

Gaetano Telesio

## Il procedimento amministrativo: profili generali<sup>1</sup>

### 1. FUNZIONE E NOZIONE DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Le pubbliche amministrazioni, nel perseguire gli interessi pubblici affidati alle loro cure, operano, di norma, mediante **procedimenti amministrativi**, osservando le regole che garantiscono lo svolgimento imparziale ed efficace della azione amministrativa. La concezione teorica del **procedimento amministrativo** ha subito, nel tempo, un graduale mutamento per effetto delle varie modifiche normative che hanno inciso sulla relativa disciplina. In particolare, la dottrina ha elaborato, in fasi successive, una “*nozione formale*”, una “*nozione funzionale*” e una “*nozione garantistica*” del **procedimento amministrativo**.

---

1 Due dediche particolari a coloro che hanno reso possibile la realizzazione dell'opera. La prima a mia moglie Lucrezia e ai miei figli Gianluca e Mariagiulia, che con il loro affetto, la loro pazienza, la loro comprensione e il loro sacrificio mi hanno consentito di dedicarmi a questo delicato e complesso lavoro anche nei “fine settimana”, dovendo spesso rinunciare alla mia reale presenza in famiglia. La seconda dedica alla Dottoressa Monica Facchiano, Dirigente dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, che, con la sua particolare dedizione al lavoro, il suo alto senso di responsabilità, la lealtà istituzionale e il senso di appartenenza che ne hanno sempre contraddistinto il comportamento e, soprattutto, con la sua grande professionalità, mi ha sempre garantito, ai massimi livelli, un preziosissimo e qualificato supporto umano, morale e lavorativo.

Nella sua prima accezione, il **procedimento amministrativo** è stato definito come «... una serie di atti (istanze, accertamenti, pareri, proposte, designazioni, deliberazioni preliminari, etc.) e di operazioni (comunicazioni, notificazioni, pubblicazioni, etc.), posti in essere da un unico o da diversi agenti, solitamente culminanti in un provvedimento e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obiettivo avuto di mira»<sup>2</sup>.

Nella sua seconda accezione, il **procedimento amministrativo** è stato, invece, definito «... come forma delle funzioni amministrative, in quanto ordinato alla evidenza degli interessi» e, quindi, come «... sequenza ordinata al raccordo concreto di una pluralità di interessi»<sup>3</sup>.

Infine, nella sua terza accezione, il **procedimento amministrativo** è stato definito come «... luogo nel quale al privato è garantita la rappresentazione e la tutela dei propri interessi, ove incisi dall'azione dei pubblici poteri»<sup>4</sup>.

Quest'ultima concezione del **procedimento amministrativo** può essere certamente considerata come quella più coerente con la evoluzione complessiva del processo di riforma della pubblica amministrazione e del relativo quadro normativo e, pertanto, come quella più attuale.

Dalla nozione di **procedimento amministrativo** si distingue la nozione di **procedura**. La **procedura** è «... un insieme di attività ripetitive, sequenziali e condivise che vengono poste in essere per raggiungere un determinato risultato», ovvero, in «... buona sostanza, è il “che cosa” deve essere attuato per addivenire ad un “qualcosa”, a un “prodotto”, descritto sotto forma di “regole”, formalizzate o riconosciute come consuetudini (a titolo esemplificativo: la realizzazione di un software, la immatricolazione di uno studente ad un corso di studio universitario, etc.)»<sup>5</sup>.

Dalla nozione di **procedimento amministrativo** si distingue anche la nozione di **processo**. Il **processo** è «... un insieme di risorse strumentali utilizzate e di comportamenti attuati da persone fisiche o giuridiche finalizzati alla realizzazione di una determinata procedura», ovvero, in «... buona sostanza, è il “chi fa che cosa”», per

---

2 Vedi, al riguardo, Aldo Maria SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, e anche *Manuale di Diritto amministrativo*, XIV Edizione, Napoli, 1984, p. 622.

3 Vedi, al riguardo, Massimo Severo GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 259 e ss. e anche *Diritto amministrativo*, III Edizione, Milano, 1993, p. 272.

4 Vedi, al riguardo, Mario NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1980, e in «Scritti Giuridici», II Edizione, Milano, 1996, p. 1411, e anche *Il procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in «Scritti Giuridici», II Edizione, Milano, 1996, p. 1427.

5 Vedi, al riguardo, Gianni PENZO DORIA, «Filo Diritto», «Articoli», Bologna, 18 giugno 2013 e *idem* in questo stesso volume.

cui il **processo** «... dipende dalle persone e dagli strumenti da esse utilizzati e, di norma, è descritto negli “organigrammi” e nei “funzionigrammi”»<sup>6</sup>.

## 2. I TEMPI DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

L'articolo 2, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, prevede espressamente che:

- ove «... il procedimento consegue obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato di ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso»;
- se «... ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

Pertanto, sia nel caso di procedimento ad “*iniziativa di parte*” che nel caso di procedimento ad “*iniziativa di ufficio*”, dall'avvio del procedimento amministrativo discende l'obbligo, per la pubblica amministrazione, di concludere il relativo “*iter*” con un provvedimento espresso, positivo o negativo che sia.

Peraltro, il legislatore impone alla pubblica amministrazione, una volta avviato il procedimento amministrativo, non solo di provvedere, ma anche di concludere il procedimento entro un termine ben preciso. Relativamente alle modalità di computo del termine di scadenza entro il quale il procedimento amministrativo deve essere concluso, si applicano, di norma, le disposizioni contenute nell'articolo 2963 del Codice Civile. Il predetto termine deve essere, pertanto, calcolato secondo il calendario comune. Nel caso in cui la scadenza del termine coincida con un giorno festivo, la stessa viene differita di diritto al primo giorno seguente non festivo.

Ai fini, invece, della definizione dei termini di scadenza entro i quali i procedimenti amministrativi debbono essere conclusi, l'articolo 2 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come successivamente modificato ed integrato dall'articolo 7, comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, e dall'articolo 1, comma 38, della Legge 6 no-

---

<sup>6</sup> *Ibidem.*

vembre 2012, n. 190, prevede due diverse discipline: una che riguarda le amministrazioni statali e l'altra che riguarda, invece, gli enti pubblici nazionali.

Relativamente alle amministrazioni statali, le disposizioni normative innanzi richiamate prevedono che, ove i termini di scadenza non siano direttamente stabiliti dalla Legge, gli stessi devono essere fissati con appositi “*Regolamenti*”, adottati, ai sensi dell'articolo 17 della Legge 23 agosto 1988, n. 400, con Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Innovazione e con il Ministro per la Semplificazione Normativa.

Gli enti pubblici nazionali, ai quali sono equiparate anche le istituzioni universitarie, possono, invece, stabilire, secondo i rispettivi ordinamenti, i termini di scadenza entro i quali i procedimenti di loro competenza devono essere conclusi.

