

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E PARTECIPAZIONE

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Luglio 2011)

Prof. Luca R. PERFETTI

INDICE

1. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELLA TRADIZIONE ITALIANA

1.1. Teorie del procedimento e della partecipazione

1.2. Il quadro normativo vigente

1.3. Successo della disciplina positiva sul pro-cedimento ed oblio della sua teoria

2. AGGIORNAMENTI

2.1. Le novità normative

2.2. I più recenti sviluppi giurisprudenziali

1. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELLA TRADIZIONE ITALIANA.

Sembra necessario prendere le mosse da una più che sommaria indicazione dei termini nei quali si è evoluta la teoria giuridica del procedimento nel nostro Paese, per poter poi dare conto degli elementi di novità che nella legislazione, nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza debbono esser censiti. In particolare, le osservazioni che seguono sono riferite alla teoria giuridica del procedimento in quanto tale ed alla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, che è elemento essenziale della teoria stessa.

1.1 Teorie del procedimento e della partecipazione

E' più che noto che in Italia una legge generale sul procedimento amministrativo sia mancata fino al 1990 e che dottrina e giurisprudenza abbiano costruito l'intero diritto amministrativo intorno alla centralità del provvedimento amministrativo, dell'ente pubblico e del potere che quest'ultimo esercita ponendo in essere il primo. Il procedimento amministrativo, quindi, a lungo ha avuto un ruolo residuale.

La dottrina¹ della metà del XX secolo ha creato le elaborazioni più alte del procedimento amministrativo, confrontandosi principalmente intorno a due concezioni del procedimento, l'una, sequenziale, che aveva a mente il compito dell'amministrazione, il suo svolgersi e la possibilità di trovare nel procedimento garanzie per il privato²; l'altra, che individuava nel procedimento il luogo di trasformazione della funzione da potere in atto e, quindi, vi trovava le ragioni per rendere oggettivo l'esercizio del potere e legittimare l'idea che intorno alla signoria della norma le posizioni dei soggetti pubblici e dei partecipanti privati fossero paritarie³.

¹ Ci si potrà assolvere dal compito di ricostruire i differenti insegnamenti in argomento, rinviando a VILLATA e SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 574 ed all'illustrazione ed alla bibliografia che si trova in BELLAVISTA, *I procedimenti*, in PERFETTI (ed.), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, da 377.

² SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, ristampa della prima edizione del 1940 – su Sandulli si deve leggere ROMANO A., *Ricordo di Aldo Sandulli amministrativista*, in *Dir. e Soc.*, 2005, 1.

³ Il riferimento è a Benvenuti (BENVENUTI F., *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1, ID., *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118, ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807, ID., *Funzione. Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989, *ad vocem*) ed alla sua scuola (PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, ID., *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, Milano, 1965, ID., *Relazione generale introduttiva* in *La disciplina generale del procedimento amministrativo, contributi alle iniziative legislative in corso*, in *Atti XXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1989; BERTI,

Del resto, sia la procedura, il procedere (sia essa procedimento o processo) può esse-re spiegato, così come le operazioni poste in essere dall'essere umano quando agisce nella dimensione razionale, che la funzione – in quanto descrizione delle regole di interdipendenza dei fenomeni (anche nelle scienze matematiche) –, può essere spiegata sia come compito, sia come agire finalistico, che come relazione o funzione.

La differenza tra queste diverse rappresentazioni nel diritto amministrativo è, però, molto significativa. Non si tratta, infatti, solo di una diversità di punto di osservazione relativamente ad un fenomeno la cui natura è condivisa (sicché sequenzialità o funzionalità sono solo modi diversi di descrivere lo stesso problema); la differenza di approccio modifica la stessa sostanza del fenomeno descritto.

A. Ove ci si ponga dal punto di vista del potere, infatti, la procedura è descritta come compito del soggetto pubblico o finalismo della procedura verso l'approdo del provvedimento. Essa rileva, quindi, in negativo – vale a dire, la violazione di un dovere procedurale porta all'invalidità del provvedimento finale; il provvedimento resta il principale protagonista, il procedimento rileva solo nella prospettiva della decisione autoritativa finale, dalla sua validità, e lo studio del procedimento – nella dimensione del dominante tecnico – acquista significato quanto alla sua dimensione morfologica (di descrizione, cioè, del succedersi degli eventi procedurali secondo lo schema dettato dalla norma o, illegittimamente, in modo difforme).

L'approccio della tradizione verso il procedimento come compito faceva intendere – già a Miele⁴ – il procedimento nella sola prospettiva della decisione provvedimentoale

La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica, in *Dir. e soc.*, 1980, 437, ID., *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1991, 201, ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., 779; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, ID., *Procedimento amministrativo*, in *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997).

⁴ MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, III, 1933, 380 (ma anche, ID., *Funzione pubblica*, in *Novissimo digesto*, VII, Torino, 1961, 686).

dell'autorità pubblica; quello finalistico consentiva a Sandulli di elaborare la sua raffinatissima costruzione teorica di concatenata successione di eventi diretti al formarsi del provvedimento dell'autorità. Entrambi gli approcci conservano la centralità del momento dell'autorità, del rilievo della procedura solo nella prospettiva del provvedimento unilaterale autoritario. Non è un caso che si ritrovino nella sintesi di chi, più di altri, ha avuto la maestria di affermare, come paradigma interpretativo dell'intero amministrare per fini pubblici, l'esercizio dell'autorità; Giannini, infatti, indica il posto del procedimento con chiarezza: «il procedimento amministrativo» ha rilievo solo «in funzione della ponderazione de-gli interessi», sicché «tende a comporre l'interesse pubblico primario di cui l'autorità è attributaria con ogni altro interesse che sia acquisito al procedimento e che sia ritenuto tutelabile attraverso gli atti che concorrono all'istruttoria procedimentale»⁵; è l'autorità a procedere, nella vista del compito che le spetta d'assolvere – vale a dire quello di definire il rapporto con il provvedimento autoritativo unilaterale – nella prospettiva del perseguimento dell'interesse che solo ad essa è attribuito. Per esercitare quella volizione fondamentale che le consente di definire il ruolo, la misura ed il peso degli interessi ch'essa ritenga rilevanti, l'amministrazione pubblica acquisirà gli interessi per il tramite del procedimento; esso è, però, solo sequenza finalistica di atti giuridici. Ciò che dà senso al procedimento è solo il provvedimento unilaterale, il potere pubblico, il ruolo dell'autorità.

B. Nell'opposta prospettiva del procedimento come funzione, invece, il procedimento è il luogo di trasformazione del potere astrattamente previsto da una norma dell'ordinamento obiettivo in una concreta decisione autoritativa, sicché il procedimento

⁵ GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, o, ancora, ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, laddove il procedimento assume rilievo solo nella composizione e ponderazione degli interessi che l'amministrazione deve compiere, il che spiegherebbe, appunto, perché di procedimento non vi sia affatto bisogno per le ipotesi nelle quali gli interessi sono già composti dalla norma, ovvero quando la norma intenda lasciare ampia discrezionalità all'ente o privilegiare un solo interesse, come nei poteri d'urgenza, oppure quando gli interessi da comparare siano numericamente pochi, sicché il ruolo del procedimento si avvertirebbe laddove gli interessi da comporre non siano definiti dalla legge ma spetti all'amministrazione di ponderarli (come sarebbe proprio della discrezionalità), «*essendo il procedimento in funzione della ponderazione degli interessi*» (274).

rileva in positivo; è attività giuridica nella quale si celebra un rapporto paritario tra cittadino ed amministrazione nell'accertamento del fatto e nell'applicazione della norma – che solo l'ente pubblico, poi, applicherà in via unilaterale ma imparziale. Ne derivano varie conseguenze, sicché (I) il potere assegnato alla cura dell'amministrazione cessa di essere uno status per essere inteso come “energia giuridica” che promana dalla norma dell'ordinamento, (II) il dinamismo del potere, nel suo trasformarsi da potenza ad atto, richiede necessariamente la procedura che non è tanto il luogo di emersione degli interessi, quanto il veicolo necessario – e, perciò, immancabile⁶ – per la concretizzazione del precetto astratto contenuto nella legge, rispetto al quale amministrazione e individuo si trovano nella stessa condizione di obbligo di osservanza, sicché (III) tutti gli attori del procedimento - amministrazione inclusa – sono in posizione paritaria, eguale rispetto alla norma ed in rapporto dialettico tra loro; ne deriva che (IV) cessa di avere centralità il soggetto pubblico (amministratore) perché il procedimento è definito dall'attività (l'amministrare) e non dal soggetto, attività che si compie in forza del potere che promana da una norma dell'ordinamento obiettivo; (V) il fine d'interesse pubblico – che è causa di quel potere – è amministrato da tutti gli attori procedimentali in un confronto quasi processuale, in posizione paritaria; il soggetto pubblico co-amministra ed è vincolato nel suo agire da precetti giuridici che gli sottraggono autonomia, giacché (VI) al termine della procedura dovrà so-lo adempiere all'onere del suo esser parte imparziale perché possa adottare la decisione unilaterale (questa sì, questa sola, autoritativa). Il procedimento è relazione.

