della comunicazione dei motivi ostativi⁵² e successivamente esaminando i tre atti - comunicazione⁵³, osservazioni⁵⁴ e provvedimento finale⁵⁵ - dei quali si occupa l'art. 10-*bis*. Al termine dell'analisi sarà certo più agevole ritornare sul tema degli ambiziosi obiettivi dell'art. 10-*bis* e vagliare l'effettivo impatto sull'ordinamento della nuova comunicazione dei motivi ostativi⁵⁶.

§§§

all'art. 1, 2° comma)». Nello stesso senso Cfr. DELPINO L.: *Il Diritto Amministrativo*, cit., pag. 949, nonché MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit., pag. 1544 e PROIETTI R.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 106.

⁴⁹ Così CARLOTTI G.: *La partecipazione procedimentale*, cit., § 6.

⁵⁰ Per una visione sintetica delle finalità perseguite dalla norma e delle reciproche interazioni cfr. GIARDINO E.: *Partecipazione al procedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa: commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, a cura di TOMEI R., Padova, 2005, pag. 273, nonché VALIANO D.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 36.

⁵¹ Cfr. Progetto di Legge C. 3890-B, XIV legislatura, Resoconto stenografico, cit..

⁵² Cfr. *infra*, cap. II, pagg. 13 e ss..

⁵³ Cfr. *infra*, cap. III, pagg. 31 e ss..

⁵⁴ Cfr. *infra*, cap. IV, pagg. 44 e ss..

⁵⁵ Cfr. *infra*, cap. V, pagg. 52 e ss..

⁵⁶ Cfr. *infra*, cap. VI, pagg. 70 e ss..

CAPITOLO II AMBITO APPLICATIVO

1. Premesse

L'esigenza di delimitare in modo rigoroso l'ambito applicativo dell'art. 10-*bis* sembra sia stata avvertita in modo significativo dal legislatore del 2005. Da un lato, infatti, la disposizione si apre chiarendo che l'obbligo comunicativo di cui al primo periodo - nonché, per l'effetto, l'intero subprocedimento⁵⁷ che da esso prende le mosse - è limitato ai «procedimenti ad istanza di parte»⁵⁸. D'altro lato, l'ultimo periodo è interamente dedicato ad escludere «le procedure concorsuali»⁵⁹ nonché i «procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali»⁶⁰ dal campo di applicazione delle «disposizioni di cui al presente articolo»⁶¹.

2. *L'iniziativa di parte: nulla-osta paesaggistici, ricorsi amministrativi, ordinanze propulsive e d.i.a.*

Il primo e più importante elemento su cui poggiano le eccezioni al preavviso di rigetto è dato dall'inciso di apertura dell'art. 10-*bis* che, facendo riferimento ai soli «procedimenti ad istanza di parte»⁶², ha suscitato in dottrina non poche polemiche⁶³.

⁵⁷ Cfr. *supra*, cap. I, pag. 5.

⁵⁸ Art. 10-*bis*, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁵⁹ Art. 10-*bis*, quinto periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Art. 10-*bis*, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁶³ Cfr. *in primis* CARLOTTI G.: *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 7: l'Autore osserva che «sul punto il Legislatore si è mostrato assai timoroso e ha circoscritto l'ambito dell'obbligo della comunicazione ai soli “procedimenti ad istanza di parte”», precisando che «le ragioni dell'esclusione [...] non sono chiaramente intelligibili». Cfr. altresì FERRARA L.: *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90* in *Dir. amm.*, 2006, pag. 594; DEL GIUDICE F., DELPINO L.: *Il Diritto Amministrativo*, IV ed., Napoli, 2007, pag. 950, nonché BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, in *L'azione amministrativa*, a cura di ITALIA V., Milano, 2005, pagg. 397 e ss., il quale ultimo ritiene comunque che «da un punto di vista teso a considerare anche l'applicazione delle norme non si deve peraltro escludere - almeno logicamente - che la giurisprudenza amministrativa possa ampliare lo spettro di azione della comunicazione dei motivi ostativi anche oltre i soli procedimenti ad istanza di parte, e nella direzione di ogni procedimento amministrativo».