I predetti termini di scadenza, con riferimento sia alle amministrazioni statali che agli enti pubblici nazionali, non possono essere, di norma, superiori ai **novanta giorni**.

È possibile prevedere un termine di scadenza più elevato, qualora sia necessario tenere conto:

- a) della sostenibilità dei tempi sotto il profilo della organizzazione amministrativa;
- b) della natura degli interessi pubblici tutelati;
- c) della particolare complessità dei procedimenti amministrativi,

fermo restando che il predetto termine non può comunque superare il limite massimo di **centottanta giorni**, fatta eccezione per i procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli che riguardano la immigrazione.

Relativamente alle amministrazioni statali, nel caso in cui sia necessario stabilire per la conclusione dei procedimenti amministrativi un termine di scadenza superiore ai novanta giorni, i predetti “*Regolamenti*” debbono essere adottati non di concerto, ma su proposta, oltre che del Ministro competente, anche del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Innovazione e del Ministro per la Semplificazione Normativa e previa delibera del Consiglio dei Ministri.

Nei casi in cui le disposizioni legislative o regolamentari non prevedano un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza sia delle amministrazioni statali che degli enti pubblici nazionali devono essere conclusi entro il termine di **trenta giorni**.

Il Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Innovazione del 12 gennaio 2010, che definisce le *Linee di indirizzo per l'attuazione dell'articolo 7 della Legge 18 giugno 2009, n. 69*, definisce, ai fini della eventuale “*rideterminazio-*

ne” dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi, i seguenti “*criteri generali*”:

- il «... termine di conclusione del procedimento amministrativo deve essere riferito all’intero “iter procedimentale”, non essendo ammessa, per converso, la strumentale suddivisione del procedimento in varie fasi “endoprocedimentali” al solo scopo di ridurre il termine»;
- i «... termini di conclusione dei procedimenti amministrativi che, al momento della entrata in vigore della predetta Legge, siano già stati fissati, con apposite disposizioni regolamentari, in misura inferiore a novanta giorni, non devono subire incrementi, fatti salvi i casi in cui sia necessario procedere ad accorpamenti con altri procedimenti o siano intervenute modificazioni giuridiche o fattuali delle fattispecie considerate»;
- nel «... caso di termini procedimentali superiori a novanta e comunque inferiori a centottanta giorni, le pubbliche amministrazioni sono tenute, necessariamente, a fornire, facendo riferimento alle “ragioni giustificatrici” indicate dall’articolo 7 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, una motivazione puntuale per ognuno dei procedimenti per i quali esse ritengono di dover stabilire questo diverso e maggiore termine»;
- la «... eventuale rideterminazione dei predetti termini deve tendere, in ogni caso, ad una congrua riduzione dei tempi medi di conclusione dei procedimenti rispetto alle vigenti disposizioni regolamentari».

I termini di scadenza fissati per la conclusione dei procedimenti amministrativi decorrono:

- dall’inizio del procedimento, se si tratta di procedimenti ad “*iniziativa di ufficio*”;
- dal ricevimento della istanza, se si tratta di procedimenti ad “*iniziativa di parte*”.

Il legislatore ha previsto anche la possibilità di **sospendere**, in ipotesi circoscritte e tassative, il termine di scadenza entro il quale il procedimento amministrativo deve essere concluso.

La prima ipotesi riguarda i casi in cui la pubblica amministrazione prima di adottare il provvedimento deve acquisire la “*valutazione tecnica*” di un organo o di un ente a ciò preposto.

La seconda ipotesi riguarda, invece, i casi in cui la pubblica amministrazione, prima di adottare il provvedimento, deve acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità attestati in documenti che non siano già in suo possesso ovvero che non siano direttamente acquisibili da altre amministrazioni pubbliche.

Nella prima ipotesi il termine di scadenza può essere “*sospeso*” fino alla acquisizione della “*valutazione tecnica*” e, comunque, per un periodo complessivo non superiore a **novanta giorni**.

Nella seconda ipotesi il termine di scadenza può essere “*sospeso*” per una sola volta e, comunque, per un periodo non superiore a **trenta giorni**.

### 3. LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE

La Legge 7 agosto 1990, n. 241 (Capo III, Articoli 7-13) introduce nella disciplina del procedimento amministrativo il “*diritto di partecipazione*” affermando, in questo modo, il “*carattere democratico*” e la “*natura partecipativa*” del procedimento.

Il principio della “*partecipazione procedimentale*” che consente, di fatto, a tutti i soggetti interessati di intervenire nel procedimento amministrativo e di contribuire alla acquisizione degli elementi di valutazione necessari per la determinazione del contenuto del provvedimento finale e per la sua corretta formazione ed emanazione, conferma e rafforza «... *l'intento del legislatore di garantire che, nell'ambito del procedimento, siano contemplati, acquisiti e tutelati tutti gli interessi coinvolti nella azione della pubblica amministrazione*»<sup>7</sup>.

Pertanto, la disciplina generale in materia di procedimento amministrativo introdotta dal legislatore più di venti anni fa segna un epocale «... *passaggio da un modello in cui la pubblica amministrazione assumeva le decisioni in via unilaterale e senza possibilità alcuna di replica da parte dei destinatari ad un modello in cui ai privati è riconosciuto il più ampio diritto di partecipare alla attività amministrativa*»<sup>8</sup>.

Il “*diritto di partecipazione*” è esteso a tutti i procedimenti amministrativi, fatta eccezione per quelli preordinati alla emanazione di provvedimenti di carattere generale e, in particolare, alla emanazione di atti normativi, di atti amministrativi generali e di atti di pianificazione e di programmazione.

Tra i profili e/o gli istituti che caratterizzano il principio della “*partecipazione procedimentale*” assumono particolare rilievo:

---

<sup>7</sup> Vedi, al riguardo, Roberto GAROFOLI e Giulia FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, V Edizione, Roma, 2012, p. 607.

<sup>8</sup> Vedi, al riguardo, Filippo PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*, Relazione al Convegno dal titolo *La disciplina della azione amministrativa a vent'anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Roma, Palazzo Spada, 12 gennaio 2011.

- la “comunicazione di avvio del procedimento”;
- il “preavviso di rigetto”;
- il diritto di intervento nel procedimento;
- il diritto di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti;
- la stipula di accordi “procedimentali” e “sostitutivi”.

### 3a. La “comunicazione di avvio del procedimento”

La “comunicazione di avvio del procedimento” è uno strumento indispensabile ai fini della attivazione della “partecipazione procedimentale”, in quanto consente ai soggetti che ne sono destinatari:

- di conoscere dell’avvio del procedimento amministrativo preordinato all’emanazione di un provvedimento finale, che produrrà “effetti”, “diretti” e/o “indiretti”, nella loro sfera giuridica;
- di esercitare, conseguentemente, il “diritto di partecipazione” al procedimento, sia per fini prettamente “difensivi” che per fini “collaborativi”.

