

## IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Rosa Amatucci\*

**SOMMARIO:** 1.1- Il principio del contraddittorio: cenni storici, in particolare dallo Statuto Albertino alla Costituzione; 1.2- Il principio del contraddittorio nell'ordinamento sovranazionale; 1.3- Il principio del contraddittorio nell'ordinamento internazionale; 1.4- Il regime del contraddittorio negli Stati europei di Civil Law: Francia, Spagna, Germania; 2.1- Procedimento amministrativo: nozione, natura e funzione; 2.2- Rapporto giuridico procedimentale: natura, funzione ambito di applicazione; 2.3- L'origine processuale del concetto di contraddittorio; 2.4- Diritto al contraddittorio come diritto sostanziale e interesse procedimentale; 2.5- Presupposti e strumenti del diritto al contraddittorio: l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, le memorie, i documenti e le audizioni; 2.6- La motivazione del provvedimento amministrativo, quale sintomo della mancanza o lacunosità dell'esercizio del diritto al contraddittorio; 3.1- La rinnovazione del contraddittorio: l'articolo 10-bis della legge n. 241/1990 e successive modificazioni; 3.2- Art 10-bis: sub-procedimento o parte della fase istruttoria?; 3.3- Gli oneri di partecipazione del privato e gli obblighi di motivazione della P.A.; 3.4- Le conseguenze del preavviso di rigetto sulla concezione della inesauribilità del potere amministrativo; 3.5- Gli indirizzi giurisprudenziale sul cd. "one shot": la teoria del cd. "one shot" temperato e assoluto.

### **1.1- Il principio del contraddittorio: cenni storici, in particolare dallo Statuto Albertino alla Costituzione.**

L'istituto del contraddittorio è stato, in qualche modo, sempre presente fin dall'evo antico, nelle tradizioni giuridiche globali, ma in particolare in quelle occidentali. L'istituto fu oggetto di particolare attenzione da parte del diritto romano, giungendo ad elaborazioni assai raffinate e garantistiche soprattutto sul terreno processuale, posto che, nella gran parte di durata dell'Impero Romano, molte funzioni amministrative erano inglobate in quelle giurisdizionali. Durante l'evo medioevale, il contraddittorio fu assoggettato all'idea generale di origini teologica del giudizio come proiezione della divinità e, spesso, sostituito da vere e proprie prove di forza<sup>1</sup>. Tuttavia, già nel Basso medioevo, con i grandi glossatori – spesso chiamati a funzione di arbitri - l'istituto trova una sua radicazione soprattutto nell'ambito delle memorie e delle prove prodotte dalle parti. Il vero punto di svolta si ha durante l'Illuminismo, nel quale prevale l'elemento logico soprattutto nell'interpretazione, elemento che trasformatosi in logica giuridica, troverà compiuta realizzazione nei Codici napoleonici sostanziali e processuali e, in Italia, con il Codice civile e Codice di procedura civile del 1865.

---

\* Laureata in Giurisprudenza presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli studi di Salerno. Praticante avvocato

<sup>1</sup> G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Milano 1979, 1ss.

Naturalmente l'influsso di tale principio sul diritto amministrativo è più lento e, si potrebbe affermare che esso era diretto soprattutto a garantire il diritto di proprietà (si veda in proposito la legge generale sull'espropriazione per pubblica utilità 2359/1865). Tuttavia, l'aumento delle fattispecie in cui il richiedente era titolare di un interesse (quello che successivamente sarebbe stato denominato interesse legittimo), e non di un diritto soggettivo, pose l'esigenza di tutelare tale pretesa, sia in sede di rapporto con l'amministrazione (il futuro procedimento amministrativo), sia in sede di ricorso; dato che la dottrina ha chiaramente spiegato che all'origine della legge del 1889 non era affatto certa la funzione giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato. Nulla dicendo in proposito lo Statuto Albertino, si deve far riferimento al principio generale di cui all'articolo 3 l. 2248/1865 lett. e) secondo cui gli affari non compresi nell'articolo precedente (giurisdizione ordinaria), saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni ed osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che per i diversi casi siano dalla legge stabiliti<sup>2</sup>. Giustamente la dottrina ha sottolineato il ruolo di tale norma, la quale reca già un embrione di procedimento amministrativo attraverso i principi di attribuzione, di azione, di difesa; nonché la fase istruttoria, con i pareri e, la fase decisionale, con l'obbligo di motivazione. È vero, peraltro, che l'attenzione della giurisprudenza si appunta principalmente sul provvedimento amministrativo, anche se illuminata dottrina aveva già coniato la nozione di atto-procedimento<sup>3</sup>. Il rispetto del contraddittorio e, in un certo senso, della concorrenza viene inserito in numerosi provvedimenti normativi: dalla disciplina delle concessioni minerarie, in particolare petrolifere, a quella delle grandi derivazioni pubbliche, ed infine, alla gestazione dei piani urbanistici comunali e l'elenco potrebbe continuare a lungo. Tuttavia, forse proprio perché mancava una disciplina generale sul procedimento amministrativo, che si è ottenuta - non senza fatica - solo nel 1990 con la legge 241, anche la Costituzione, nella sua formulazione originaria, non prese in considerazione il contraddittorio come principio dell'azione e dell'organizzazione amministrativa. Negli articoli specificamente riguardanti la p.a., infatti, i principi affermati riguardano presupposti per l'esercizio del contraddittorio quali, all'art. 97 Cost., la riserva di legge, sia in chiave organizzativa che funzionale, l'articolazione delle attribuzioni delle competenze e sul piano funzionale, l'imparzialità e il buon andamento (che sarebbe divenuto l'efficienza amministrativa di cui all'art. 1 l. 241/90). A sua volta, l'art.98 Cost., sull'obbligo di concorso pubblico per accedere al pubblico impiego e sulla cd. neutralità del funzionario costituiva un'ulteriore garanzia dell'esercizio di tale diritto, richiedendo l'indipendenza ideologica e la comprovata professionalità dell'impiegato pubblico. Ma il percorso volto ad elevare il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo da generale istituto giuridico a rango di principio fondamentale di livello costituzionale era ancora da venire.

Invero, solo cinquantadue anni dopo l'emanazione della Carta Costituzionale, con legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999 (*"Inserimento dei principi del giusto processo nell'art.111 della Costituzione"*) il principio del contraddittorio fu introdotto *ex professo* in Costituzione, trovando collocazione tra i principi del giusto processo<sup>4</sup>. Precisamente la norma

---

<sup>2</sup> Il principio è stato sapientemente esaminato da G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, 1ss.

<sup>3</sup> U. Forti, *"Atto" e "procedimento" amministrativo*, in *Studi in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova 1931, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma 1937, 455ss.

<sup>4</sup> La clausola giusto processo evoca la "due process of law clause" della Costituzione Americana. È nel giusto processo che si incontrano le tradizioni giuridiche di common law e di civil law e si consolida il rapporto con le organizzazioni sovranazionali e internazionali, dando alla luce un principio universalmente riconosciuto. Per un approfondimento sul principio del contraddittorio nel sistema "multilivello" delle fonti, si rinvia ai paragrafi successivi. In dottrina v. B. Ballero, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* (1972), 996ss; M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice*

sancisce: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” e prosegue “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. Ne deriva che il contraddittorio rappresenta una specificazione della clausola “giusto processo”, e che combinato con i principi di parità delle parti, imparzialità e terzietà del giudice, nonché di ragionevole durata, concorre a qualificare un processo come giusto.

A ben vedere, prima che il lemma entrasse in Costituzione, il contraddittorio veniva già ricondotto nell’alveo dei principi di rango costituzionale attraverso la valorizzazione del combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost. In particolare, secondo una tesi, il precetto dell’art. 24 Cost. garantirebbe unitamente all’inviolabilità del diritto alla difesa dei diritti e degli interessi legittimi, anche l’inviolabilità del diritto a partecipare, in condizioni di parità, all’attività processuale, in ogni stato e grado del processo<sup>5</sup>; quindi, implicitamente, il principio del contraddittorio.

Questa esegesi rispecchia l’impostazione logica-formale asseverata dalla dottrina classica, secondo la quale: “il contraddittorio esprime la posizione di eguaglianza delle parti nel processo in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza”.<sup>6</sup> Questa formula definitoria enfatizza il valore preminentemente formale del principio, dal momento che esso esprime la posizione astratta assunta dalle parti nel processo. Ma, come rilevato, l’istituto non può essere ridotto a mero “contrasto dialettico fra opposte posizioni assertive, dirette ad elidersi vicendevolmente”, perché così facendo si finirebbe per svilire l’intero complesso di valori, principi e significati di cui lo stesso è da sempre espressione<sup>7</sup>.

Di qui l’esigenza, avvertita soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, di abbandonare l’impostazione logico-formale, fatta propria dalla dottrina tradizionale, per accogliere una visione logico-sostanziale del principio<sup>8</sup>.

Ulteriore “querelle” è quella che investe la portata applicativa del contraddittorio. Infatti, è indubbio che esso trovi la sua sede di elezione nel campo processuale, rappresentando la modalità d’eccellenza di estrinsecazione della funzione giurisdizionale, ma come sottolineato

---

della giurisprudenza costituzionale. (Art. 24 Costituzione e «due process of law clause»), in *Giur. cost.* (1961), 1284ss.

Per un’elencazione della giurisprudenza, si veda M. Cecchetti, “Giusto processo (Diritto costituzionale)”, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, V, Milano 2001, 595ss.

<sup>5</sup>M. Bove, *Art. 111 Cost. e 'giusto processo civile'*, in *Riv. dir. Proc.* (2002), 501. Per un approfondimento L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Nuova giu. Civ* (2001), II, 1ss. L’Autore individua tra diritto alla difesa e contraddittorio, un rapporto di mezzo a fine, nel senso che la “difesa” se adeguatamente garantita a ciascuna delle parti processuali, ne costituisce “un insopprimibile strumento di attuazione”.

<sup>6</sup> Cfr. F. Benvenuti, voce *Contraddittorio* (diritto Amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano 1961, 738ss.

<sup>7</sup> In dottrina, il principio del contraddittorio è stato calato nel complesso sistema dei valori costituzionali, in particolare rapportandolo con il sommo principio di democraticità di cui all’art. 1 della Costituzione, alla clausola aperta dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost, altri ancora al principio di eguaglianza di cui all’art.3, senza dimenticare di riportarlo al principio di effettività della tutela giurisdizionale. Si veda, tra i tanti, soprattutto G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, 7.

<sup>8</sup> Emblematica in tal senso è la giurisprudenza: *ex multis* Corte cost. 12 dicembre 1984, n. 282, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, I, 2123; 13 febbraio 1985, n. 41, *ivi*, 1985, I, 172; 27 giugno 1986, n. 156, *ivi*, 1986, I, 1085; 18 febbraio 1988, n. 189, *ivi*, 1988, I, 720; 24 aprile 1996, n. 131, *ivi*, 1996, 1139; 21 marzo 1997, n. 66, *ivi*, 1997, 696; 10 ottobre 1997, n.306, *ivi*, 2875; 20 aprile 2000, n.113, *ivi*, 2000, 1009, fanno riferimento al giusto processo. Per l’esplicita qualificazione del giusto processo come principio costituzionale: Corte Cost. 2 novembre 1996, n. 371, *ivi*, 1996, 3386; 1° ottobre 1997, n. 307, *ivi*, 1997, 2888; 30 marzo 1999, n. 105, *ivi*, 1999, 942.

da illustri studiosi, “è prima di tutto, una condizione extraprocessuale del processo medesimo”<sup>9</sup>. In sostanza, si può affermare che l’istituto abbia dalle indubbie potenzialità espansive, capace di trascendere i confini del processo giurisdizionale, per investire lo svolgimento di qualsiasi funzione a condizione che sia retta da un organo imparziale.

È l’imparzialità a costituire il fondamento generale del contraddittorio, a tal punto da non potersi configurare laddove l’organo chiamato a decidere non sia equidistante rispetto alle parti.

Allora per quel che più interessa la nostra indagine, appare difficile delineare un vero e proprio contraddittorio nel delicato settore dei rapporti tra amministrazione pubblica e cittadino, tra autorità e libertà, e ancora di più predicare l’esistenza di un giusto procedimento.

In primo luogo, non sarebbe prospettabile neanche in astratto una situazione di parità tra parte pubblica e privata. Infatti, è innegabile che la P.A., nell’esercizio della sua funzione, e dunque, nell’adozione di atti o provvedimenti idonei ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, sia titolare di una posizione di supremazia (*id est*: potere) rispetto agli amministrati.

In secondo luogo, all’instaurazione del contraddittorio nel rapporto amministrativo osterebbe l’assenza del carattere di imparzialità dell’organo decidente. Benché l’art. 97 Cost. contempli l’imparzialità tra le regole fondamentali dell’organizzazione e del funzionamento dell’Amministrazione Pubblica, perché si possa realizzare il giusto procedimento serve una precondizione: la posizione di terzietà di chi decide. Allora mancano le condizioni ambientali che sono proprie del procedimento giurisdizionale, poiché la P.A. è parte del procedimento, anche se imparziale<sup>10</sup>.

A questa tesi si può facilmente obiettare che, pur essendo esatto che nel diritto amministrativo non vi è la stessa garanzia di terzietà implicita nella funzione giurisdizionale, ciò non toglie valore alla regola dell’imparzialità<sup>11</sup>. Anzi, proprio perché la cura degli interessi pubblici è affidata alla decisione unilaterale e spesso autoritativa della parte (la p.a.), è necessario che questa, prima di decidere, si ponga nelle condizioni più adatte per far sì che la determinazione sia presa in modo obiettivo. In questa prospettiva, i migliori antidoti contro una decisione parziale non possono che essere il contraddittorio o in senso più ampio la partecipazione degli interessati, sulla base dell’assunto che quanto più una decisione è partecipata, tanto più sarà completa l’istruttoria, e di conseguenza inferiori le probabilità di illegittimità del provvedimento. In diritto amministrativo, l’imparzialità è un canone che ha un significato specifico: impone alla p.a. di operare in modo obiettivo, *ex informata conscientia*, contemperando le opposte esigenze e spersonalizzandosi il più possibile, per addivenire ad una decisione imparziale<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Vedi a questo proposito F. Benvenuti, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano 1961, 743.

<sup>10</sup> Il concetto di *parte imparziale* è di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1969, 559.

<sup>11</sup> Da notare come ancora una volta il linguaggio della Costituzione è puntuale; ha tenuto distinta la situazione della giurisdizione e dell’amministrazione, come ha tenuto presente la differenza tra terzietà ed imparzialità, ritenendo che si possa avere la seconda anche laddove manchi la prima. Si richiamano qui le ampie riflessioni di U. Allegretti, *La imparzialità amministrativa*, Padova 1965, 183ss. sui tratti tra i due tipi di imparzialità.

<sup>12</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1972, 326, ha detto che la P.A. è parte *sui generis*. Ancora C. Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1969, 569) e C. Lavagna (*Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1979, 810ss.) si soffermano sui concetti di parte imparziale e in particolare il secondo osserva che l’appia deve essere imparziale sotto tre profili per quanto riguarda i rapporti tra gli stessi interessi dello Stato cioè fra gli interessi particolari nei quali quello si sostanzia per quanto riguarda i rapporti della p.a. con i privati infine per quanto riguarda i rapporti tra interessi privati coinvolti da uno stesso o più provvedimenti.

Valutata brevemente la portata applicativa del principio del contraddittorio anche all'azione amministrativa, in questa sede sembra doveroso interrogarsi sul problema della costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento e della sua portata precettiva.

Invero, la Corte Costituzionale, in una lontana sentenza<sup>13</sup>, non riconobbe al principio carattere costituzionale; questa dopo aver illustrato il concetto di “giusto procedimento” in rapporto alla legge, statuì che si trattava solo di un principio generale dell'ordinamento dello Stato e non anche di un principio costituzionale. Diretta conseguenza di tale asserzione è che il principio avrebbe vincolato solo le Regioni, ma non anche il legislatore statale, il quale avrebbe potuto derogarvi.

Questo orientamento fu confermato con vigore dalla Consulta in una successiva pronuncia<sup>14</sup> relativa ai programmi di fabbricazione, che costituivano nel dopo guerra una forma semplificata di piani urbanistici. Più specificamente, si negò l'incostituzionalità dell'art. 34 della legge urbanistica n. 1150 del 1942 per non aver previsto nessuna forma di partecipazione o di intervento dei cittadini nel procedimento per la formazione dei suddetti programmi, pure essendosi riconosciuto che questi, come sopra si ricordava, al pari dei piani regolatori, possono imporre vincoli alla proprietà privata.

Per quanto non mancassero pronunce parzialmente difformi<sup>15</sup>, la giurisprudenza costituzionale rimaneva ferma nell'affermare che la garanzia del giusto procedimento non godeva di copertura costituzionale<sup>16</sup>.

Si ritiene che il disinteresse della Costituzione verso la tutela dei singoli nell'esplicazione dell'azione amministrativa non possa fondarsi sul solo argomento che tale questione non è stata affrontata espressamente. Il problema deve essere approfondito coordinando tra loro più disposizioni e cogliendone lo spirito.

L'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana e dei valori democratici impongono al giurista di inforcare “lenti” diverse attraverso le quali esaminare il sistema di diritto amministrativo. Si contrappone, così, alla concezione tradizionale - che guardava all'amministrazione dal punto di vista delle istituzioni di governo, in particolare dello Stato e dell'autorità, di cui questo era considerato primo ed esclusivo depositario - la visione costituzionale - che reinterpreta l'intero assetto dal punto di vista della persona e del cittadino, in una parola delle libertà -. L'attività amministrativa è pubblica per gli scopi cui è finalizzata e non ha più come suo tratto distintivo l'essere espressione di autorità, in un rapporto di sovraordinazione rispetto ai cittadini. Non deve essere più veicolo del governo sulla società, ma luogo e tramite per realizzare, una forma più estesa e compiuta di attuazione della democrazia, per poi divenire manifestazione della “demarchia”. L'amministrazione, secondo questa impostazione talora definita “utopistica”, nel suo essere funzione di un ordinamento informato al principio di libertà, deve aprirsi alla partecipazione individuale e comunitaria, così da trascorrere dalla libertà garantita alla libertà attiva, alla libertà responsabilità dei cittadini

---

<sup>13</sup> Corte Cost., sent. n. 13 del 2 Marzo 1962.

<sup>14</sup> Corte Cost., sent. n. 23 del 1978.

<sup>15</sup> In senso difforme, ad es. Corte Cost., sent. n. 70 del 1961; sent. n. 53 del 1968.

<sup>16</sup> Anche l'ambito di applicazione dell'art. 24 Cost., che tutt'oggi sancisce il diritto inviolabile della difesa, ne usciva menomato, nella parte in cui i Giudici lo confinavano ai procedimenti giurisdizionali e a quelli connessi o preordinati ad un'attività giurisdizionale. Per delle considerazioni più complete G. Roehrsen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano 1989, 52ss.

nel concorrere ai compiti pubblici, secondo l'immagine di un cittadino che si fa coamministrante e poi amministrante a pieno titolo<sup>17</sup>.

Alla luce di tali ragionamenti, e vista la riforma costituzionale introduttiva dei principi del giusto processo, giocoforza si considera costituzionalizzato il principio del contraddittorio procedimentale. Un'interpretazione diversa, che cioè limiti o escluda l'esercizio dei diritti di difesa nei procedimenti amministrativi, sarebbe contraria allo spirito della Costituzione, *a fortiori* se si tiene conto che l'organo decidente è privo di qualsiasi garanzia di terzietà ed indipendenza ed è in grado di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.

Nella giurisprudenza costituzionale più recente<sup>18</sup> si evince come il fondamento del principio del contraddittorio procedimentale non possa esaurirsi nel solo richiamo agli articoli 24 e 111 Cost., dal momento che l'assimilazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale non è perfetta. Infatti, i suddetti articoli sono solitamente accompagnati dal riferimento ad altre norme, quali l'art. 97 Cost. o le disposizioni della L. 241/90. In questo modo, la Consulta esalta le esigenze proprie della funzione amministrativa, che altrimenti risulterebbero appiattite su quelle giurisdizionali, e al contempo declina il contraddittorio al duplice ruolo difensivo e collaborativo, tipico della partecipazione procedimentale.

## 1.2- Il principio del contraddittorio nell'ordinamento sovranazionale.

L'attuale struttura del sistema normativo "multilivello"<sup>19</sup> impone di confrontarsi con le previsioni di diritto europeo ed internazionale. Al primo livello si collocano i principi generali del diritto internazionale pubblico, tra cui il "due process of law" e le singole convenzioni debitamente ratificate. Al secondo livello si collocano le fonti di diritto comunitario. Le regole generali sono: il primato, la diretta applicazione, l'obbligo della interpretazione conforme e la regola dell'effetto utile. Proprio in attuazione di tali regole, la Corte di giustizia ha stabilito l'obbligo del giudice nazionale di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione e di garantire ad esse la piena efficacia. Quindi il giudice interno deve disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza dover chiedere o attendere la rimozione in via legislativa, o attivare il procedimento di illegittimità costituzionale<sup>20</sup>. La Carta dei Diritti della Unione Europea e la giurisprudenza della CGUE qualificano il contraddittorio come principio generale del diritto comune agli Stati membri<sup>21</sup>,

---

<sup>17</sup>F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994, 1ss.

<sup>18</sup> Corte Cost., sent. n. 460 del 2000; sent n. 104 del 2006.

<sup>19</sup> L'espressione allude ad una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che in Europa coinvolge: il livello internazionale (rappresentato dalla Cedu); il livello sovranazionale (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza sui diritti della Corte di Giustizia), ai quali due livelli, considerati congiuntamente, ci si riferisce anche come livello di protezione europeo; e, infine, il livello nazionale (con riferimento, in primo luogo, al dettato costituzionale di ciascun paese). In argomento cfr., tra i tanti, A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno* (2016-2020), Padova 2020, II ed., 1ss.

<sup>20</sup> Sul punto è nota la storica sentenza della Corte di giustizia, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, cui *adde* Corte di giustizia CE, sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*. Sul primato del diritto comunitario si evidenzia che la dichiarazione n.17 allegata al Trattato di Lisbona espressamente enuncia: "la conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza".

<sup>21</sup> Si tratta della sentenza resa nella causa C-32/62, *Alvis*, relativa ad un procedimento disciplinare in materia di rapporti di lavoro dipendente, che ne ha posto in evidenza la natura di "principio di diritto amministrativo

se non addirittura come vero e proprio principio fondamentale del diritto comunitario. Pur in assenza di un'apposita disposizione, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea identifica il contraddittorio come *species* del più generale diritto di azione e difesa, estrinsecazione della "buona amministrazione". Poiché dal dato normativo risulta che l'articolo 41 CED non è applicabile solo alle amministrazioni dell'ordinamento comunitario, ma anche alle amministrazioni nazionali, esso può essere considerato il parametro al quale ci si deve attenere per valutare la conformità della disciplina procedimentale interna al diritto comunitario<sup>22</sup>. Poi, sul fronte del diritto interno, assume rilevanza il rinvio operato ai principi dell'ordinamento comunitario dall'art. 1 della legge n. 241/90, come novellata dalla l. n. 15/2005. Quindi, il contraddittorio si conferma anche nel diritto europeo quale principio cardine dell'azione amministrativa, comune a tutti gli Stati membri. Infatti, solo in un procedimento amministrativo nel quale siano effettivamente garantiti i diritti partecipativi del privato, si potrà aspirare ad una decisione trasparente e vicina ai cittadini. Diversamente, non solo la determinazione contrasterà con i valori dell'UE, ma da un punto di vista politico, non potrà neanche dirsi attuato il passaggio dalla posizione di suddito a quella di cittadino. Lo *status* di cittadino potrà dirsi compiutamente acquisito quando il rapporto dialettico si spiegherà su di un piano realmente paritario<sup>23</sup>.

### 1.3- Il principio del contraddittorio nell'ordinamento internazionale.

Proseguendo con l'analisi del principio del contraddittorio nel sistema multilivello delle fonti, va ora considerato il diritto internazionale. Come già accennato il principio del contraddittorio appare l'applicazione generale del principio fondamentale del diritto internazionale pubblico "*due process of law*". In questo ambito si situa la CEDU soprattutto con gli artt. 6 (diritto al contraddittorio) e 13 (cd. parità delle armi: integrità e parità del contraddittorio). Il TUE ha introdotto un esplicito rinvio, con l'art. F, par.2, stabilendo che: "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmati a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri in quanto principi generali del diritto comunitario". Esso è infine confluito all'art. 6 del Trattato di Amsterdam e per ultimo di Lisbona.