Questa seconda tradizione dottrinale ha dedicato maggiori studi al procedimento amministrativo, stante la centralità ch'esso assume in quella teoria e di questi apporti è evidente il segno nella legge generale sul procedimento amministrativo del 1990.

C. Dal punto di vista della protezione delle posizioni soggettive dei cittadini nei confronti dell'autorità, in ogni caso, il procedimento assume una funzione di garanzia, di

⁶ Per alcune osservazioni in tal senso, di recente, sia consentito il rinvio a PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, in PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2009, 663.

tute-la, sicché attraverso il procedimento è possibile fare emergere vizi del provvedimento che si sono generati nella fase di formazione della volontà dell'amministrazione, rendendo giuridicamente rilevante anche ciò che avviene prima dell'adozione del provvedimento. Tuttavia, nella ricostruzione per la quale il procedimento è funzione e non compito, la funzione di garanzia non si scorge solo nell'emersione delle invalidità della decisione autoritativa, quanto piuttosto nella paritarietà delle parti nella determinazione del fatto e della fattispecie nel corso del procedimento.

D. Le teorie della partecipazione al procedimento risentono di questa principale distinzione e, per qualche verso, la anticipano⁷. Alla partecipazione procedimentale sono stati assegnati significati diversi⁸: da subito⁹ si è colta la sua funzione di protezione delle

⁷ L'art. 3 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E prevedeva che per a fronte di controversie non assegnate alla generale competenza del giudice ordinario anche nei confronti della pubblica amministrazione le «*autorità amministrative*» provvederanno «*con decreti motivati*» «*ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate*». Questa disposizione è stata letta dalla più autorevole dottrina (anche se in senso opposto ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1901, 671; in senso favorevole CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 512, GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 104, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano 1958, GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 64, ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 205) tra la fine del XIX e la gran parte del XX secolo come obbligo in capo all'amministrazione di ammettere la partecipazione al procedimento in via generale e non solo limitatamente ai ricorsi amministrativi (ai quali l'art. 3 si riferisce). Tuttavia, in senso difforme si è orientata la giurisprudenza e la prassi, prevalendo l'idea che la tutela del cittadino dovesse essere assegnata alla funzione giurisdizionale (BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, 1964, 540).

⁸ CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 13, CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, e, se si vuole, PERFETTI, *Partecipazione ed obbligo di motivazione*, in PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, 155.

posizioni individuali¹⁰ – in analogia con il contraddittorio giurisdizionale – alla quale si sono aggiunte, nell’interpretazione della dottrina, quella di democratizzazione dell’attività amministrativa¹¹ e di collaborazione del cittadino all’assunzione della decisione pubblica, funzioni che si collegano ed arricchiscono nell’affermazione del principio costituzionale del giusto procedimento¹².

1.2 Il quadro normativo vigente

Non è difficile osservare che la fisionomia del procedimento amministrativo e della partecipazione ad esso possono essere, per i loro tratti essenziali, colti attraverso la lettura delle disposizioni della l. 7 agosto 1990, n. 241. Naturalmente, l’uno e l’altro tema sono fortemente influenzati dalle ricostruzioni dottrinali e dall’applicazione giurisprudenziale, né potrà trascurarsi l’ampia messe di riferimenti che si trovano in fonti normative

⁹ ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., fonda sull’art. 97 Costituzione il principio del giusto procedimento e la garanzia del contraddittorio.

¹⁰ Per questo aspetto, di recente, LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva «servizi»*, Napoli, 2008, SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, DURET, *Partecipazione procedimentale e processo*, in *Procedimento procedura processo*, atti del convegno dal medesimo titolo, Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010 e, se si vuole, PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 789.

¹¹ Resta fondamentale BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in onore di Guicciardi*, Padova, 1975, 779; di recente, ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Procedura, procedimento, processo*, cit., 13.

¹² CRISAFULLI, *Principio di legalità e <giusto procedimento>*, in *Giur. cost.*, 1962, 135, SALA, *Il principio del giusto procedimento nell’ordinamento regionale*, Milano, 1985 e, più recentemente, MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Procedimento procedura processo*, cit., 59, CLINI, *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, *ivi*, 81, BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, *ivi*, 155; considerazioni utili anche in VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 30.

diverse dalla legge generale sul procedimento (dalle leggi speciali a quelle regionali, dai regolamenti degli enti territoriali a quelli delle autorità indipendenti di regolazione, e via enumerando); tuttavia, per un primo acchito il riferimento alle norme della legge generale sul procedimento sembra imporsi. In questa sede, peraltro, sarà necessario limitarsi solo a qualche richiamo, stante che report specifici sono dedicati a temi che qui si possono, quindi, solo echeggiare.

1.2.1. In questo senso, per non sovrapporsi ad altri contributi, sembra utile muovere dall'ammonimento di cui all'art. 29 della legge, relativo all'ambito di applicazione degli istituti in questione, sicché «gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti» costituiscono livelli essenziali delle prestazioni «concernenti i diritti civili e sociali» che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale in base ad espressa norma della Costituzione¹³. Obblighi dell'amministrazione e diritti della persona nella dinamica del procedimento, quindi, costituiscono elemento essenziale della relazione tra autorità e diritti del cittadino.

L'obbligo per l'amministrazione di decidere attraverso un procedimento – sia pure magari implicito o silenzioso (come per le ipotesi di segnalazione certificata di avvio dell'attività o silenzio assenso) – di cui sia individuabile il responsabile, al quale

¹³ Per vero l'inserimento nel tessuto dell'art. 29 della previsione cui ci si riferisce nel testo da parte dell'articolo 10, comma I, lettera b), legge 18 giugno 2009, n. 69 non fa che richiamare quanto già affermato più volte dalla Corte Costituzionale; per completezza occorre notare che, con modifica ulteriore introdotta dall'articolo 49, comma IV, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, al comma II ter dell'art. 29 si afferma l'attinenza ai livelli essenziali anche delle disposizioni relative alla dichiarazione di inizio attività, al silenzio-assenso, alla conferenza di servizi.

l'interessato possa partecipare – in contraddittorio –, conoscendone in anticipo la durata e che si concluda necessariamente con una decisione¹⁴, sono elementi essenziali della posizione della persona e dei suoi diritti quando entrano in contatto con l'autorità e, come tali, sono articolazione della sua posizione costituzionale rispetto al potere. Sembra questo il tratto di maggiore interesse della fisionomia del procedimento e della partecipazione della persona ad esso.

La legge fissa anche i principi cui chi procede dovrà attenersi, sicché in apertura (all'art. 1) si chiarisce che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge» - indicando, così, il compito del procedimento –, ed è «retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza» - individuando, così, i principi che sono propri del procedimento; molto recentemente¹⁵, anche a fronte dell'ampliarsi progressivo delle ipotesi nelle quali l'attività amministrativa è posta in essere da soggetti privati, s'è aggiunta la previsione (al comma I ter) per la quale anch'essi sono tenuti ad assicurare il rispetto dei medesimi «criteri e principi». Quest'ultima disposizione pare tutt'altro che secondaria per alcune ragioni. Anzitutto, riconosce che anche soggetti privati, che tali restano ad ogni effetto, possono essere «preposti all'esercizio di attività amministrativa»; in secondo luogo, l'attività di costoro è anch'essa procedimento amministrativo, giacché è regolata dagli stessi criteri e principi; infine (e per conseguenza), sembra smentire l'idea che il procedimento sia compito del soggetto pubblico, giacché può spettare anche al privato.

¹⁴ Si deve rinviare alla disciplina dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, per come poi modificata (tra gli altri, dall'art. 2, comma I, lett. b), e dall'art. 21, comma I, della l. 11 febbraio 2005, n. 15, dall'art. 3, comma VI bis del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, dall'art. 7, comma I, lettera b), della l. 18 giugno 2009, n. 69, dall'art. 3, comma II, All. 4 al D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) e integrata (cfr. D.P.C.M. 16 luglio 2010, n. 142, D.P.C.M. 16 luglio 2010, n. 144, D.P.C.M. 18 novembre 2010, n. 231, Deliberazione 4 novembre 2010, n. 3, D.P.C.M. 17 novembre 2010, n. 246).

¹⁵ Vale a dire con l'art. 7, comma I, lettera a) della legge 18 giugno 2009, n. 69

1.2.2. Poiché report specifici sono dedicati a moltissimi degli istituti disciplinati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 (per come variamente e troppo spesso modificata), converrà dedi-carsi alle disposizioni specificatamente dettate in materia di partecipazione procedimenta-le. Anche in questo caso, prima di dare conto delle novità e del dibattito, converrà dedi-carsi ad una piccola ricapitolazione delle norme.