La “comunicazione di avvio del procedimento” risponde, pertanto, a due finalità ben precise, tra loro correlate:

- assicurare la “trasparenza” e la “pubblicità” della azione amministrativa;
- consentire ai “diretti interessati” di partecipare al procedimento.

La importanza strategica della “comunicazione di avvio del procedimento” nell’impianto della “partecipazione procedimentale” è stata più volte sottolineata dalla stessa giurisprudenza amministrativa.

In particolare, il Consiglio di Stato:

- ha, dapprima, sostenuto che «... l’obbligo della comunicazione si fonda sulla duplice esigenza, da un lato, di porre i destinatari dell’azione amministrativa in grado di far meglio valere i propri diritti partecipativi, dall’altro, di consentire alla stessa amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l’interesse pubblico principale»<sup>9</sup>;
- ha, successivamente, affermato che l’articolo 7 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, stabilisce un «... principio generale dell’ordinamento giuridico», indivi-

---

<sup>9</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 21 aprile 2006, n. 2253, emessa dalla Quinta Sezione.

quando la finalità «... della regola procedimentale nella esigenza di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione e di garantire, al contempo, la partecipazione del destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione»<sup>10</sup>.

Le disposizioni normative contenute nell'articolo 7 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, oltre a prevedere espressamente l'obbligo della “*comunicazione di avvio del procedimento*” individuano anche, in modo specifico e puntuale, i suoi destinatari.

Ne consegue che la pubblica amministrazione non dispone di alcun margine di valutazione discrezionale in ordine sia alla decisione di comunicare o meno l'avvio del procedimento amministrativo sia alla scelta e/o alla identificazione dei soggetti ai quali la comunicazione deve essere trasmessa.

Il legislatore ha individuato tre “categorie” di “soggetti destinatari” della “comunicazione di avvio del procedimento”:

- a) i “**soggetti**” nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre “*effetti diretti*”, ovvero i titolari di “*interessi legittimi*”, di natura sia “*oppositiva*” che “*pretensiva*” (cosiddetti “*soggetti interessati*” alla adozione del provvedimento finale);
- b) i “**soggetti**” che, per Legge, devono intervenire nel procedimento e, in particolare, i soggetti e/o gli enti pubblici portatori di “*interessi differenti*” da quelli che la “*amministrazione procedente*” è tenuta a curare, soddisfare e tutelare (cosiddetti “*soggetti cointeressati*” alla adozione del provvedimento finale);
- c) i “**soggetti**”, “*individuati*” o “*facilmente individuabili*”, che possono subire un pregiudizio dal provvedimento finale (cosiddetti “*soggetti controinteressati*” alla adozione del provvedimento finale).

L'inserimento dell'ultima “*categoria*” tra i “*soggetti destinatari*” della “*comunicazione di avvio del procedimento*” trova la sua “*ratio*” nella possibilità che il provvedimento finale incida, in maniera “*riflessa*” e “*indiretta*”, su “*situazioni giuridiche soggettive*” diverse ed ulteriori rispetto a quelle dei “*diretti interessati*”.

Il legislatore ritiene, pertanto, che abbiano interesse a partecipare al procedimento amministrativo anche quei soggetti che sarebbero legittimati ad impugnare il provvedimento finale, qualora lo stesso dovesse, contestualmente, produrre effetti “*ampliativi*” nella sfera giuridica dei “*soggetti destinatari*” e, anche se in-

---

<sup>10</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 10 gennaio 2007, n. 36, emessa dalla Quinta Sezione.

direttamente, effetti “*restrittivi*” o, comunque, “*pregiudizievoli*” nella loro sfera giuridica.

La “*partecipazione procedimentale*” dei “*soggetti controinteressati*” è, dunque, finalizzata a garantire che, già nella fase istruttoria del procedimento, vengano valutati e ponderati comparativamente gli “*interessi contrapposti*”, creando, ove possibile, le condizioni per eliminare o, quanto meno, per ridurre i rischi di un eventuale contenzioso. L’obbligo della “*comunicazione di avvio del procedimento*” ai “*soggetti controinteressati*” è, tuttavia, subordinato alla esistenza di due presupposti:

- a) i “*soggetti*” debbono essere già “*individuati*” ovvero, in alternativa, “*facilmente individuabili*”;
- b) i “*soggetti*” possono subire un pregiudizio dal provvedimento finale.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha più volte rilevato come le “*esigenze partecipative*” debbano essere temperate con quelle di “*celerità*” e “*non aggravamento*” del procedimento amministrativo. Pertanto, in relazione al primo presupposto, è opinione condivisa che «... debba trattarsi di soggetti che l’amministrazione può individuare con l’uso della normale diligenza, sin dal momento iniziale del procedimento e senza dover esperire alcuna minima indagine»<sup>11</sup>.

In relazione, invece, al secondo presupposto, è opinione altrettanto condivisa che il «... pregiudizio debba consistere in un nocumento, giuridicamente apprezzabile, con esclusione dei riflessi indiretti su interessi meramente economici», e, in ogni caso, deve essere «... ravvisabile “ex ante” e in concreto, il che preclude che l’obbligo dell’amministrazione di comunicare l’avvio del procedimento possa essere desunto da una valutazione condotta a posteriori, sulla base di elementi fattuali e giuridici sopravvenuti»<sup>12</sup>.

Il legislatore ha fissato in modo tassativo anche il “*contenuto*” della “*comunicazione di avvio del procedimento*”. Gli “*elementi costitutivi*” della “*comunicazione di avvio del procedimento*”, che consistono in “*elementi informativi*” idonei a consentire la partecipazione e la collaborazione di tutti i soggetti interessati al procedimento, sono:

- l’autorità amministrativa competente;
- l’oggetto del procedimento;
- il termine di scadenza entro il quale deve essere concluso il procedimento;

11 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 720.

12 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 28 marzo 2012, n. 1848, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

- nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza;
- la unità organizzativa e la persona “*responsabile del procedimento*”;
- la unità organizzativa individuata ai fini della “*visione*” e della “*consultazione*” degli atti del procedimento;
- i “*rimedi esperibili*” in caso di inerzia della amministrazione.

L'ipotesi dell'inoltro di una “*comunicazione di avvio del procedimento*” carente sotto il profilo “*contenutistico*” è completamente diversa dalla ipotesi in cui la “*comunicazione di avvio del procedimento*” venga completamente “*omessa*”.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che, di norma, una “*comunicazione di avvio del procedimento*” incompleta non comporta necessariamente la illegittimità del provvedimento finale, in quanto è possibile che l'interessato, essendo comunque venuto a conoscenza dell'avvio del procedimento, acquisisca altrimenti le informazioni necessarie. In questa particolare ipotesi troverebbe, infatti, applicazione il “*principio del raggiungimento dello scopo*”.