L'espressione è usata dal legislatore della riforma in senso tecnico. L'istanza è infatti uno dei cinque atti che, secondo autorevole dottrina⁶⁴, possono dar luogo ad iniziativa di parte, e si distingue dagli altri per una duplice caratteristica: da un lato essa «proviene dal solo cittadino ed è espressione della sua autonomia privata»⁶⁵; dall'altro, con l'istanza «il privato tende ad ottenere l'emanazione di un provvedimento favorevole»⁶⁶. Sul piano degli effetti, invece, l'istanza si accosta alle altre figure di iniziativa di parte, dal momento che tutte, «ad eccezione della proposta non vincolante, sono comunque caratterizzate dal fatto che sorge, quale effetto endoprocedimentale, il dovere per l'amministrazione di procedere»⁶⁷: in tal senso si esprime chiaramente la stessa legge 241/1990⁶⁸, laddove contrappone il procedimento che «consegua obbligatoriamente ad una istanza»⁶⁹ a quello che «debba essere iniziato d'ufficio»⁷⁰.

Nonostante la sintetica formulazione, pertanto, il primo inciso dell'art. 10-*bis* ha l'effetto di escludere ben tre ordini di procedimenti: quelli iniziati d'ufficio⁷¹, quelli rimessi all'iniziativa di un soggetto pubblico diverso da quello precedente e quelli iniziati sulla base di un atto proveniente dal privato ma non qualificabile come istanza in senso tecnico. A *fortiori*, poi, l'art. 10-*bis* non risulta applicabile nell'eventualità in cui il procedimento attivato dal privato non risulti previsto dalla legge, come giustamente affermato dalla giurisprudenza più recente⁷².

⁶⁴ Cfr. CARINGELLA F.: *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2003, II, pagg. 1382-1383. L'Autore osserva, da un lato, che «gli atti che caratterizzano l'iniziativa di parte di privati cittadini sono fondamentalmente tre: l'istanza [...]; la denuncia [...]; il ricorso amministrativo [...]». D'altro lato, il medesimo Autore osserva che «l'iniziativa ad opera di una amministrazione diversa da quella precedente si manifesta per mezzo delle proposte e delle richieste».

⁶⁵ Così CASETTA E.: *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Milano, 2008, pag. 398, per il quale, invece, «la richiesta e la proposta (provenienti da un'amministrazione pubblica) conseguono all'esplicazione di un potere pubblico e mirano alla cura di interessi pubblici». Sul punto cfr. altresì CERULLI IRELLI V.: *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, per il quale «meno chiara si presenta la vicenda dell'apertura del procedimento ad iniziativa d'ufficio».

⁶⁶ Così CARINGELLA F.: *Corso*, cit., pagg. 1383, che contrappone perciò l'istanza a denuncia e ricorso amministrativo.

⁶⁷ Così CASETTA E.: *Manuale*, cit., pag. 298.

⁶⁸ Cfr. CERULLI IRELLI V.: *Lineamenti*, cit., pagg. 304-305.

⁶⁹ Art. 2, comma 1, primo inciso, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁷⁰ Art. 2, comma 1, secondo inciso, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁷¹ Cfr. CARINGELLA F.: *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2007, pag. 1044, per il quale «la legge fa riferimento solo ai procedimenti in cui la domanda fa iniziare il procedimento e non al caso dei procedimenti in cui l'istanza sollecita l'apertura d'ufficio di un procedimento, come è il caso dei procedimenti di vigilanza edilizia, di controllo ecc.». Cfr. altresì BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 397: per l'Autore la limitazione di cui al primo inciso dell'art. 10-*bis* assume infatti un significato soltanto «qualora, riferendola alle tradizionali modalità proprie della fase di iniziativa del procedimento - ad iniziativa di parte, d'ufficio - se ne deduca che l'obbligo legale posto in capo all'Amministrazione di procedere alla comunicazione di cui all'art. 10-*bis* sussista nei soli casi in cui il procedimento consegua ad un'istanza di parte. E che, per converso, nessuna comunicazione dei motivi ostativi all'adozione di un provvedimento finale del procedimento, favorevole ai destinatari, debba essere formulata - o, quanto meno, considerata obbligatoria - nell'ipotesi in cui la fase dell'iniziativa del procedimento sia posta in essere, d'ufficio, dall'Amministrazione precedente».