Ne deriva che tra gli Stati appartenenti alla Comunità e al Consiglio d'Europa, in parte coincidenti, esiste un patrimonio comune di ideali che si riflettono anche nella disciplina dei

---

ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità economica europea", che "risponde alle esigenze della giustizia e della buona amministrazione".

<sup>22</sup> Cfr. A. Carbone, *Contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016, 87ss; R. Bifulco, *Articolo 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti (Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna 2001, 268ss.

<sup>23</sup> Si riprende la nozione generale di contraddittorio di F. Benvenuti. Per un approfondimento si rinvia al paragrafo precedente. Poi, cfr. soprattutto G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, 7ss; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997, 27, ove si dice: "il contraddittorio procedimentale come quello processuale, rientra nel più generale diritto di azione e di difesa. Tuttavia, nel procedimento amministrativo il principio del contraddittorio assume particolare rilevanza giuridica, perché consente all'interessato di acquisire e di esercitare pienamente, la qualità di "parte" nel procedimento".

rapporti tra l'individuo ed i pubblici poteri<sup>24</sup>. Bisogna allora chiedersi se questo valga per tutta la comunità internazionale o limitatamente per quel gruppo di Stati. In effetti, il principio del contraddittorio fu prima concepito come principio di ragione naturale, quindi necessariamente universale<sup>25</sup>, e solo successivamente con il diffondersi delle teorie positiviste, fu riconosciuto negli atti di diritto internazionale; appunto riconosciuto e non concesso. A tal proposito, nel dicembre del 1948 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvò, sotto forma di risoluzione, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che all'art. 10 sancisce: "ogni persona ha diritto, in condizioni di piena uguaglianza, ad essere ascoltata pubblicamente e con giustizia da un tribunale indipendente e imparziale". Questa garanzia viene ulteriormente specificata dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: "tutti sono uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni persona ha diritto di farsi ascoltare, in corretto e pubblico giudizio, da un giudice competente, indipendente e imparziale, costituito per legge"<sup>26</sup>.

Quanto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), invece, va tenuta distinta tanto dalle suddette proclamazioni, quanto dal diritto comunitario.

Sotto il primo profilo perché vanta di un "*meccanismo autonomo di tutela, azionabile dai singoli o dai gruppi*", che fa "*capo ad istituzioni di garanzia di livello sopranazionale*"<sup>27</sup>: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, appositamente istituita per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle parti contraenti.

Sotto il secondo profilo, invece, per l'incapacità di influenzare direttamente il nostro ordinamento (caratteristica del diritto UE): la Corte europea dei diritti dell'uomo conosce delle possibili violazioni della Convenzione perpetrate dagli Stati contraenti, una volta che siano stati previamente esauriti i rimedi giurisdizionali interni, previsti dai singoli ordinamenti nazionali<sup>28</sup>.

Per queste caratteristiche e per altre ragioni (si pensi alla mancanza di principi scritti che potessero immediatamente riferirsi al diritto amministrativo), la Convenzione non ha attratto particolare attenzione degli studiosi della materia.

Un subitaneo ribaltamento si registra, in un primo momento, con l'entrata in vigore del Protocollo 11 della CEDU, che ha reso obbligatorio per gli Stati contraenti la giurisdizione della Corte sulle controversie relative alla violazione della Convenzione, abolendo al contempo la precedente Commissione e rendendo obbligatoria la possibilità di ricorsi individuali dei

---

<sup>24</sup> Sul punto ampiamente, E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 2004, 130ss.

<sup>25</sup> Un corollario della *lex naturalis* è la sua universalità. Infatti, N. Bobbio rileva "la più antica e celebre distinzione tra diritto naturale e diritto positivo è in Aristotele: "Del giusto politico ci sono due specie, quella naturale e quella legale. È naturale il giusto che ha dovunque la stessa potenza e non dipende dal fatto che venga o non venga riconosciuto; legale, invece, è quello che originariamente è del tutto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma che non è più indifferente, una volta che è stato stabilito" (*Eth. Nic., 1134 b*). Il diritto naturale vi è definito attraverso due caratteristiche: 1) è dappertutto, il che vuol dire che la sua potenza, ovvero la sua validità e la sua efficacia, sono universali, al pari del fuoco, come si legge poco più oltre, che brucia ovunque nello stesso modo; 2) vale indipendentemente dal fatto che sia o che non sia riconosciuto, il che significa che vale oggettivamente" in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1972, 70.

<sup>26</sup> La norma passa poi ad enunciare i principi del giusto processo penale, che come sopra si accennava, sono stati ripresi dall'art. 111 Cost. e anche dall'art. 6 CEDU. Per approfondire cfr. M. Chiavario, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Legisl. pen.* (1998), 945ss.

<sup>27</sup> Cfr., P. Caretti, *I diritti fondamentali (Libertà e diritti sociali)*, Torino 2022, 439ss.

<sup>28</sup> Così l'art. 35 CEDU: "*La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva*".

singoli<sup>29</sup>; successivamente, con le pronunce della Corte Costituzionale italiana sulla questione della diretta applicabilità della CEDU nell'ordinamento nazionale. Nello specifico, il giudice delle leggi ha statuito che la violazione da parte di una norma interna di una previsione convenzionale integra la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., denunciabile nei modi ordinari davanti alla Corte Costituzionale medesima. Di seguito, ha rinnegato quel particolare orientamento giurisprudenziale secondo il quale il giudice nazionale ha il potere di applicare direttamente la norma convenzionale, avvicinando erroneamente il diritto europeo di matrice convenzionale al diritto comunitario<sup>30</sup>. Pertanto, come prima si osservava, le norme CEDU non partecipano dello stesso *status* del diritto dell'Unione, e ricevono applicazione nel nostro ordinamento solo in maniera indiretta, cioè attraverso la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione interna incompatibile, sempre laddove quest'ultima non possa essere interpretata in maniera conforme alla normativa europea.

È noto che, nell'impostazione della Convenzione, il diritto amministrativo non assume autonoma rilevanza, non essendovi alcuna norma che appresti specifiche garanzie a tutela di situazioni di carattere sostanziale o procedurale. Anche l'articolo in commento alluderebbe espressamente alla sola materia civile ("diritti e doveri di carattere civile") e a quella penale ("accusa penale") in relazione ad un processo ("diritto ad un equo processo"). Il primo livello di interpretazione, quello letterale, non reca alcuna utilità alla nostra ricerca che ha l'obiettivo di individuare il fondamento giuridico del principio del contraddittorio (in particolare quello procedimentale).

La Corte di Strasburgo si è resa artefice di un'interpretazione estensiva: per affermare l'applicabilità dei principi di cui all'art. 6 al procedimento amministrativo ha fatto leva sui concetti "diritti e doveri di carattere civile" e "accusa penale"<sup>31</sup>.

Rispettivamente, i primi non si esaurirebbero nelle situazioni giuridiche soggettive afferenti a rapporti di carattere privatistico, piuttosto abbraccerebbero anche quelle situazioni soggettive coinvolte nell'esercizio dell'azione amministrativa<sup>32</sup>. Questa esegesi svaluta la tradizionale dicotomia diritto pubblico-diritto privato favorendo un'analisi sostanzialistica, che esalta il contenuto del diritto in sé considerato. In questo modo non pare preclusiva all'applicazione dell'art. 6 CEDU, né la circostanza che un soggetto sia titolare di un interesse legittimo<sup>33</sup>, né che l'autorità amministrativa eserciti un potere discrezionale, purché non si sostanzi in una discrezionalità completamente libera nel suo esercizio<sup>34</sup>. Tralasciando in questa sede l'ampia casistica elaborata dalla Corte al fine di delimitare la categoria in esame<sup>35</sup>, si può osservare

---

<sup>29</sup> Precedentemente, infatti, la giurisdizione della Corte non era obbligatoria, e in ogni caso, era successiva alla decisione della controversia da parte della Commissione.

<sup>30</sup> Cfr. G. Martinico, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (2010), 703 ss.

<sup>31</sup> Per una disamina dettagliata dei termini dell'art. 6 cfr. Cfr. A. Carbone, *Contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016, 110ss.; M. Allena, *La rilevanza dell'art.6, par.1 CEDU per il procedimento il processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, (2012), 601ss.; V. Colcelli, *Situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia 2010, 79ss.

<sup>32</sup> *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, 23 Giugno 1981, par. 48, che riprende a sua volta il caso *König v Germany*, 28 giugno 1978, par. 90.

<sup>33</sup> Cfr. *Mennitto v Italy*, 5 ottobre 2000, parr. 21-28.

<sup>34</sup> Si tratta dell'*unfettered discretion* in *Pudas v Sweden*, 27 ottobre 1987, parr. 33-34; *Allan Jacobsson* 25 ottobre 1989, par. 69.

<sup>35</sup> A. Carbone, *Contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016, 112ss. definisce casistico l'approccio adoperato dalla Corte per delimitare la categoria dei cdd. *civil rights*. Sarebbero ricompresi: a) i diritti di natura pecuniaria che vengono a contatto con il potere amministrativo, esclusi quelli connessi alla potestà tributaria dello Stato (*Editions Periscope v France*, 1992, par. 40); b) i diritti di carattere non pecuniario che assurgono a diritti e libertà fondamentali (*Okyay v Turkey*, 2005); c) il diritto di proprietà pur se interessato dall'esercizio di un potere amministrativo (*Sporrong and Lönnroth v Sweden*, 1982);

come l'interpretazione, più pratica che teorica, seguita dai giudici di Strasburgo, finisca per travolgere l'antica distinzione diritto soggettivo-interesse legittimo, tanto cara alla dottrina italiana. Sulla scia di tale ricostruzione, urge interrogarsi sul vigore di tale binomio. In un sistema complesso come quello attuale, in cui si sta sgretolando anche il concetto basilare di sovranità dello Stato<sup>36</sup>, ove si registra la necessità che tutto sia standardizzato, semplice, veloce, c'è ancora spazio per queste categorizzazioni teoriche?

L' "accusa penale" viene declinata dalla giurisprudenza della Corte in modo da ricomprendervi anche le sanzioni amministrative. Una sanzione ben può essere considerata penale ai fini della CEDU, a prescindere dalla sua classificazione nel diritto nazionale, se ricorrono i tre presupposti di carattere generale elaborati dalla Corte (c.dd. "Engels criteria", dal nome del caso in cui sono stato enucleati)<sup>37</sup>. *Nulla quaestio* laddove la sanzione sia già considerata di carattere penale sotto il diritto nazionale, in caso contrario, invece, la stessa potrà assumere tale qualità per il diritto europeo-convenzionale, con riguardo alla natura della sanzione ovvero alla natura<sup>38</sup> e alla gravità<sup>39</sup> della pena inflitta.

Questa opera ermeneutica non è senza effetti ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU alla realtà procedimentale: la circostanza che la situazione del privato che fronteggia il potere amministrativo rilevi come diritto di carattere civile, che la sanzione amministrativa valga come sostanzialmente amministrativa, ed in più l'assenza di una precisa nozione formale di giurisdizione in ambito europeo-convenzionale, permettono di abbattere il muro di confine tra processo e procedimento. La situazione appena descritta ha portato la dottrina<sup>40</sup> ad evidenziare come l'art. 6 non contenga solo la garanzia del principio del giusto processo e sia, quindi, perfettamente rapportabile all'analogo principio contenuto nell'articolo 111 Cost.<sup>41</sup>, quanto piuttosto esprimerebbe l'esigenza di garantire con analoghe modalità il procedimento amministrativo. Mentre nell'ordinamento interno ad una soluzione simile si è giunti dopo molti sforzi, a causa della consolidata impostazione formale, nell'ordinamento convenzionale, invece, ha rappresentato un'evoluzione naturale. Infatti, in questo contesto, non si accoglie una nozione formale di giurisdizione, di cui il processo rappresenterebbe la principale estrinsecazione; piuttosto il processo è un concetto generico che dal punto di vista strutturale non presenterebbe alcuna differenza con il procedimento<sup>42</sup>.

Coerentemente con questa impostazione, la giurisprudenza di Strasburgo svaluta l'aspetto contenzioso richiamato dal testo della norma, chiarendo che non è necessario essere al cospetto

---

d)le situazioni di carattere pretensivo ancorché allora la determinazione dipende dall'esercizio di un potere amministrativo, es. autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale o professionale (*Bentham v Netherland*, 1985); e)le prestazioni assistenziali anche di carattere pubblicistico (*Feldbrugge v Netherlands*, 1986).

<sup>36</sup> Basti pensare alla riflessione sul "Global Administrative Law": nuovo settore del diritto internazionale e amministrativo legato al concetto di globalizzazione, di matrice economica. Si è concentrato sul suo studio S. Cassese. Si veda S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2003, 1ss.; Anthony- Auby-Morison-Zwart, *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 1ss.

<sup>37</sup> *Engels v Netherlands*, 8 giugno 1976, parr. 81-82.

<sup>38</sup> La natura penale si ricava dalla circostanza che la sua finalità sia deterrente e punitiva, non compensatoria (nel caso *Ozturk v Germany*, 21 febbraio 1984, par. 50ss, la Corte ha considerato penali le sanzioni automobilistiche).

<sup>39</sup> A prescindere dalla sua natura, la sanzione può avere carattere penale laddove la severità della pena, pur soltanto in astratto considerata, sia tale da risultare particolarmente dannosa in ragione della sua natura durata o maniera di esecuzione (*Engels v Netherlands*, 8 giugno 1976, par.82).

<sup>40</sup> La consapevolezza, da parte della dottrina, che l'articolo 6 CEDU sia da riferire anche al procedimento, e non solo al processo, si è affermata compiutamente solo in questo decennio: si veda soprattutto lo studio di M. Allena, *Art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* (2010), 601ss.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, par. 1.

<sup>42</sup> Come dimostra l'interpretazione sostanziale dei presupposti, che verranno indicati *infra*.

di una controversia in senso tecnico<sup>43</sup>, risultando sufficiente una mera difformità di opinioni tra le parti in proposito; ciò che interessa è che il diritto in questione sia determinato attraverso un provvedimento direttamente decisivo per il diritto stesso. Appare chiaro che tale impostazione rende la disposizione applicabile non solamente al processo, ma prima ancora a qualsiasi procedimento di “decision-making”, idonea di incidere sulla situazione giuridica soggettiva dell'interessato; in altre parole, al procedimento amministrativo<sup>44</sup>. Inoltre, per “tribunale” deve intendersi qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua formale connotazione giurisdizionale dell'ordinamento di appartenenza, competente a adottare decisioni giuridicamente vincolanti che non siano suscettibili di essere poste nel nulla da parte di organi non giurisdizionali<sup>45</sup>. L'organo così individuato deve essere indipendente (non legato alle parti, all'esecutivo) e imparziale (assenza di qualsiasi pregiudizio nei confronti delle parti e mancanza di cumulo di funzioni), e le modalità di svolgimento del procedimento davanti allo stesso devono garantire l'effettività della partecipazione dei soggetti interessati con il diritto ad una pubblica udienza davanti all'autorità procedente. In questo modo si garantirebbe il diritto al contraddittorio, basato sul principio della parità delle armi.

Nel procedimento amministrativo italiano, il modello così proposto deve essere certamente adattato poiché non sarebbe possibile una piena equiparazione tra una situazione di diritto pubblico e una situazione prettamente privatistica. Per superare questo “empasse”, la Corte di Strasburgo ha stabilito la regola fondamentale secondo cui una determinazione amministrativa direttamente decisiva su tali situazioni, non assunta da un organo che rispetti i requisiti dell'art. 6, possa non di meno essere considerata conforme alla Convenzione laddove sia soggetta al sindacato di un organo che invece sia conforme a tali requisiti<sup>46</sup>. Questa prospettiva provoca necessariamente un ripensamento dei rapporti tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, dal momento che la compatibilità al sistema CEDU è commisurata alla vicenda complessivamente considerata, quindi comprensiva di entrambe le fasi. In altre parole, perché una determinazione del diritto/irrogazione di una sanzione sia giusta, occorrerà valutare il rispetto delle garanzie imposte dalla CEDU (tra le quali, il contraddittorio), in prima battuta, nel procedimento amministrativo, ove la decisione è adottata, e poi nel processo, sede deputata al controllo della decisione stessa.

Questa stretta interazione tra le due realtà richiama la teoria del “processualprocedimento”<sup>47</sup>, la quale descrive un procedimento che continua nel processo e che ha ivi il suo conclusivo svolgimento; il processo in questo caso ha un effetto sostitutivo rispetto al procedimento che può arrivare a sopperire ad un *deficit* di partecipazione delle parti in quella sede, laddove risultino integrati i requisiti di cui all'art. 21-*octies*, co.2 della l. n. 241/90.

Se nel nostro ordinamento il rapporto tra realtà processuale e realtà procedimentale si pone in termini di integrazione<sup>48</sup>, soprattutto alla luce delle riforme che hanno inciso sulla l. n. 241/90,

---

<sup>43</sup> Cfr. *Van Marle and others v Netherlands*, 1986 par. 31ss.

<sup>44</sup> Si rinvia alla nota 47.

<sup>45</sup> Cfr. *Belilos v Switzerland*, 1988, 64.

<sup>46</sup> *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, 23 giugno 1981, par. 51.

<sup>47</sup> La denominazione è di E. Marengi, *Giusto procedimento e processo al procedimento*, in *Dir. Proc. Am.* (2008), 1ss, ora in *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova 2009, 23ss.

<sup>48</sup> Si riprende la tradizionale classificazione prospettata da M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* in *Riv. Dir. proc.* (1980), 1ss, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1996, 1427ss.

Il primo modello è quello della *separazione* tra le due realtà in cui non c'è alcuna interazione, trovando l'azione amministrativa la oggettivizzazione nell'atto ed essendo il processo deputato all'esame di quest'ultimo senza alcun accesso alla vicenda procedimentale. E questo è il modello che descriveva la realtà italiana precedente all'adozione della disciplina generale del procedimento.

questa osservazione non può automaticamente estendersi agli altri ordinamenti che pur aderiscono alla CEDU; ciò in ragione delle diversità che possono riscontrarsi nell'impianto costituzionale e nello specifico atteggiarsi del procedimento attraverso il quale si svolge l'azione amministrativa in quegli Stati. In ogni caso va sottolineato che in conformità alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sopra richiamata, anche il Consiglio di Stato con la recente Adunanza Plenaria n.1/2022 ha sancito il proprio obbligo di proporre ricorso incidentale alla Sovrana Corte quando una disposizione legislativa statale o regionale si ponga in contrasto con la CEDU; inoltre dal punto di vista processuale la grave violazione del diritto di difesa è stata inserita nell'articolo 105 c.p.a. come causa di rinvio al giudice di primo grado, il Tribunale Amministrativo Regionale.

#### **1.4- Il regime del contraddittorio negli Stati europei di Civil Law: Francia, Spagna, Germania**

Già nei paragrafi precedenti si è accennato all'importanza che assume l'analisi del principio del contraddittorio procedimentale condotta in prospettiva comparata diacronica. L'esame dei diversi ordinamenti di Civil Law (francese, spagnolo, tedesco) consente di comprendere le modalità attraverso le quali il contraddittorio può trovare una più efficace esplicazione e, per l'effetto, trarre nuovi stimoli per la realtà procedimentale italiana.

Senza alcuna pretesa di esaustività, in questa sede interessa evidenziare: a) se il principio del contraddittorio goda di una tutela costituzionale; b) la configurazione dell'istituto nella disciplina sub-costituzionale, con riferimento alla categoria degli interessati e delle modalità di esercizio delle garanzie partecipative; c) la riconducibilità dell'istituto a logiche garantistiche/difensive ovvero collaborative/democratiche.

In Francia, il contraddittorio, nella cd. "procédure administrative non contentieuse", non trova una specifica protezione nella Costituzione del 1958. Con un percorso simile a quello italiano<sup>49</sup>, il "Conseil constitutionnel" ha elevato il rispetto del diritto di difesa ad una condizione di costituzionalità delle sanzioni amministrative, perché strumentale alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali coinvolti<sup>50</sup>.

A livello sub-costituzionale, prima del 2016 - anno in cui fu introdotta una legge generale sul procedimento amministrativo - il regime del contraddittorio si ricavava dal coordinamento di normative particolari e dall'elaborazione della giurisprudenza. In questo quadro, si segnala la disciplina contenuta nella "loi de finances" del 1905<sup>51</sup>, nel "décret" n.83-1025/1983 e, per ultimo, nella "loi" del 2000<sup>52</sup>, benché il paradigma della partecipazione venisse declinato in

---

Il secondo modello è quello dell'alternatività, procedimento e processo si presentano alternativi tra loro, nel senso che il procedimento amministrativo acquista una struttura para giurisdizionale una funzione giustiziale che lo rendono concorrente con il processo in termini di alternatività sotto il profilo della garanzia del privato punto è quello con cui si è tradizionalmente descritta l'esperienza austriaca e quella statunitense.

Il terzo modello è quello dell'integrazione tra le due realtà, per cui esse si pongono tra di loro in un rapporto di complementarità. Esso può essere distinto in due specie diverse: nella visione più tradizionale viene in evidenza in ragione della capacità della vicenda procedimentale di rilevare in sede processuali ai fini del sindacato sull'azione amministrativa; nella seconda versione la realtà procedimentale viene trasposta interamente nel processo a tal punto che la giurisdizione viene ad avere ad oggetto la vicenda sostanziale cosicché il processo diviene la sede in cui si determina in concreto la regola dell'azione amministrativa.

<sup>49</sup> Si rimanda al par. 1.

<sup>50</sup> CC, n. 86-224 DC, 1987; n. 88-248 DC, 1989; n. 89-268 DC, 1989; n.92-307 DC, 1992; n.97-389 DC, 1997. Si segnala Robert, *Les sanctions administratives et le principe constitutionnel*, in *LPA*, n.8/1990, 42ss.

<sup>51</sup> L'articolo 65 della *Loi de finances* garantiva il principio del contraddittorio solamente ai provvedimenti disciplinari posti in essere nei confronti dei pubblici funzionari. È stato esteso dalla giurisprudenza amministrativa ha le sanzioni amministrative di particolare gravità (CE, 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*).

<sup>52</sup> Le leggi prescrivevano una procedura in contraddittorio per tutti i provvedimenti individuali per i quali è previsto l'obbligo di motivazione, quindi quelli concernenti le restrizioni di libertà individuali o di un diritto già

chiave strettamente garantistica. Il contraddittorio, come esplicazione dei “droits de la défense”, si esercitava con “communication du dossier” e nella “présentation des observations de défense”.

La sistematizzazione della materia si realizzò con il “Code des relations entre le public et l’administration”- CRPA, nel 2016, che oggi costituisce il testo generale di riferimento per l’adozione dei provvedimenti amministrativi<sup>53</sup>.

In particolare, il principio del contraddittorio è codificato all’art. L.121-1: “Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l’article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d’une procédure contradictoire préalable”<sup>54</sup>, mentre le modalità di attuazione tratteggiate all’art. L.121-2: “Les décisions mentionnées à l’article L. 211-2 n’interviennent qu’après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L’administration n’est pas tenue de satisfaire les demandes d’audition abusives, notamment par leur nombre ou leur caractère répétitif ou systématique”<sup>55</sup>.

La normativa riprende l’art. 24 della “loi” n. 2000-321, nella parte in cui permette alle sole “personnes intéressées” di presentare osservazioni scritte o, su loro domanda, osservazioni orali. Quindi, sul versante soggettivo, la partecipazione è limitata alle “personnes intéressées”, le quali vengono a identificarsi con i destinatari dell’atto sfavorevole, e non è estesa, più in generale, alle “personnes concernées”, cioè a coloro comunque interessati al procedimento, per i quali l’audizione è possibile laddove l’amministrazione lo reputi necessario.