Invero, se la finalità primaria della “comunicazione di avvio del procedimento” è quella di garantire la “partecipazione procedimentale”, ne consegue «... che la omessa indicazione di taluni dati (quali, ad esempio, la unità organizzativa e la persona “responsabile del procedimento”) non impedisce al soggetto interessato di partecipare al procedimento, potendo lo stesso ricavare tali informazioni “aliunde” (ad esempio, inoltrando una semplice istanza alla “amministrazione procedente”))»<sup>13</sup>.

Diversa, peraltro, è l'ipotesi in cui nella “*comunicazione di avvio del procedimento*” non venga indicato e/o specificato l'oggetto del procedimento.

Una “*comunicazione di avvio del procedimento*” priva delle indicazioni relative al suo “*oggetto*” non consente, di fatto, una “*partecipazione collaborativa*” al procedimento dei soggetti interessati.

Per quanto riguarda, invece, il “grado di specificazione” del “contenuto” della “comunicazione di avvio del procedimento”, è sufficiente che «... tra gli elementi essenziali dell'atto “preannunciato” con l'avviso di avvio del procedimento e gli elementi essenziali dell'atto “effettivamente emanato” sussista un rapporto di congruità, non di identità, in modo che, da un lato, il provvedimento finale non rappresenti un esito imprevedibile del procedimento correttamente comunicato e, dall'altro, sussistano spazi per l'accoglimento delle risultanze istruttorie emerse, il che implica, in merito alla motivazione, che essa deve dare ragione dell'iter giuridi-

---

13 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 722.

co fattuale posto alla base del provvedimento, senza che debba fondarsi sugli stessi elementi addotti in sede di comunicazione iniziale di avvio del procedimento»<sup>14</sup>.

Non è, quindi, possibile pretendere, nella fase “*embrionale*” della attività amministrativa, che la “*comunicazione di avvio del procedimento*” abbia un contenuto assolutamente preciso e, comunque, tale da rendere già certi, esatti e prevedibili gli elementi essenziali, quali la “*ampiezza*”, la “*struttura*” e il “*dispositivo*”, del provvedimento che dovrà essere adottato.

L'articolo 8 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, prescrive che la “*comunicazione di avvio del procedimento*” deve essere “*personale*”. Il carattere “*personale*” della “*comunicazione*” implica la necessità che la stessa «... sia rivolta ad ogni singolo destinatario, con esclusione di qualsiasi comunicazione informale resa a terze persone», e che venga «... fatta necessariamente in forma scritta, il che tutela la stessa amministrazione, posta in condizione di provare, in un secondo momento, di aver adempiuto all'obbligo comunicativo»<sup>15</sup>.

In un'ottica di “*semplificazione*” e di “*speditezza*” della azione amministrativa, è possibile inviare la “*comunicazione di avvio del procedimento*” anche mediante l'utilizzo di procedure informatiche. Questa possibilità trova il suo fondamento giuridico nell'articolo 3-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dall'articolo 3 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, che consente alle amministrazioni pubbliche, al fine di «... *conseguire maggiore efficienza nella loro attività*», di utilizzare la «... *telematica nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni, e tra queste e i privati*».

È, stato, invece, abolito, per qualsiasi tipo di comunicazione, l'utilizzo, nelle amministrazioni pubbliche, dello strumento del “*fax*”, secondo quanto espressamente disposto dall'articolo 14, comma 1-bis, del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 (cosiddetto “*Decreto del Fare*”), convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha modificato l'articolo 47, comma 2, lettera c), del Codice della Amministrazione Digitale, approvato con Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Pertanto, la “*comunicazione di avvio del procedimento*” può essere trasmessa ai “*soggetti destinatari*” mediante:

- raccomandata con avviso di ricevimento;
- notificazione del messo comunale o dell'ufficiale giudiziario;
- telegramma;
- posta elettronica.

<sup>14</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 17 maggio 2012, n. 2852, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>15</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 14 marzo 2012, n. 2852, emessa dal Tribunale Amministrativo della Regione Lazio, Sezione di Latina.

È esclusa, di norma, la possibilità di sostituire la “comunicazione di avvio del procedimento” con «... la pubblicazione sui mezzi di diffusione di pubblicità legale, quali il bollettino ufficiale di una regione o l’albo pretorio del comune», in quanto «... un sistema di pubblicità volto ad informare la collettività nel suo complesso non costituisce, sul piano formale come su quello sostanziale, un equipollente della comunicazione individuale da indirizzare ai soggetti direttamente incisi dalla esplicazione della azione amministrativa»<sup>16</sup>.

In effetti, considerare come perfettamente “fungibili” la “**comunicazione personale**” e la “**comunicazione collettiva**” significherebbe, di fatto, “depotenziare” le “garanzie procedurali”. Per questo motivo il legislatore ammette il ricorso alla “**comunicazione collettiva**” solo in alcune ipotesi di carattere eccezionale.

In particolare, l’articolo 8, comma 3, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, consente alle pubbliche amministrazioni di «... utilizzare le forme di pubblicità ritenute, di volta in volta, più idonee», qualora, per «... il numero dei destinatari, la “comunicazione personale” non sia possibile o risulti particolarmente gravosa».

Peraltro, sebbene, nei predetti casi, sia considerato «... legittimo il ricorso a forme alternative di pubblicità, il giudice amministrativo può riservarsi la possibilità di sindacare, in sede di impugnazione del provvedimento finale, la ragionevolezza della scelta dell’amministrazione di ricorrere a forme alternative di pubblicità in luogo della comunicazione personale», verificando, in particolare, se «... la valutazione della amministrazione di escludere le comunicazioni personali risulti ragionevole e coerente col principio di trasparenza ovvero, se per la idoneità delle attuate forme di partecipazione, l’amministrazione non abbia posto in grado gli interessati di attivarsi per prendere visione degli atti del procedimento»<sup>17</sup>.

Il legislatore non prevede, invece, nulla in merito ai tempi della “comunicazione”, ovvero non stabilisce esattamente quando l’amministrazione debba procedere alla “comunicazione”. Tuttavia, anche in assenza di una espressa previsione normativa, è inconfutabile che la “comunicazione” debba essere effettuata «... a ridosso della procedura, pena la sostanziale vanificazione delle sottese esigenze di trasparenza della azione amministrativa»<sup>18</sup>.

Infatti, la «... comunicazione di avvio del procedimento è preordinata a consentire al soggetto destinatario non solo di prendere visione degli atti del procedimento, ma anche, e soprattutto, di presentare memorie scritte e documenti, che

---

16 Vedi, al riguardo, la Sentenza dell’8 marzo 2004, n. 1077, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

17 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 1° ottobre 2004, n. 6386, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

18 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 724.

la amministrazione ha l'obbligo di valutare, ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, con la conseguenza che è necessario, in una ottica sostanzialistica, che la comunicazione di avvio intervenga con un congruo anticipo rispetto alla adozione del provvedimento, al fine di consentire una piena partecipazione al procedimento, pena la illegittimità del provvedimento finale»<sup>19</sup>.