⁷² Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 6 dicembre 2010, n. 4792.

Nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 10-*bis* ai procedimenti iniziati per volontà della P.A. procedente o di altra amministrazione, la giurisprudenza appare decisamente consolidata⁷³. Alcuni problemi si pongono però in relazione alle sequenze procedimentali complesse, caratterizzate da una fase iniziale ad istanza di parte e da una fase successiva avviata d'ufficio.

Di questa specie è in particolare il procedimento di autorizzazione paesaggistica. Com'è noto, infatti, l'art. 159 d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 prevede che le Amministrazioni competenti in materia comunichino alla soprintendenza le autorizzazioni rilasciate⁷⁴ ed attribuisce alla soprintendenza medesima il potere di annullarle, nel termine di sessanta giorni dalla ricezione⁷⁵. La sequenza ora descritta ha dato luogo, in passato, a problematiche di non poco rilievo, potendosi prestare a ricostruzioni differenti. Secondo una prima impostazione, infatti, l'art. 159 darebbe luogo a due distinti procedimenti: l'uno autorizzatorio, l'altro di autotutela. Secondo una diversa prospettazione, viceversa, il procedimento sarebbe unico ma bifasico, prendendo le mosse dall'istanza di parte e concludendosi con l'annullamento da parte della soprintendenza o con l'infruttuoso decorso del termine per l'annullamento.

La scelta dell'una o dell'altra opzione non è indifferente ai fini dell'applicazione dell'art. 10-*bis*. Se si tratta di un unico procedimento, infatti, i motivi ostativi devono essere comunicati agli istanti sia prima di negare il rilascio che prima di procedere all'annullamento del nulla-osta già rilasciato. Se, viceversa, si tratta di due procedimenti distinti, l'unica amministrazione tenuta all'obbligo comunicazionale è quella che rigetta la domanda di rilascio - non potendosi ritenere ad istanza di parte la procedura di annullamento in autotutela⁷⁶ - ed è in questo senso che si è orientata l'unanime giurisprudenza amministrativa fin dal 2006⁷⁷, ottenendo peraltro nel 2010

⁷³ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 13 marzo 2008, n. 475; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 9 ottobre 2009, n. 1737 e TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 16 ottobre 2009, n. 5817.

⁷⁴ Art. 159, comma 2, primo periodo, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42: «L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione dà immediata comunicazione alla soprintendenza delle autorizzazioni rilasciate, trasmettendo la documentazione prodotta dall'interessato nonché le risultanze degli accertamenti eventualmente esperiti».

⁷⁵ Art. 159, comma 3, primo periodo, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42: «La soprintendenza, se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, dettate ai sensi del presente titolo, può annullarla, con provvedimento motivato, entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione».

⁷⁶ Cfr. *ex multis* TAR Veneto, Venezia, sez. II, 20 settembre 2005, n. 3540.

⁷⁷ Cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. I, 7 giugno 2006, n. 3288: «L'annullamento da parte della Soprintendenza del N.O. paesaggistico non può essere riguardato quale conclusione (negativa) di un complessivo iter procedimentale (cui troverebbero applicazione le disposizioni procedurali di cui all'art. 10-*bis*, cit.), quanto piuttosto alla stregua di una fase ulteriore [...] la quale, determinando la caducazione del precedente nulla-osta comunale, non potrebbe essere in alcun modo assimilata alla reiezione di un'istanza di parte la quale costituisce, invece, l'oggetto della disciplina di cui all'art. 10-*bis*». Cfr. altresì TAR Campania, Salerno, sez. II, 30 marzo 2006, n. 346 nonché TAR Liguria, Genova, sez. I, 31 maggio 2007, n. 1020, e TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 10 marzo 2008, n. 387: quest'ultima sentenza, oltre ad affermare espressamente la «struttura c.d. bifasica» del procedimento in parola, osserva che «l'applicazione dell'interruzione procedimentale, prevista dalla riportata disposizione per consentire la presentazione delle osservazioni, non appare conciliabile con il rispetto del termine perentorio entro il quale la Soprintendenza deve

anche la conferma del Consiglio di Stato⁷⁸.