La partecipazione, riguardata sotto il suo aspetto oggettivo, incontra molti limiti: *in primis* è esclusa nei procedimenti amministrativi avviati su istanza di parte, nei casi di urgenza o di circostanze eccezionali, quando c’è pericolo di compromettere l’ordine pubblico o le relazioni internazionali, o ancora laddove sia prevista una particolare procedura in contraddittorio da parte di una specifica disposizione legislativa. A fronte di tutte queste restrizioni, la giurisprudenza ha elaborato nuovi diritti, quale quello ad essere informato della procedura<sup>56</sup> o di fatti determinanti e rilevanti<sup>57</sup> da parte dell’autorità procedente; mentre si è negata la sussistenza di un diritto di partecipazione all’attività istruttoria al di fuori dei casi espressamente previsti dal diritto positivo<sup>58</sup>. Sul piano patologico, il vizio di partecipazione non è sempre causa di annullamento del provvedimento: detta garanzia deve essere comunque valutata in

---

concesso o comunque costituenti misure di polizia nonché in generale i provvedimenti di natura sanzionatoria. Cfr.art.24 loi n.2000-321 del 2000.

<sup>53</sup>M. De Donno, *The French Code Des Relations Entre Le Public Et L’administration*, in *Italian Journal of public law*, 92 (2017), 220ss, per un approfondimento in chiave critica sulla codificazione e sulle influenze del diritto UE sulla nuova disciplina. alcuni autori hanno ritenuto che il principio del contraddittorio possa vantare valori costituzionali anche in via autonoma rispetto al diritto di difesa.

<sup>54</sup> Letteralmente: “Ad eccezione dei casi in cui viene presa una decisione su una domanda, le decisioni individuali che devono essere motivate ai sensi dell’articolo L. 211-2, nonché le decisioni che, sebbene non menzionate in questo articolo, sono prese in considerazione la persona, sono subordinatamente al rispetto di un previo contraddittorio”.

<sup>55</sup> In italiano: “Le decisioni di cui all’articolo L. 211-2 sono prese solo dopo che all’interessato sia stata data la possibilità di presentare osservazioni scritte e, se necessario, su sua richiesta, osservazioni orali. Questa persona può essere assistita da un avvocato o rappresentata da un agente di sua scelta. L’amministrazione non è tenuta a soddisfare le richieste di udienza abusive, in particolare per il loro numero o per il loro carattere ripetitivo o sistematico”.

<sup>56</sup> CE, 1953, *Sieur Gillot*;1971, *Sieur Branger*.

<sup>57</sup> CE, 1954, *Sieur Maillou*, 1967, *Sieur Allegretto*.

<sup>58</sup> CE, 1983, *Société Arthur Martin*; 1984, *Fédération des affaires sociales CGT*.

concreto, tenendo conto cioè dell'effettivo atteggiarsi della fattispecie nel caso che viene a conoscenza del giudice<sup>59</sup>.

In conclusione, il paradigma partecipativo nell'ordinamento francese è intriso di una forte valenza difensiva tale da trascinare l'intera disciplina, che ne appare conformata oggettivamente e soggettivamente. Nonostante sia chiara l'impostazione della legge, parte della dottrina non ha mancato di collocare la partecipazione lungo la direttrice della democraticizzazione della p.a. Questi sforzi esegetici, per quanto meritevoli e in armonia con il dettato della CEDU e con l'esigenza di europeizzazione dell'ordinamento, non troverebbero un riscontro sufficiente nel dato legislativo.

In Spagna, l'evoluzione del principio del contraddittorio si differenzia tanto dall'esperienza italiana quanto da quella francese, nella parte in cui lo stesso è stato consacrato a livello costituzionale.

La sua storia affonda le radici alla "Ley de bases del procedimiento administrativo" del 1889 (LBPA)<sup>60</sup>, che dettava l'obbligo di concedere udienza agli interessati una volta completata l'istruttoria del procedimento, affinché potessero presentare allegazioni e osservazioni stimate come pertinenti. Nel 1958 fu approvata la "Ley de Procedimiento Administrativo" (LPA), che cercava di coniugare l'aspetto garantista del procedimento amministrativo con i principi di efficienza e celerità. Le profonde trasformazioni dovute principalmente all'entrata in vigore della Costituzione del 1978, richiedevano un adeguamento della disciplina sull'esercizio dei poteri, specie in tema di partecipazione dei cittadini. Infatti, il diritto di difesa trova collocazione tra i diritti fondamentali, all'art. 24 Cost., ed è esteso dall'art. 105 c) al procedimento amministrativo: "el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado"<sup>61</sup>. La norma costituzionale declina il contraddittorio in termini di confronto dialettico tra gli organi amministrativi e il cittadino per addivenire ad una decisione comparativa-bilanciata, che davvero soddisfi il pubblico interesse. Si saluta certamente con positività la scelta del Costituente spagnolo di non riservare la garanzia del contraddittorio a determinate tipologie di procedimenti, ma di innalzarlo a canone dell'intera azione amministrativa.

Alle nuove esigenze costituzionali, si rispose, sul piano della legislazione ordinaria, prima abrogando la legge del 1958 (LPA), e, poi, promulgando la L.30/1992, "Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)".

Già tra i "Principios generales" compaiono espressi riferimenti ai principi di trasparenza e partecipazione, i quali dovranno informare l'intera attività della p.a.<sup>62</sup>.

La disciplina relativa agli interessati è raccolta nel Titolo III ("De los interesados"). La "Ley" del 1992 ha inciso sulla rosa degli interessati, ricomprendendovi oltre ai titolari di interessi legittimi, individuali o collettivi, anche i portatori di interessi diffusi. Sotto questo aspetto sono evidenti le somiglianze con l'ordinamento italiano<sup>63</sup>. La fase nella quale emerge il carattere

---

<sup>59</sup> Nell'ordinamento italiano riscontriamo un'impostazione simile all'art. 21-*octies*, co. 2 l. 241/90 che contempla la disciplina dei cdd. vizi non invalidanti. Per approfondire la disciplina francese, si vedano A. Calogeropoulos, *Le controle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris 1983. In giurisprudenza cfr. CE, 2013 *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*.

<sup>60</sup> Non si ignora che parte della dottrina (cfr., spec. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 818) ha ritenuto di individuare la prima vera legge sul procedimento amministrativo nella legge spagnola del 19 ottobre 1889.

<sup>61</sup> Tradotto in italiano: "la procedura attraverso la quale devono svolgersi gli atti amministrativi, garantendo, ove opportuno, l'audizione della parte interessata".

<sup>62</sup> Art.3, co. 5 : "En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación".

<sup>63</sup> In particolare, ai sensi dell'articolo 31 della LRJPAC, si considerano interessati al procedimento amministrativo:

della “contraddizione” è quella istruttoria. Seppur gli atti istruttori sono compiuti d’ufficio dall’organo competente, l’art. 78 fa salvo il diritto degli interessati di proporre quelle azioni che richiedono il loro intervento o costituiscono procedure legali o regolamentari stabilite (*id est*: accuse, prove, relazioni e processo di udienza)<sup>64</sup>. Sul piano patologico, la regola generale del contraddittorio ha destato diversi dubbi in dottrina. L’art. 63 LRJPA 30/1992, replicando una disposizione già presente nella legge sul procedimento del 1958, sancisce: “son anulables los actos de la Administracion Publica que incurran en cualquier infraccion del ordenamiento juridico, incluso la desviacion de poder. - No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”<sup>65</sup>. Limitandoci all’ultima parte della norma, che si riferisce testualmente “all’indifesa degli interessati”, sembra che più di tutti il legislatore spagnolo non ammetta il salvataggio di atti amministrativi adottati in spregio delle garanzie partecipative del privato. D’altronde un diverso assetto determinerebbe un irrimediabile vizio di costituzionalità della norma ordinaria, atteso che la Spagna ha costituzionalizzato il principio del contraddittorio procedimentale.

Ulteriori spunti in tema di contraddittorio procedimentale provengono dal sistema tedesco. Qui la “Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG” (legge sulle procedure amministrative), distingue due modalità di svolgimento del procedimento amministrativo: una di natura informale, l’altra di natura formale, che, come si vedrà, è più attenta alle garanzie partecipative<sup>66</sup>.

Nel procedimento informale, i limiti di natura soggettiva alla partecipazione sono piuttosto pregnanti: la partecipazione è concessa soltanto a coloro che assumono la qualifica di parte ai sensi del §13 VwVfG<sup>67</sup>. Questi soggetti, individuati dettagliatamente, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento, sono gli unici che possono lamentare un’interferenza nei loro diritti da parte delle emanando atto amministrativo. Il mezzo per farlo è un’audizione (di regola tramite memorie scritte), peraltro garantita soltanto a coloro che subirebbero una modificazione in senso negativo della loro sfera giuridica. Il §28 stabilisce delle eccezioni al suddetto diritto,

---

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

<sup>64</sup> Art. 78: “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”.

<sup>65</sup> Letteralmente: “gli atti della Pubblica Amministrazione che incorrono in qualsiasi infrazione dell’ordinamento giuridico, compresa la deviazione di potere, sono annullabili. Tuttavia, il vizio formale determinerà l’annullabilità solo quando l’atto manca dei requisiti formali essenziali per raggiungere il suo scopo o dà luogo all’indifesa delle parti interessate”.

<sup>66</sup> Prescrive il §10 VwVfG che “il procedimento amministrativo non è vincolato a precise forme, a meno che non vi siano previsioni giuridiche particolari relative alla forma del procedimento. Esso deve essere condotto in modo semplice, opportuno e rapido” (traduzione di U. Galletta, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano 2002, 1ss).

<sup>67</sup> Ai sensi del §13 “sono parti: 1) richiedente ed opponente; 2) coloro i quali l’autorità voglia indirizzare o abbia indirizzato l’atto amministrativo; 3) coloro con i quali l’autorità voglia concludere o abbia concluso un contratto di diritto pubblico; 4) coloro i quali ai sensi del comma due siano stati chiamati dall’autorità a prendere parte al procedimento.

Sotto quest’ultimo profilo si segnala chi l’autorità d’ufficio su istanza, può coinvolgere come parti nel procedimento quei soggetti cui interessi giuridicamente tutelati possano risultare implicati dall’esito del procedimento. Qualora l’esito del procedimento eserciti efficacia costitutiva per un terzo, questi, su richiesta, deve essere coinvolto nel procedimento come parte”.

non limitate alla presenza di misure urgenti, ma individuate per mezzo della clausola generale dell'“opposto interesse pubblico cogente”. L'oggetto del diritto di audizione, del pari, risulta strettamente limitato a quanto sia necessario per la salvaguardia del diritto sostanziale tutelato, in quanto ad esso strumentale. Le parti possono fornire mezzi di prova, in ragione del loro onere di cooperazione nell'accertamento dei fatti (§26), ancorché autorità procedente non sia a questi vincolata stante il generale principio inquisitorio in materia di istruttoria procedimentale (§24).

A questa modalità di carattere generale di svolgimento del procedimento si giustappone la procedura di carattere formale, applicabile, appunto, qualora sia stabilito da una norma giuridica. La disciplina presenta maggiori garanzie, in termini di partecipazione e di esplicitazione del principio del contraddittorio rispetto a quella di tipo informale. *In primis*, la partecipazione al procedimento non risulta limitata alle parti che possano ricevere una *deminutio* della loro sfera giuridica, né l'oggetto del diritto di partecipazione è circoscritto a quanto è necessario alla tutela dell'interessato, e si prevede una trattazione orale: la partecipazione risulta valorizzata del suo aspetto collaborativo.

Per ultimo preme evidenziare i rimedi apprestati dall'ordinamento tedesco in caso di violazione del contraddittorio procedimentale. Il primo (§45) permette all'Amministrazione di sanare vizi formali o procedurali, compresi il recupero dell'audizione illegittimamente mancata, sino al termine del procedimento giurisdizionale<sup>68</sup>. Il secondo (§46) va ad escludere l'annullamento dell'atto “ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione”.

È interessante notare come l'ultimo modello delineato dall'ordinamento giuridico tedesco sia, in generale, quello che maggiormente presta attenzione alle garanzie partecipative, a tal punto che la regola di cui al §68 VwGO, secondo la quale per poter proporre azioni giurisdizionale è richiesto il previo esperimento del procedimento di riesame in via amministrativa, non trova applicazione<sup>69</sup>.

L'indagine appena svolta dimostra che il principio del contraddittorio è un principio comunemente riconosciuto dalle tradizioni giuridiche occidentali e immanente alla nozione di “giustizia” processuale e procedimentale.

## 2.1- Il procedimento amministrativo: nozione, natura e funzione.

La legge 7 agosto 1990 n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, configura il procedimento come la modalità generale di esercizio dell'attività amministrativa, e quindi, il provvedimento come il suo naturale risultato<sup>70</sup>. Nel corso del tempo il legislatore è intervenuto più volte sul testo di legge per aggiornarlo, pur rispettando l'impianto complessivo<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Ciò che peraltro va collegato con il §87 VwGO per cui il giudice amministrativo, prima della trattazione orale, può concedere all'autorità amministrativa l'occasione di sanare i vizi di procedura e di forme entro un termine massimo di tre mesi se ciò secondo il suo libero convincimento non ritarda la risoluzione della causa.

<sup>69</sup> La *ratio* dell'esclusione è strettamente connessa alle particolari garanzie previste nel procedimento formale. All'opposto, nella generalità dei casi, il miglior espediente per sopperire a possibili carenze in senso partecipativo è rivolgersi alla medesima autorità che ha emanato l'atto, piuttosto che chiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria.

<sup>70</sup> La legge n. 241 del 1990 s.m.i. offre un decisivo contributo alla ricostruzione teorica e dogmatica del provvedimento amministrativo, sul punto si rinvia soprattutto a S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 164ss.

<sup>71</sup> La legge sul procedimento amministrativo è stata modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n.15, dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, dalla legge 6

Allo stato, il procedimento amministrativo si definisce come il complesso di atti, posti in essere dalle amministrazioni pubbliche e da soggetti privati, legati tra loro da effetti di condizionalità e di dipendenza, finalizzati all'emanazione di un provvedimento o di un accordo sostitutivo di provvedimento<sup>72</sup>.

In verità, l'esigenza di disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri è ben più risalente, contestuale all'affermarsi dello Stato di diritto. A tal fine, in Italia, soprattutto con l'unificazione nazionale, vennero promulgate diverse leggi su specifici procedimenti amministrativi. Per esempio, venne emanata la legge 20 giugno 1865 n.2359 sul procedimento espropriativo per pubblica utilità. Ma si trattava di discipline di settore che non potevano esplicare la loro efficacia normativa al di fuori delle materie cui si riferivano.

Rispetto al passato normativo, anche con riguardo al tema del contraddittorio, l'entrata in vigore della legge generale del procedimento amministrativo ha avuto un impatto fortemente significativo, atteso che ha finalmente codificato il principio del contraddittorio procedimentale. L'innovatività della soluzione legislativa si apprezza ancora di più se si tiene conto che in precedenza il criterio - nonostante le diverse interpretazioni dell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E)<sup>73</sup> - era ritenuto operativo nei soli casi espressamente previsti dalla legge<sup>74</sup> e non, come oggi, applicabile alla generalità dei casi.

Sotto il profilo teorico, la mancanza di una disciplina generale dei pubblici poteri non ha impedito l'elaborazione della nozione di procedimento amministrativo da parte della dottrina. In proposito, si segnala la compresenza di voci solo apparentemente contrastanti, che esprimono, invece, un significato evolutivo. In questo senso, ognuna delle concezioni assorbe gli elementi delle altre e prepara ulteriori sviluppi nella direzione di un rafforzamento della tutela degli interessi nei riguardi dell'esercizio di potestà pubbliche<sup>75</sup>.

In un primo momento, l'interesse degli studiosi si concentrò sulla nozione di atto amministrativo e, nella dimensione attizia, tentò di risolvere il dispiegarsi dell'azione

---

novembre 2012 n. 190, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35 dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 dalla legge n. 164 del 2014, dalla legge n. 125 del 2015 dalla legge n. 221 del 2015, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>72</sup> C. Guacci, *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino 2017, 141. "Il provvedimento è l'esito non necessario del procedimento... non perché l'amministrazione possa rimanere silenziosa o omettere di definire il procedimento avviato, bensì perché quest'ultimo può essere concluso alternativamente con un accordo sostitutivo di provvedimento o con un provvedimento" così S. Perongini, *op. loc. cit.*, 167. In questo senso, la "deformalizzazione" implica una reinterpretazione dei principi cardine dell'azione amministrativa, in particolare quello di tipicità, ammettendosi che il procedimento amministrativo possa concludersi con accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo (art. 11 della legge 241/90). Cfr. E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova 2018, 282.

<sup>73</sup> Vedi G. Bergonzini, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova 1975, 210ss, sull'impossibilità di rifarsi all'art. 3 come al fondamento di un principio generale del contraddittorio tra Amministrazione e privati nel procedimento amministrativo "non solo per le ombre che ancora sembrano rimanere, dal punto di vista interpretativo, sulla sua esatta portata, ma, soprattutto, perché il contrario orientamento della giurisprudenza, secolare e costante, è talmente radicato che solo un intervento del legislatore potrebbe probabilmente far riassurgere l'art. 3 ad operante disciplina del contraddittorio tra Amministrazione e cittadini". Vedi anche in tal senso G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969, 112ss.

<sup>74</sup> Così G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, 63ss.

<sup>75</sup> E. Cardì, voce *Procedimento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma 1991, 1ss.

amministrativa, non andando quindi al di là del concetto di atto complesso<sup>76</sup> o di atto-procedimento<sup>77</sup>.

L'emergere della categoria del procedimento prende adito dalla costruzione teorica detta "formale", che derivò il procedimento dalla figura privatistica della fattispecie a formazione progressiva<sup>78</sup>, distinguendo due fasi: una determinativa, l'altra costitutiva dell'effetto giuridico. Secondo questa impostazione, il procedimento amministrativo descrive solo il percorso ("*una serie concatenata di atti e di operazioni culminanti in un provvedimento e strutturalmente e funzionalmente collegati all'obiettivo avuto di mira*") che acquista valore in funzione del risultato finale (provvedimento amministrativo)<sup>79</sup>. L'importanza della predetta tesi non risiede solo nel fatto che per la prima volta venne elaborata una nozione di teoria del diritto, ma nel fatto che venne individuato il legame intercorrente tra i vari momenti dell'*iter* procedimentale connotati dall'esistenza di particolari tipi di effetti idonei a collegare ogni momento in un rapporto di condizionalità e/o dipendenza<sup>80</sup>. In particolare, nella sequenza di atti e di operazioni, alcuni esplicano un ruolo preparatorio, altri producono un effetto costitutivo e altri assolvono ad una funzione integrativa. Ma nell'ottica della concatenazione di atti si smarriva il possibile ruolo del privato, che non poteva vantare alcuna situazione protetta sino all'emanazione dell'atto finale<sup>81</sup>.

Nel prosieguo del tempo, anche sulla scorta degli studi della dottrina tedesca e austriaca (primo Paese europeo ad aver adottato una legge generale sul procedimento amministrativo<sup>82</sup>), la struttura del procedimento si ispirò molto a quella del processo. Non è un caso, infatti, che la stessa Scuola austriaca concepiva il processo come costruzione non limitata alla giurisdizione,

<sup>76</sup> Si vedano in particolare D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione* in *Arch. giur.* (1903), 1ss, ora *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova 1966, 387ss; U. Borsi, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi* (1903), 3ss; P. Gasparri, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa 1939, 1ss.

<sup>77</sup> L'autore della teoria è U. Forti, "*Atto*" e "*procedimento*" amministrativo, in *Studi in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova 1931, 1ss, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma 1937, 455ss. Forti individuava il fenomeno dell'atto-procedimento ogni qualvolta vi fosse una serie di atti della medesima amministrazione (procedimento in senso stretto), costituenti momenti della formazione successiva dell'atto finale, quali effetti parziali prodromici nei confronti dell'effetto finale. L'atto-procedimento in questa impostazione avrebbe dato vita ad un atto complesso, laddove alla sua formazione avesse concorso la volontà di più organi: "la nozione di atto complesso riguarda la parte sostanziale dell'atto (volontà), quella del procedimento si riferisce al modo di formazione di questa".

<sup>78</sup> La teoria generale del diritto definisce il procedimento in contraddizione con la fattispecie a formazione progressiva, già nota al diritto privato. Più specificamente, per "procedimento" si intende una sequenza di atti strutturalmente autonomi, ma funzionalmente collegati, in modo che ciascuno di essi costituisce il presupposto di legittimità dell'atto successivo e realizza di per sé una tappa nel raggiungimento del fine cui il procedimento tende. La "formazione successiva" si concreta in una sequenza di atti, o di atti ed eventi, i quali vengono gradualmente ad integrare una fattispecie unitaria più complessa, alla quale la legge attribuisce conseguenze giuridiche.

Seppure i due schemi condividano due elementi, la pluralità di atti e la connessione teleologica degli stessi, differiscono sul piano degli effetti. Infatti, se nella fattispecie progressiva, gli effetti sono imputati al singolo atto, nel procedimento la produzione dell'efficacia è ricondotta all'intera sequenza, e non solo al momento conclusivo e finale. Cfr. S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, a cura di A. Falzea, Milano 1996, 1ss.

<sup>79</sup> È la nota teoria formale del procedimento che fa capo ad A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 36ss: "quella del procedimento è una nozione formale, attinenti all'aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momenti nel tempo"; anche *Manuale di Diritto amministrativo*, XIV Edizione, Napoli 1984, 622. Per una ricostruzione dell'originaria concezione del procedimento amministrativo si veda F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano 2003, 10ss; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008, 100.

<sup>80</sup> S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 169.

<sup>81</sup> Secondo A. M. Sandulli, *op. loc. cit.*, 300, infatti, il diritto soggettivo "nasce tutto d'un colpo. Esso sorge nel momento stesso in cui si costituisce una fattispecie cui l'ordinamento lo riconnette. Prima di tale momento non esiste alcuna parte di esso, né nulla che possa, da un punto di vista giuridico, venir considerato come un diritto in divenire. Giuridicamente di quel diritto non c'è nulla".

<sup>82</sup> Legge 21 luglio 1925 n.274.

ma come forma procedurale in sé. Tuttavia, i tempi non erano ancora maturi perché nell'ordinamento nazionale potesse dirsi pienamente valorizzata la posizione del privato.

Infatti, la riconduzione dell'azione amministrativa nello schema del processo avrebbe determinato come naturale conseguenza il pieno riconoscimento delle garanzie difensive in capo agli interessati e, quindi, del contraddittorio procedimentale. Di converso, la dottrina del tempo teneva ben distinte le figure del contraddittorio processuale e del contraddittorio amministrativo, considerato un contraddittorio "atecnico", dal momento che quest'ultimo doveva instaurarsi non in tutti i casi, ma limitatamente alle materie per cui la legge lo prescriveva<sup>83</sup>. La particolare connotazione attribuita al contraddittorio amministrativo influenzava direttamente i caratteri del modello procedimentale. Infatti, da un lato, il procedimento amministrativo, era concepito come una serie causale di atti finalizzati alla produzione di un provvedimento nel quale si consumava il momento autorizzativo per eccellenza, dall'altro il processo si limitava a verificare la legittimità di detto provvedimento, senza con ciò stabilire alcun punto di collegamento con l'assetto degli interessi venutosi a creare a seguito dell'attività procedimentale<sup>84</sup>. Diversamente accadeva in altri ordinamenti, ove il procedimento amministrativo acquistava una struttura giurisdizionale e una funzione giustiziale tale da far concorrenza alla tutela giurisdizionale<sup>85</sup>.

Un notevole cambiamento di prospettiva si registrò intorno agli anni '50 del secolo scorso, quando la tesi "formale" fu abbandonata in favore di quella "sostanziale". Come riportato da illustri Autori, "la prima virata rispetto alla rotta seguita dalla dottrina tradizionale si deve far corrispondere alla individuazione della "funzione", espressione del passaggio dal potere astratto al provvedimento"<sup>86</sup>. Se la funzione è il "farsi dell'atto", il procedimento è la sua evidenza formale. Quindi, il procedimento, collocato tra potere e atto<sup>87</sup>, è forma della funzione amministrativa e deve garantire un esercizio partecipato della medesima<sup>88</sup>.