Pertanto, la “comunicazione di avvio del procedimento” non solo deve essere effettuata, ma anche inviata in tempo utile al soggetto interessato, al fine di «... permettergli di presentare le proprie osservazioni in una fase preparatoria, nella quale siano potenzialmente aperte tutte le possibili opzioni, e di evitare che l'intervento dispiegato assolva un ruolo esclusivamente formale, senza alcuna reale incidenza sia sull'eventuale istruttoria da espletare che sull'individuazione degli interessi pubblici e privati coinvolti sia, infine, sulla loro finale graduazione da parte della procedente autorità per il perseguimento del prevalente interesse pubblico»<sup>20</sup>.

Il legislatore ha previsto, peraltro, alcune deroghe all'obbligo della “comunicazione di avvio del procedimento”. In particolare, l'articolo 7, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, esonera la pubblica amministrazione dalla osservanza del predetto obbligo qualora sussistano «... ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento».

Inoltre, il secondo comma dello stesso articolo «... fa salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni, provvedimenti cautelari». In effetti, secondo le disposizioni normative innanzi richiamate, la “comunicazione di avvio del procedimento” sembrerebbe non necessaria:

- a) nei procedimenti per i quali sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità;
- b) nei procedimenti cautelari.

In realtà, le ipotesi contemplate dalla Legge sono diverse tra di loro sul piano degli effetti:

- a) nel primo caso l'obbligo di comunicazione viene meno del tutto;
- b) nel secondo caso l'obbligo di comunicazione è solo posticipato temporalmente.

Nella prima ipotesi, infatti, la «... cogenza dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento recede rispetto alle esigenze di celerità del procedimento stesso

---

<sup>19</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 19 giugno 2012, n. 742, emessa dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Piemonte.

<sup>20</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza innanzi citata.

ogni qual volta sussista la necessità di far fronte, senza indugio, a ragioni che in concreto non consentono il rispetto della garanzia partecipativa»<sup>21</sup>.

Non sono, pertanto, soggetti all'obbligo della “*comunicazione di avvio del procedimento*” gli atti adottati nell'esercizio dei cosiddetti “*poteri di urgenza*”, con i quali la pubblica amministrazione interviene in modo tempestivo ed immediato a tutela di beni della collettività per far fronte a situazioni contingenti ed imprevedibili.

Rientrano nella predetta categoria di atti le “*ordinanze*” emesse nei casi di “*necessità*” e di “*urgenza*”. Tra queste, assumono particolarmente rilievo le ordinanze “*contingibili*” ed “*urgenti*” emesse, ai sensi dell'articolo 54, commi 1 e 2, del Decreto Legislativo 28 giugno 2000, n. 267, e successive modifiche ed integrazioni, dal Sindaco, quale Ufficiale del Governo, per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano la incolumità dei cittadini.

Peraltro, la “*urgenza*” deve essere “*qualificata*”, ovvero deve essere tale da non consentire di effettuare la “*comunicazione di avvio del procedimento*” senza compromettere l'interesse pubblico che il provvedimento finale intende soddisfare. Ne consegue che la «... sussistenza delle particolari esigenze di celerità che giustificano la esclusione della comunicazione deve essere congruamente documentata nella motivazione del provvedimento, non potendo essere solo asserite, ma dovendo essere, invece, obiettive, concrete ed attuali»<sup>22</sup>.

È, peraltro, da chiarire «... se la urgenza possa essere ritenuta “in re ipsa”, in considerazione della peculiare natura di alcune categorie di provvedimenti, o se, invece, debba essere sempre accertata in concreto con riferimento alla situazione specifica»<sup>23</sup>.

Al riguardo, l'orientamento della giurisprudenza non è univoco. Secondo l'indirizzo prevalente «... è possibile individuare talune tipologie di procedimenti nei quali il carattere della “urgenza” sussiste “in re ipsa”, come nel caso in cui la definizione immediata del procedimento risponde ad esigenze di tutela della salute pubblica o della integrità dell'ambiente»<sup>24</sup>.

Questo orientamento è, peraltro, molto criticato dalla dottrina e, spesso, non è condiviso neanche dalla stessa giurisprudenza o, comunque, da una parte di essa. In effetti, è proprio il legislatore che richiede espressamente una attenta valuta-

---

21 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 23 giugno 2014, n. 409, emessa dal Tribunale Amministrativo della Regione Basilicata.

22 Vedi al riguardo, tra le altre, la Sentenza del 4 giugno 2012, n. 557, emessa dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Sardegna.

23 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 727

24 Vedi al riguardo, la Sentenza del 21 giugno 2007, n. 3431, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

zione dei motivi che giustificano, in concreto, la celerità del procedimento, nel momento in cui dispone che la pubblica amministrazione è esonerata dalla osservanza dell'obbligo di "*comunicazione del suo avvio*" solo se sussistono «... ragioni di impedimento che derivano da particolari esigenze».

D'altra parte, lo stesso legislatore ha specificatamente individuato le tipologie di procedimenti che, in via generale, non sono soggetti all'obbligo della "*comunicazione di avvio del procedimento*". Quindi, al di là delle ipotesi tassativamente previste e disciplinate dalla Legge, il «... giudice deve poter accertare che, nella fattispecie concreta, ricorrano effettivamente le ragioni di "urgenza" che giustificano l'esonero dall'obbligo procedurale della "comunicazione"». <sup>25</sup>

In altre parole, le concrete esigenze di "*urgenza*" devono ricorrere nel caso di specie e non essere ipotizzate solo in astratto. A sostegno di questa tesi, il giudice amministrativo ha più volte affermato che la «... sussistenza di ragioni derivanti da particolari esigenze di celerità non ha l'effetto di esentare una categoria astratta di provvedimenti amministrativi, quelli di necessità e di urgenza, dall'obbligo di comunicare l'inizio del procedimento, ma impone solo la verifica delle effettive e peculiari ragioni di ogni singolo caso» <sup>26</sup>.

Nella seconda ipotesi prevista dal legislatore, è, invece, consentito alla pubblica amministrazione di adottare provvedimenti cautelari ancora prima della "*comunicazione di avvio del procedimento*". Peraltro, in questa fattispecie, non è prevista una vera e propria deroga al predetto obbligo procedurale, essendo la pubblica amministrazione legittimata solo a differire nel tempo la "*comunicazione*" e non ad ometterla completamente.