1.2.2.1. La legge – recependo un orientamento già ampiamente consolidato in giuri-sprudenza ed in dottrina¹⁶ – impone (art. 3) che ogni provvedimento amministrativo sia motivato attraverso l'indicazione dei «presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno de-terminato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria», salvo che si tratti di «atti normativi» o «a contenuto generale», ovvero che quest'indicazione possa trarsi ob relationem «da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa». La di-sposizione, nonostante consolidi un principio consolidato, ha suscitato serie discussioni – sia in ordine alla permanenza del difetto di motivazione nel

¹⁶ Per i necessari riferimenti dottrinali si possono esaminare CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, 253, MORTATI, *Necessità di motivazione e sufficienza della motivazione*, in *Giur. it.*, 1943, 1, CANNADA BARTOLI, *Motivazione "per relationem" ad atto non approvato*, in *Foro amm.*, 1962, 527, VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 1595, BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979, ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 19, CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. amm.*, 1993, 441, nonché le voci bibliografiche di GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 257, MAZZARELLI, *Motivazione: motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, 1990, *ad vocem* e CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, 2000, 167. Per una recente osservazione nel complesso della l. 241, RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 459 ed – anticipando considerazioni che si leggono nella successiva monografia *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010 – con riguardo agli atti a contenuto generale, COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707.

perimetro dell'eccesso di potere¹⁷, che con riferimento agli elementi essenziali del provvedimento¹⁸ -.

1.2.2.2. Se la motivazione del provvedimento costituisce garanzia della partecipazione al procedimento nel momento della decisione, più specificatamente dedicate al processo di formazione sono le norme contenute nel capo III della legge¹⁹. In particolare, il legislatore della l. 241 ha previsto che (art. 7) i «soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire» nonché, se «individuati o facilmente individuabili, coloro che, «diversi dai suoi diretti destinatari», possano subire un pregiudizio, hanno titolo per ricevere una comunicazione dell'avvio del procedimento – salvo che «sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità» - ; si tratta di comunicazioni che possono essere trasmesse anche per via telematica²⁰; la notizia è comunicata (art. 8) con

¹⁷ SALA, *L'eccesso di potere dopo la l. 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 211. Sull'eccesso di potere, di recente, anche per i necessari riferimenti, CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale: per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008.

¹⁸ Per una più ragionata discussione sia consentito il rinvio a PERFETTI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, da 338.

¹⁹ Restano fondamentali BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 779, BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, ivi, 807; dopo l'approvazione della legge 241, LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133, TRIMARCHI [F.], *Questioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1993, 135, COGNETTI, *Partecipazione al procedimento e ponderazione degli interessi*, in Scialoja (a cura di), *L'attuazione della legge 241/90*, Milano, 1997, 15, e "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, FRACCHIA, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *dir. soc.*, 1997, 189, VIRGA [G.], *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998.

²⁰ Come previsto dall'art. 3 bis della legge in esame; più in generale, sui procedimenti in forma digitale – oltre alle norme di cui al D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), al D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235 ed alle circolari del Ministero dell'Interno 6 agosto 2009, n. 78384 e n. 104107 ovvero dell'AGEA 27

comunicazione personale (ovvero, ove ciò sia impossibile o troppo gravoso, con altre forme idonee), nella quale sono indicati l'amministrazione procedente, l'oggetto del procedimento, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, il termine entro cui deve concludersi ed i rimedi esperibili in caso di inerzia – con indicazione, nei procedimenti ad iniziativa di parte, della data di presentazione dell'istanza – e l'ufficio ove prendere visione degli atti.

Al procedimento possono (hanno «facoltà») prendere parte (art. 9) i soggetti interessati e quelli rappresentativi di interessi diffusi cui possa derivare un pregiudizio, presentando «memorie scritte e documenti» che, se pertinenti, «l'amministrazione ha l'obbligo di valutare», nonché di prendere visione degli atti (art. 10); sia in forza del richiamo ai principi comunitari contenuto nell'art. 1 della legge, sia per via della loro maggiore efficacia, si debbono considerare applicabili anche le maggiori garanzie di partecipazione (prima tra tutte, il diritto al contraddittorio) che siano previste dall'ordinamento comunitario (ed, in particolare, in ragione del diritto ad una buona amministrazione). L'obbligo dell'amministrazione procedente di valutare gli atti di partecipazione potrebbe convincerla a raggiungere un accordo con il privato invece che assumere una decisione unilaterale (art. 11) ovvero di dover concludere il procedimento avviato ad istanza di parte con un diniego, sicché l'iniziativa assunta da chi ha proposto l'istanza viene ulteriormente garantita dal fatto che costui riceverà (art. 10 bis) una

gennaio 2009, n. 3, 8 giugno 2010, n. 21, 26 aprile 2010, n. 14) si legga la recente ricostruzione di MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011 – ma già, ID., *La " telematizzazione " del procedimento amministrativo. Primi lineamenti*, in PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 225.

Si deve segnalare che il D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235 – modificando il Codice dell'amministrazione digitale – ha precisato che «i cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni» (art. 3), Codice che già prevedeva che «la partecipazione al procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi sono esercitabili mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (art. 4); D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235 aggiunge che «la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche» nonché l'adozione e comunicazione di «atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese» avvenga per via informatica (art. 5 bis).

«comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza» con la quale vengono resi noti i motivi «che ostano all'accoglimento della domanda», rispetto alla quale viene riconosciuto il «diritto di presentare per iscritto» argomenti difensivi («osservazioni, eventualmente corredate da documenti).

1.2.2.3. Se il preavviso di cui s'è appena detto non si applica in alcune ipotesi (le procedure concorsuali e i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale), più in generale gli istituti di partecipazione al procedimento non sono garantiti (art. 13) ove esso sia diretto all'adozione di «atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione» (e, aggiunge la norma, ai procedimenti tributari, a quelli relativi al sequestro dei beni in caso di rapimento o al mutamento delle generalità per i collaboratori di giustizia), restando applicabili le norme specifiche che prevedono strumenti di partecipazione per quei procedimenti; non si fatica a cogliere la simmetria con le esclusioni dell'obbligo di motivazione.

Il legislatore ha poi introdotto una disposizione (l'art. 21 octies) – estremamente controversa – con la quale ha sancito che provvedimenti pur illegittimi per «violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti» non possono essere annullati se «per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» e che, «comunque» non sarà annullabile l'atto illegittimo «per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento» nell'ipotesi in cui l'amministrazione provveda «in giudizio» alla non facile prova del fatto che «il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

1.2.2.4. Naturalmente principi che possano dare lo spessore e la fisionomia del procedimento e precetti che disciplinano forme di partecipazione sono disseminati in tutto il corpo della legge – dagli accordi procedurali di cui all'art. 11, frutto essi stessi dello «accoglimento di osservazioni e proposte» presentate in sede di partecipazione al procedimento, alla convocazione della conferenza dei servizi (art. 14, comma IV) su iniziativa del privato ed al rilievo ch'egli assume durante la sua celebrazione, dall'autocertificazione (art. 18), alla segnalazione certificata di inizio attività (art. 19) ed al

silenzio assenso (art. 20) come modi di formazione della decisione, all'ampio capitolo dell'accesso agli atti ed alle informazioni – ed in altre leggi statali e regionali; non ci si potrà occupare qui di tutta questa congerie di norme e ci si limiterà – nello spirito di dar conto delle novità – a qualche breve cenno relativamente alla segnalazione certificata di inizio attività (come procedimento e forma di partecipazione).

1.2.2.5. Per altro verso si deve rammentare che la fisionomia del procedimento e della partecipazione del privato ad esso è da ricercare – anche per tratti decisivi – anche fuori dal testo della legge generale sul procedimento amministrativo.

Anzitutto, si dovrà guardare allo statuto costituzionale della pubblica amministrazione – tema sul quale la dottrina italiana non ha ancora raggiunto un punto di vista unitario, distinguendosi tra chi ritiene che la Costituzione abbia consacrato la sistematica classica, oggetto poi di erosione da parte del diritto comunitario e chi, al contrario, vi ha letto un completo rivolgimento – giacché le teorie del procedimento amministrativo che dagli anni Sessanta l'hanno costruito come funzione si sono fondate esattamente sul testo costituzionale. In secondo luogo, la partecipazione procedimentale e la nozione di procedimento debbono molto alla riflessione circa la loro relazione con il processo, sicché anche a questo profilo occorrerà porre attenzione – specie a fronte della recentissima codificazione del processo amministrativo. In terzo luogo, leggi di settore e giurisprudenza contribuiscono in modo molto significativo alla costruzione degli istituti di cui si va dicendo ed, anche da questo punto di vista, occorrerà rendere ragione delle novità.