Inoltre, sul piano dei rapporti tra procedimento e processo, la visione funzionale permette di superare le tradizionali categorizzazioni. Sotto questo profilo, si sostenne che anche se il procedimento era la forma tipica di espressione della funzione amministrativa e il processo, la forma tipica della funzione giurisdizionale, ben poteva aversi un'attività amministrativa svolta nelle forme del processo, come tale caratterizzata dalla presenza degli interessi delle altre parti

---

<sup>83</sup> Rilevava G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, 63ss, che tutto il procedimento è rivolto alla realizzazione dell'interesse unilaterale dell'amministrazione. In questo senso "si può parlare di contraddittorio nel procedimento amministrativo, intendendo la locuzione in senso atecnico rispetto a quello attribuitole dai processualciviltisti, e cioè come diritto o facoltà degli interessati ad essere sentiti prima che l'atto sia emanato".

<sup>84</sup> M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.* (1980), 1ss, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1996, 1427ss. Definisce nei termini di una "logica unitaria" il rapporto tra procedimento e processo, F. Trimarchi, *Procedimento amministrativo e processo*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, in Atti del Convegno di Messina-Taormina, Milano 1990, 123.

<sup>85</sup> Così A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino 2016, 44, che richiama la ricostruzione di M. Nigro, *op. loc. cit.*, 1427 ss.

<sup>86</sup> L'espressione è di G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione* in *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova 1975, 782.

<sup>87</sup> In sostanza, la funzione si pone come tramite tra "una situazione statica (il potere)" e "un'altra situazione statica (l'effetto prodotto dall'atto)"; il procedimento rende evidente questo passaggio, rappresentando la forma esteriore della funzione", così E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. XIV, Milano 2012, 421ss.

<sup>88</sup> "Esigenze di parità di trattamento in uno con quelle di coerenza e completezza dell'istruttoria, avrebbero dovuto incentivare massimamente l'apporto partecipativo del privato in funzioni collaborativa; Tuttavia, solo raramente si impose un obbligo di prendere in considerazione in modo esplicito tale interventi", G. Pastori, *Procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto Amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini 1997, 805.

attraverso la loro partecipazione al procedimento, così ponendosi le basi per un riavvicinamento nella nostra tradizione a quegli ordinamenti che avevano collocato la regola dell'*audi alteram partem* a fondamento della struttura procedimentale.

La connotazione funzionale dell'azione pubblica in uno con i principi consacrati nella Costituzione diedero nuova linfa vitale alla teoria del procedimento amministrativo.

Nell'ambito di questo orientamento si gettarono le basi per la tesi garantistica, poi accolta dal modello della l. n. 241/90, che concepisce il procedimento amministrativo come luogo nel quale al privato è garantita la rappresentazione e la tutela dei propri interessi<sup>89</sup>. Ancora, la funzione di garanzia si sostanzia nel riconoscimento in capo ai privati di un vero e proprio "diritto di partecipazione", dando attuazione ai principi di diritto interno, europeo, internazionale, principalmente quelli di "buona amministrazione" (*ex art. 41 CED*) e di "equo processo" (*ex art. 6 CED*).

Infine, la tendenza a calibrare il procedimento sul processo (si pensi alla struttura del procedimento, ai doveri di accertamento istruttorio, di motivazione, di assicurare il contraddittorio tra le parti) favorì compiutamente lo sviluppo della cd. concezione paragiurisdizionale del procedimento<sup>90</sup>.

La comparazione tra le suddette teorie e il dato normativo dimostra che la legge 7 agosto n. 241/1990 s.m.i. ha sostanzialmente accolto l'indirizzo volto alla processualizzazione dell'attività amministrativa, innestando principi ed istituti propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel procedimento<sup>91</sup>.

In altre parole, la generale procedimentalizzazione dell'azione amministrativa costituisce una premessa fondamentale per la progressiva integrazione tra tale fase e quella processuale. In questo senso, deve essere accantonata la teoria preponderante in passato, secondo la quale il procedimento è una serie concatenata di atti avvinti da un legame di condizionalità e/o dipendenza<sup>92</sup>, per far spazio a quella che esalta il procedimento come la sede in cui nasce e si afferma il rapporto amministrativo<sup>93</sup> e luogo ove si acquisiscono e si comparano i diversi interessi in gioco<sup>94</sup>.

L'evoluzione della nozione di procedimento amministrativo si riflette anche sui profili funzionali<sup>95</sup>. Il procedimento assolve più funzioni: a) quella di accertamento, consistente nel rendere palese il fatto di realtà da cui si ricava l'esigenza di cura dell'interesse pubblico; b) quella di acquisizione degli interessi primari e secondari implicati nella vicenda (pubblici e privati); c) quella di valutazione e di comparazione degli interessi selezionati volta a determinare la misura in cui essi dovranno essere o meno sacrificati o avvantaggiati, sempre in ragione della necessità di cura dell'interesse pubblico; d) quella di interpretazione della

---

<sup>89</sup> M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, 259ss. e anche *Diritto amministrativo*, III Edizione, Milano 1993, 272.

<sup>90</sup> M. Nigro, *op. loc. cit.*, Milano 1996, 1427ss. citato in C. Guacci, *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 141ss.

<sup>91</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 14 del 15 settembre 1999.

<sup>92</sup> È la nozione proposta da A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 316.

<sup>93</sup> Così come il processo è la sede in cui nasce e si sviluppa il rapporto processuale, così E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1979, 24.

<sup>94</sup> Si veda M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 550; G. Berti, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.* (1980), 431ss.; R. Villata-G. Sala, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Padova 1996, 579.

<sup>95</sup> Si richiama l'analisi dei profili funzionali di C. Guacci, *op. loc. cit.*, 105, in particolare 148ss e di A. Zito, *Il procedimento amministrativo*, in F. G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino 2022, 207.

disciplina giuridica da applicare al caso concreto; e) quella di determinazione della regola precettiva oggetto del provvedimento; f) quella di garanzia, rappresentando un processo decisionale formalizzato tale da rendere controllabile la decisione; g) quella di legittimazione sociale, giacché i procedimenti ordinati mediante regole giuridiche, contribuiscono a legittimare le decisioni giuridicamente vincolanti<sup>96</sup>.

Alla luce di questa breve analisi, si inferisce che il procedimento amministrativo non riduce la sua essenza a mera successione di atti, né a mera forma della funzione. Ma diversamente da quanto prospettato da un antico insegnamento, la forma, nel diritto, è sostanza. Il regolamento delle forme è sempre inteso a costruire una garanzia di retto esercizio del potere<sup>97</sup>. E il procedimento amministrativo ne è una fulgida esemplificazione. Anzi, oggi l'estensione dell'operatività del principio del contraddittorio permette un raccordo tra la fase del procedimento e quella del processo.

## 2.2- Rapporto giuridico procedimentale: natura, funzione ambito di applicazione.

Nella prospettiva funzionalistica<sup>98</sup>, il procedimento amministrativo assume autonoma rilevanza giuridica, divenendo luogo deputato all'acquisizione e alla ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati. In questa chiave, è emerso il suo rilievo come sede di rappresentazione e confronto delle situazioni soggettive: il procedimento diviene dunque il "rapporto", all'interno del quale si celebra la posizione paritaria e dialettica delle parti<sup>99</sup>.

Invero, l'aspetto relazionale della funzione ha suggerito il superamento della tradizionale ritrosia nell'ammettere l'esistenza di un rapporto giuridico tra la P.A. e il cittadino amministrato. In effetti, fintantoché il procedimento è stato considerato in chiave meramente strumentale rispetto al provvedimento finale, le posizioni giuridiche in esse maturate sono state ritenute prive di tutela. L'unica situazione meritevole di protezione è l'interesse legittimo che scaturisce solo dal perfezionamento dell'effetto, con il provvedimento amministrativo. Di conseguenza, si nega l'esistenza di un rapporto in stato di pendenza, cioè con riferimento alla fase preparatoria e costitutiva del procedimento. Infatti, solo con l'affermarsi della concezione funzionale, l'attenzione viene riposta sul procedimento amministrativo - inteso come "farsi dell'atto" - e di conseguenza sul "*farsi dei rapporti o meglio il farsi delle posizioni e delle situazioni in essi comprese*". Per la prima volta è ipotizzata l'esistenza, nell'ambito del procedimento, di vere e proprie situazioni giuridiche aventi una specifica e autonoma

---

<sup>96</sup> N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano 1995, XIV citato in C. Guacci, *op. loc. cit.*, 107.

<sup>97</sup> F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (1952), 126ss.

<sup>98</sup> Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* (1952), 118ss. "Con l'evolversi in senso funzionale della concezione dell'amministrazione e della sua azione, invece, l'accento, inizialmente posto sul potere, è stato gradualmente spostato sull'interesse pubblico". "L'approccio funzionale, affiancandosi a quello strutturale, ha pertanto offerto una prospettiva complementare allo studio del procedimento. Mentre in prospettiva formale-strutturale, l'attenzione è volta esclusivamente all'analisi dei momenti e dei nessi di collegamento in relazione alla produzione dell'effetto giuridico, che l'ordinamento ricollega al realizzarsi della fattispecie, l'approccio funzionale ha inteso, invece valorizzare la ragion d'essere di ciascuno degli elementi stessi in relazione allo scopo, al risultato, dell'esercizio del potere", M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008, 100ss.

<sup>99</sup> La dottrina in proposito ha affermato: "il procedimento potrebbe essere considerato più che come la garanzia formale e sostanziale dell'esercizio di un potere, come la misura, l'attuazione di un rapporto amministrativo nell'esercizio di un potere obiettivato". G. Pastori, *Procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto Amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini 1997, 807.

rilevanza<sup>100</sup>. È così autorevolmente teorizzata la figura degli interessi procedimentali, che si configurano come situazioni soggettive. Essi traggono origine non dalla situazione base di cui il privato è titolare, ma dalle norme che disciplinano il procedimento e prevedono poteri strumentali in capo a soggetti che, a diverso titolo, partecipano al procedimento. Si tratta quindi di situazioni soggettive, non attinenti direttamente a beni, ma a procedimenti, che esauriscono la loro vita con l'emanazione dell'atto conclusivo del procedimento. In questo ambito, il diritto alla difesa e, al suo interno, il diritto al contraddittorio costituiscono articolazioni del rapporto procedimentale, ma essi vanno tenuti nettamente distinti dalla situazione di base. La categoria giuridica del rapporto procedimentale di diritto pubblico, come coniata da parte di qualificata dottrina, è stata normativamente riconosciuta con la l. 241/90<sup>101</sup>.

Da un punto di vista strutturale, il rapporto procedimentale consiste nella creazione di una relazione, attraverso l'apertura del procedimento, di carattere dinamico, ma stabile (almeno fino all'adozione del provvedimento) tra l'amministrazione procedente, attraverso il responsabile del procedimento, e tutti i soggetti (definiti parti in senso tecnico) interessati all'adozione del provvedimento e quindi legittimati a partecipare<sup>102</sup>.

Dal punto di vista funzionale, la creazione del rapporto procedimentale, e dunque della qualità di parte, è finalizzata al contraddittorio, inteso in senso tecnico come azione e difesa a tutela delle situazioni giuridiche soggettive, pubbliche e private, normali e speciali, che possono essere comunque incise dal provvedimento definitivo.

Si tratta di una delle possibili applicazioni del principio di diritto internazionale del “due process of law”, cioè del “giusto procedimento”<sup>103</sup>.

Dato rilevante della disciplina si ravvisa nell'aver reso effettiva la partecipazione procedimentale.

Infatti, il legislatore dopo aver tipizzato per categorie le parti pubbliche e private che sono legittimate a parteciparvi<sup>104</sup>, li ha resi titolari di interessi procedimentali, consistenti nelle

---

<sup>100</sup> M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008, 173ss.

<sup>101</sup> “Si è fatto un passo in avanti verso la costruzione di un rapporto sostanziale di diritto pubblico tra l'amministrazione (vista come soggetto obbligato a prestazioni e servizi al pubblico piuttosto che come autorità sovraordinata) e i cittadini (visti come utenti, titolari di diritti alla prestazione pubblica, più che come soggetti destinatari di provvedimenti, in posizione di subordinazione rispetto ai pubblici poteri). È dunque un passo significativo verso la paritarietà dei termini di riferimento del rapporto di diritto pubblico”. Cfr. E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 298.

Secondo M. Nigro, con la l. 241/1990 si realizzò in Italia “lo spostamento del baricentro dell'attività amministrativa dall'atto amministrativo all'iter stesso di formazione della decisione”.

<sup>102</sup> Definizione di E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 299.

<sup>103</sup> Il principio di rango costituzionale del “giusto procedimento” fu considerato da alcuni il fondamento della partecipazione procedimentale. Si veda G. Carlotti, *Partecipazione procedimentale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per la ricostruzione del principio nel nostro ordinamento giuridico si rinvia al par.1.

<sup>104</sup> Sono: a) l'amministrazione decidente: essa è rappresentata dal responsabile del procedimento, cui grava il compito di pervenire alla conclusione legittima del medesimo; (la p.a. decidente è anch'essa parte del procedimento, anche se posta in una situazione di relativa indipendenza e imparzialità. Il limite a tali valori è rappresentato dall'obbligatoria cura dello specifico interesse pubblico, concreto ed attuale che deve essere realizzato con quel determinato procedimento. Pertanto, differentemente dal giudice, la p.a. non è posta dalla legge in posizione di assoluta terzietà rispetto alle altre parti); b) il destinatario degli effetti (favorevoli o sfavorevoli) del provvedimento amministrativo; c) il controinteressato sostanziale: colui il quale può ricevere pregiudizio dall'adozione del provvedimento finale; d) l'interventore necessario: normalmente una o più amministrazioni pubbliche che per legge debbono intervenire in un determinato procedimento; e) l'interventore volontario: può essere sia pubblico che privato, centro di imputazione di interessi collettivi ovvero diffusi, cui possa derivare un pregiudizio dall'adozione del provvedimento finale.

facoltà (*ex art. 10*):a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvi i casi di segreto; b) di presentare memorie o documenti, che l'amministrazione decidente ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento; c) di essere sentiti personalmente o a mezzo di un rappresentante appositamente designato. A queste si aggiunge, l'eventualità riconosciuta al solo destinatario di richiedere, attraverso apposite osservazioni, che sia riformata la pre-decisione procedimentale (*ex art. 10 bis*), e quindi, siano rimossi i motivi comunicatigli dal responsabile del procedimento, che ostruirebbero all'accoglimento della domanda.

Merita di essere citata quella dottrina, che in coerenza con la concezione del procedimento, come sede in cui si sviluppa la persona umana, afferma che gli interessi partecipativi in discorso (unitamente alla *pretesa*<sup>105</sup> di ricevere risposta alla richiesta di provvedimento etc.) “costituirebbero tutti non già (o non solo) situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che viene quindi protetto *subspecie* di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé per sé<sup>106</sup>, la cui lesione determina *tout court* un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione”. Secondo questo indirizzo, dunque, la disciplina procedimentale introdotta dalla legge 241/990 è volta a soddisfare una duplice funzione “quella immancabile di tutelare la dignità del cittadino e quella eventuale di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della pubblica amministrazione”<sup>107</sup>.

L'evoluzione teorica e normativa, che ha interessato il rapporto tra amministrazione e privati cittadini, impone un ripensamento degli antichi modelli, partendo da quelli relativi alla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive, in linea con i principi costituzionali, europei ed internazionali<sup>108</sup>.

### 2.3- L'origine processuale del concetto di contraddittorio.

Già in passato, è stato evidenziato che il contraddittorio amministrativo è nozione composita, che trova la sua collocazione tra due grandi istituti, l'uno il principio del contraddittorio, appartenente alla teoria generale del diritto processuale<sup>109</sup>; l'altro, il procedimento, proprio del diritto amministrativo. In linea di continuità con questa affermazione, si ritiene che il principio

<sup>105</sup> La terminologia è di A.Zito, *Le pretese partecipative del privato*, Milano 1996, 12ss.

<sup>106</sup> Si pensi al vivace dibattito che si è acceso in ordine alla natura giuridica del diritto di accesso *ex artt. 22 e ss L.241/90*.

<sup>107</sup> La tesi è di A. Romano Tassone (*Voce*) *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc.dir.*, Milano 1998, 996ss.

<sup>108</sup> A conclusione di questo rapido *excursus*, occorre però ricordare che il procedimento e il provvedimento appartengono a due categorie generali nettamente diverse del diritto pubblico, in quanto il procedimento fa parte della categoria della produzione giuridica, mentre il provvedimento fa parte della categoria dell'imputazione giuridica. È merito del Benvenuti aver individuato i collegamenti strutturali e funzionali tra i tre momenti fondamentali dell'azione amministrativa: a) l'attribuzione del potere e la ripartizione delle competenze; b) il procedimento visto come trasformazione del potere in atto mediante la funzione di cui il procedimento è forma; c) il provvedimento che sintetizza e cristallizza gli esiti del procedimento ed è quindi una categoria statica a differenza del procedimento che è una categoria dinamica (G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 1ss).

<sup>109</sup> “È noto che il principio del contraddittorio è da sempre ritenuto l'elemento tipico del processo, con funzione essenziale di garanzia dell'attuazione del diritto oggettivo attraverso il processo, dotato di un duplice fondamento, logico, in quanto l'azione “deve sempre proporsi nei confronti di una controparte...la quale quindi deve essere presente nel giudizio”, e pratico, in quanto attraverso”. “L'attività contrapposta delle parti è facilitata nel processo civile... la ricerca di fatti e l'attuazione della legge, mentre nel processo penale il contrasto tra l'accusa e la difesa... è il più valido strumento per assicurare l'accertamento della verità reale” Cfr. G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., 6ss.

del contraddittorio costituisca un solido punto di avvicinamento tra il procedimento amministrativo e il processo giurisdizionale.

In qualità di garanzia elementare di giustizia, il principio è citato espressamente in molte fonti, non solo di rango costituzionale, ma anche a livello di atti di legge o aventi forza di legge (codici di procedura civile, penale, amministrativo, tributario etc.). In particolare, è tradotto in regola tecnica dall'art. 101 c.p.c., il quale, rubricato "principio del contraddittorio", stabilisce: "il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è stata proposta non è stata citata e non è comparsa"<sup>110</sup>.

Da tempo è stata messa in luce la *vis expansiva* della regola processuale in esame, ossia la sua attitudine ad essere impiegata anche al di fuori dello stretto ambito giurisdizionale, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e quindi, anche nel sistema pubblicistico, seppur con ampiezze e rilevanza del tutto differenti<sup>111</sup>.

Nel diritto amministrativo, l'estensione della regola del contraddittorio e l'affermazione del criterio del giusto procedimento ("due process of law") sono stati compiutamente realizzati dalla legge n. 241/90. Gli istituti contemplati nel capo III della suddetta legge ("partecipazione al procedimento") rendono effettiva l'applicazione del principio del contraddittorio, in senso collaborativo da un lato, permettendo una fattiva cooperazione del cittadino nella definizione delle fattispecie pubblicistiche in cui è coinvolto, in ottica difensiva dall'altro, garantendo l'esercizio del diritto di difesa del privato.

In altre parole, la piena e concreta attuazione del principio del contraddittorio, tratto saliente del processo, e non di una "mera partecipazione"<sup>112</sup>, appare fondamentale anche nelle dinamiche relative ai pubblici poteri, giacché rappresenta il presupposto per l'esecuzione dei canoni generali di imparzialità e di buon andamento stabiliti dall'articolo 97 della Costituzione.

Come si vedrà in seguito, il procedimento amministrativo di cui alla citata legge 241/90 è strutturato ed organizzato alla stregua di un processo.

---

<sup>110</sup> Per completezza, si precisa che la norma soggiunge "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione". La violazione del principio del contraddittorio comporta la nullità di tutti i provvedimenti successivi a quello che ha comportato la violazione stessa e può essere rilevata in ogni stato e grado del giudizio, fatta salva sempre la possibilità della rinnovazione degli atti nulli, ai sensi dell'art. 162 c.p.c.

<sup>111</sup> Si allude ai due profili che connotano la nozione di contraddittorio: orizzontale e verticale. Il primo attiene propriamente al rapporto tra le parti, il secondo è il rapporto con il giudice o comunque con l'autorità decidente. Nel diritto amministrativo, è possibile predicare l'operatività del solo contraddittorio verticale, mentre ancora incerta è la configurabilità dell'altra forma. In questo senso, F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano 2003, 11ss.

<sup>112</sup> G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione in Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova 1975, 801.

## 2.4- Diritto al contraddittorio come diritto sostanziale e interesse procedimentale.

La configurazione di un rapporto procedimentale<sup>113</sup> tra le parti pubbliche e privati, del pari di quanto accade nel processo, ove tra le parti si instaura un rapporto processuale, pone l'ulteriore problematica di definire la natura giuridica delle situazioni soggettive di cui esse sono titolari.

Prima di passare alla descrizione del dibattito relativo alla qualificazione delle "pretese partecipative", è di estrema utilità ricordare la distinzione<sup>114</sup> tra:

- situazioni giuridiche soggettive sostanziali o di base, cioè quelle che preesistono all'esercizio di un potere determinato (es. diritto soggettivo, potestativo etc.);
- situazioni giuridiche procedimentali, cioè quelle situazioni giuridiche soggettive che nascono, si modificano, si estinguono in capo a soggetti, parti del procedimento come effetti degli atti del procedimento stesso (diritti, diritti potestativi, obblighi prodotti, modificati, estinti, da atti del procedimento e attinenti all'ambito del procedimento stesso).

Non a caso, queste ultime sono definite anche situazioni strumentali, in quanto servono per tutelare, attraverso il procedimento, l'interesse di base del soggetto volto a conseguire, a non perdere o vedere comunque compromesso un determinato bene giuridico di cui è titolare, similmente a quanto accade per le "situazioni processuali".

Le principali situazioni procedimentali sono contemplate, a livello di diritto positivo, nel Capo III della legge 241 del 1990:

- a) il diritto di ricevere la comunicazione di avvio del procedimento;
- b) il diritto di osservazione o di opposizione;
- c) il diritto di accesso agli atti del procedimento;
- d) il diritto alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento delle proprie istanze e alla reiterazione del contraddittorio in questo subprocedimento, mediante la presentazione di proprie controdeduzioni che devono essere adeguatamente valutate dalla p.a. prima dell'adozione del provvedimento finale.

L'impiego da parte del legislatore del 1990 del termine "diritti", anziché "interessi procedimentali", è stato a lungo criticato da molti interpreti. Invero, numerose sono le ricostruzioni dottrinali elaborate in tema di situazioni giuridiche di carattere procedimentale: interessi legittimi o facoltà a questi stessi inerenti, diritti soggettivi, ovvero interessi cosiddetti partecipativi. Le diverse classificazioni risultano poi, a seconda dei casi, collegate con le differenti forme di tutela a cui può dare accesso la situazione procedimentale, quali quella di annullamento del provvedimento, quella risarcitoria, ovvero la possibilità di immediata impugnazione dell'atto endoprocedimentale immediatamente lesivo.

Parte della dottrina ritiene che le pretese partecipative non possano configurare una situazione giuridica soggettiva autonoma, essendo la loro natura esclusivamente procedimentale<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> M. Proto, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008, 163ss; V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova 2007, 78ss.

<sup>114</sup> Sull'importanza teorica della distinzione si rinvia a E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 53.

<sup>115</sup> Cfr., per una disamina dell'orientamento che riconosce le pretese partecipative quali interessi procedimentali A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1996, 34ss. R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *dir. proc. Amm.* (1992), 171ss, partendo dal presupposto che la legittimazione a partecipare al procedimento non comporta di per sè la

Secondo altri, gli interessi procedimentali non sono autonome situazioni giuridiche soggettive, bensì facoltà inerenti all'interesse legittimo, la cui tutela passa attraverso l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo<sup>116</sup>.

Secondo altri, la pretesa partecipativa al procedimento si pone come situazione giuridica soggettiva autonoma di diritto soggettivo<sup>117</sup>, con conseguente possibilità di esercitare un'azione di risarcimento degli eventuali danni subiti.

Secondo altri ancora, si auspica *de iure condendo* l'introduzione di un rimedio speciale per le situazioni giuridiche partecipative, consistente in una forma di tutela sommaria, sulla falsariga di quella stabilita in materia di diritto d'accesso dall'art. 25 della presente legge<sup>118</sup>.

Dall'indagine appena svolta emergono due orientamenti di segno opposto e contrario: se da un lato non si è concordi a ridimensionare tutto il fenomeno partecipativo al piano esclusivamente procedimentale, dall'altro non si ha la forza per porre la questione in termini di diritto soggettivo perfetto<sup>119</sup>.