La "*ratio*" della norma è finalizzata ad evitare che eventuali "*aggravi*" o "*intralci*" procedurali possano ritardare l'adozione del provvedimento cautelare e vanificare, in tal modo, i suoi effetti. Ma una volta garantito, in via cautelare, il soddisfacimento dell'interesse pubblico tutelato, non esistono motivi validi che giustifichino la omissione della "*comunicazione*" ed il correlato sacrificio delle "*istanze partecipative*". Infatti i provvedimenti cautelari hanno natura "*interinale*" e sono destinati ad essere sostituiti da quelli definitivi. Peraltro, ai fini della adozione del provvedimento finale la partecipazione dei soggetti interessati può consentire alla amministrazione di acquisire elementi utili di valutazione.

Pertanto, la eventuale emanazione di un provvedimento cautelare non consente alla pubblica amministrazione di derogare all'obbligo della "*comunicazione di*

<sup>25</sup> Vedi, al riguardo, Domenico IELO, *Interessi procedurali e provvedimenti contingibili ed urgenti*, in «Diritto e Formazione», n. 2, Anno 2001.

<sup>26</sup> Vedi al riguardo, tra le altre, la Sentenza del 9 febbraio 2001, n. 580, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

*avvio del procedimento*” ma, semplicemente, di posticipare il suo concreto adempimento. Al riguardo, anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il «... provvedimento amministrativo che dispone la sospensione degli effetti di un precedente atto ha natura strumentale e funzione meramente cautelare, in vista della emanazione di eventuali provvedimenti definitivi di autotutela, e ha, pertanto, lo scopo di evitare che la valenza di tali futuri atti possa restare compromessa, limitatamente al tempo necessario per la loro adozione»<sup>27</sup>.

Non è, invece, chiaro se il riferimento ai provvedimenti cautelari sia limitato alle “*misure cautelari infraprocedimentali*” o se, invero, sia esteso a tutte le misure che la pubblica amministrazione può adottare nell’esercizio di un “*generale potere di natura cautelare*”.

La questione non è priva di rilievo.

Una parte della dottrina ritiene che la previsione normativa riguardi soltanto le “*misure cautelari infraprocedimentali*”, che sono già contemplate e disciplinate dalla Legge, per cui la “*urgenza*” è “*in re ipsa*” e la pubblica amministrazione non è tenuta a motivare il provvedimento.

Un’altra parte della dottrina ritiene, invece, che la previsione normativa riguardi anche i provvedimenti cautelari “*atipici*”, ossia quelli che possono essere adottati nell’esercizio di un “*generale potere di natura cautelare*”, per cui la pubblica amministrazione è tenuta sempre ad esplicitare le ragioni della “*urgenza*”. Le “*esigenze cautelari*” sono particolarmente evidenti nei provvedimenti di revoca di affidamento di servizi pubblici ed in quelli finalizzati alla risoluzione di rapporti contrattuali a seguito dell’accertamento di tentativi di “*infiltrazioni mafiose*”, atteso che «... evidenti esigenze di riservatezza nelle indagini e di celerità giustificano l’omissione della notizia partecipativa»<sup>28</sup>.

L’articolo 13 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, esclude, poi, dall’ambito di applicazione delle disposizioni in materia di “*partecipazione procedimentale*” i procedimenti amministrativi finalizzati alla emanazione di “*atti normativi*”, di “*atti amministrativi a contenuto generale*” e di “*atti di pianificazione e di programmazione*”.

La scelta del legislatore, giustificata «... non tanto dalla opportunità di escludere qualsiasi forma di partecipazione in questo tipo di procedimenti, quanto con il fatto che, per essi, sono già previste autonome forme di partecipazione», è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, poiché «... le forme partecipative esistenti spesso non sono sufficienti a garantire il contraddittorio con la

<sup>27</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 13 maggio 2010, n. 1867, emessa dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Puglia, Sede di Bari.

<sup>28</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 28 febbraio 2006, n. 251, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

pubblica amministrazione» e, soprattutto in «... ragione della loro complessità e della rilevanza degli interessi che coinvolgono, questi procedimenti, più di altri, necessiterebbero di un apporto collaborativo idoneo a fornire un quadro completo nel quale intervenire»<sup>29</sup>.

Questi rilievi sono stati recepiti, in alcuni casi, anche dalla giurisprudenza amministrativa, con riferimento soprattutto ai procedimenti finalizzati alla adozione di “atti di pianificazione del territorio”. In effetti, la giurisprudenza amministrativa<sup>30</sup> ha proposto, già da tempo, una esegesi sistematicamente e costituzionalmente orientata delle disposizioni normative innanzi richiamate, sostenendo, in particolare, che:

- la «... prevista sottrazione di alcune peculiari tipologie di procedimenti alla operatività delle disposizioni dettate, in tema di partecipazione, dalla Legge generale sul procedimento è destinata ad operare solo quando si prospetta il rischio di una duplicazione delle forme di partecipazione procedimentale, dovuta al funzionamento di norme speciali che prevedano e disciplinino espressamente idonee forme partecipative»;
- qualora, pertanto, questo «... rischio non ricorre, soccorre la disciplina generale, destinata a trovare applicazione anche in relazione ai procedimenti di cui all’articolo 13 della Legge 7 agosto 1990, n. 241».

È, peraltro, necessario distinguere, al riguardo, gli “atti di programmazione in senso proprio”, quale, ad esempio, una “variante al piano regolatore generale”, dagli “atti a contenuto provvedimento”, quale, ad esempio, una “variante di pubblica utilità”.

L’obbligo di “comunicazione di avvio del procedimento” non sussiste relativamente alla prima categoria di atti, in quanto «... il principio di partecipazione di cui agli articoli 7 e 8 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, non si applica ai procedimenti di adozione di strumenti urbanistici giacché, sul piano ontologico, l’esigenza del contraddittorio tra le parti pubbliche e private risulta già salvaguardato nell’ambito della vigente disciplina di formazione degli strumenti urbanistici primari (pubblicazione, presentazione di osservazioni, esame, controdeduzioni, approvazione)»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Vedi, al riguardo, Francesco CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, VIII Edizione, Roma, 2015, p. 1291.

<sup>30</sup> Vedi al riguardo, tra le altre, la Sentenza del 24 ottobre 2000, n. 5720, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>31</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 6 giugno 2007, n. 711, emessa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Campania, Sede di Salerno.

Diversa, invece, è l'ipotesi di un atto che abbia oggetto e destinatari specifici, come nel caso della variante che disciplina la esecuzione di un'opera pubblica su un'area ben definita. In questa ipotesi, il provvedimento incide direttamente nella sfera giuridica di uno o più soggetti, specifici e individuati, ossia il proprietario o i proprietari dei terreni interessati dalla "variante". Pertanto, a questo tipo di "variante", che ha contenuto "provvedimentale" e non "generale", non si applica la disciplina speciale in materia urbanistica, ma quella generale in materia di procedimento amministrativo. Ne discende che, in questa fattispecie, la pubblica amministrazione è tenuta ad osservare l'obbligo di "comunicazione di avvio del procedimento".