1.3 Successo della disciplina positiva sul procedimento ed oblio della sua teoria

Sembra utile un'ultima osservazione generale. L'affermarsi del procedimento

attraverso anche l'approvazione della legge 7 agosto 1990, n. 241²¹, il consolidarsi del principio del giusto procedimento (di rango costituzionale) e quello successivo di buona amministrazione (di derivazione comunitaria) sembra averne estremamente esteso l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza e la rilevanza nella prassi; tuttavia, il fiorire delle norme – generali e di settore – e della loro applicazione giurisprudenziale per buona parte sembra aver avuto l'effetto di consegnare quegli istituti all'esercizio dell'esegesi ed alla descrizione – che tanta parte hanno nella scuola amministrativistica italiana. Ne è uscita ridotta la forza innovativa delle ricostruzioni dottrinali che avevano elaborato quegli istituti. Procedimento amministrativo e partecipazione procedimentale, in linea con la propensione al tecnicismo giuridico che si accompagna all'ossequio alla disposizione scritta, hanno finito per coincidere con il testo della legge, sicché l'intera elaborazione della procedura amministrativa si riduceva, perdendo ricchezza, spessore, significato, alla regolamentazione del come il funzionario pubblico deve svolgere il suo compito per raggiungere il fine della decisione autoritativa. In quest'operazione – sembrerebbe inconsapevole – il fenomeno procedimentale finisce per coincidere con l'esegesi delle norme positive che lo regolano e la loro interpretazione viene fatta alla luce della tradizionale impostazione del procedimento come compito, con il conseguente solido aggancio al soggetto pubblico procedente, l'assegnazione del rilievo non all'amministrare ma chi amministra.

Restano quindi in ombra i profili meno descrittivi, come – ad esempio – quello delle posizioni soggettive di chi prende parte al procedimento²², degli interessi privati collettivi, dell'interesse pubblico condizionale. Più in generale, il profilo ed il significato sia del procedimento che della partecipazione come strumenti per rendere oggettivo

²¹ Comunque, sui chiaroscuri della l. 241, BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 319, 323, 403.

²² Tema sul quale, però, si veda ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit.

l'esercizio del potere (in quanto mera applicazione della norma) e paritario il processo attraverso il quale si perviene al provvedimento, restano sullo sfondo, lasciando la centralità alle tradizionali concezioni del provvedimento.

Sembrerebbe, quasi, che procedimento e partecipazione procedimentale non siano stati affatto conseguenze dei precetti costituzionali e costruzioni teoriche in grado di spiegare il diritto positivo; senza la previsione da parte del legislatore nulla di tutto ciò sarebbe, sicché ci si può limitare alla sola annotazione di quanto il legislatore abbia previsto. In questi termini, la grande parte della capacità del procedimento e della partecipazione di disciplinare l'autorità e renderla funzionale al pieno godimento dei diritti è cancellato; prevale l'idea del procedimento come compito dell'autorità, secondo le norme da essa stessa dettate; la scienza giuridica, se si accontenta dell'esegesi, non sembra in grado di guidare l'evoluzione del sistema ma solo di subire le novità del legislatore nazionale e comunitario.

2. AGGIORNAMENTI

In questo quadro generale, occorre dare notizia delle novità. I temi che qui si pongono non sono stati interessati da decisive e recenti novità, ed anche il quadro della letteratura giuridica sembra più caratterizzato da lavori specifici o celebrativi del ventennio dall'entrata in vigore della l. 241/1990 che da contributi radicalmente nuovi²³.

²³ Sul versante della messa a punto dello *status quaestionis* a vent'anni dall'approvazione della legge, per i temi che qui interessano, si possono leggere i contributi di CORSO, *Il principio di legalità*, 4, DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, 207, POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, 228, RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento*, 517, CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, 530, VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, BASSI [N.], *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, ZITO e TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, 588, PAOLANTONIO e GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, 750, LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento*

2.1 Le novità normative

Quanto alle novità di rango legislativo, sembra necessario dare brevemente conto delle disposizioni che hanno introdotto il codice del processo amministrativo, che hanno introdotto ulteriori sistemi di semplificazione del procedimento e la segnalazione certificata di inizio attività (o, dall'acronimo, SCIA).

2.1.1. Non serve alcun argomento a dimostrazione della rilevanza della relazione, sia teorica che pratica, tra procedimento e processo, tra partecipazione procedimentale e tutela giurisdizionale²⁴; in questa luce non pare si possa trascurare l'approvazione del codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Naturalmente, la considerazione del rilievo delle norme processuali sulla disciplina procedimentale

amministrativo, 1234 in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, DE ROBERTO, *L'attività pubblicistica dell'amministrazione. La disciplina della legge generale sull'azione amministrativa 7 agosto 1990, n. 241 fino alle ultime innovazioni introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2010 e RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, cit.* Sono per lo più dedicati invece a profili di teoria generale gli studi raccolti in *Procedura, Procedimento, Processo*, Atti del Convegno Urbino 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010. Altrettanto di taglio generale e sistematico è COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011. Sul pensiero di uno dei maggiori protagonisti della codificazione del procedimento amministrativo serve la lettura del recente CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 667. Sui temi trattati nel testo recentemente SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299, LAURICELLA, *Appunti sul nuovo procedimento amministrativo e la partecipazione dei soggetti privati*, Milano, 2008, quanto al problema della tutela nei confronti del mancato compiersi del procedimento, MANZONI, *La tutela giurisdizionale del silenzio rifiuto tra attività vincolata e discrezionale: spunti di riflessione*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 775, e *Il potere del giudice amministrativo di « conoscere della fondatezza dell'istanza » nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto della P.A.*, *ivi*, 2010, 501, mentre sulla dichiarazione di inizio attività, VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1260 ed AULETTA, *D.i.a. e preavviso di rigetto: note minime tra vecchi dubbi e nuove incertezze*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 710.

²⁴ Per una corale ed ampia rivalutazione del tema si può leggere il volume *Procedura, Procedimento, Processo, cit., passim*.

richiederebbe un ampio confronto con l'intero impianto del codice del processo amministrativo, che non è qui richiesto. Tuttavia, si devono segnalare almeno alcuni profili.

A. Anzitutto – ed assai significativamente, ci pare – la stessa giurisdizione amministrativa è definita dall'applicazione delle norme sul procedimento amministrativo (art. 7, C.P.A.). Infatti, se la giurisdizione del giudice amministrativo riguarda le controversie relative all'esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo (*«riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere»*) da parte di *«pubbliche amministrazioni»*, il codice chiarisce che a queste – ai fini della determinazione della giurisdizione – sono equiparati anche tutti i soggetti *«comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»*. La disposizione, chiara nel suo intento, apre molte possibili discussioni dal punto di vista ermeneutico e sistematico, delle quali qui non serve occuparsi.

Serve invece segnalare la forte relazione tra obbligatoria applicazione delle norme procedurali ai fini del raggiungimento della decisione e conseguente affermazione della giurisdizione amministrativa su quest'ultima, indipendentemente dalla qualificazione soggettiva di chi la decisione assuma.

B. In secondo luogo, sembrano di rilievo le disposizioni del C.P.A. che confermano la generale possibilità per il giudice di verificare (e ripetere) l'accertamento del fatto compiuto dall'amministrazione in seno al procedimento (ad esempio, art. 19 C.P.A.) e, quindi, il rilievo sia della paritarietà nella definizione del fatto, che della partecipazione procedimentale – e della conseguente possibilità di presentare documenti e memorie che consentano una sua migliore definizione. Sembra necessario segnalare che *«le circostanze di fatto e il comportamento complessivo»* del privato e dell'amministrazione sono oggetto di cognizione piena nei giudizi di risarcimento del danno (art. 30 C.P.A.).

C. Indipendentemente dalla vivace discussione relativa alla mancata previsione di una generale azione di accertamento, non potrà non essere segnalata la disposizione di cui all'art. 31 C.P.A. – che prevede senza dubbio un'azione di accertamento – per la quale una volta decorsi i termini per *«la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha*

interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere»; è evidente dallo stesso dato letterale che il processo ha ad oggetto l'accertamento di adempimenti procedurali, con il conseguente rilievo in merito alla fisionomia del procedimento ed alle posizioni soggettive nel corso dello stesso.

D. Quanto allo svolgersi del contraddittorio procedimentale assume rilievo anche la previsione di giudizi sommari (e rapidi) sia con riferimento all'accesso ai documenti amministrativi (art. 116 C.P.A.) sia con riguardo alla mancata adozione del provvedimento nei termini fissati per il compiersi del procedimento (art. 117 C.P.A.), sicché non pare disagevole vedere la presenza del processo come strumento per l'effettività del contraddittorio nel procedimento, strumento che potrà essere utilizzato anche nel corso dello svolgersi del procedimento – e, specie per il giudizio sul silenzio, di procedimenti complessi o composti – con conseguenze teoriche facili da intendere in relazione al profilo della parità delle parti nel corso del procedimento.

2.1.2. Come si è avuto modo di segnalare, il legislatore ha mostrato un frequente desiderio di incidere sulle norme della l. 241/1990; anche molto recentemente. La prospettiva nella quale sembra muovere il legislatore è quella di una riduzione della sequenza procedimentale o sostituzione con dichiarazioni o certificazioni.