Un'altra sequenza procedimentale di problematico inquadramento è quella legata alle c.d. ordinanze propulsive o *remand*⁷⁹: provvedimenti cautelari atipici di recente matrice pretoria, apprezzati dalla dottrina ma ancora oggetto di limitato utilizzo da parte della giurisprudenza amministrativa, anche alla luce dei delicati problemi che sollevano sia sul piano processuale che su quello sostanziale. Tra questi ultimi rientra appunto la dubbia applicazione dell'art. 10-*bis*, atteso che il procedimento - indipendentemente dall'originaria forma d'iniziativa - viene riaperto per ordine del giudice, e sembra pertanto sfuggire alla previsione letterale della norma.

Diversamente dalla ricordata questione del nulla-osta paesaggistico, in punto di *remand* la giurisprudenza ha inizialmente assunto posizioni contrastanti. Ed invero le prime sentenze affermano, in modo piuttosto laconico, che la funzione dell'istituto in esame «non viene meno allorché la riapertura del procedimento nasca [...] da un ordine dell'autorità giurisdizionale»⁸⁰. Successivamente, viceversa, si è delineata in giurisprudenza una seconda impostazione, più articolata, secondo la quale in caso di riesame per ordine del giudice di un provvedimento amministrativo gravato in sede giurisdizionale non è dovuta la comunicazione del preavviso di diniego⁸¹ e questo orientamento è tuttora coltivato dalla giurisprudenza che si trova ad occuparsi del problema⁸².

Un altro istituto potenzialmente incompatibile con il primo inciso dell'art. 10-*bis* l. 241/1990 è stato la tutela giustiziale: ancora una volta il problema si è presentato tempestivamente alla giurisprudenza amministrativa, che qui si è subito orientata nel senso dell'inapplicabilità della norma. Ed invero la soluzione è già abbozzata nel 2005 dal TAR Veneto il quale, dopo aver qualificato l'istanza di

pronunciarsi sulla autorizzazione paesaggistica», argomentando anche su questo assunto l'incompatibilità dell'art. 10-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241 con l'art. 159 d.lgs. 42/04. Tra le pronunce più recenti cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 21 novembre 2008, n. 2199, nonché TAR Campania, Salerno, sez. II, 25 giugno 2009, n. 3311. Per quanto riguarda invece la dottrina cfr. CHINELLO D.: *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, in www.lexitalia.it § 2.1.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2010, n. 1971, che ritiene inapplicabile l'art. 10-*bis* legge 241/1990 al procedimento di verifica della legittimità delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dall'autorità delegata.

⁷⁹ Cfr. CARINGELLA F.: *Manuale*, cit., pagg. 1483 e ss, per il quale si tratta di «statuizioni che, unitamente alla sospensione del provvedimento negativo, ordinano all'amministrazione il riesame dell'istanza denegata alla luce dei motivi di ricorso prodotti dal ricorrente reputati meritevoli di apprezzamento».

⁸⁰ Così TAR Puglia, Bari, sez. II, 29 maggio 2006, n. 2125: la sentenza - ricordata anche da TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 13 marzo 2007, n. 809 - è commentata da SGUEO G.: *Il rapporto tra il preavviso di rigetto (art. 10 bis legge n. 241/1990) e la sanatoria dei vizi dell'atto amministrativo (art. 21 octies legge 241/1990) secondo il T.A.R. Puglia e la giurisprudenza amministrativa*, in www.diritto.it.

⁸¹ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6 giugno 2008, n. 1937: il Collegio ritiene non doverosa la comunicazione dei motivi ostativi *in primis* perché «appare un inutile appesantimento dell'attività amministrativa» ma anche e soprattutto perché «il riesame è disposto per ordine del giudice e non su istanza di parte», e «tale considerazione appare dirimente».