Occorre, infine, precisare che l'articolo 13 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, esclude soltanto i procedimenti di "pianificazione" dalla applicazione delle norme che disciplinano la "partecipazione procedimentale". Pertanto, l'esonero non riguarda i procedimenti "ablatori", anche se conseguenti alla attuazione di strumenti urbanistici generali. Tra i procedimenti esclusi dall'ambito di applicazione delle norme che disciplinano la "partecipazione procedimentale" il legislatore ha inserito anche i procedimenti "tributari", per «... i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano».

Secondo l'opinione prevalente, nei predetti procedimenti è necessario contemperare la tutela della sfera giuridica individuale con il preminente interesse pubblico all'esercizio della potestà tributaria. Pertanto, nel bilanciamento degli opposti interessi, l'acquisizione, da parte della pubblica amministrazione, delle informazioni necessarie per il corretto esercizio della attività "impositiva" prevale sulla esigenza di tutela delle ragioni giuridiche del contribuente.

La giurisprudenza amministrativa ha individuato ulteriori eccezioni (cosiddette "deroghe di creazione pretoria") all'obbligo di "comunicazione di avvio del procedimento", preferendo una lettura "sostanziale", a quella meramente "formale", delle disposizioni contenute nell'articolo 7 della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Lo scopo della "comunicazione di avvio del procedimento" è quello di consentire la "partecipazione procedimentale" dei soggetti portatori di interessi coinvolti nella azione amministrativa.

Pertanto, in ossequio al "principio del raggiungimento dello scopo", la omissione della "comunicazione di avvio del procedimento" non inficia la validità del provvedimento finale, se il soggetto interessato è riuscito, comunque, a partecipare al procedimento ed ha contribuito, con il suo apporto, anche alla definizione dei relativi esiti. Il "principio del raggiungimento dello scopo" è applicato ormai da tempo dal giudice amministrativo nei casi di violazione delle norme sulla "partecipazione procedimentale", atteso che le stesse non possono essere applicate in modo "meccanico" e "formale".

Il vizio del provvedimento finale deve essere, quindi, escluso nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato comunque raggiunto o esista un atto equipollente alla formale “comunicazione”.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che, nei casi di mancata “comunicazione di avvio del procedimento”, il provvedimento finale resta comunque valido «... ogni qual volta il potenziale destinatario della comunicazione omessa abbia avuto aliunde conoscenza del procedimento, così avendo la concreta possibilità di parteciparvi»<sup>32</sup>.

Inoltre, sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa ritengono, secondo un orientamento risalente nel tempo ma ancora diffuso, che l’obbligo della “comunicazione di avvio del procedimento” sia circoscritto ai soli procedimenti a natura “**discrezionale**”. Nei «... procedimenti a natura “vincolata”, sottratti, quindi, a valutazioni comparative e discrezionali della pubblica amministrazione, essendo la stessa Legge a stabilire, in via preventiva, sia lo “an” che il “contenuto” del provvedimento, l’apporto “endoprocedimentale” non può, comunque, avere un rilievo concreto nel condizionare il contenuto del provvedimento finale e, dunque, l’esito del procedimento» e, conseguentemente, la «... mancata “comunicazione di avvio del procedimento” non è tale da inficiare il provvedimento finale, giustificandone la caducazione in sede giurisdizionale»<sup>33</sup>.

L’intervento del privato nel procedimento «... acquista rilevanza solo in quanto suscettibile di giovare alla migliore decisione finale possibile, alla luce della completa cognizione della situazione su cui la stessa incide, evitando, in tal modo, che non siano valutati elementi importanti»<sup>34</sup>.

Nei cosiddetti “**procedimenti vincolati**” la partecipazione del privato sarebbe, invero, “infruttuosa” e “superflua” e, quindi, priva di “concreta utilità”, in quanto la pubblica amministrazione «... è tenuta ad uniformarsi a regole rigide ed inderogabili imposte alla sua azione» e, pertanto, non ha alcun «... potere di scelta in ordine all’agire»<sup>35</sup>.

Ne discende che, qualora la partecipazione del privato al procedimento amministrativo sia irrilevante ai fini dell’adozione del provvedimento finale, non è

32 Vedi al riguardo, tra le altre la Sentenza dell’11 settembre 2006, n. 5260, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

33 Vedi al riguardo, tra le altre, la Sentenza del 25 giugno 2013, n. 3458, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

34 Vedi, al riguardo, Ilaria RIZZO, *Ancora sulla partecipazione del privato al procedimento di imposizione del vincolo*, in «Urbanistica ed Appalti», 1999, numero 1.

35 Vedi, al riguardo, SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 572.

possibile ravvisare un obbligo di “comunicazione” a carico della “amministrazione procedente”.

Secondo un altro orientamento, opposto al precedente, la “comunicazione di avvio del procedimento” deve essere comunque effettuata, a prescindere dalla natura “vincolata” o “discrezionale” del procedimento.

In particolare, i sostenitori di questa tesi ritengono che anche nei procedimenti a natura “vincolata”:

- la «... partecipazione dell’interessato svolge una funzione utile, contribuendo ad una più corretta verifica dei fatti e delle circostanze che rappresentano le premesse dell’esercizio del potere»<sup>36</sup>;
- il «... contraddittorio può rivelarsi utile, in quanto l’interessato, pur non mettendo in discussione i fatti, potrebbe essere a conoscenza di fatti ulteriori o di elementi ignoti all’amministrazione, idonei ad integrare quelli già noti alla medesima e a modificare, quindi, la stessa conformazione o configurazione dei presupposti alla applicazione della norma attributiva del potere»<sup>37</sup>.

Secondo un terzo orientamento, intermedio rispetto agli altri due, è possibile derogare all’obbligo della “*comunicazione di avvio del procedimento*” quando «... *ricorrono, congiuntamente, due requisiti distinti*»:

- a) da un lato, il carattere vincolato del contenuto del provvedimento e dei presupposti su cui si fonda;
- b) dall’altro, la circostanza che l’accertamento delle condizioni per l’emanazione dell’atto non richiede apprezzamenti complessi, essendo correlato, automaticamente, al riscontro obiettivo di un fatto strutturalmente semplice»<sup>38</sup>.

Spesso, la giurisprudenza amministrativa, sulla base di questa “*ricostruzione ermeneutica*”, ha sostenuto che la “*comunicazione di avvio del procedimento*” è «... *da ritenere superflua quando*»:

- la adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l’amministrazione;

---

<sup>36</sup> Vedi, al riguardo, Maria Chiara ROMANO, *L’obbligo della comunicazione di avvio del procedimento nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in «Foro Amministrativo del Consiglio di Stato», 2003, numero 6, p. 1921.