---

legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale, afferma che la situazione giuridica procedimentale in sé considerata si esaurisce in un interesse a partecipare al procedimento ("interesse meramente partecipativo"), la cui tutela, che dunque non riguarda il contenuto dell'atto. Tale richiede una valorizzazione del principio dell'immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali relazioni al momento della concreta lesione degli interessi. Per A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004, 199ss. le situazioni procedimentali delle parti, pur denominate come diritti, tra cui rileva in particolare il diritto al contraddittorio, non sarebbero qualificabili come interessi legittimi, non potendo trovare tutela nell'annullamento dell'atto né come diritti per l'inidoneità della costruzione civilistica del rapporto obbligatorio a rappresentare la realtà procedimentale e l'insufficienza del risarcimento dei danni a fornire idonea tutela a dette posizioni, ma rileverebbero in quanto tali e troverebbero tutela nella fase cautelare del processo giurisdizionale.

<sup>116</sup> Qualifica gli interessi partecipativi come interessi legittimi G. Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano 1998, 151ss, Il quale, distinguendo tra interessi legittimi, formali e interessi legittimi sostanziali, ritiene che vi sia un rapporto di dipendenza tra le due categorie, per cui, in caso di violazione di regole formali, l'annullamento dell'atto non può essere disposto se da ciò non deriva alcuna utilità sostanziale. Cosicché, in mancanza, si sarebbe al cospetto di interessi legittimi meramente formali, come tali meritevoli di tutela. S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano 2000, 46ss, afferma che "l'asserita natura procedimentale dell'interesse alla partecipazione ma si concilia con la natura sostanziale di cui esse intrinsecamente dotato, grazie alla quale esiste, rileva giuridicamente, cosicché detta natura procedimentale mira evidentemente ad ottenere un duplice risultato, giustificare da un lato la sua tutela formale, negare dall'altra la sua tutela. Sostanziale, escludendo che il controllo giurisdizionale possa coinvolgere il contenuto dell'atto finale".

<sup>117</sup> Sulla qualificazione in termini di diritti soggettivi si rimanda a G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive in La disciplina generale del procedimento amministrativo, contributo alle iniziative legislative in corso*, Milano 1989, 49. Nello specifico, come diritti soggettivi che se violati darebbero luogo al risarcimento dei danni, indipendentemente dall'attitudine delle garanzie partecipative. Ad incidere sull'assetto sostanziale degli interessi. Per quale riguarderebbe invece una diversa situazione di interesse legittimo, tutelata attraverso l'annullamento dell'atto.

<sup>118</sup> La ricostruzione di M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, 347ss, distingue tra posizioni che costituiscono interessi legittimi per cui è conferita la legittimazione al ricorso giurisdizionale e posizioni meramente differenziate, ma che non assurgono a rango di interessi legittimi, per le quali la legittimazione processuale è esclusa: mentre le prime rilevano *ex se*, e la loro tutela avverrebbe attraverso l'annullamento del provvedimento che viola la garanzia procedimentale, le seconde rilevano giuridicamente soltanto attraverso l'interesse procedimentale, cosicché, è esclusa la possibilità di richiedere l'annullamento dell'atto che accorderebbe la protezione ad un bene materiale non tutelato giuridicamente e quindi concederebbe al soggetto partecipante troppa tutela. Per tali posizioni sorgerebbe però il problema della carenza di tutela che non può essere risolto facendo ricorso al risarcimento del danno, cosicché *de iure condendo* sarebbero auspicabili rimedi specifici sulla falsariga di quanto previsto per l'accesso.

<sup>119</sup> D. Di Carlo, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2 (2004), 515.

La ricostruzione in termini di diritto soggettivo delle pretese partecipative è quella più coerente con il “passato” e con il “futuro” del diritto amministrativo. Con riguardo al primo aspetto, si tratta dell’unica soluzione pienamente rispondente al modello di partecipazione, anzi di “contraddittorio”<sup>120</sup>, disegnato dalla Commissione Nigro. Per quanto attiene al secondo, si allude al processo di armonizzazione della legislazione amministrativa nazionale a quella euro-comunitaria, ove nell’ambito delle procedure amministrative si conferiscono “diritti comunitari” agli interessati.

## **2.5- Presupposti e strumenti del diritto al contraddittorio: l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento, le memorie, i documenti e le audizioni.**

Il capo III (artt. 7-13) della legge n. 241/90, intitolato “partecipazione al procedimento amministrativo”, delinea presupposti e strumenti indispensabili per realizzare uno “scontro (o confronto) ad armi pari” tra l’amministrazione e gli amministrati, in vista dell’emanazione del provvedimento finale. Per effetto del coinvolgimento del privato nello svolgimento dell’azione pubblica, il provvedimento finale non è più monopolio dell’autorità, manifestazione del potere unilaterale e autoritativo della P.A., è piuttosto sintesi del contraddittorio tra le parti.

Invero, l’idea del contraddittorio, come criterio generale della presenza del cittadino al percorso decisionale pubblico<sup>121</sup>, non è estranea alla legge generale del procedimento amministrativo. Al contrario, è assolutamente significativo che, nell’originario schema del d.d.l. della Commissione Nigro, la rubrica del capo III recitava “contraddittorio nel procedimento amministrativo” e non, come oggi, “partecipazione nel procedimento amministrativo”<sup>122</sup>. In realtà, questa scelta si spiega con l’esigenza di ricomprendere nel *genus* partecipazione, tanto il modulo collaborativo (mediante il deposito di osservazioni) quanto quello difensivo (con l’atto tipico dell’opposizione)<sup>123</sup>. Quindi, i due profili appena descritti non sono nettamente scindibili, essendo la partecipazione in generale caratterizzata dalla ricorrenza di entrambi: “una strategia difensiva può essere anche quella di offrire elementi di chiarificazione per la pubblica amministrazione, così come la collaborazione può essere esercitata attraverso argomentazioni di contrapposizione”<sup>124</sup>.

La realizzazione del contraddittorio, ovvero in senso più ampio della partecipazione procedimentale, si fonda essenzialmente sull’obbligo di comunicazione dell’avvio del

---

<sup>120</sup> Sul tema della partecipazione come contraddittorio si tornerà al paragrafo successivo.

<sup>121</sup> G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione in Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova 1975, 799.

<sup>122</sup> Le ragioni dell’emendamento si rinvengono nel parere Cds, n.7, 19 febbraio 1987. Segnatamente, al par. 13: “La rubrica del titolo III (“contraddittorio nel procedimento amministrativo”), oltre a risultare, sul piano lessicale, più consona al processo che al procedimento amministrativo (meglio sarebbe parlare di «partecipazione» al procedimento), non rispecchia, del tutto, il contenuto delle disposizioni poste sotto tale titolo. E ciò, per la previsione, nell’art. 12, dei c.d. “accordi sostitutivi” (accordi che si muovono in tutt’altra area di quella concernente il c.d. contraddittorio) e, nell’art. 13, di una speciale disciplina (anch’essa estranea alla partecipazione) in tema di concessioni di contributi, sovvenzioni, ecc. Le disposizioni del capo III, in tema di «contraddittorio», mirano ad assicurare agli interessati (privati, ma anche istituzioni pubbliche) la possibilità di «partecipare» al procedimento amministrativo contribuendo, così, alla formazione dell’assetto che dovrà essere espresso, autoritativamente, dall’amministrazione con l’atto conclusivo della procedura amministrativa”.

<sup>123</sup> Molto opportunamente, G. Berti ( *op. loc. cit.*, 801-802) mette ben in evidenza la differenza che sussiste tra partecipazione e contraddittorio, in quanto la prima si differenzia dalla seconda “sia perché essa prescinde da ogni conflitto di interessi tra corrispondenti posizioni soggettive, sia perché essa non definisce una tutela o una garanzia, ma una modalità dell’azione, il cui carattere fondamentale si apprezza in relazione ai risultati complessivi e pertanto, secondo una valutazione che è in primo luogo politica”.

<sup>124</sup> Vedi voce “partecipazione dei cittadini” in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano 1961, 971.

procedimento, che grava sull'amministrazione, ai sensi degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990, e sul diritto di "visione" e di "voce"<sup>125</sup> riconosciuto a favore degli intervenienti, di cui all'art. 10 della stessa legge. Nel dettaglio, l'art. 7 della l. n. 241/1990 statuisce che "ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento", l'avvio dello stesso è oggetto di un'apposita comunicazione ai "soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire". L'obbligo di comunicazione incombe sull'amministrazione in funzione strumentale all'esercizio del contraddittorio e della partecipazione<sup>126</sup>. Infatti, è abbastanza intuitivo che, laddove manchi una condizione di conoscenza o, comunque, di conoscibilità, viene meno il presupposto stesso del confronto dialettico<sup>127</sup>. L'art. 8 della legge prevede, poi, che "l'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale" e che nella comunicazione debbano essere indicati l'amministrazione competente, l'oggetto del procedimento promosso, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento nonché l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti. Peraltro, se "per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa", l'amministrazione può provvedere mediante forme di pubblicità idonee. L'art. 8 della l. n. 241/1990, come modificato dalla legge di riforma del procedimento amministrativo, l. n. 15/2005, ha previsto un ampliamento dei canoni formali della comunicazione di avvio del procedimento introducendo le lettere *c-bis* e *c-ter*: ora, nella comunicazione d'avvio è previsto che siano indicate la data entro cui deve concludersi il procedimento (e i rimedi esperibili in caso d'inerzia dell'amministrazione) e la data della presentazione dell'istanza (nei procedimenti ad iniziativa di parte). In altri termini, il principio fondamentale del contraddittorio e l'effettiva realizzazione del diritto alla difesa esigono che l'informazione delle parti in ordine agli addebiti mossi all'amministrazione o del punto di vista da questa accolto, sia quanto più possibile esatta. Anche sul piano patologico, se la violazione delle prerogative delle parti è evidente nell'ipotesi in cui la comunicazione di avvio è del tutto omessa, una lesione non di meno si determina quando la comunicazione è incompleta, ovvero se formulata in termini talmente generici da non consentire a coloro cui rivolta l'effettivo esercizio del diritto di difesa<sup>128</sup>. Inoltre, l'art. 10 della legge n. 241/1990 attribuisce diritti "di visione" e "di voce"<sup>129</sup> ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento e ai soggetti intervenuti ai sensi dell'art. 9. Si tratta dei diritti: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento. La lettera a) disciplina l'accesso "endoprocedimentale" o "partecipativo", che si distingue da quello "esoprocedimentale" o "informativo" disciplinato dagli articoli 22 e seguenti. In effetti, mentre quest'ultimo ha una sua autonomia rispetto al procedimento, il primo è strumentale alla partecipazione procedimentale, in quanto consente al partecipante di acquisire quel corredo di informazioni necessarie ad interloquire a ragion veduta con l'amministrazione procedente<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> M D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (2000), 101.

<sup>126</sup> Esattamente è funzionale all'esercizio dei diritti partecipativi *ex art.* 101. 241/1990.

<sup>127</sup> D. Di Carlo, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2 (2004), 512.

<sup>128</sup> Per approfondire, si rimanda a A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004, 207ss.

<sup>129</sup> La metafora è di M. D'Alberti, *op. loc. cit.* 101.

<sup>130</sup> Nonostante si tratti di posizioni giuridiche soggettive ontologicamente diverse, anche il diritto di accesso contemplato dall'articolo 10, lett. a) trova tutela giurisdizionale secondo lo speciale procedimento regolato dal

La lettera b) prevede il conseguente diritto di presentare memorie scritte e documenti, cui corrisponde l'obbligo, per l'amministrazione, di valutare gli atti presentati, ove pertinenti all'oggetto del procedimento.

Il primo aspetto che viene in rilievo è che il contraddittorio procedimentale prende forma e si sviluppa per iscritto, diversamente da altri ordinamenti giuridici<sup>131</sup>. La legge, pur non negando la possibilità che norme speciali introducano forme di contraddittorio ispirate all'oralità, il limite normativo è evidente: solo la forma dell'audizione è in grado di realizzare la pienezza del contraddittorio attraverso l'immediatezza della presa di posizione. Non sembra, peraltro, *a priori* da escludere che l'interessato possa chiedere di essere sentito e che il funzionario, compatibilmente con le esigenze organizzative, possa accogliere tale richiesta<sup>132</sup>. A tal proposito, va notato come non sia stata normativamente accolta la soluzione prospettata nel d.d.l. della Commissione Nigro, di una istruttoria pubblica, orale ed aperta a tutti gli interessati, e che oggi è prevista da alcuni statuti di enti locali, specie nei procedimenti di formazione di atti normativi, amministrativi generali, ai quali è consentito partecipare ad associazioni, comitati, gruppi di cittadini portatori di interessi diffusi.

Acclarato, quindi, che l'apporto partecipativo del privato assuma forma scritta, occorre rimarcare la distinzione tra "memoria" e "documento". Come noto, la memoria è l'atto tipico con cui la parte contribuisce alla dialettica agonistica nel processo. Contiene argomentazioni dialettiche, prospettazioni utili ad indirizzare in un senso piuttosto che in un altro l'azione amministrativa, semplici opinioni, confutazioni o richieste<sup>133</sup>. Il documento, invece, costituisce il mezzo di prova per eccellenza e ha la funzione di assicurare la certezza della rappresentazione.

Le memorie scritte devono essere pertinenti. La pertinenza consiste nella loro rilevanza rispetto ai fatti e agli interessi coinvolti nel procedimento. Una volta che siano state giudicate pertinenti, le memorie devono essere obbligatoriamente valutate, nel senso che l'amministrazione ne deve tener conto. Riguardo all'ordine di valutazione, la giurisprudenza prevalente adotta un atteggiamento "sostanzialista"<sup>134</sup>. Pur ritenendo illegittimo, per difetto di motivazione, il provvedimento che non rechi alcuna valutazione degli apporti forniti dal privato, esclude che l'amministrazione debba confutare analiticamente ogni argomento esposto dagli interessati, essendo, a tal fine, sufficiente un apprezzamento che renda nella sostanza comprensibili le ragioni che non permettono l'accoglimento delle osservazioni proposte. Inoltre, i giudici amministrativi hanno chiarito che sussiste uno specifico rapporto di proporzionalità tra l'obbligo di motivazione e il tenore delle riduzioni espresse dagli interventori, in virtù del quale non occorre una disamina puntuale delle contestazioni mosse, qualora queste siano state formulate in modo del tutto generico e apodittico. Non possono, in conclusione, condividersi atteggiamenti troppo permissivi che consentono all'amministrazione di ignorare del tutto il

---

successivo art. 25, che peraltro si limita ormai a rinviare al codice del processo amministrativo. Cons. Stato, sez. VI, n. 2326/2004.

<sup>131</sup> Si pensi alle *hearings* istruttorie statunitensi.

<sup>132</sup> G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova 2005, 91.

<sup>133</sup> Nell'uso del plurale "memorie" la formulazione normativa della l. n. 241/1990 registra l'apertura pluralistica del procedimento alla diversità degli interessi: non solo destinatari diretti degli effetti del provvedimento, ma anche destinatari indiretti; non solo persone fisiche, titolari di interessi personali, ma anche associazioni rappresentative di interessi diffusi. In altri termini, non solo parti ma anche partecipanti.

Anche soggetti portatori di interessi pubblici o privati o di interessi diffusi (costituiti in associazioni o comitati) possono pertanto intervenire nel procedimento se da questo possa derivare loro un pregiudizio (art. 9).

<sup>134</sup> L'interpretazione "anti formalistica" è stata accolta anche dal legislatore, con l'introduzione nel testo della legge n. 241/1990, dell'art. 21-*octies*.

contributo dell'interessato, vanificandone la partecipazione. Come suggerisce attenta dottrina, soltanto la valorizzazione del rapporto obbligo di motivazione-contributo partecipativo consente di transitare da una partecipazione fine a se stessa ad una "qualitativamente" rilevante<sup>135</sup>.

## **2.6- La motivazione del provvedimento amministrativo, quale sintomo della mancanza o lacunosità dell'esercizio del diritto al contraddittorio.**

Autorevole dottrina osserva che analogamente a quanto stava avvenendo in alcuni Paesi europei, in particolare in Germania, in Francia, in Spagna, anche in Italia, la disciplina generale sul procedimento amministrativo aveva condotto con sé un obbligo generale di motivazione<sup>136</sup>.

L'art. 3 della legge n. 241/1990 ha avuto il pregio di codificare un obbligo generale di motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi ("ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato") e di mettere in risalto il rapporto che intercorre tra le risultanze istruttorie e le determinazioni dell'amministrazione ("la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria").

Il risvolto più significativo della positivizzazione di un simile obbligo si riscontra, sia sul versante fisiologico sia su quello patologico, delle tutele accordate alla posizione del privato. Fisiologicamente, la motivazione rafforza direttamente il ruolo di coloro i quali hanno partecipato al procedimento amministrativo, poiché questi ultimi possono verificare quanto e in quale modo le loro controdeduzioni siano state prese in considerazione dalla amministrazione.

Patologicamente, la motivazione diviene indirettamente unità di misura della partecipazione - palesandosi nell'esposizione della logica del ragionamento seguito dall'amministrazione decidente- e al contempo- parametro di esercizio del sindacato giurisdizionale. Pertanto, il giudice amministrativo è tenuto a dichiarare l'illegittimità del provvedimento, se dalla motivazione risulta che lo stesso si fonda su elementi diversi da quelli risultanti dall'istruttoria o che, più genericamente, non hanno formato oggetto del contraddittorio procedimentale. In questo contesto, in definitiva, si comprende meglio anche la ragione per cui contraddittorio e motivazione amplino le possibilità di tutela: è l'obbligo stesso di motivare in base alle risultanze di ciò di cui si è discusso in contraddittorio a misurare la legittimità e la giustizia della decisione adottata<sup>137</sup>.

La violazione del principio del contraddittorio si verifica laddove l'amministrazione ometta di effettuare la comunicazione, ovvero laddove un soggetto interventore sia legittimamente escluso.

L'entrata in vigore della legge n. 241/1990, positivizzando una serie di istituti e collegando esplicitamente obbligo di motivazione e regole della decisione, ha sortito anche l'importante effetto di spostare il controllo giurisdizionale da un sindacato meramente sintomatico

---

<sup>135</sup> S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano 2000, 87ss.

<sup>136</sup> Il riferimento è S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 204ss.

<sup>137</sup> Cfr., in tal senso G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, 200ss.

dell'attività di ponderazione della pubblica amministrazione (vizio di eccesso di potere) ad un sindacato di tipo eziologico (vizio di violazione di legge)<sup>138</sup>.

Perché si integri il vizio di violazione di legge, la motivazione del provvedimento in concreto adottato dovrà divergere dalle coordinate normative di riferimento:

- a) art. 3, in virtù del quale “la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”;
- b) art. 6, specificamente la lettera e) secondo cui “l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”;
- c) l'art. 10, lettera b, prevede ancora “i soggetti che partecipano al procedimento a norma degli artt. 7 e 9, hanno diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento”.
- d) l'art. 10-*bis* rafforza l'obbligo di motivazione, introducendo l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (cd. precisione), in considerazione della quale l'interessato ha il diritto di presentare osservazioni di cui l'amministrazione deve tener conto ai fini della motivazione del provvedimento finale.

La concorde premessa, secondo la quale l'amministrazione procedente incorre in violazione di legge omettendo la comunicazione nei confronti dei soggetti indicati dall'articolo 7, deve essere bilanciata con l'orientamento finalistico e non formalistico, affermatosi in giurisprudenza, poi, confluito nel dettato dell'art. 21- *octies*, comma 2, della l. n. 241.

Invero, il legislatore ha deciso di escludere l'annullabilità del provvedimento, affetto da vizi meramente formali o procedurali e, con specifico riguardo all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, ha stabilito che il provvedimento amministrativo “non è comunque annullabile qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

In tutti questi casi viene in considerazione l'individuazione delle ipotesi in cui l'omessa comunicazione non determina l'annullamento del provvedimento alla luce del principio del raggiungimento dello scopo e, in generale, del principio della strumentalità delle forme<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr., A. Valorzi, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova 1999, 153ss; T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 novembre 1995, n. 626: “Il dovere di motivazione di cui all'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, ormai non più riconducibile ad alcuna delle figure sintomatiche di eccesso di potere, attinge il proprio contenuto dalle risultanze dell'istruttoria come emerse nel corso del procedimento, di guisa che l'idoneità e l'intrinseca sufficienza dell'adempimento di tale dovere non va valutata in astratto ma comparandosi con la corrispondenza tra la decisione adottata dall'autorità procedente col provvedimento e le acquisizioni istruttorie”.

<sup>139</sup> “È evidente che la prassi dell'amministrazione è fortemente influenzata dalla giurisprudenza in materia, ad esempio secondo costante orientamento del Consiglio di Stato, la comunicazione di avvio del procedimento risulta superflua, allorché: a) l'adozione del provvedimento finale è doverosa per l'amministrazione e dunque non potrebbe comunque giovare di eventuali apporti partecipativi; b) i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; c) il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili d) l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non priverebbe l'amministrazione del potere di adottare un nuovo provvedimento di identico. Sempre secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, inoltre, la comunicazione di avviare il procedimento risulterebbe indispensabile, tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta,

In altre parole, le garanzie partecipative hanno una funzione sostanziale, non formale<sup>140</sup>.

L'originario *deficit* motivazionale del provvedimento amministrativo potrebbe essere sanato per mezzo della cd. motivazione postuma, ossia la motivazione integrata in giudizio dall'amministrazione. Un orientamento contrario<sup>141</sup> in giurisprudenza segnala come l'integrazione giudiziale della motivazione metta in costante pericolo la parità del contraddittorio: non può escludersi in linea di principio che l'amministrazione, dopo avere ommesso di motivare il provvedimento o avendolo motivato in modo insufficiente, cerchi di correggere il tiro in giudizio, né che, proprio a causa di questi aggiustamenti, la linea difensiva venga irrimediabilmente compromessa, cosa che non accadrebbe se vi fosse contemporaneità tra decisione e motivazione. Nell'elaborazione pretoria più recente, si fa gradualmente strada la tesi opposta. Sul punto, il Consiglio di Stato<sup>142</sup>, pur ribadendo in generale il divieto di motivazione postuma ("in quanto la motivazione rappresenta il presidio essenziale del diritto di difesa"), la ammette e la riconosce in tre specifici casi: quando il ricorso all'istituto *de quo* non lede il diritto di difesa della controparte; nei casi di atti vincolati (risulta qui chiaro il riferimento all'articolo 21-*octies*, comma 2 della Legge n. 241/90); e infine, nei casi in cui le ragioni sottese all'emissione dell'atto gravato siano desumibili dagli atti inerenti la fase infraprocedimentale nei cui confronti, quindi, la motivazione postuma si attegga a semplice specificazione o chiarimento.

### **3.1- La rinnovazione del contraddittorio: l'articolo 10-bis della legge n. 241/1990 e successive modificazioni.**

La graduale "giurisdizionalizzazione" dell'attività amministrativa ha elevato il confronto dialettico col privato ad elemento obbligatorio, a tal punto da incidere sul modo di essere dell'azione amministrativa e sull'atto conclusivo del procedimento. Nulla esclude, infatti, che la pubblica amministrazione opti per la soluzione consensuale, stipulando uno degli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, piuttosto che per la tradizionale soluzione unilaterale. Si badi, anche in quest'ultimo caso il dialogo col privato costituisce una tappa ineludibile, come del resto confermato dal testo della legge sul procedimento amministrativo, che fa della partecipazione uno degli strumenti deputati alla migliore acquisizione e valutazione dei fatti e degli interessi rilevanti per la scelta conclusiva. Pertanto, come visto in precedenza, la sua omissione non è priva di conseguenze sul piano della validità dell'atto terminale.

Un rafforzamento delle garanzie partecipative del privato al procedimento amministrativo e, in senso più ampio, del principio del "giusto procedimento", è stato realizzato ad opera

---

sia da ritenere già raggiunta in concreto, lo scopo cui tende siffatta comunicazione". Cfr. P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, (a cura di) M. A. Sandulli, Milano 2015, 291ss.

<sup>140</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 4508/2016; Cons. Stato, sez. III, 896/2015; TAR Lazio, sez. II, 3242/2020.

<sup>141</sup> Cons. Stato, sez. IV, n.807/1980.