A. Per un verso, il legislatore ha introdotto previsioni estensive del silenzio assenso e derogatorie rispetto alle competenze di organi amministrativi nella prospettiva di ridurre i tempi necessari per il rilascio di provvedimenti di assenso rispetto all'avvio di iniziative imprenditoriali: emblematico è il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica che (all'art. 43) ha introdotto «*nel Meridione d'Italia zone a burocrazia zero*» nelle quali «*le nuove iniziative produttive*» verrebbero incentivate anche dal fatto che «*i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte*» si intendono assentiti per silenzio assenso se non sono rilasciati da un Commissario di Governo che vi provvede (anche ad esito di «*appropriate conferenze di servizi ai sensi della legge n. 241 del 1990*») in deroga alle competenze ordinarie. Si tratta di disposizioni non nuove nel nostro ordinamento (si può rinviare, ad esempio, al d. l. 25 giugno 2008, n. 112) e che non di rado

presentano anzitutto un aspetto “propagandistico” essendo ricche di affermazioni enfatiche e di dubbia utilità²⁵, in secondo luogo una scarsa precisione nell’uso delle categorie giuridiche tale da renderne difficoltosa l’applicazione ed, infine, una costante fuga nella deroga al modello della legge sul procedimento.

B. Per altro verso, non si può non segnalare l’estendersi delle ipotesi nelle quali l’ordinamento dà rilievo nel procedimento a certificazioni poste in essere da soggetti privati vigilati che sostituiscono accertamenti amministrativi²⁶. In questa prospettiva deve essere segnalato l’art. 49, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122), con il quale è stato interamente riformulato l’art. 19 della l. 241/1990, sostituendo la dichiarazione di inizio attività (Dia), con la segnalazione certificata di inizio attività (Scia).

In ragione del nuovo testo dell’art. 19 ogni «atto di autorizzazione, licenza,

²⁵ Il citato d. l. 25 giugno 2008, n. 112 consentiva al Governo l’adozione di un «piano d’azione per la semplificazione e la qualità della regolazione» (art. 25, rubricato «Taglia-oneri amministrativi») che si sarebbero sostanziati in misure «normative, organizzative e tecnologiche» nonché nella soppressione di enti (art. 26, rubricato come «Taglia-enti») e riduzione della metà della spesa per la stampa delle pubblicazioni previste da leggi e regolamenti («Taglia-carta», secondo la rubrica dell’art. 27); tra le misure quella denominata dalla rubrica dell’art. 38 come «impresa in un giorno» sicché «l’avvio di attività imprenditoriale» sarebbe «per il soggetto in possesso dei requisiti di legge, tutelato sin dalla presentazione della dichiarazione di inizio attività o dalla richiesta del titolo autorizzatorio», restando indefinito per il tramite di quali garanzie sia “tutelato” il diritto di avviare l’impresa, facendo un’ennesima confusione tra dichiarazione di inizio attività ed autorizzazione, sicché se un significato letterale si riesce a ritrarre dall’enunciato, questo sembra nel senso che il privato sia legittimato a svolgere l’attività fin dalla presentazione dell’istanza o della dichiarazione anche nel caso di istanza intesa ad ottenere autorizzazione; la disposizione, in altro e successivo comma, si incarica di rassicurare l’interprete, prevedendo che l’avvio dalla data di presentazione della domanda vale solo per le attività avviate su dichiarazione («l’attività di impresa può essere avviata immediatamente nei casi in cui sia sufficiente la presentazione della dichiarazione di inizio attività allo sportello unico»).

²⁶ Il fenomeno è diffusamente studiato da BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, ove gli approfondimenti relativi alle certificazioni di bilancio (da 38), il *rating* (da 73), le certificazioni di qualità (da 89), quelle relative a prodotti industriali e servizi (da 122), le SOA (da 155) e le certificazioni alimentari (da 163).

*concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi*²⁷ viene «sostituito» da una «segnalazione dell'interessato» corredata da dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dalle «attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese» per mezzo delle quali viene provata la sussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'ottenimento dell'atto ampliativo; una volta presentata la segnalazione l'attività può immediatamente essere iniziata ma l'amministrazione potrà vietare la prosecuzione dell'attività ed ordinare la rimozione dei suoi effetti se accerti la «carezza dei requisiti e dei presupposti» che erano stati certificati; tuttavia, ove ciò non avvenga entro sessanta giorni, la possibilità di intervento dell'amministrazione è ridotta solo a limitati casi. Il legislatore provvede poi a dichiarare che il regime in questione attiene alla tutela della concorrenza (in modo da escludere competenze regionali) e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (in modo da escludere competenze regionali), aggiungendo la precisazione per la quale il regime in questione sostituisce quello dettato dalla "dichiarazione di inizio di attività" ovunque esso sia richiamato²⁸.

La dottrina non ha mancato di criticare la disciplina della SCIA²⁹ ed ha perlopiù

²⁷ Sono però escluse le «attività economiche a prevalente carattere finanziario».

²⁸ Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha già affermato la specialità di alcune norme che richiedono la presentazione di una DIA (ad esempio per la realizzazione di impianti di telecomunicazione), sicché non vi subentrerebbe il regime della SCIA (Tar Lombardia, I, ordinanze 13 gennaio 2011, n. 89 e 14 gennaio 2011, n. 123, in *Urb. e app.*, 2011, 579).

²⁹ Si veda, ad esempio, MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1328.

ricondotto il nuovo istituto alla fisionomia originaria della dichiarazione di inizio attività³⁰ – rispetto alla quale, anche per via delle varie oscillazioni del legislatore, s’è assistito ad un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, particolarmente circa la natura di atto di “auto amministrazione” del cittadino, a quella dei poteri pubblici ad esito dell’avvio dell’attività priva dei requisiti ed alla tutela giurisdizionale dei terzi; tuttavia, metterebbe conto di esaminare la disciplina in questione anche alla luce della Direttiva 2006/123/CE per valutarne la portata sistematica ed affrontare – anche da quel punto di osservazioni – conclusioni in ordine ai temi più controversi.

2.2 I più recenti sviluppi giurisprudenziali

Non sembra che né quanto al profilo generale del procedimento, né per quel che riferisce la partecipazione degli interessati, la giurisprudenza abbia in tempi recenti assunto posizioni che modificano in modo significativo i suoi orientamenti.

A. La Corte Costituzionale, per parte sua, è stata impegnata prevalentemente dal problema dell’estensione dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Tuttavia, la Corte non è sembrata lineare nella sua elaborazione, giacché per un verso ha ancorato l’obbligo di motivazione solo ai principi propri dell’attività amministrativa (*«da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d’imparzialità dell’amministrazione e, dall’altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale»*³¹), escludendo ogni garanzia al contraddittorio procedimentale ed al diritto di difesa in esso, limitando il rilievo dell’obbligo di motivazione al suo profilo *«esclusivamente*

³⁰ In tal senso, ad esempio, BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: tra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2010, 580.

³¹ Corte Costituzionale, 2 novembre 2010, n. 310.

processuale»³² (per quanto i giudici remittenti l'avessero enfatizzato, anche con il richiamo a norme comunitarie – «*sarebbe principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei, desumibile dall'art. 253 del Trattato sull'Unione europea, oggi art. 296, comma 2, del Trattato di Lisbona*»³³); risultato ne è la conferma dell'ammissibilità della motivazione attraverso punteggio numerico, essendo per la Corte prevalente l'evitare oneri eccessivi all'amministrazione³⁴. Contraddittorio e difesa sarebbero – con un evidente passo indietro rispetto alla garanzia del giusto procedimento – esigenze destinate a vivere solo nella dimensione processuale. Altri istituti della l. 241/1990 sono stati interessanti dalla giurisprudenza costituzionale, ma quanto a profili che non contribuiscono a tracciare la fisionomia del procedimento e della partecipazione – per quanto possano avere avuto, come la giurisprudenza in materia di applicabilità della DIA alla realizzazione di impianti di

³² Corte Costituzionale, 30 gennaio 2009, n. 20.

³³ Corte Costituzionale, 2 novembre 2010, n. 310.

³⁴ Oltre a Corte Costituzionale, 30 gennaio 2009, n. 20, deve essere letta Corte Costituzionale, 8 giugno 2011, n. 175 per la quale il «*punteggio numerico*», costituisce «*la modalità di formulazione del giudizio tecnico-discrezionale*» e «*si traduce in un giudizio di sufficienza o di insufficienza, a sua volta variamente graduato a seconda del parametro numerico attribuito al candidato*»; viene, comunque, dato rilievo solo al contraddittorio processuale escludendo espressamente quello procedimentale («*la violazione dell'art. 24 Cost. va, a sua volta, esclusa. Invero, come già questa Corte ha chiarito (sentenza n. 20 del 2009 e giurisprudenza in essa richiamata), la citata norma costituzionale, che enuncia il principio dell'effettività del diritto di difesa in ambito generale, è diretta a presidiare l'adeguatezza degli strumenti processuali posti a disposizione dall'ordinamento per la tutela in giudizio delle situazioni giuridiche ed opera esclusivamente sul piano processuale, mentre la denunciata illegittimità costituzionale concerne un momento del procedimento amministrativo*»), far prevalere le esigenze di speditezza dell'amministrazione («*esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97, primo comma, Cost.), che rendono non esigibile una dettagliata esposizione*») ed escludere il rilievo di norme comunitarie («*la disciplina degli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario*»; si deve segnalare che, invece, per Corte dei Conti, reg. Sicilia sez. giurisd., 28 settembre 2010, n. 330, il «*principio generale di motivazione degli atti dell'amministrazione è un principio di diritto europeo, da ciò deriva la necessità di un'applicazione uniforme*»).

produzione di energia da fonte rinnovabile, molto rilievo pratico³⁵.