⁸² Cfr. infatti in termini analoghi TAR Marche, Ancona, sez. I, 20 aprile 2010, n. 195, che esclude la necessità del preavviso di rigetto in caso di riesercizio del potere amministrativo conseguente ad ordinanza cautelare.

riesame presentata dalla ricorrente come ricorso in opposizione, conclude per l'inapplicabilità dell'art. 10-*bis*, «giacché questo si riferisce ai procedimenti destinati a concludersi con l'emissione di un provvedimento vero e proprio»⁸³. Dopo alcuni anni di latenza, poi, la questione torna a riproporsi insistentemente nel 2008, incontrando una soluzione giurisprudenziale identica nei contenuti, ma meglio motivata. Su questo fronte è notevole l'impegno del TAR Milano, che adduce molteplici ragioni a sostegno dell'esclusione dei ricorsi amministrativi dall'ambito applicativo dell'art. 10-*bis*⁸⁴. Tra tutte, ad ogni modo, l'argomentazione più radicale e la più certa è ancora quella che fa leva sull'inciso di apertura dell'art. 10-*bis* e sulla differenza ontologica tra istanza e ricorso amministrativo⁸⁵.

Decisamente più tormentata è stata la questione dell'applicabilità dell'art. 10-*bis* alla denuncia di inizio attività⁸⁶, prevista dall'art. 19 l. 241/1990 e da alcune leggi di settore⁸⁷, che nel 2005 si è trasformata in «dichiarazione»⁸⁸ e nel 2009 in «segnalazione certificata»⁸⁹ di inizio attività. Com'è noto, la natura giuridica del procedimen-

⁸³ Così TAR Veneto, Venezia, sez. III, 14 dicembre 2005, n. 4231.

⁸⁴ Cfr. *in primis* TAR Lombardia, Milano, sez. III, 31 marzo 2008, n. 621, per il quale alla soluzione dell'inapplicabilità si arriva «anzitutto in base al dato letterale, che impone di distinguere le mere “istanze” di parte *ex art.* 10-*bis* cit. dai veri e propri ricorsi amministrativi» ma anche considerando che «secondo la giurisprudenza, l'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 non si applica ai procedimenti connotati normativamente da tratti di assoluta specialità [...] procedimenti tra i quali possono farsi rientrare quelli cd. giustiziali». La linea argomentativa è poi integrata da TAR Liguria, Genova, sez. II, 24 aprile 2008, n. 766 nonché dal medesimo TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 aprile 2008, n. 1253, per il quale l'istituto in parola da un lato «si giustifica, a fini deflattivi, soltanto per i procedimenti di amministrazione attiva» e d'altro lato «nell'ambito dei rimedi giustiziali, formandosi il contraddittorio già ab initio sul rigetto di una istanza, [...] si tradurrebbe in un inutile aggravio procedimentale».

⁸⁵ Cfr. CARINGELLA F.: *Corso*, cit., pag. 1383. Peraltro si noti che, altrove, lo stesso Autore ritiene che l'esclusione delle tutele giustiziali dal campo di applicazione dell'art. 10-*bis* si colleghi al fatto che esse «costituiscono un ambito di attività sottratta all'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo, in virtù delle peculiarità che ne fanno un sistema autonomo. I procedimenti sul ricorso, infatti, costituiscono rimedi giuridici che svolgono una funzione giustiziale e, di conseguenza, si ispirano ai principi propri dei rimedi giurisdizionali e non a quelli dei procedimenti amministrativi, volti alla tutela di interessi pubblici specifici nei quali l'amministrazione opera in qualità di parte»: così IDEM: *Manuale*, cit., pag. 1045.

⁸⁶ Sul tema cfr. diffusamente DORO F.: *S.c.i.a. e d.i.a. - denuncia, dichiarazione e segnalazione certificata di inizio attività dopo il DL 78/2010*, Padova, 2010, *passim*.