<sup>142</sup> Cons. Stato, sez. IV, n. 1018/2014: "Alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio di divieto di integrazione postuma, dequotingo il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato, nei casi di atti vincolati e nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato".

dell'art. 6 della legge n. 15 del 2005, che ha introdotto, nell'articolato della l. 241/1990, l'istituto del cd. preavviso di rigetto o di diniego<sup>143</sup>.

La collocazione della norma- rubricata "comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza" - nel capo III della legge generale sul procedimento amministrativo consente di sviluppare alcune basilari riflessioni.

*In primis*, l'art. 10-*bis* nella parte in cui stabilisce che nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento ovvero l'autorità competente prima della formale adozione di un provvedimento negativo, debba comunicare tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, positivizza un nuovo diritto in capo ai privati- cui corrisponde un nuovo dovere per l'amministrazione- che si aggiunge non si sostituisce a quelli previsti nei precedenti articoli che compongono il capo III. Pertanto, nonostante la già intervenuta comunicazione dell'avvio del procedimento, gli istanti, prima che la p.a. adotti un provvedimento di diniego, hanno diritto ad un'altra comunicazione in cui si sollecita un nuovo intervento in contraddittorio sul disegno del provvedimento finale delineato.

Inoltre, in una prospettiva funzionale, emerge che il preavviso di rigetto dimensiona la funzione della partecipazione del privato- in equilibrio tra collaborazione istruttoria e garanzia soggettiva di interlocuzione- a favore dell'esigenza dell'effettività del contraddittorio per il privato, destinato a subire un provvedimento di rigetto della propria istanza. Questa interpretazione si impone già analizzando l'ambito oggettivo della norma, ristretto ai soli procedimenti amministrativi avviati su istanza di parte e che, verosimilmente, si concluderanno con un provvedimento sfavorevole per il privato. Al contrario, non potendosi prospettare alcun intervento in contraddittorio nell'ipotesi in cui l'amministrazione sia orientata ad adottare una determinazione positiva all'istanza del privato. Anche l'ambito soggettivo della disposizione sembra confermare la caratterizzazione funzionale anzidetta, in quanto la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è adempimento che deve essere eseguito in favore dei soli istanti e non di tutti i partecipanti al procedimento amministrativo, i quali potranno

---

<sup>143</sup>L'art. 10-*bis* successivamente modificato dalla legge n.180 del 2011 e di recente dalla legge n. 120 del 2020 oggi espressamente recita: "Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. 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. 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. 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. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione".

Secondo G. Milo, *Il preavviso di diniego dopo la legge n. 11 settembre 2020 n. 120*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it), 4 (2020), è preferibile «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». Viene, però, rilevato come la giurisprudenza utilizzi alternativamente entrambe le nozioni. Infatti, l'istituto è qualificato sia come preavviso di diniego (*ex multis* Cons. St., Sez. II, 09.12.2020, n. 7841, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) sia come preavviso di rigetto (*ex multis* Cons. St., Sez. III, 5.12.2019, n. 8341, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

presentare “osservazioni” e “documenti” al fine di orientare l’*iter* decisionale verso un esito favorevole alle proprie aspettative.

Ad una prima analisi, sembra che la nuova disposizione privilegi gli obiettivi del completamento e del rafforzamento del dialogo che si instaura normalmente tra privato ed amministrazione nel contesto procedimentale con un momento di interazione ulteriore tra istanti e amministrazione precedente, in ragione della prospettata adozione di un provvedimento negativo. Il modulo procedimentale si verrebbe, perlomeno in questa fase, a connotare come luogo di comparazione e confronto tra gli interessi in gioco, in una prospettiva dialettica di contraddittorio. In questo modo, il privato diventa soggetto legittimato a contraddire con l’amministrazione, titolare, dunque, di una posizione di vero e proprio diritto ad attivare il contraddittorio con l’amministrazione precedente e difendere la pretesa sostanziale azionata. Più precisamente, l’istituto assolve alla finalità di innescare un secondo contraddittorio, più mirato, nella fase pre-decisionale del procedimento, fornendo all’interessato un’ulteriore “chance” di incidere sul contenuto del provvedimento e di evitare il prodursi di effetti pregiudizievoli.

Come si accennava, il cd. preavviso di rigetto costituisce un rafforzamento della comunicazione di avvio del procedimento, in quanto, in entrambi i casi, si è al cospetto di comunicazioni che garantiscono da un lato, la piena conoscibilità e prevedibilità dell’azione amministrativa e, dall’altro consentono l’instaurazione di un confronto dialettico tra l’autorità e i cittadini amministrati<sup>144</sup>. Dunque, in linea di principio, all’istituto in esame sono riferibili le osservazioni precedentemente svolte in materia di comunicazione dell’avvio del procedimento, se non fosse che il rapporto tra le due comunicazioni non è di piena simmetria.

In ordine alle tipologie di procedimenti- d’ufficio o su istanza di parte- la giurisprudenza prevalente ritiene che l’obbligo di cui all’art. 7 della l. n. 241/90 si riferisce ai soli procedimenti avviati d’ufficio, laddove il cd. preavviso di rigetto riguarda espressamente i soli “procedimenti ad istanza di parte”, sia di rigetto *sic et simpliciter*<sup>145</sup> delle istanze del privato, sia in caso di accoglimento solo parziale delle stesse, allorché il rigetto parziale si concretizzi in un’ apprezzabile lesione delle aspettative o della sfera giuridica dell’interessato<sup>146</sup>. Pertanto, secondo il ricordato indirizzo pretorio, prima della previsione della comunicazione *ex art. 10-bis*, i titolari di interessi legittimi pretensivi erano esclusi dal diritto di ricevere notizia dell’avvio del procedimento e, quindi, dalla possibilità di operare attivamente nella fase di preparazione e formazione della decisione. In questa lettura, la disparità di trattamento tra i titolari di interessi oppositivi e i titolari di interessi legittimi pretensivi sarebbe stata risolta con l’introduzione del cd. preavviso di rigetto che, imponendo all’amministrazione di ascoltare i soggetti istanti nell’ipotesi in cui si profili l’adozione di un provvedimento reiettivo, consente di recuperare il contraddittorio in una fase successiva. Sempre con riguardo all’ambito di applicazione della norma appare dubbia la scelta del legislatore di escludere la comunicazione dei motivi ostativi ai procedimenti originati *ex officio* e, quindi di un contraddittorio rinforzato, soprattutto se si considera che molti di essi sono diretti a conseguire un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato<sup>147</sup>. In questi casi, pur essendo assente un’istanza-atto del privato, la situazione giuridica sottesa al procedimento amministrativo sarà quella di

---

<sup>144</sup> Cfr. F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, cit., 169ss.

<sup>145</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 4958/2009.

<sup>146</sup> TAR, Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 1015/2009.

<sup>147</sup> G. Bottino, *Articolo 10 bis, L’azione amministrativa*, Milano 2005, 1ss.

interesse legittimo pretensivo, del tutto identica alle ipotesi in cui l'azione amministrativa è stata sollecitata dal cittadino<sup>148</sup>.

Un'ulteriore differenza è quella che si riscontra sul piano dei destinatari: diversamente dalla comunicazione di avvio del procedimento- per la quale l'art. 7 prescrive che i destinatari sono i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti (c.d. destinatari diretti), quelli che per legge debbono intervenire (c.d. interventori necessari); quelli individuati o facilmente individuabili che possono subire un pregiudizio dal provvedimento (c.d. controinteressati)- è previsto l'invio del cd. preavviso di rigetto ai soli istanti, a nulla rilevando la presenza di eventuali controinteressati intervenuti nel procedimento. Tuttavia, tale scelta è stata avversata da parte di chi ritiene che al procedimento possono partecipare più soggetti, ognuno dei quali potrebbe domandare l'emanazione di un provvedimento acquisitivo della propria specifica richiesta, di guisa che un provvedimento favorevole per taluni potrebbe non esserlo per gli altri<sup>149</sup>. Se secondo questa parte della dottrina, ragioni di equità suggerirebbero un'interpretazione estensiva della norma *de qua*, la scelta legislativa di limitare il preavviso di diniego al solo istante è giustificata dal principio di non aggravio del procedimento (*ex art. 1, comma 2 l. 241/90*), per assicurare un contraddittorio più ampio all'istante maggiormente interessato all'adozione del provvedimento<sup>150</sup>. È chiaro, quindi, che l'istituto è finalizzato a disciplinare il contraddittorio tra chi ha chiesto l'adozione di un provvedimento e l'amministrazione procedente.

Inoltre, non può essere sottaciuto che l'obbligo informativo normato all'art. 10-*bis* della l. n. 241/90 si inserisce in una fase più avanzata del procedimento rispetto a quella della comunicazione di cui all'art. 7 della stessa legge; mentre quest'ultima è collocata nella fase dell'iniziativa procedimentale, servendo ad informare tutti gli interessati del relativo avvio, in vista della successiva partecipazione, la comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda è adottata nella fase pre-decisionale, quando l'istruttoria è stata già espletata ed è stato elaborato un progetto di decisione (generalmente coincide con la compilazione della relazione conclusiva *ex art. 6 lett. e) l. 241/90*<sup>151</sup>). Detto obbligo è, quindi, preordinato a favorire un confronto dialettico più consapevole tra le parti sul contenuto, ormai definito, della determinazione conclusiva<sup>152</sup>. In particolare, la fase di approfondimento e di confronto tra l'amministrazione e il destinatario del provvedimento risponde non tanto a logiche di collaborazione del privato nella definizione del materiale istruttorio, quanto piuttosto a logiche di tutela e difesa dello stesso soggetto.

---

<sup>148</sup>Poi, sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della norma in commento le procedure concorsuali, nonché i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti da enti previdenziali.

<sup>149</sup> E. Mele, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative. Nota a TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 8 giugno 2006, n. 3336*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), (2006).

<sup>150</sup> TAR Umbria, n. 502/2009.

<sup>151</sup> Nel silenzio della legge sull'autorità competente all'adozione del cd. preavviso di diniego (si prevede generalmente che essa competa o al responsabile del procedimento o al responsabile del provvedimento), la lettura preferibile è quella che fa dipendere il mittente dalla fase in cui si è giunti all'elaborazione del potenziale provvedimento negativo. Se essa avviene in sede di compilazione della relazione conclusiva dell'istruttoria, sarà di competenza del responsabile del procedimento ove invece, il dirigente preposto alla decisione decida di discostarsi dalla proposta di provvedimento emessa dal responsabile del procedimento graverà su di lui, l'obbligo di provvedere alla comunicazione di cui all'art. 10-*bis*.

<sup>152</sup> E. Picozza, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, Relazione al Convegno C.I.S.A. – Roma 28 giugno 2005, 1ss, sulla Legge 11.2.2005, n. 15 discorre di una sorta di contraddittorio sul provvedimento negativo.

Nondimeno, il parallelismo tra i due istituti emergeva anche con riguardo al regime di invalidità. In proposito, fu inaugurata dalla giurisprudenza<sup>153</sup>, la tendenza di estendere in via analogica la disposizione dettata dall' art. 21-*octies* specificamente per la mancata comunicazione di avvio del procedimento all'ipotesi regolata dall'art. 10-*bis* della l. n. 241/990, di fatto finendo per ridurre l'inosservanza del dovere di informazione a mero vizio formale non invalidante e sanabile. L'annoso dibattito circa l'applicabilità o meno del congegno di cui all'art. 21-*octies* è stato risolto, in via legislativa, solo di recente, con il D.L. n. 76/2020-poi convertito con l. 120/2020- con il quale è stato previsto che il secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-*octies* non si applichi al preavviso di rigetto. L'istituto in esame, lungi dal costituire un mero adempimento formale<sup>154</sup>, presenta una *ratio* composita<sup>155</sup>.

La ricostruzione delle finalità della norma non può che prendere l'abbrivio dai lavori preparatori della l. n. 15 del 2005, in cui già si osservava che la stessa “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”<sup>156</sup>. Dunque, è innegabile che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza persegue un obiettivo deflativo del contenzioso. Infatti, l'applicazione dell'art. 10-*bis* importa per l'interessato la conoscenza dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza prima che il procedimento si concluda con un provvedimento di diniego in modo da rendere possibile l'instaurazione di un contraddittorio “rinforzato” tra l'istante e l'amministrazione. A seguito della presentazione delle osservazioni e dei documenti, la p.a. potrà rivedere il suo originario intendimento, evitando di fatto che il privato, per tutelare le proprie ragioni, si rivolga al giudice amministrativo. L'introduzione del cd. preavviso di rigetto impone una rivisitazione della funzione del procedimento amministrativo, venendo in rilievo non solo come sede di comparazione discrezionale dei diversi interessi (pubblici o privati, primari o secondari) ma, a seguito della l. 15 del 2005, anche come luogo deputato a risolvere possibili conflitti<sup>157</sup>. In una lettura sistemica, la norma rileva come manifestazione del principio di trasparenza<sup>158</sup> di cui all'art. 1 della stessa legge<sup>159</sup>,

---

<sup>153</sup> Emblematica è la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 2 maggio 2012, n. 2402, che affermava che “la comunicazione di preavviso di diniego di cui all'art. 10-*bis* della L. 241 del 1990 deve ritenersi assoggettata alle stesse regole vevolevoli per la comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente superamento del vizio formale in questione nelle ipotesi, come quella di specie, in cui la comunicazione di avvio del procedimento non è necessaria”.

<sup>154</sup> Molti autori ritengono, al contrario, che il nuovo istituto costituisca un aggravamento procedimentale di dubbia utilità. Si veda V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - II parte* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), (2005) 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 all'art. 1, 2° comma)”. Nello stesso senso R. Proietti, *Preavviso di rigetto: conquista di civiltà* in *Diritto e giustizia*, (2005), 106.

<sup>155</sup> Così S. Tarullo, *L'art. 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit., 1.

<sup>156</sup> Cfr. Progetto di Legge C. 3890-A, XIV legislatura, Relazione On. Bressa, in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>157</sup> Si veda TAR Campania, Sez. I, n.1090 del 2018.

<sup>158</sup> Cfr. G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) 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 E. Giardino, *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 R. Tomei, Padova 2005, 273; S. Tarullo, *L'art. 10 bis*, cit. 1.

<sup>159</sup> 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

poiché impone all'amministrazione di adottare idonea motivazione prima di negare l'accoglimento di una richiesta, con l'intento di privilegiare l'esito favorevole piuttosto di rigettare automaticamente (e senza pre-informazione) l'istanza<sup>160</sup>. In questo senso, si sottolinea il collegamento dell'istituto con il principio del "giusto procedimento" e con il dovere di informazione e buona fede nell'esercizio del potere; non sono mancati, infatti, autori che hanno avvicinato la comunicazione *ex art. 10-bis* al fenomeno civilistico degli obblighi informativi nelle trattative contrattuali<sup>161</sup>, sicché la mancata trasparenza nel procedimento amministrativo può ingenerare responsabilità contrattuale della p.a. ai sensi degli artt. 1337-1338 c.c.

Con la novella di cui al D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, è stata aggiunta un'ulteriore funzione all'*art. 10-bis* strettamente connessa alla questione della riedizione del potere amministrativo. Più precisamente, la disposizione statuisce: "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". La *ratio* va ricercata nell'esigenza di garantire l'effettività della tutela delle situazioni soggettive vantate dai consociati ed evitare che, una volta conseguita una pronuncia di annullamento del provvedimento illegittimo, la stessa venga vanificata da un'indiscriminata applicazione del principio di inesauribilità del potere pubblico. La questione richiede uno studio approfondito, per il quale si rimanda ai paragrafi successivi<sup>162</sup>.

### 3.2- Art 10-bis: sub-procedimento o parte della fase istruttoria?

La modificazione apportata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 all'originario impianto della legge generale sul procedimento amministrativo ha determinato sicuramente un ragguardevole rafforzamento del contraddittorio amministrativo e un'innovazione della struttura del procedimento amministrativo.

Invero, è ancora aperta la questione relativa alla collocazione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'*art. 10-bis* della l. 241/90. In particolare, la dottrina si preoccupa di inserire la fase del contraddittorio eventuale-generata dal preavviso di rigetto- nell'ambito della classica tripartizione delle fasi procedurali (iniziativa, istruttoria, decisionale, integrativa dell'efficacia)<sup>163</sup>.

Si tratta di un'operazione non semplice in ragione della discussa natura e della *ratio* composita che, come visto, caratterizza l'istituto.

---

presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

<sup>160</sup> M. Lucca, *Il cd. Preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*.

<sup>161</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2003, 548.

<sup>162</sup> Si vedano i paragrafi 4,5,6.

<sup>163</sup> S. Tarullo, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit., 1; G. Lo Presti, *il preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge n. 241/90: la collaborazione istruttoria diventa diritto al contraddittorio nel procedimento? in le nuove regole dell'azione amministrativa*, Atti del convegno di Catania dei giorni 11 e 12 novembre 2005, raccolti da A. Cariola, G. D'Allura, F. Florio, Catania 2006, 87.

Sul punto si fronteggiano diverse tesi: alcuni autori ritengono che la comunicazione integri un momento pre-decisionale, altri che si tratti dell'ultimo atto della fase istruttoria, altri ancora che introduca un sub-procedimento complesso.

Il dato normativo dell'art. 10-*bis* della l. 241/1990, nella parte in cui allude alla "formale adozione di un provvedimento negativo" e ai "motivi ostativi all'accoglimento della domanda" non lascia dubbi sul fatto che la comunicazione costituisce l'ultimo atto della fase istruttoria e presuppone la sostanziale predeterminazione della scelta finale sfavorevole. Infatti, anche se l'amministrazione non ha ancora formalmente emanato il provvedimento amministrativo, in base al materiale raccolto, è altamente probabile che la sequenza procedimentale prenda tale direzione. La disposizione in commento deve essere coordinata con quella di cui all'art. art. 6 lett e) della medesima legge per orientare l'interprete nell'individuazione della precisa fase in cui si inserisce tale adempimento, dal momento che siffatta prescrizione onera il responsabile del procedimento amministrativo di redigere la relazione conclusiva dell'istruttoria corredata da una proposta di provvedimento.

I rilievi appena svolti hanno determinato gli autori più fedeli alla classica ripartizione delle fasi procedurali nel senso di collocare la comunicazione dei motivi ostativi all'interno dell'istruttoria<sup>164</sup>. Posto che la disposizione *de qua* attribuisce agli istanti la possibilità di paventare interessi o fatti pretermessi, ignorati o valutati, tramite osservazioni ed eventualmente documenti, l'istruttoria è tutt'altro che esaurita: la fase decisoria si potrà realizzare solo dopo il decorso dei termini di legge per l'esercizio di tali facoltà. Avvalora la suddetta impostazione l'art. 6, primo comma, lett. b) della l. 241/90 perché anche se il privato non volesse avvalersi delle anzidette facoltà, l'amministrazione dovrebbe completare il quadro istruttorio d'ufficio<sup>165</sup>. Questa impostazione rimarca il carattere endoprocedimentale e provvisorio dell'intendimento manifestato nel preavviso<sup>166</sup>.

Altra dottrina, nel tentativo di valorizzare il secondo contraddittorio attivato dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10-*bis* l. 241/1990, conia appositamente la fase pre-decisionale. Se l'amministrazione con il cd. preavviso di rigetto comunica tempestivamente i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza, va da sé che tale adempimento presuppone il completamento dell'istruttoria (valutazione della esaustività e del valore probatorio del materiale raccolto e comparazione degli interessi in gioco). In tale fase rimane spazio soltanto per l'ulteriore interlocuzione del privato interessato sul contenuto del provvedimento a garanzia dell'integrità e dell'effettività del contraddittorio. Dunque, poiché i motivi così comunicati al privato sono elemento costitutivo del provvedimento finale, il soggetto tenuto all'adozione dell'atto è anche competente alla sottoscrizione del preavviso<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup>S. Tarullo, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit., 1; G. Lo Presti, *il preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge n. 241/90: la collaborazione istruttoria diventa diritto al contraddittorio nel procedimento?*, cit., 1; G. Bottino, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990 in Foro amm. - TAR*, (2005), 1557, nonché IDEM: *Articolo 10-bis*, in *L'azione amministrativa*, a cura di V. Italia, Milano 2005, 1ss.

<sup>165</sup> Anche secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il contraddittorio con il destinatario del provvedimento negativo non ancora emanato ma ormai definito nelle intenzioni dell'autorità, ha la finalità di raccogliere il contenuto istruttorio, indispensabile per addivenire ad una compiuta disamina di quegli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere. Così Cons. Stato, Sez. V, n. 5266/2021; Cons. Stato, sez. VI, n. 1001/2020.

<sup>166</sup> TAR Lazio, sez. I *ter*, n. 2553/2006.

<sup>167</sup> M. Lucca, *Il cd. Preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, cit., 1; L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul*

Un'altra tesi sostiene che l'adempimento di cui all'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 non possa essere inquadrato nell'ambito della tradizionale divisione in fasi dell'*iter* procedimentale. Dal punto di vista strutturale, il cd. preavviso di rigetto si pone in un "segmento procedimentale autonomo" posto al termine della fase istruttoria ma in una "dimensione pre- decisionale".

Poiché questo segmento ha come presupposto un evento diacronico<sup>168</sup>, ossia la sospensione dei termini per concludere il procedimento principale<sup>169</sup>, appare utilizzabile la nozione di subprocedimento, che descrive una fase autonoma (che inizia con la comunicazione del preavviso di rigetto e termina con la decisione definitiva), ma subordinata comunque al procedimento principale. Non sembra, invece, invocabile il concetto di procedimento incidentale, che normalmente riguarda un diverso procedimento assunto da una diversa autorità amministrativa.

Il subprocedimento è stato condivisibilmente denominato "partecipativo"<sup>170</sup> perché rappresenta lo spazio temporale in cui il privato ha diritto di presentare osservazioni scritte e documenti di cui la P.A. deve tenere conto se pertinenti e rilevanti per l'oggetto del procedimento, pronunciandosi con apposita motivazione nel provvedimento finale. Decorsi comunque i termini, senza attivazione da parte del privato ovvero impugnazione in sede giurisdizionale, la motivazione provvisoria diventa definitiva.

La dottrina ha giustamente coniato il concetto di processualprocedimento<sup>171</sup> perché in questa fase l'esercizio del diritto di difesa e quindi del contraddittorio è particolarmente garantito dalla legge. Infatti, la norma prescrive che nel caso di presentazione di osservazioni, l'autorità o responsabile del procedimento debbono darne congrua motivazione, indicando- se ve ne sono- i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni.

Non è però ancora chiaro se il segmento del preavviso di rigetto vada inquadrato nella sola fase decisionale del procedimento (cd. pre-decisione) ovvero possa riaprire l'istruttoria; questo dipende dalle osservazioni del privato. Specificamente nei procedimenti amministrativi complessi, come quelli attinenti alla VIA, le osservazioni del privato potrebbero contenere critiche tali da imporre all'amministrazione un supplemento di istruttoria prima ancora di potere decidere se accogliere o rigettare le suddette osservazioni.

### 3.3- Gli oneri di partecipazione del privato e gli obblighi di motivazione della P.A.

Ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, nei procedimenti ad istanza di parte, l'amministrazione è tenuta a comunicare preventivamente i motivi ostativi all'accoglimento della domanda, onde consentire all'interessato di presentare osservazioni scritte e/o documenti

---

*procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?* in *Dir. amm.*, 2006. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2003, n.1116; T.A.R. Trentino - A. Adige Trento, 11 giugno 2002, n.186.

<sup>168</sup> In proposito, la migliore dottrina (M. S. Giannini) insegna che la sospensione dei termini andrebbe inquadrata nei cdd. profili diacronici del procedimento amministrativo; ciò trova inequivocabile conforto nello stesso dettato normativo, in quanto l'art. 10- *bis* stabilisce che decorsi i termini senza attivazione da parte del privato ovvero impugnazione in sede giurisdizionale la motivazione provvisoria diventa definitiva. Si veda, E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 295.

<sup>169</sup> Testualmente l'art. 10-*bis*: "La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo".