B. La giurisprudenza amministrativa non ha avuto occasione in tempi molto recenti di fissare principi di particolare novità e, tuttavia, deve essere segnalata una condivisibile (e crescente) tendenza a fare un'accurata applicazione dei principi generali.

Così è stato affermato che³⁶ l'azione amministrativa debba essere «*improntata, oltre che ai classici canoni di trasparenza e pubblicità ed ai principi del diritto comunitario, ai principi di derivazione civilistica, tra cui quello della buona fede, il quale ultimo nell'ambito specifico può ritenersi come una espressione dell'agire secondo principi improntati alla buona amministrazione*»; il giudice amministrativo si è così abituato a fare applicazione del principio di non aggravamento del procedimento e sua ragionevole durata³⁷, trasparenza ed imparzialità³⁸, di efficacia³⁹, proporzionalità⁴⁰, precauzione⁴¹. Non

³⁵ Ci si intende riferire alle sentenze 10 maggio 2010, n. 171 in materia di valutazioni di impatto ambientale e, soprattutto, 29 maggio 2009, n. 166, con la quale si pronunciava l'illegittimità costituzionale degli artt. 3 e 6 della legge della Regione Basilicata 26 aprile 2007, n. 9 per violazione delle competenze statali in materia di ambiente e 22 marzo 2010, n. 119, con la quale si dichiarava l'incostituzionalità di alcune norme della legge della Regione Puglia 21 ottobre 2008, n. 31 in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili per difetto di competenza regionale; la Corte ha avuto modo di occuparsi anche (sentenza 2 novembre 2010, n. 312) della legislazione regionale campana in tema di semplificazione amministrativa, con particolare riguardo alla relazione tra la DIA e l'istituzione del «*fascicolo del fabbricato*» destinato a raccogliere informazioni sui requisiti per la sua realizzazione e le informazioni di tipo progettuale, strutturale, impiantistico, geologico e riguardanti la sicurezza

³⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 29 marzo 2010 n. 1719. Si può vedere anche T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 11 gennaio 2010, n. 232, in *Foro amm. TAR*, 2010, 302 per il quale «*il principio dell'affidamento*» avrebbe fatto «*ingresso nell'ordinamento giuridico italiano come principio generale dell'azione amministrativa, ai sensi del novellato art. 1 comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241*».

³⁷ In tal senso (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 113, in *Foro amm. TAR*, 2011, 526) si è chiarito: che questi sono «*principi generali dell'attività amministrativa*» sicché «*il procedimento, una volta iniziato, deve concludersi entro un termine ragionevole, trascorso il quale il procedimento deve considerarsi come abbandonato*»; che (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 2 novembre 2010, n. 4520, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3445 e T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 17 giugno 2010, n. 2324, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1985) sia preferibile l'approvazione di un progetto edilizio con prescrizioni rispetto al rigetto che «*costringendo il privato a*

*ripresentare il progetto emendato per assoggettarlo ad una nuova approvazione» si pone «in contrasto con la regola generale sul divieto di aggravamento del procedimento amministrativo»; che, una volta che sia stato richiesto e negato il rilascio del permesso di soggiorno per asilo politico, spetta allo straniero richiedere il rilascio di altro e diverso tipo di titolo abilitante al soggiorno, allegando le circostanze rilevanti che «non possono, invece, essere indagate d'ufficio da parte dell'Autorità, in applicazione del generale divieto di aggravio del procedimento» (T.A.R. Firenze Toscana sez. II, 6 luglio 2010, n. 2317, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2396); che non è possibile «un esame sempre e comunque del merito di un'istanza amministrativa, quando l'Amministrazione ritenga che la stessa sia come tale inammissibile e insuscettibile di accoglimento, alla luce del principio di divieto di aggravamento» (T.A.R. Toscana, 19 gennaio 2010, n. 67, in *Foro amm. TAR*, 2010, 116); che la modalità di «interpretazione delle norme in tema di confezionamento dei plichi per procedure ad evidenza pubblica non può che essere svolta alla luce dei principi che governano il procedimento amministrativo» ed, in particolare, al divieto del «suo ingiustificato aggravamento da parte della stazione appaltante» ed al principio che «impedisce opzioni ermeneutiche volte a strumentalizzare i meccanismi formali ben oltre la loro dimensione teleologica» che «non costituiscono vuoti adempimenti astrattamente imposti a pena di esclusione, ma manifestano la loro rilevanza nella misura in cui presidiano i valori di segretezza e certezza delle opzioni di gara» (T.A.R. Cagliari Sardegna sez. I, 7 dicembre 2009, n. 2014, in *Ragiusan*, 2010, 317-318, 120).*

³⁸ Sicché (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 126, in *Foro amm. TAR*, 2011, 278) il principio di pubblicità delle sedute di gara è funzionale non solo al rispetto della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche alla tutela delle esigenze di trasparenza ed imparzialità «che informa di sé tutta la disciplina della cd. evidenza pubblica»; tanto che la «parità di trattamento fra i concorrenti nella gara è espressione del più generale principio di imparzialità» che deve essere «coordinato con il principio del buon andamento» in forza dell'art. 97 Cost. sicché quando per «costanze di fatto oggettive non imputabili ad omissioni o negligenze della p.a., recede il primo, si espande - in conseguenza - il secondo» (ed allora, stante che «l'acquisizione della prestazione alle condizioni più favorevoli per la p.a., costituente corollario del buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa» esso «assume nel caso di gara rilevo preminente, rispetto al formalistico ossequio della parità di trattamento» (T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 15 dicembre 2010, n. 10853, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3808); per T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1313, poi, la disciplina del procedimento amministrativo «è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali».

³⁹ Sicché provvedimenti a contenuto plurimo (caratterizzati da una unitarietà solo formale, ma non anche sostanziale) risponderebbero ai «canoni di economicità e di efficacia» per T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 10 settembre 2010, n. 17398, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2926 (principio in astratto discutibile, giacché le garanzie procedurali ne risulterebbero ridotte per alcuni dei destinatari dell'atto; per la concentrazione di diversi procedimenti intesi all'emissione di atti di diversa natura ma tra loro connessi – come il nulla-osta paesaggistico

si può non osservare che si sia innanzi a principi largamente desumibili dalla nostra Costituzione e che, tuttavia, la giurisprudenza – in ossequio ad una lungamente consumata tendenza all’esegesi della norma legislativa – ne ha dato compiuta applicazione solo dopo la riforma dell’art. 1 della l. 241/1990 e talora imputandone l’origine al diritto comunitario⁴².

ed il titolo edilizio – è anche T.A.R. Genova Liguria sez. I, 22 maggio 2009, n. 1163, in *Riv. giur. Edilizia*, 2009, 1614), “canoni” che possono costituire elemento di valutazione per il giudice contabile (Corte Conti sez. II, 25 agosto 2010, n. 340, in *Riv. corte conti*, 2010, 4, 83) senza che «ciò costituisca indebita ingerenza nella sfera della discrezionalità amministrativa» e senza che divenga sindacato di merito (Corte Conti reg. Lombardia sez. giurisd., 10 luglio 2009, n. 476, in *Riv. corte conti*, 2009, 151).

⁴⁰ In tal senso T.A.R. Liguria, sez. II, 27 maggio 2009, n. 1238, in *Foro amm. TAR* 2009, 1387 in ordine alla proporzione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti dalla legge in caso di gare e T.A.R. Liguria, sez. I, 12 marzo 2009, n. 305, in *Riv. giur. edilizia* 2009, I, 925, in relazione alle condizioni da apporre a concessione demaniale.

⁴¹ In tal senso per T.A.R. Trento Trentino Alto Adige sez. I, 8 luglio 2010, n. 171, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2317, la «rilevanza del principio generale "di precauzione", che è come tale direttamente cogente per tutte le P.A., ha trovato ampio riconoscimento, ancorché sia menzionato nel Trattato Ce soltanto in relazione alla politica ambientale» sicché esso è «un criterio orientativo generale e di larga massima che deve caratterizzare non soltanto le attività normative, ma prima ancora quelle amministrative». In senso analogo T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 25 marzo 2010, n. 93, in *Foro amm. TAR*, 2010, 797, per il quale «l’obbligo giuridico di assicurare un “elevato livello di tutela ambientale” con l’adozione delle migliori tecnologie disponibili e fondato sull’art. 174 del trattato Ce è finalizzato ad anticipare la tutela, poi da apprestarsi in sede legislativa, a decorrere dal momento in cui si profili un danno da riparare al fine sia della sua prevenzione, ove possibile, sia del suo contenimento in applicazione del principio di precauzione».