⁸⁷ Cfr. artt. 22-23 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e art. 87, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

⁸⁸ Cfr. art. 19, primo comma, legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'art. 3, comma 1, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

⁸⁹ Cfr. art. 19, primo comma, legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'art. 49, comma 4-*bis*, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122: «Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata

to in parola è controversa sia in dottrina che in giurisprudenza⁹⁰. Con riferimento all'applicabilità dell'art. 10-*bis* alla dichiarazione di inizio attività, ad ogni modo, la giurisprudenza prende subito posizione: già nel settembre 2005 una sezione segnalatasi fin dal 2003 per alcune decisioni esemplari adottate in punto di natura giuridica della d.i.a.⁹¹ affronta il problema della compatibilità tra l'art. 10-*bis* ed il peculiare procedimento in esame, risolvendolo - per un duplice ordine di ragioni⁹² - in senso negativo.

A fronte di questa rapida presa di posizione giurisprudenziale, l'elaborazione dottrinale si divide⁹³ e analoghe oscillazioni segnano la giurisprudenza successiva al 2005, formatasi quasi esclusivamente sul procedimento previsto e disciplinato dall'87 d.lgs. 259/2003. Se dunque in un primo momento - sulla scia del giudice

dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti». Cfr. sul punto DORO F.: *S.c.i.a. e d.i.a.*, cit., pag. 7: «Il comma 4-*bis* dell'art. 49 d.l. 78/2010 conv., con modif., in legge 122/2010, introdotto in sede di conversione, ha integralmente sostituito l'art. 19 legge 241/1990, eliminando dal nostro sistema l'istituto della dichiarazione di inizio attività (d.i.a.) e introducendo al suo posto la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)».

⁹⁰ Cfr. anzitutto CARINGELLA F.: *Manuale*, cit., pag. 1003: l'Autore ricorda «l'annoso dibattito che ha ricevuto nuova linfa con il varo della l. n. 80/2005, che, ammettendo l'autotutela nella d.i.a., sembrerebbe [qualificarla] come vero e proprio provvedimento». Cfr. *amplius* DORO F.: *S.c.i.a. e d.i.a.*, cit., pagg. 243 e ss.. Per inciso e senza pretesa di esaustività si ricorda l'ormai tradizionale contrapposizione tra l'orientamento «pubblicistico» per il quale la d.i.a. - oggi s.c.i.a. - sarebbe un provvedimento a formazione tacita e l'opposto indirizzo «privatistico» che lo qualifica in termini di mero atto privato: per un corposo elenco di pronunce giurisprudenziale che aderiscono all'una o all'altra impostazione cfr. DORO F.: *S.c.i.a. e d.i.a.*, cit., rispettivamente pag. 248, note 916-917 e pagg. 253-254, note 929-930.

⁹¹ TAR Veneto, Venezia, sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405.

⁹² Cfr. TAR Veneto, Venezia, sez. II, 13 settembre 2005, n. 3418, per il quale si oppone ad una eventuale interpretazione estensiva della disposizione «non solo la circostanza che la denuncia di inizio di attività non può, letteralmente, considerarsi una “istanza di parte”, ma anche - e soprattutto - la speciale disciplina “della notifica all'interessato dell'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento”, contenuta dal comma 6 dell'articolo 23, dove già è prevista la motivazione dell'ordine inibitorio e dove viene assicurata una forma di confronto e di tutela del privato, a favore del quale viene comunque fatta “salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia”».

⁹³ Cfr. da un lato CARINGELLA F.: *Manuale*, cit., pag. 1044, per il quale «riconosciuta all'atto di denuncia la natura di atto di iniziativa procedimentale ne consegue che il preavviso di provvedimento sfavorevole è astrattamente applicabile a tale istituto». *Contra* cfr. MOMMO G.: *L'articolo 10 bis della legge 241/1990: novità normativa e problemi applicativi di diniego dei titoli abitativi in materia edilizia* in www.altalex.com, § 2, per il quale «esistono fondati motivi per sostenere come la nuova disposizione non sia certamente applicabile in relazione [alla] denuncia inizio attività» e tali motivi sarebbero fondamentalmente i due già rilevati dal TAR Veneto: da un lato il fatto che la d.i.a. «non può considerarsi una istanza di parte», d'altro lato l'incompatibilità tra l'art. 10-*bis* l. 241/90 e l'art. 23 comma 6 D.P.R. 380/01.