<sup>170</sup> D. Chinello, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>171</sup> E. M. Marengi, *Procedimenti e processualprocedimento*, cit., 1.

idonei a suffragare la propria richiesta e ad “eliminare gli ostacoli all’accoglimento della domanda, prima che essa sia definitivamente respinta”. In altre parole, gli oneri di partecipazione del privato si sostanziano nella presentazione di osservazioni - eventualmente corredate da documenti - negli stretti termini temporali indicati dal legislatore, in modo non dissimile a quanto accade nell’agone processuale. Il parallelismo appare ancor più calzante se si tiene in considerazione che il dialogo rinforzato tra l’amministrazione e il destinatario del provvedimento - che discende dalla comunicazione *ex art-10 bis* - risponde non tanto a logiche di collaborazione nella definizione del materiale istruttorio, quanto piuttosto a logiche di tutela e difesa dello stesso soggetto<sup>172</sup>.

Secondo un’analisi linguistica, la formulazione della norma non è perfetta: la dizione “osservazioni” descrive, tecnicamente, atti con i quali il privato partecipa al procedimento in ottica collaborativa e non difensiva. Gli atti di cui all’art. 10-*bis* sono delle vere e proprie memorie difensive, affini a quelle contemplate nell’art. 183 del codice di rito. Invero, le stesse includerebbero fatti, informazioni, argomenti tesi a persuadere l’amministrazione decidente della bontà dell’istanza presentata. La *ratio* difensiva è resa ancor più evidente dalla circostanza che la comunicazione è prescritta per i soli procedimenti che possono concludersi con provvedimenti sfavorevoli ed è indirizzata ai suoi destinatari diretti. Queste caratteristiche condizionano anche le modalità della comunicazione: il preavviso di rigetto deve essere personale, escludendosi la possibilità di comunicazione in forme impersonali, anche laddove l’istanza risulti sottoscritta da un numero elevato di soggetti. Dunque, dal punto di vista della legittimazione a controdedurre - ristretta ai soli istanti, titolari di interessi pretensivi e non estesa, invece, a tutti i partecipanti al procedimento amministrativo – si avvalorava fervidamente la finalità dell’istituto: instaurare un contraddittorio con i destinatari degli effetti diretti del provvedimento sia per consentire l’esercizio del diritto di difesa sia per elaborare una motivazione adeguata<sup>173</sup>. Nonostante siano numerose le critiche mosse alla formulazione della norma, nella parte in cui non apre il contraddittorio a tutti gli interessati *ex art. 7* della stessa legge, si ritiene che l’interpretazione restrittiva sia l’unica plausibile e rispondente ai principi e alle intenzioni del legislatore. Infatti, argomentando diversamente si giungerebbe ad un inutile aggravamento del procedimento amministrativo, atteso che la schiera degli interessati è già intervenuta in fase istruttorio ai sensi degli artt. 7 e ss. della l. 241/1990. La partecipazione degli istanti è qui stretta attuazione del principio del giusto procedimento: solamente gli istanti hanno un interesse serio a contrastare il convincimento negativo dell’amministrazione decidente, principale ostacolo per l’acquisizione o la conservazione del bene della vita<sup>174</sup>.

Nondimeno le tecniche difensive a disposizione del privato rispondono alle regole e alle logiche del processo. In particolare, *condicio sine qua non* di un pieno ed effettivo contraddittorio è la conoscenza puntuale dei fatti di cui si discute. Pertanto, grava sull’amministrazione procedente l’obbligo di contestazione precisa e circostanziata delle ragioni che inducono a determinarsi in senso sfavorevole all’accoglimento dell’istanza. Se quindi è incontrovertibile che il contenuto della dichiarazione non può consistere nella generica

---

<sup>172</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 7576/2009.

<sup>173</sup> TAR, Piemonte, Sez. I, n. 781/2015 esalta l’istituto nella sua funzione spiccatamente difensiva.

<sup>174</sup> Di contro, tale tesi è stata avversata da parte di chi ritiene che al procedimento possono partecipare più soggetti, ognuno dei quali potrebbe domandare l’emanazione di un provvedimento accoglitivo della propria specifica richiesta, di guisa che un provvedimento favorevole per taluni potrebbe non esserlo per gli altri, con un’applicazione solo parziale della *ratio* difensiva della norma, con l’esclusione di fatto di tutti i soggetti diversi dall’istante dal contraddittorio. Si potrebbe ipotizzare per ragioni di equità, di applicare l’art. 10-*bis* a tutti i soggetti che hanno partecipato al procedimento, mediante un’interpretazione estensiva della norma in commento. Così L. Tarantino, *sub art. 10-bis*, in *Codice Amministrativo*, a cura di F. Caringella, Milano 2022, 750.

notizia dell'emanazione di un prossimo provvedimento sfavorevole né nella mera ripetizione di formule standardizzate - cui si aggiunge a seguito della novità introdotta dalla l. 180/2011 il divieto di addurre inadempienze o ritardi dell'amministrazione stessa - non è altrettanto pacifico stabilire le "dimensioni standard" della comunicazione in questione<sup>175</sup>. Essenzialmente, sul tema, si fronteggiano due filoni interpretativi: uno più elastico e fedele al dato letterale, l'altro più rigoroso e attento alle garanzie difensive. Secondo il primo, l'amministrazione è tenuta ad evidenziare solo e solamente gli specifici profili che ostacolano l'accoglimento della domanda, senza dover anticipare l'intera motivazione finale. Di converso, l'altro orientamento richiama l'art. 3 della l. 241/1990 in tema di motivazione del provvedimento finale, affermando che il preavviso di rigetto, rappresentando un'anticipazione della decisione terminale, dovrebbe indicare, analogamente, i "presupposti di fatto e le ragioni di diritto" alla base della reiezione, così permettendo all'interessato di far valere a pieno le proprie ragioni<sup>176</sup>. Del resto, anche se si sostiene che l'interessato non possa impugnare direttamente innanzi al giudice amministrativo una comunicazione incompleta, la giurisprudenza è dell'avviso che il difetto informativo può tradursi in un vizio del provvedimento finale<sup>177</sup>. Si conclude brevemente che il giudizio sul corretto assolvimento dell'obbligo comunicativo *ex art. 10-bis* resta affidato al prudente apprezzamento della giurisprudenza, che dovrà procedere - caso per caso - assumendo come criterio di valutazione la quantità e la qualità del materiale raccolto. Così la questione relativa alla "dimensione standard" del preavviso di rigetto può essere risolta con una proporzione matematica di tipo diretto, i cui termini sono la completezza dell'istruttoria e la precisione della motivazione; di talché, maggiori sono i dati raccolti in sede di istruttoria, più meticolosa sarà il contenuto della comunicazione, mentre inferiori sono le informazioni, inferiore sarà l'estensione e la profondità della motivazione richiesta all'amministrazione.

Simmetricamente, il principio di contestazione *ex art. 115 c.p.c* impone che le osservazioni del privato siano altrettanto circostanziate (ed eventualmente corredate da documenti) per rispondere in maniera puntuale e non generica agli specifici rilievi mossi dalla p.a., così da indurla a rivedere la propria posizione<sup>178</sup>. In particolare, le contestazioni possono riguardare sia profili di legittimità sia profili di merito dell'emanando provvedimento. In caso di inosservanza del criterio processuale sopra richiamato, la pubblica amministrazione procederà a rendere definitiva la propria decisione, formalizzandola nel provvedimento (analogamente a quanto farebbe se il privato non depositasse alcuna memoria).

Esaminati gli aspetti prettamente strutturali, il rispetto del principio costituzionale del "giusto procedimento" richiede che per la preparazione della difesa siano concessi termini ragionevoli.

Questo obbligo è soddisfatto dallo stesso art. 10-*bis* nella parte in cui prevede che la comunicazione produce - in seguito alla modifica del D.L. 76/2020 convertito in l. 120/2020<sup>179</sup>-

---

<sup>175</sup> Cfr. P. Lazzara, *Commento sub art. 10- bis*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) A. Romano, Torino 2016, 387.

<sup>176</sup> E. Giardino, *Partecipazione al procedimento*, cit., 275; G. Bottino, *L'art. 10-bis*, cit., 405.

<sup>177</sup> La mancata indicazione nel preavviso di rigetto di una delle ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza, impedendo all'interessato di far valere le proprie ragioni, rende illegittimo il diniego. Così TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 1596/ 2016 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

L'invalidità si manifesta anche nel caso in cui il preavviso di rigetto non presenti affatto l'esposizione delle ragioni ostative. Così *ex multis*, TAR, Veneto, Sez. II, n. 3865/2005.

<sup>178</sup> D. Chinello, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, cit., 1.

<sup>179</sup> In origine, il preavviso produceva come primo effetto l'interruzione del termine di conclusione del procedimento. Esso iniziava nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni e, in mancanza,

l'effetto di sospendere i termini di conclusione del procedimento. Questi riprenderanno a decorrere dieci giorni dopo il deposito delle controdeduzioni dei privati, o in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di dieci giorni dal ricevimento del preavviso di rigetto.

In definitiva, accertato che il privato ha il diritto di presentare osservazioni unitamente ad eventuali documenti entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, resta da capire - nel silenzio della legge - se tale termine abbia natura perentoria ovvero ordinatoria.

Seconda parte della dottrina<sup>180</sup> si tratterebbe di un termine perentorio e, come tale, determinante decadenza dal diritto nell'ipotesi di inutile decorso, atteso che opinando diversamente, si rischierebbe di pregiudicare la valutazione delle stesse osservazioni presentate dai privati, nonché la conclusione del procedimento nell'ipotesi in cui tali apporti difensivi dovessero pervenire in prossimità della scadenza del termine di conclusione del procedimento. In considerazione di ciò, l'amministrazione non sarebbe obbligata a valutare le osservazioni tardive, residuando in capo alla stessa la mera facoltà di considerarle ai fini dell'assunzione e della determinazione conclusiva, qualora consentito dai tempi dell'istruttoria<sup>181</sup>. Si tratta di una tesi che dà maggiore risalto alle esigenze di celerità, speditezza, non aggravamento del procedimento amministrativo, e che, ad avviso di chi scrive, finisce per frustrare la *ratio* del cd. preavviso di rigetto, volta a favorire un dialogo tra soggetto pubblico e privato. Tra l'altro contro questa impostazione milita un argomento su tutti: il principio generale secondo il quale i termini perentori sono espressamente qualificati come tali dal legislatore, attributo che non assiste il termine in esame (*ex artt. 152, 2 c.p.c. e 173, 1 c.p.p.*).

Del resto, la giurisprudenza maggioritaria esclude la natura decadenziale del termine di dieci giorni, ammettendo, di converso, la proposizione tardiva delle osservazioni che dovranno essere valutate sino al momento dell'adozione del provvedimento finale<sup>182</sup>. Ciò significa che le osservazioni debbono essere presentate in tempo utile per la relativa valutazione, senza che l'amministrazione debba attendere la risposta, tardiva o meno che mai considerare le osservazioni dopo l'adozione del provvedimento. Necessariamente, il termine di conclusione del procedimento decorre *ex novo* dalla presentazione tardiva delle osservazioni<sup>183</sup>.

Sempre sotto il profilo temporale, è importante evidenziare che il termine stabilito dal legislatore del 2005 è suscettibile di essere ampliato dalla normativa regionale, ma non di essere compresso in base al dettato dell'art. 29 l. n. 241/90<sup>184</sup> perché altrimenti si determinerebbe un aggravio dell'esercizio dei diritti difensivi dei privati. La previsione della derogabilità *in melius* può costituire la soluzione alle perplessità mostrate in dottrina sulla congruità del termine di dieci giorni, considerato troppo breve, soprattutto in caso di procedimenti complessi e ad alto

---

dalla scadenza del termine per la loro presentazione. Il legislatore con il D.L. 76/2020 ha fatto chiarezza, sposando la tesi che comporta una maggiore accelerazione procedimentale, prevedendo ora espressamente che il termine di conclusione del procedimento è sospeso e non interrotto.

<sup>180</sup> S. Toschei, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in *Guida dir.*, Fasc. 10 (2005), 66, il quale ha evidenziato che "Tutto lascia pensare che il termine fissato dalla legge in dieci giorni sia comunque perentorio, giacché è dallo spirare di tale termine, qualora non siano già provenute le osservazioni dell'interessato, che riprende integralmente a decorrere il termine per la conclusione del procedimento".

<sup>181</sup> TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, n. 208/2020.

<sup>182</sup> I giudici hanno affermato "il termine di dieci giorni è perentorio solo nel senso che esonera l'amministrazione dal tener conto dei documenti tardivamente inviati e pervenuti dopo che il provvedimento negativo sia stato adottato, ma nell'ipotesi in cui i documenti siano comunque pervenuti prima dell'adozione del provvedimento negativo, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di esaminarli. Così TRGA n. 120/2021; TAR Campania, Salerno, Sez. II, n. 1632/2020.

<sup>183</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, n. 2690/2009; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, n. 248/2012.

<sup>184</sup> S. Tarullo, *L'art. 10-bis*, cit.

tasso di discrezionalità. Gli autori suggerivano un allineamento con il termine generale e residuale dell'azione amministrativa di trenta giorni. La disposizione di cui all'art. 29 della succitata legge consente, ferma la soglia minima legislativa, di calibrare il lasso temporale a disposizione del privato sulla base della complessità del singolo procedimento e delle esigenze istruttorie del caso concreto. Trattandosi di termine posto nell'interesse del privato e avente valenza difensiva, non è da escludere che il privato, una volta ricevuto il preavviso di rigetto, rinunci espressamente al suo integrale decorso in funzione dell'ottenimento di un provvedimento tempestivo.

Cruciale è poi la problematica del rapporto tra il contenuto del preavviso e la motivazione del provvedimento finale. L'istituto del preavviso di rigetto rappresenta l'esigenza che nei procedimenti ad istanza di parte, sussista una consequenzialità tra le ragioni della decisione e il contraddittorio con gli interessati. Infatti, presentate le osservazioni e/o i documenti, tempestivamente o tardivamente (ma sempre prima della decisione), la p.a. è tenuta a valutarli ai fini della determinazione finale. Tuttavia, l'obbligo di valutazione degli elementi adottati dai privati non si traduce nell'obbligo di accogliere l'istanza del privato. Invero, l'amministrazione mantiene intatto il suo potere di decisione in riferimento al quadro istruttorio acquisito con il solo vincolo di motivare sull'eventuale rigetto delle osservazioni del privato<sup>185</sup>.

Schematicamente, tre sono gli esiti possibili:

- a) l'integrazione della motivazione e la conclusione del procedimento con un provvedimento sfavorevole;
- b) il ritiro della proposta di provvedimento sfavorevole all'adozione di uno favorevole;
- c) la riapertura dell'istruttoria.

Nell'ipotesi di diniego è necessario che l'atto si fondi sulle stesse ragioni adottate nel precedente preavviso. Ciò significa che anche se è sicuramente vietato motivare *ex novo* la determinazione amministrativa negativa, a pena di illegittimità<sup>186</sup>, in capo all'organo decidente residua la facoltà di specificare ovvero di qualificare in modo differente la fattispecie concreta<sup>187</sup>. A *fortiori*, l'adozione di un provvedimento negativo suffragato da motivi completamente diversi da quelli portati a conoscenza dell'istante, costituisce violazione dell'art. 10-*bis* e quindi rende illegittimo il provvedimento emanato<sup>188</sup>. In breve, la comunicazione dei motivi ostativi rafforza il principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo essendo tese ad evitare i "provvedimenti a sorpresa", cioè quei provvedimenti che prospettino questioni di fatto o diritto prima ignote al richiedente, o comunque non percepibili. In realtà, la figura dei "provvedimenti a sorpresa" è mutuata dal campo processuale, ove "le sentenze a sorpresa o decisioni di terza via" - che si configurano quando il giudice *ex officio* rileva questioni che le parti non hanno stimolato e sulle quali non vi è stato dibattito - sono sanzionate con la nullità *ex art.* 101,

---

<sup>185</sup> La norma 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".

Secondo S. Tarullo, *L'art. 10-bis*, cit., lss la norma non brilla per chiarezza: in primo luogo, perché l'obbligo di valutazione degli elementi adottati dal privato non è parametrato ad alcun criterio, diversamente dalla fattispecie di cui all'art. 10 ove il legislatore lo ha circoscritto alla pertinenza rispetto all'oggetto del procedimento; in secondo luogo, l'obbligo motivazionale è ristretto alla sola eventualità di mancato accoglimento delle "osservazioni", nulla dicendo per il caso in cui siano depositati esclusivamente documenti.

<sup>186</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, n. 11946/2009.

<sup>187</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 2553/2006.

<sup>188</sup> TAR Puglia, Bari, Sez. II, n. 2965/2006.

secondo comma c.p.c., violando il principio del contraddittorio e quindi il diritto inviolabile alla difesa.

Se secondo l'indirizzo maggioritario, si impone un vincolo di corrispondenza assoluta tra comunicazione e decisione definitiva, la giurisprudenza minoritaria sostiene, al contrario, che "non deve sussistere necessariamente corrispondenza totale". L'amministrazione ha la facoltà di precisare meglio le proprie posizioni giuridiche in sede decisoria, avendo solamente il provvedimento finale capacità lesiva<sup>189</sup>. Quest'ultimo orientamento, che presuppone la natura endoprocedimentale della comunicazione preventiva, non è in linea con il modello di contraddittorio prefigurato dal legislatore e con il carattere potenzialmente definitivo dei motivi ostativi. Perciò, appare più convincente la prima soluzione ermeneutica, che impone uno stretto collegamento tra contenuto del diniego e comunicazione, con annesso divieto di fondare il rigetto su ragioni diverse da quelle enucleabili dalla comunicazione preventiva. La recente giurisprudenza ha interpretato in modo più morbido questo vincolo, paragonando il preavviso di rigetto ad uno schema di decisione, nel quale si deve inscrivere il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego. Di qui, i giudici hanno stabilito che ai fini della legittimità dell'atto definito non è indispensabile una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra i motivi ostativi contenuti nel preavviso di rigetto e quelli del provvedimento conclusivo del procedimento, essendo del tutto legittimo che l'amministrazione ritenga in fase decisoria, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche in relazione alle osservazioni del privato ed anche autonomamente<sup>190</sup>. Nel caso di esito positivo del procedimento, l'amministrazione sarà tenuta a chiarire adeguatamente i motivi che l'hanno indotta a mutare il progetto di provvedimento negativo. Non si può perciò condividere l'opinione di chi ritiene che l'accoglimento delle osservazioni non debba essere motivato. La motivazione del provvedimento favorevole, invero, interessa particolarmente i titolari di interessi contrari all'accoglimento e si pone tendenziale contrasto con il preavviso di rigetto. L'amministrazione dovrà palesare sia le ragioni sottese alla nuova e diversa determinazione, sia i motivi che, al contrario, inducono a confermare l'avviso preannunciato nonostante le osservazioni dell'interessato<sup>191</sup>. Il rapporto tra preavviso di rigetto e scelta amministrativa ha aperto un dibattito in dottrina relativo alla motivazione *per relationem* del provvedimento finale. Gli autori si sono espressi in modo favorevole alla possibilità che il provvedimento finale rinvii al preavviso di rigetto *ex art. 3, comma 3 l. n. 241/1990*<sup>192</sup>. L'orientamento è condivisibile, anche se deve essere precisato in relazione alla posizione dei diversi interessati. Il richiedente, infatti, ha già contezza dei motivi del rigetto e potrà comprendere la motivazione. I terzi, d'altra parte, non avendo ricevuto il preavviso di rigetto, devono conoscere integralmente le ragioni della decisione, eventualmente anche attraverso la trasmissione del preavviso di rigetto, in conformità a quanto previsto dalla norma succitata ("se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama"). In assenza di dialogo, come in precedenza sottolineato, la decisione finale potrà confermare il preavviso di rigetto sulla base

<sup>189</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 742/2020; Cons. Stato, Sez. IV, n. 6325/2017.

<sup>190</sup> TAR Veneto, Sez. II, n. 785/2021; TAR Campania, Salerno, Sez. I, n. 1596/2016; TAR Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, n. 358/2013; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n. 2236/2009; TAR Campania, Napoli, Sez. II, n. 4969/2008; TAR Piemonte, Sez. I, n. 503/2007; TAR Emilia-Romagna, Sez. I, n. 1783/2007.

<sup>191</sup> Cfr. P. Lazzara, *Commento sub art. 10-bis*, cit., 389. Una decisione favorevole dovrà essere motivata con riferimento alle ragioni per cui le motivazioni precedenti che conducevano ad un risultato diverso sono state ritirate secondo TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1931/2009.

<sup>192</sup> S. Tarullo, *L'art. 10-bis*, cit., 1ss; E. Giardino, *Partecipazione al procedimento*, cit., 1ss.

del medesimo impianto motivatorio. Non appare necessario che, in mancanza di contraddittorio, l'amministrazione ripeta l'istruttoria.

### **3.4- Le conseguenze del preavviso di rigetto sulla concezione della inesauribilità del potere amministrativo.**

La novella del decreto semplificazioni (D.L. n. 76/2020, convertito con emendamenti dalla legge n. 120/2020) ha modificato sotto più profili l'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, risolvendo alcune *querelle* che animavano dottrina e giurisprudenza<sup>193</sup>. Tra le questioni più controverse si annovera quella relativa al rapporto tra principio di inesauribilità del potere e principio di effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati<sup>194</sup>.

Secondo un autorevolissimo insegnamento “il potere amministrativo non si esaurisce con il suo esercizio e ciò consente all'amministrazione di rivedere in ogni tempo le decisioni assunte, con il limite esterno rappresentato dal principio del legittimo affidamento e dalle regole puntuali che di esso sono diretta esplicazione”<sup>195</sup>. Poiché il potere sopravvive al suo esercizio, è ammesso che la p.a. rieserciti il potere in direzione contraria ritirando il proprio atto; che, una volta rimosso l'atto in via giurisdizionale o anche amministrativa, rieserciti lo stesso potere e così riprodurre l'atto annullato con il solo limite rappresentato dagli eventuali effetti conformativi della sentenza di annullamento; che il potere non esercitato possa essere esercitato in ogni tempo, anche se la legge pone un termine per l'adozione dell'atto per la conclusione del procedimento<sup>196</sup>.

In ragione del suddetto carattere, allora, la p.a. ben potrebbe, in astratto, emanare infinite volte lo stesso provvedimento - impugnato e annullato - a discapito del privato, che, pur avendone ottenuto l'annullamento in sede giustiziale o giurisdizionale, rimarrebbe sempre esposto ad una riedizione del medesimo provvedimento. Di fatto, il principio di inesauribilità finisce per frustrare il principio costituzionale di effettività della tutela delle situazioni giuridiche dei cittadini e, anche, del legittimo affidamento. La versione originale della legge generale sul procedimento amministrativo non prevedeva un nuovo esercizio del diritto al contraddittorio né indicava precisi vincoli per il riesercizio del potere, con la conseguenza che il privato, nonostante la sentenza di condanna della p.a., non si sarebbe mai visto attribuire il bene della vita anelato. Sono gli interventi legislativi degli ultimi anni a segnare un cambiamento, rappresentando la base per verificare in un'ottica obiettiva, se l'immagine dell'inesauribilità

---

<sup>193</sup> In primo luogo, è stata sancita la portata meramente sospensiva, e non già interruttiva, del termine di conclusione del procedimento per effetto della comunicazione del preavviso di rigetto, con nuova decorrenza dello stesso al momento della presentazione delle osservazioni da parte del privato o, in assenza, dalla scadenza dei dieci giorni previsti a tal fine. In secondo luogo, è stata modificata la formulazione del testo: “Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale” in: “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”. Poi è stato espressamente previsto che la previsione di cui al secondo periodo del secondo comma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/90 non si applica alla fattispecie del preavviso di rigetto.

<sup>194</sup> Il problema è ancora ampiamente discusso in dottrina: cfr., al riguardo, tra gli ultimi, M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 224ss.; G. Urbano, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino 2020, 137ss.

<sup>195</sup> M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 1ss.