⁴² In tal senso Consiglio Stato sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 316, per il quale «i principi generali di diritto comunitario direttamente ricavabili dal Trattato, o comunque dichiarati dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, di concorrenza, di parità di trattamento di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di pubblicità, di trasparenza, di imparzialità e di proporzionalità, debbono essere applicati all’attività di diritto privato della p.a., anche quando la p.a. non sia obbligata ad attivare procedure ad evidenza pubblica», pur enumerando principi espressamente previsti o facilmente ricavabili dalla Costituzione.

Resta che dall'affermazione progressiva della rilevanza giuridica dei principi, viene assottigliato lo spazio eventualmente riservato al merito amministrativo⁴³.

Non si devono segnalare particolari novità quanto alle limitazioni alla partecipazione procedimentale derivanti dall'art. 13 della l. 241/1990⁴⁴ e, tuttavia, non

⁴³ Per Corte dei Conti, reg. Sicilia sez. giurisd., 15 ottobre 2010, n. 2152, in Riv. corte conti, 2010, 5, 148, infatti, «sussiste insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali di un pubblico amministratore nel senso che alla Corte non è permesso di valutare e sindacare l'opportunità e la convenienza amministrativa delle scelte effettuate e quindi le ragioni per le quali la pubblica autorità abbia proceduto a una opzione piuttosto che ad un'altra per il perseguimento dei propri fini istituzionali, essendo vietata ogni ingerenza nell'attività di ponderazione comparata degli interessi; una volta operata la scelta, è, però consentito al giudice contabile di procedere a una valutazione dell'operato dell'amministratore in punto di legittimità, alla stregua di regole cd. interne dell'azione amministrativa, previste anche dall'art. 1 l. n. 241/1990, al fine di appurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, congruità, logicità, ragionevolezza, che devono presiedere all'esercizio dell'azione amministrativa».

⁴⁴ La giurisprudenza relativa all'art. 13, infatti, si è limitata alla riaffermazione dell'esclusione degli atti normativi, di quelli di programmazione e degli atti generali dalle garanzie del capo III (T.A.R. Catania Sicilia sez. III, 4 febbraio 2011, n. 258, in *Foro amm. TAR*, 2011, 657; T.A.R. Catanzaro Calabria sez. II, 11 febbraio 2011, n. 211, in *Foro amm. TAR*, 2011, 636; T.A.R. Roma Lazio sez. III, 10 gennaio 2011, n. 66, in *Foro amm. TAR*, 2011, 133; T.A.R. Campobasso Molise sez. I, 10 dicembre 2010, n. 1532, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3941), includendovi quelli di pianificazione (T.A.R. Napoli Campania sez. I, 19 gennaio 2011, n. 313, in *Foro amm. TAR*, 2011, 157; T.A.R. Bari Puglia sez. II, 4 giugno 2010, n. 2252, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2156; T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 3 marzo 2009, n. 383, in *Foro amm. TAR*, 2009, 690), quelli relativi ai testimoni e coloro che collaborano ai fini di giustizia (T.A.R. Roma Lazio sez. I, 4 maggio 2009, n. 4540, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1419), di organizzazione (T.A.R. Roma Lazio sez. III, 1 aprile 2010, n. 5411, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1305; Cons.giust.amm. Sicilia sez. giurisd., 4 febbraio 2010, n. 102, in *Ragiusan*, 2010, 315-316, 303 in tema di piante organiche), i regolamenti per le affissioni pubblicitarie (Consiglio Stato sez. V, 12 giugno 2009, n. 3707, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1470), l'individuazione delle zone carenti di farmacie (T.A.R. Salerno Campania sez. I, 2 febbraio 2010, n. 1013, in *Foro amm. TAR*, 2010, 610), i provvedimenti determinativi di tariffe (Consiglio Stato sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2308, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1035), quelli dovuti ad esigenze di tutela del pubblico risparmio (T.A.R. Roma Lazio sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1313), di limitazione del traffico (T.A.R. Napoli Campania sez. I, 8 aprile 2010, n. 1830, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1379).

Semmai deve segnalarsi che la giurisprudenza presenta oscillazioni intorno all'asse fondamentale dell'aderenza alla norma, sicché la programmazione delle opere pubbliche non solo sarebbe «sottratta alle garanzie

appena si osservino i casi nei quali la giurisprudenza ritiene da tempo legittimo il provvedimento adottato in assenza dell'avviso dell'avvio del procedimento⁴⁵ e della

partecipative» ma anche connotata da «*altissima discrezionalità*» (T.A.R. Genova Liguria sez. II, 12 novembre 2010, n. 10360, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3480) con evidente riduzione delle garanzie del singolo mentre, per altro orientamento, gli «*atti di localizzazione di un'opera pubblica devono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento ai proprietari dell'area, anche se soltanto successivamente intervenga l'approvazione del progetto definitivo delle opere con contestuale dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e previsione dell'inizio e completamento delle espropriazioni entro il termine di cinque anni decorrenti dalla data di esecutività della menzionata delibera*» giacché «*le delibere di localizzazione non si connotano in termini di pianificazione ma solo di individuazione dell'ubicazione dell'intervento così rivelando in termini di incisione immediata sull'interesse del proprietario*» (T.A.R. Latina Lazio sez. I, 7 giugno 2010, n. 1005, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2085). Allo stesso modo, quanto alle scelte pianificatorie comunali sulla destinazione urbanistica v'è chi ritiene debbano essere sottratte alle garanzie del capo III (T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, 7 giugno 2010, n. 1415, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2213; T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, 22 luglio 2009, n. 1375, in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, 257) e chi (T.A.R. Salerno Campania sez. I, 8 novembre 2010, n. 12322, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3637), invece, richiede la loro motivazione «*quando incidano su zone territorialmente circoscritte*».

⁴⁵ L'esclusione dall'obbligo di dare comunicazione di avvio del procedimento amministrativo è da gran tempo affermata e recentemente confermata a fronte di procedimenti ad istanza di parte (T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, 14 dicembre 2010, n. 2686; T.A.R. Cagliari Sardegna sez. I, 27 ottobre 2010, n. 2338, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3390; T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, 14 giugno 2010, n. 1148, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2180; Consiglio Stato sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3624, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1300; T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, 20 maggio 2010, n. 796, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, 1841), di atti vincolati (Consiglio Stato sez. V, 8 febbraio 2011, n. 840, in *Foro amm. CDS*, 2011, 444; T.A.R. Roma Lazio sez. I, 1 dicembre 2010, n. 34861, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3835; T.A.R. Roma Lazio sez. I, 1 dicembre 2010, n. 34862, in *Foro amm. TAR*, 2010, 12, 3836; T.A.R. Perugia Umbria sez. I, 28 ottobre 2010, n. 499, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3197; Consiglio Stato sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5155, in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, I, 2053; T.A.R. Aosta Valle d'Aosta sez. I, 14 luglio 2010, n. 57, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2287; T.A.R. Napoli Campania sez. III, 13 luglio 2010, n. 16683, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2548; Consiglio Stato sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4446, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1591; T.A.R. Napoli Campania sez. III, 2 luglio 2010, n. 16548, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2546), di natura cautelare o d'urgenza (T.A.R. Milano Lombardia sez. III, 4 febbraio 2011, in *Foro amm. TAR*, 2011, 364; T.A.R. Milano Lombardia sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 101, in *Foro amm. TAR*, 2011, 32; T.A.R. Firenze Toscana sez. II, 16 giugno 2010, n. 1930, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2020, T.A.R. Napoli Campania sez. III, 8 giugno 2010, n. 13047, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2115; T.A.R. Roma Lazio sez. II, 14 maggio 2010, n. 11327, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1699) o concernenti la sicurezza e le armi (T.A.R. Ancona Marche sez. I, 20 dicembre 2010, n. 3472, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3830; T.A.R. Bari Puglia sez. I, 22 luglio 2010, n. 3146, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2602; T.A.R.

conseguente partecipazione, ci si renderà conto facilmente del fatto che ad essa continui ad essere assicurato uno spazio assai meno significativo di quanto dalla legge non appaia.