<sup>196</sup> Id., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 177.

resista nella realtà giuridica<sup>197</sup>. Dapprima la modifica ha investito la disciplina dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*), della revoca (art.21-*quinquies*) e della sospensione del provvedimento (art. 21-*quater*)<sup>198</sup>, prevedendo che per l'annullamento in autotutela dei “provvedimenti “di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici” si possa procedere entro il termine massimo di dodici mesi dalla loro adozione la revoca per rivalutazione dell'interesse pubblico originario non può essere disposta in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; la revoca per mutamento della situazione di fatto può essere pronunciata solo ove tale mutamento fosse imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. Si tratta di limiti inediti dell'azione amministrativa di riesame, che si aggiungono a quelli già in vigore, con l'obiettivo di dotare il provvedimento di maggiore stabilità e di tutelare la posizione dei privati. In questo quadro normativo, si inserisce l'ultima e forse più rilevante novità apportata dall'articolo 12, comma 1, lettera e), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120). Segnatamente, la novella ha introdotto in seno all'art 10-*bis* della L. n. 241/1990: i seguenti periodi: “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” e “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”<sup>199</sup>, evocando, la prima, l'idea di una preclusione sostanziale che opera sul piano procedimentale, la seconda, l'immagine di una preclusione sostanziale, che fa seguito all'annullamento giurisdizionale<sup>200</sup>. Invero, la modifica si innesta nel solco di una più ampia tendenza normativa – avviata dal D.L. 76/2020 convertito dalla l. 120/2020 – avente la finalità di implementare i casi di consumazione del potere amministrativo, sia in sede di riedizione, sia nell'ipotesi di inerzia. Invero, sotto quest'ultimo profilo, il legislatore ha novellato l'art. 2 della

---

<sup>197</sup> Sul nuovo assetto dei poteri di ritiro v. M. Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.* (2015), 634ss.; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 20/2015; M. A. Sandulli, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 l. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17 (2015); G. Manfredi, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.* (2016), 5ss.; M. Trimarchi, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16 (2016). Sulle modifiche introdotte nel 2014 ampie considerazioni critiche in G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?* in *Dir. econ.*, (2015), 575ss. Cfr. altresì gli scritti di F. Francario, A. Cioffi, A. Carbone, S. Tuccillo e C. Napolitano, raccolti in A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli 2016, 135ss.

<sup>198</sup> Per la revoca, il riferimento è alle modifiche apportate all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164; e, per l'annullamento d'ufficio, alle modifiche apportate all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, dall'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 e, soprattutto, dall'art. 6, comma 1, lettere c) e d), l. 7 agosto 2015, n. 124.

<sup>199</sup> “La disposizione potrebbe sembrare equivoca ma, leggendola correttamente nel sistema complessivo dell'art. 10-bis, si può affermare che essa vuole evitare che l'Amministrazione nella riadozione del provvedimento di diniego, dovendosi adeguare agli effetti conformativi e preclusivi del giudicato di annullamento, fornisca una motivazione basata esclusivamente sugli stessi motivi ostativi comunicati o che avrebbero dovuto essere comunicati agli istanti mediante il c.d. preavviso di rigetto”. R. Calderaro, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12 (2022), 126ss.

<sup>200</sup> N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 109 (2022), 11ss.

l. n. 241/1990, introducendo il comma 8-*bis* che stabilisce che sono improduttivi di effetti i provvedimenti autorizzativi, pareri, nulla osta e tutti gli atti di assenso comunque denominati, adottati tardivamente. La novella dà una notevole spinta al dibattito scientifico sul tema dell'inesauribilità del potere, costituendo un mezzo importante perché il privato possa ottenere esattamente ciò che gli spetta; *ergo*, strumento di attuazione del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale. Muovendo dal piano dei principi a quello delle regole, emerge che i nuovi alinea rispondono all'esigenza pratica – già avvertita nelle aule di tribunale<sup>201</sup> – di ridurre la latitudine del principio di inesauribilità del potere amministrativo, prima in sede procedimentale impedendo all'amministrazione di addurre nuove motivazioni di rigetto rispetto alle circostanze ostative emerse a seguito della presentazione delle osservazioni, poi in sede di riedizione del potere a fronte di un precedente giudicato di annullamento, stabilendo ulteriori limiti per la p.a. oltre a quelli già derivanti dall'effetto conformativo della sentenza. Schematizzando, essenzialmente due sono i limiti allo *jus variandi* della p.a.: il primo di carattere infraprocedimentale, rappresentato dalle nuove ragioni di fatto e di diritto non comprese nel preavviso di rigetto e palesate direttamente nel provvedimento terminale; ne consegue che ove la p.a. ritenga di dover rigettare l'istanza del privato sulla base di una diversa, ulteriore motivazione, dovrà inviare un nuovo avviso ex art. 10-*bis*, consentendo in tal modo il contraddittorio procedimentale sui nuovi rilievi, pena l'illegittimità dell'atto<sup>202</sup>; il secondo, riguardante il rapporto tra gli ulteriori motivi esternati all'esito delle osservazioni e la riedizione del potere in seguito all'annullamento di tale provvedimento, radica il potere al tempo in cui lo stesso deve essere esercitato, secondo le risultanze che emergono quando l'istruttoria è stata svolta. La norma positivizza un principio di elaborazione pretoria (cd. one shot<sup>203</sup>) secondo il quale l'adozione del provvedimento consuma in parte il potere, nel senso che l'amministrazione non potrà che accogliere l'istanza del privato, all'indomani della caducazione giudiziaria del diniego, anche se ragioni non espresse in prima battuta, ma risultanti dall'istruttoria, imporrebbero di respingere ulteriormente l'istanza. Emerge nitidamente che la nuova disciplina del preavviso di rigetto sancisce il raggiungimento di un equilibrio tra forze da sempre antagoniste: il principio di inesauribilità del potere pubblico, il principio del contraddittorio e dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Concludendo brevemente, deve considerarsi superato quel tralaticio orientamento che professa il dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo, ammettendo che, in sede di riedizione del potere, la p.a. possa determinarsi liberamente sugli aspetti non coperti dal giudicato. A fronte di tale indirizzo, si fa strada una moderna interpretazione, attenta non solo all'effetto conformativo della sentenza di annullamento sulla successiva azione della p.a., ma anche alla tutela effettiva della posizione del privato leso nel suo interesse legittimo da un provvedimento amministrativo illegittimo. Si tratta dell'elaborazione del cd. giudicato a formazione progressiva, precipitato del carattere polisemico che contraddistingue il giudizio di ottemperanza<sup>204</sup>, in relazione al quale è esaltato il rapporto tra effetto conformativo e riesercizio del potere da parte della p.a. questo concetto è idoneo, nonostante la presenza di poteri natura discrezionale riconosciuti all'amministrazione ed in forza dell'effetto conformativo ed alla

---

<sup>201</sup> Si tratta di un'emergenza che aveva impegnato la giurisprudenza amministrativa, la quale, aveva già da tempo individuato i motivi ostativi comunicati con il preavviso di rigetto, quale limite espresso allo *jus variandi* per l'amministrazione in sede di emanazione del provvedimento finale, concludendo per la sua illegittimità nel momento in cui lo stesso si fosse appuntato su nuove ragioni di fatto e di diritto.

<sup>202</sup> Lo *jus variandi* deve considerarsi limitato ed essere giustificato con riferimento alle motivazioni addotte dall'istante o alla riapertura della fase istruttoria o a fatti sopravvenuti, così TAR Campania, Napoli, Sez. II, n. 4969/2008.

<sup>203</sup> Al principio è dedicato l'intero paragrafo successivo.

<sup>204</sup> Cons. Stato Ad. Plen. 15 gennaio 2013 n. 2.

nuova portata del principio di effettività della tutela, a svuotare gradualmente la sfera di discrezionalità dell'amministrazione, fino a spingersi, nelle ipotesi contemplate dal c.p.a.<sup>205</sup> ad incidere definitivamente sulla spettanza del bene della vita in capo al privato con una pronuncia di condanna dell'amministrazione a riconoscere il vantaggio dallo stesso anelato<sup>206</sup>. Può essere utile ispirarsi alla cd. azione di adempimento art. 31 del c.p.a., che al terzo comma statuisce: "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione". Si potrebbe sotto l'egida di questa norma e in modo più generale in considerazione del salto di qualità compiuto con il codice del processo amministrativo, suggerire una tripartizione collegata al principio della cd. teoria della inesauribilità del potere: fattispecie riguardanti la lesione di soli diritti soggettivi: in questi casi, c'è da dubitare che la P.A. agisca nell'esercizio di un potere piuttosto che in una situazione di obbligo e, quindi, il provvedimento finale è ricorribile in sede di giurisdizione esclusiva, con pieno accertamento dei fatti<sup>207</sup>; una seconda categoria è costituita dalle situazioni miste di diritto soggettivo e di interesse legittimo, nelle quali va verificato, caso per caso, se l'esercizio del potere sia stato effettivamente consumato con un provvedimento precedente alla riedizione del potere stesso; infine, una terza categoria che riguarda essenzialmente il giudizio di legittimità (*ex* art. 29 c.p.a.) riguarda le fattispecie in cui è pienamente applicabile il terzo comma dell'art. 31. In particolare, anche dopo il preavviso di rigetto residuano alcuni elementi della discrezionalità (*an, quis, quid, quomodo, quando*) ovvero comunque sono necessari ulteriori adempimenti istruttori.

### **3.5- Gli indirizzi giurisprudenziale sul cd. "one shot": la teoria del cd. "one shot" temperato e assoluto.**

Fino ad un recente passato, imperava il dogma dell'inesauribilità a provvedere, giustificato dalla rilevanza superindividuale degli interessi curati dall'azione amministrativa. Corollario di questo principio è la sopravvivenza del potere amministrativo a fronte del giudicato di annullamento. Precisamente, secondo la tesi tradizionale, la definizione del rapporto al termine del giudizio è possibile soltanto quando la sentenza di annullamento produce un effetto preclusivo pieno, in quanto accerta l'insussistenza in concreto di un presupposto di fatto essenziale per la legittimità del provvedimento; e, nell'ambito dei poteri ampliativi di carattere vincolato, quando il ricorrente ottiene la condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto (azione di adempimento)<sup>208</sup>. Al di fuori di questi limitati casi l'amministrazione dispone nuovamente del rapporto e il ricorrente, pur essendo risultato vittorioso in sede processuale, può non conseguire la soddisfazione del suo interesse, in quanto l'attribuzione del bene della vita è rimessa alla scelta discrezionale della p.a.<sup>209</sup>. Dunque, sulla scia della inesauribilità del potere amministrativo, in realtà, gli unici vincoli al suo riesercizio sono quelli previsti dalla legge o quelli che derivano dall'effetto conformativo della sentenza<sup>210</sup>.

<sup>205</sup> Cfr. combinato disposto di cui all'art. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. e) c.p.a.

<sup>206</sup> Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, i cui contenuti sono stati confermati, non sussistendo un'ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa sulla sfera riservata all'amministrazione, dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 7 settembre 2020, n. 18592.

<sup>207</sup> Si veda G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003, 1ss.

<sup>208</sup> M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli 2018, 207ss.

<sup>209</sup> Id, *L'inesauribilità*, cit., 207ss.

<sup>210</sup> La letteratura sul giudicato amministrativo è sterminata, anzitutto il riferimento corre alla fondamentale voce di F. Benvenuti, *Giudicato* (dir. amm.), in *Encicl. dir.*, Vol. XVIII, Milano 1969, 893ss.; si rinvia poi, *ex multis*, a

La questione del rapporto tra la forza della *res iudicata* e la continuità dell'azione amministrativa emerge in tempi più recenti. Invero, la regola tradizionale della sopravvivenza del potere al processo appare di dubbia compatibilità, sul piano precettivo, con il principio costituzionale dell'effettività della tutela (*ex art. 24 Cost.*, art. 1 c.p.a.), inteso in senso chiovendiano come il principio secondo cui il processo deve attribuire all'interessato tutto ciò che secondo il diritto sostanziale gli spetta<sup>211</sup>, e sul piano teorico, dal momento che la funzione dell'azione di annullamento è proteggere l'interesse del privato che ha subito pregiudizio dall'amministrazione. La regola della sopravvivenza perde definitivamente tenuta quando nella legislazione vigente non vengono riportate le norme che ne costituivano il fondamento di diritto positivo. Si tratta dell'art. 26, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.) e dall'art. 45, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. Cons. Stato), i quali prevedevano rispettivamente che l'annullamento per motivi di incompetenza comportasse la rimessione dell'affare all'autorità competente e che l'annullamento per tutti altri motivi facesse salvi "gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa". Soprattutto quest'ultima previsione, secondo l'interpretazione preferibile, si riferiva alla facoltà dell'amministrazione di emanare "un atto analogo a quello annullato, senza che sia intervenuto un mutamento dei presupposti di fatto". Il codice del processo amministrativo ha abrogato entrambe le disposizioni. Oggi l'art. 34 c.p.a. stabilisce che, in caso di accoglimento dell'azione, il giudice "annulla in tutto o in parte il provvedimento amministrativo"; l'art. 88 che la sentenza deve contenere "l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa"; l'art. 111, comma 1, che "i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti"<sup>212</sup>. Dottrina e giurisprudenza, una volta posta in dubbio la tesi tradizionale sulla inesauribilità del potere, si sono impegnate per ricercare una regola che vieti all'amministrazione di esercitare più d'una volta il potere sulla stessa fattispecie concreta, di fatto violando il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Per quanto l'esecuzione del giudicato amministrativo abbia un contenuto poliforme, non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso. Se si accoglie questa affermazione il processo rischia di non avere mai termine, ponendosi in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici consolidatisi, alla stregua del principio del legittimo affidamento<sup>213</sup>. Il tentativo di superare quella defaticante alternanza tra procedimento, processo e ancora procedimento amministrativo si è concretizzato nella regola del cd. "one shot". La casistica conosce due distinte varianti: "one shot temperato" e "one shot secco o assoluto". Secondo la prima, l'amministrazione, una volta vistosi annullato da una pronuncia definitiva un atto con cui abbia negato al privato quanto da questi richiesto, deve, ove intenda nuovamente respingerne

---

F. Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* (2007), 302ss.; A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* (2006), 919ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova 2005, 1ss; P.M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano 1990, 1ss; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989, 145, che ricorda come il giudicato cada non solo sull'atto, ma sulla fattispecie del potere; da ultimo, si rinvia ai recenti contributi di S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino 2017, 1ss; S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano 2016, 1ss.; sugli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo e sul giudicato a formazione progressiva si rinvia a C. E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.* (2012), 280ss.

<sup>211</sup> È nota l'espressione di G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 81, secondo il quale "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire".

<sup>212</sup> M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, cit., 207ss.

<sup>213</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1105/2016.

l'istanza, enucleare nell'ulteriore provvedimento di diniego tutte le ragioni a supporto di tale decisione, non potendo altrimenti tornare successivamente a decidere in senso sfavorevole al privato, neppure in relazione a profili ancora non esaminati (cd. "one shot" temperato). In sostanza, secondo tale variante l'Amministrazione, dopo l'eventuale annullamento giurisdizionale di un provvedimento reiettivo di un'istanza del privato, può tornare ad esprimersi in senso contrario solo una volta: a seguito dell'annullamento anche di tale secondo diniego, infatti, l'Amministrazione avrebbe interamente consumato il proprio potere ed il giudice potrebbe, quindi, disporre direttamente della questione (mediante il giudizio di ottemperanza), senza dover rimettere l'affare all'amministrazione. Il costante indirizzo della giurisprudenza afferma che in sede di ottemperanza al giudicato, l'amministrazione - tenuta a conformarsi solo al *dictum* giudiziale - deve essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti, esaminando l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga di interesse, dopo di ciò non potendo più tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati; ciò allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale possa essere frustrato dalla reiterazione di provvedimenti, basati sempre su inediti supporti motivazionali<sup>214</sup>. Dunque, solamente nell'ipotesi in cui dal giudicato derivi un obbligo così puntuale tale da non lasciare alcun margine di discrezionalità alla PA in sede di riedizione del potere, l'adozione di un provvedimento contrario a tale obbligo sarà passibile di ottemperanza; ma in caso contrario, ove dovessero residuare dei margini di discrezionalità, in cui sono stati esternati ulteriori e diversi motivi negativi, si è al di fuori dello spazio coperto dalla sentenza e gli atti successivamente emanati dall'amministrazione, pur riferiti ad un'attività rinnovata ora per allora, sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione, in quanto è configurabile solo un vizio di legittimità, rilevabile e prospettabile nelle sedi proprie<sup>215</sup>. Infatti, il Consiglio di Stato, riprendendo la distinzione già operata in seno all'Adunanza Plenaria tra atti nulli e atti annullabili successivi al giudicato di annullamento<sup>216</sup>, ha chiarito che gli atti adottati in sede di riedizione del potere, quando affetti da nuovi vizi, sono nulli per violazione o elusione del giudicato, qualora l'atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute, come tale il vizio può essere fatto valere in sede di ottemperanza (*ex art. 114, comma 4 lett. b*); invece, qualora i vizi ineriscano esclusivamente allo spazio valutativo rimesso dalla pronuncia di annullamento all'autorità amministrativa nel riesercizio della sua funzione, si configureranno vizi di legittimità affliggenti tale attività, denunciabili in via cognitoria-impugnatoria<sup>217</sup>. Il principio, tuttavia, non ha valore assoluto, e in particolare non importa che i fatti sopravvenuti non abbiano una loro rilevanza, che potrebbe anche escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata, all'esito di un eventuale nuovo e diverso *iter*, fondato su presupposti o modalità autonome<sup>218</sup>. In definitiva, l'amministrazione ha due

---

<sup>214</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, n. 1415/2011; analogamente Cons. Stato Sez. III, n.660/2017: "In virtù del principio del "one shot temperato", l'Amministrazione - a seguito dell'annullamento di un proprio atto - può rinnovarlo una sola volta, dovendo perciò riesaminare l'affare nella sua interezza e sollevando, una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, senza potere successivamente tornare a decidere in senso sfavorevole neppure in relazione a profili non ancora esaminati: tuttavia, detto principio non ha valore assoluto e, in particolare, non comporta che i fatti sopravvenuti non abbiano una rilevanza tale da escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata, all'esito di un eventuale nuovo e diverso iter, fondato su presupposti o modalità autonome."

<sup>215</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 2899/2013, Cons. Stato, Sez. III, n. 3592/2015.

<sup>216</sup> Cons. St., Ad. plen., 15 gennaio 2013 n. 2.

<sup>217</sup> Cons. Stato, III, n. 3592/2015; Cons. St., Sez. V, n. 2730/2014.

<sup>218</sup> M. R. Calderaro, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 12 (2022), 126ss. Cfr. altresì M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.* (2017), 894ss, spec. nota 42.

“chance” decisionali: la prima e quella conseguente all'annullamento, che dovrà essere, tuttavia, definitiva (salve eventuali sopravvenienze).

Accanto alla variante del “one shot temperato” si è diffuso un indirizzo progressista e più rigoroso, a mente del quale l'amministrazione dovrebbe esplicitare subito, ossia al momento del primo diniego, tutte le motivazioni che ostano all'accoglimento dell'istanza del privato (cd. “one shot secco o assoluto”). In altre parole, si dice che il primo giudicato esaurisce il potere discrezionale in capo alla p.a., non essendo più quest'ultima titolata a negare il provvedimento richiesto, neanche adducendo nuove ragioni. L'amministrazione deve accogliere l'istanza. Questa soluzione è respinta dalla prevalente giurisprudenza, che continua ad abbracciare la tesi del cd. “one shot temperato”<sup>219</sup>, affermando che “tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi”<sup>220</sup>, nonostante in molti ritengano che il legislatore con la novella del decreto semplificazioni (D.L. n. 76/2020, convertito con emendamenti dalla legge n. 120/2020) abbia codificato la regola del cd. “one shot secco o assoluto” laddove stabilisce che “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. 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”. Invero, una rapida indagine della giurisprudenza formatasi dall'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 10 *bis* evidenzia che solamente, in rare occasioni, i giudici hanno invocato il criterio del cd. “one shot secco o assoluto”<sup>221</sup>. Segnatamente, una recentissima pronuncia ha avallato la tesi secondo la quale l'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 come modificato dal D.L.76/2020 ha introdotto il principio del cd. “one shot secco”, di modo che in caso di annullamento giurisdizionale l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria. Resta da chiarire cosa accade nel caso in cui i nuovi motivi di rigetto non preesistevano al primo provvedimento impugnato, ma sono scaturiti dalla successiva rinnovata istruttoria. Secondo le argomentazioni della Corte rivive il differente principio del c.d. “one shot temperato”, che “consente all'Amministrazione pubblica che abbia subito l'annullamento di un proprio atto, di rinnovarlo una sola volta e, quindi, di riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati”<sup>222</sup>. Lo stesso principio di elaborazione pretoria trova applicazione in tutti i procedimenti che non rientrano nell'alveo dell'art. 10-*bis*: l'istituto è limitato ai procedimenti avviati su istanza di parte e non comprende, per espressa esclusione di legge, le procedure in materia concorsuale<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> In tema cfr. S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* (2018), 783ss Cfr. da ultimo; in senso conforme, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 04/05/2022, n. 3480; Cons. Stato, sez. III, sentenze nn. 660 del 2017 e 5087 del 2017; T.A.R. Milano, sez. II, 18/07/2022, n. 1706; T.A.R. Trieste, sez. I, 16/12/2021, n. 373; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 01/12/2021, n. 12397; T.A.R. Firenze, sez. I, 15/06/2021, n. 917, TAR Brescia, Sez. I, 22 novembre 2022 n. 1179

<sup>220</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 3480 2022.

<sup>221</sup> Si tratta della sentenza n. 170/2023 TAR, Abruzzo, Pescara, sez. I; in sede cautelare ordinanze n.n. 1190-1176/2023, TAR Lazio, Roma, Sez. III.

<sup>222</sup> CGA, sent. 597 del 18.05.2022, ma anche Cons. St., sez. II, sent. n. 2378 del 14.04.2020; Cons. St. n. 3480 del 4.05.22

<sup>223</sup> TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 170/2023.

**Abstract.-** La presente ricerca affronta il delicato problema della portata e del campo di applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, con particolare riferimento all'istituto del cd. preavviso di rigetto (art. 10-*bis* legge 7 Agosto 1990 n. 241 s.m.i) nel rapporto dialettico con la categoria dogmatica e giurisprudenziale della cd. inesauribilità del potere amministrativo. Vista la complessità del tema, il lavoro prende le mosse dall'esame del regime del principio del contraddittorio nell'ordinamento giuridico multilivello e negli stati europei di civil law della Francia, Spagna e Germania. Segue l'illustrazione della natura giuridica e funzione del procedimento amministrativo, presupposto necessario per l'inquadramento al suo interno del cd. diritto al contraddittorio; distinguendosi tra diritto sostanziale o di base e diritto/interesse procedimentale, ed esaminando accuratamente le varie posizioni della dottrina. Viene illustrato anche il presupposto di tale esercizio (obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento), e i contenuti essenziali di questo diritto, nonché i vizi di legittimità e di merito derivanti dalla lesione del diritto del contraddittorio e più in generale del diritto di difesa. Poi, si affronta il grave problema del rapporto tra lo speciale istituto del preavviso di rigetto e la concezione della cd. inesauribilità del potere amministrativo. Ad avviso della scrivente, la difesa del principio del giusto procedimento, è un valore irrinunciabile; tanto più, che la dottrina ritiene che il procedimento debba costituire il luogo degli assetti definitivi del procedimento stesso (cd. "one shot secco"); anche se la giurisprudenza, al momento, è orientata verso la possibilità di riedizione del potere amministrativo con temperamenti (cd. "one shot temperato").

**Abstract.-** This research deals with the thorny situation related to the application of the contradictory principle in the administrative lawsuit, particularly focusing on the so-called rejection notice (art. 10 bis, 07/08/1990 n. 241 and further modifications) in the dialectic correlation with the dogmatic and case-law inexhaustibility of the administrative power. Because of the complexity of the topic, this work begins with the examination of its regime in various contexts: both in the multi-layered legal system and in different European states like France, Spain and Germany, which follow the civil law. Subsequently there is an illustration of the juridical nature and of its function in the administrative proceedings, a fundamental aspect in order to settling it in correctly in the context of the so-called contradictory law; it is distinguished into substantial (or basic) law and in procedural law; The different interpretations of the doctrine are accurately analyzed. It is also explained the assumption of its use (the obligation of communicating the beginning of the procedure), and the essential contents of this law, but also the mistakes resulting from the incorrect use of this law or, more generally, of the defensive law. Afterwards, the serious issue of the connection between the rejection notice and the conception of the so-called inexhaustibility of the administrative power is handled. Following the writer's opinion, the defense of the principle of the right procedure is an unavoidable value; even more if the doctrine considers that the legal action has to establish the locus of the definitive layouts of the actual procedure (so-called "curt one shot"); even though the jurisprudence is nowadays contemplating the opportunity of reviewing the administrative power with some corrections (so-called "tempered one shot".)