Tuttavia, per quanto si tratti non di rado di orientamenti poco condivisibili⁴⁶ e solo

Trento Trentino Alto Adige sez. I, 8 luglio 2010, n. 168, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2315; T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, 7 luglio 2010, n. 1544, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2644; T.A.R. Perugia Umbria sez. I, 27 maggio 2010, n. 338, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1666), ovvero sanzionatoria (T.A.R. Genova Liguria sez. I, 22 gennaio 2011, n. 150, in *Foro amm. TAR*, 2011, 58; T.A.R. Lecce Puglia sez. I, 17 novembre 2010, n. 2660, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3678; T.A.R. Lecce Puglia sez. III, 9 novembre 2010, n. 2631, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3682; T.A.R. Latina Lazio sez. I, 4 maggio 2010, n. 684, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1719). A queste ipotesi debbono essere aggiunte quelle nelle quali s'è data applicazione al divieto di annullamento di atti illegittimi «*per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento*» nell'ipotesi in cui l'amministrazione provveda «*in giudizio*» a dare prova del fatto che «*il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*»; la giurisprudenza, in realtà, si richiama a quella disposizione anche a fronte di atti vincolati (T.A.R. Napoli Campania sez. III, 10 novembre 2010, n. 23757, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3601, T.A.R. Napoli Campania sez. VIII, 10 novembre 2010, n. 23762, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3634) e – salvo qualche orientamento rigoroso, come T.A.R. Firenze Toscana sez. II, 4 febbraio 2011, n. 233, in *Foro amm. TAR*, 2011, 416, per il quale la violazione dell'obbligo di assicurare la partecipazione procedimentale «*non può ritenersi derubricata a mera irregolarità*» e l'annullamento può essere impedito «*solo a condizione che l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe stato in nessun caso diverso da quello in concreto adottato: vale a dire, solo a condizione che sia provata la sostanziale inutilità della partecipazione*» - ammette con una certa larghezza (come T.A.R. Potenza Basilicata sez. I, 10 settembre 2010, n. 588, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2969, per il quale occorre badare alla legittimità sostanziale della decisione o T.A.R. Roma Lazio sez. I, 9 agosto 2010, n. 30436, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2433).

⁴⁶ Vi sono fattispecie nelle quali l'orientamento della giurisprudenza riesce assai difficile da condividere: così è per la ritenuta legittimità della mancata comunicazione di avvio del procedimento in caso di esclusione da una gara pronunciata a ragione dell'esito negativo del riscontro del possesso dei requisiti presupposti dal bando, perché «*essa si viene ad inserire in una sequenza procedimentale della cui pendenza il ricorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione: lo svolgimento degli accertamenti finalizzati a riscontrare l'effettivo possesso, in capo al concorrente provvisoriamente aggiudicatario, dei requisiti dichiarati in sede di presentazione della domanda di partecipazione, costituisce un passaggio procedimentale ampiamente conosciuto dai partecipanti, siccome delineato dal bando di gara e comunque desumibile dai principi generali*» (Consiglio Stato sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2801; la giurisprudenza sul punto è costante, ma molto difficilmente condivisibile perché il provvedimento di esclusione è puntuale e

limitatamente coerenti con la logica della protezione dei diritti di difesa nel procedimento⁴⁷

sfavorevole e discende da un procedimento di verifica nel quale c'è certamente l'interesse del partecipante alla gara a difendersi ed il rilievo della sua attività partecipativa) ed, anzi, s'è giunti a negare che sia dovuta la comunicazione anche a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria (Consiglio Stato sez. V, 23 giugno 2010, n. 3966, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1285; T.A.R. Venezia Veneto sez. I, 4 agosto 2010, n. 3447, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2324; T.A.R. Catania Sicilia sez. II, 19 maggio 2010, n. 1631, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1863; T.A.R. Palermo Sicilia sez. III, 19 aprile 2010, n. 5498, in *Foro amm. TAR*, 2010, 4, 1483) sempre per la ragione che si tratterebbe sempre di un'articolazione del procedimento di gara (ma T.A.R. Bari Puglia sez. I, 14 aprile 2010, n. 1332, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1433 si spinge fino alla proposta di annullamento dell'aggiudicazione definitiva); oppure di commissariamento degli istituti di credito (Consiglio Stato sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, in *Foro amm. CDS*, 2010, 11, 2331) per la ragione che si tratterebbe di «*procedura nella quale il ruolo della Banca d'Italia, ancorché intuitivamente decisivo, è di carattere istruttorio e preparatorio e si esaurisce in una proposta sulla quale le determinazioni conclusive sono rimesse al Ministero dell'economia e delle finanze, il quale può disporre lo scioglimento e il commissariamento*» (sicché riesce davvero difficile capire per quale ragione non si dovrebbe poter prendere parte al procedimento a potenziale esito negativo nel quale si forma la decisione, dovendo attendere quello nel quale la si ratifica, cosicché l'apporto nel procedimento risulta del tutto inutile; ma si veda anche T.A.R. Cagliari Sardegna sez. I, 21 maggio 2010, n. 1240, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1866, per il quale l'atto di revoca di un incarico dirigenziale ordinario che si inserisce nell'ambito di un commissariamento dei vertici dirigenziali non deve essere preceduto da avviso); ovvero per l'ipotesi in cui non si comunichi l'avvio del procedimento di annullamento di atti invalidi e si faccia riprendere il procedimento espropriativo senza avvisare l'espropriando, sempre perché si tratterebbe di fasi del procedimento di cui s'è fatto avviso in origine (T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, 15 luglio 2010, n. 1898, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2700).

⁴⁷ Il criterio per il quale la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata in modo non formalistico ma utile è certamente coerente con l'interpretazione del procedimento amministrativo che ha data la Corte di Giustizia. In Italia quest'orientamento è coerentemente declinato da quella giurisprudenza che nega la violazione dell'obbligo di legge quanto «*all'interessato sia stata comunque data aliunde informazione dell'avvio del procedimento, con la conseguente possibilità di rappresentarvi le proprie valutazioni*» (Consiglio Stato sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1476, in *Foro amm. CDS*, 2011, 950; Consiglio Stato sez. VI, 2 marzo 2011, n. 1305, in *Foro amm. CDS*, 2011, 943; Consiglio Stato sez. II, 7 gennaio 2011, n. 1585, in *Foro amm. CDS*, 2011, 311, ma anche Cassazione civile sez. un., 16 dicembre 2010, n. 25394, in *Foro amm. CDS*, 2011, 47 in materia di risarcimento del danno), sicché «*la comunicazione si rende superflua e riprendono espansione i principi di economicità e speditezza dai quali è retta l'attività amministrativa*» (Consiglio Stato sez. I, 9 giugno 2010, n. 5259, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1317; T.A.R. Salerno Campania sez. II, 3 giugno 2010, n. 8212, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2142; inquadra del tutto correttamente i principi del contraddittorio T.A.R. Brescia Lombardia sez. I, 8 aprile 2010, n. 1514, in *Foro amm.*

– affermata, invece, dalla giurisprudenza comunitaria – non si potrà tacere che si tratta di opinioni giurisprudenziali ormai molto consolidate. Anzi, sembra quasi doversi dire che le garanzie procedurali sono oggi limitate ai procedimenti di autotutela e poco più⁴⁸ e che il novero dei soggetti cui debba essere obbligatoriamente comunicato l'avvio del procedimento è estremamente limitato, escludendo addirittura molti controinteressati⁴⁹.

TAR, 2010,1213 , che chiarisce che a dover essere garantita è «l'effettività del momento partecipativo, assicurando un tempestivo contraddittorio nella fase di avvio del procedimento, prima che le scelte divengano irreversibili»).

⁴⁸ Viene quasi costantemente affermata la necessità della partecipazione a fronte di procedimenti per l'annullamento di provvedimenti favorevoli (Consiglio Stato sez. V, 17 gennaio 2011, n. 206, in *Foro amm. CDS*, 2011, 166; T.A.R. Salerno Campania sez. II, 20 settembre 2010, n. 11084, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2939; T.A.R. Roma Lazio sez. II, 7 luglio 2010, n. 23285, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2463; T.A.R. Napoli Campania sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2480, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1770; T.A.R. Bari Puglia sez. I, 12 aprile 2010, n. 1330, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1432; T.A.R. Roma Lazio sez. II, 13 dicembre 2010, n. 36323, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3875, relativo a rettifica di graduatoria; T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 24 marzo 2010, n. 742, in *Foro amm. TAR*, 2010, 878) o loro sospensione (T.A.R. Roma Lazio sez. III, 2 marzo 2010, n. 3241, in *Foro amm. TAR*, 2010, 935), di trasferimenti del personale (T.A.R. Pescara Abruzzo sez. I, 19 novembre 2010, n. 1237, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3578), di bonifica ambientale (T.A.R. Firenze Toscana sez. II, 6 luglio 2010, n. 2316, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2365).

⁴⁹ Si legge nella recente giurisprudenza che debbono essere invitati a partecipare in caso di esproprio solo i destinatari dell'atto – proprietario o soggetti concessionari – (T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, 6 dicembre 2010, n. 2875, in *Foro amm. TAR*, 2010, 4039), che i «vicini controinteressati rispetto al rilascio della concessione in sanatoria non sono annoverabili tra i soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento» (T.A.R. Trento Trentino Alto Adige sez. I, 14 ottobre 2010, n. 194, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3125; T.A.R. Napoli Campania sez. VIII, 12 aprile 2010, n. 1918, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1416), né lo sarebbero i titolari di rivendite di tabacchi ordinarie rispetto al rilascio di nuova autorizzazione a gestirne una speciale (Consiglio Stato sez. IV, 7 aprile 2010, n. 1987, in *Foro amm. CDS*, 2010, 814).