<sup>37</sup> Vedi, al riguardo, Stefano COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione, tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, p. 128.

<sup>38</sup> Vedi, al riguardo, la Decisione della Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 12 gennaio 1998, n. 1404/97.

- i presupposti fattuali dell'atto risultano essere assolutamente incontestati dalle parti;
- il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili;
- l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto»<sup>39</sup>.

Altra questione controversa, sia in dottrina che in giurisprudenza, riguarda la necessità o meno di comunicare l'avvio del procedimento nei casi in cui quest'ultimo venga avviato su iniziativa di parte. Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento «... non sussisterebbe nel caso in cui questo sia iniziato ad istanza della parte interessata, ritenuta, per ciò solo, già a conoscenza della pendenza di un procedimento il cui atto conclusivo inciderà sulla sua sfera giuridica»<sup>40</sup>.

Questo orientamento è stato, peraltro, molto criticato dalla dottrina. In particolare, alcuni “*autori*” hanno osservato che:

- non tutte le informazioni che l'articolo 8 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, qualifica come “*obbligatorie*” (quali, a titolo esemplificativo, il responsabile del procedimento o l'ufficio presso il quale è possibile prendere visione dei relativi atti) sono conosciute dal soggetto interessato per il solo fatto che ha presentato istanza di avvio del procedimento;
- le stesse informazioni sono, peraltro, necessarie per assicurare un'adeguata e fattiva partecipazione al procedimento del soggetto che è diretto destinatario dei suoi effetti;
- la omissione della “*comunicazione di avvio del procedimento*” creerebbe una inaccettabile disparità di trattamento tra il soggetto interessato, destinatario del provvedimento finale, e gli altri soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento.

La ricerca di una corretta soluzione di questa problematica presuppone, necessariamente, una attenta analisi delle disposizioni contenute nell'articolo 8, comma

<sup>39</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 20 maggio 2001, n. 2823, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>40</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 20 febbraio 2001, n. 2823, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

1, lettera c-ter), della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotte dall'articolo 5 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Le disposizioni normative innanzi richiamate, relativamente ai «... *procedimenti ad iniziativa di parte*», annoverano espressamente, tra gli elementi necessari della “comunicazione”, anche la «*data di presentazione della relativa istanza*». Non è, quindi, possibile escludere che, limitatamente ai procedimenti che rientrano nella predetta tipologia, il legislatore abbia inteso delineare il contenuto della “*comunicazione di avvio del procedimento*” con esclusivo riferimento ai “*controinteressati*”. Interpretazione, questa, coerente con il dettato normativo, se si considera che il soggetto che dà avvio al procedimento già conosce la data di presentazione della istanza. Data, invece, che è ignota a quei soggetti, diversi dai diretti destinatari del provvedimento finale, che possono ricevere un pregiudizio dai suoi effetti.

È, quindi, presumibile che, con questa previsione normativa, il legislatore abbia inteso tutelare più che il soggetto che ha avviato il procedimento, i soggetti che, per motivi diversi, sono, comunque, legittimati o interessati ad intervenire nel procedimento.

In tal senso è orientata anche la giurisprudenza amministrativa più recente, che continua a sostenere la inapplicabilità, nei procedimenti ad “*iniziativa di parte*”, dell'obbligo di “*comunicazione dell'avvio del procedimento*”. La «... comunicazione costituirebbe, infatti, un inutile aggravamento del procedimento, atteso che l'interessato ha certamente conoscenza della esistenza dello stesso, per cui l'avviso di avvio del procedimento sarebbe una mera duplicazione di formalità»<sup>41</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ritiene, infine, che sia escluso l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento anche nei casi in cui «... *lo stesso consegue, con un preciso nesso di derivazione necessaria, ad una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato*»<sup>42</sup>.

Pertanto, in materia di sanzioni edilizie, la “*comunicazione di avvio del procedimento*” può essere sostituita, in ossequio al “**principio del raggiungimento dello scopo**”, dall'ordine di sospensione dei lavori considerati abusivi.

Diversa, invece, è l'ipotesi di procedimenti tra loro connessi ma del tutto autonomi e distinti. È il caso di un procedimento di espropriazione e del connesso, ma separato, procedimento preordinato alla cosiddetta “*apposizione del vincolo*”. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ritiene che «... l'avviso di inizio del procedimento previsto dall'articolo 7 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, sia relativo

41 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 13 febbraio 2013, n. 880, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

42 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 30 dicembre 1998, n. 1968, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

a ciascuno dei due procedimenti, in considerazione della sua natura di strumento di acquisizione al procedimento di apporti partecipativi» in quanto, se «... i due procedimenti sono tra loro pienamente autonomi, potrebbe essere comunque differente il punto di vista che il soggetto interessato intende rappresentare nei due diversi procedimenti» e, conseguentemente, la «... sua partecipazione al procedimento iniziato in un secondo tempo e connesso al precedente deve essere comunque assicurata, potendo variare i fatti e gli argomenti che lo stesso soggetto interessato ritiene di addurre a suo favore»<sup>43</sup>.

Fatte salve le deroghe, di carattere eccezionale, precedentemente esaminate, l'inadempimento dell'obbligo di "*comunicazione di avvio del procedimento*" comporta la illegittimità del provvedimento finale per violazione di Legge. Si tratta di una ipotesi di "*invalidità relativa*", in quanto l'articolo 8 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, prevede espressamente che «... *la omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse è prevista*».

Questa previsione normativa trova il suo fondamento nelle «... ragioni sottese alla prescrizione della comunicazione, diretta ad informare dell'avvio di un procedimento amministrativo i soggetti sulla cui sfera giuridica il provvedimento finale è destinato ad incidere, oltre che i soggetti, diversi ed ulteriori rispetto ai destinatari diretti del provvedimento, che possono tuttavia ampliare, con le loro osservazioni e deduzioni, il campo cognitivo dell'amministrazione, introducendo elementi a questa ignoti o prospettandoli sotto una luce diversa»<sup>44</sup>.

Le disposizioni contenute nell'articolo 21 octies, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotte dall'articolo 14 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, prevedono, tra l'altro, che «... il provvedimento amministrativo non è, comunque, annullabile per la mancata "comunicazione di avvio del procedimento", qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

La dottrina e la giurisprudenza hanno valutato con molta attenzione la portata della innovazione introdotta dalle disposizioni normative innanzi richiamate, soprattutto ai fini della distinzione tra vizi che determinano l'annullamento dell'atto e quelli che, invece, sono irrilevanti a tal fine. In particolare, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno cercato di stabilire se la predetta innovazione opera su un piano "*sostanziale*", escludendo la illegittimità del provvedimento non annullabile,

---

43 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 24 ottobre 2005, n. 700, emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia.

44 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 735.

o soltanto sul piano “*processuale*”, lasciando immutata la qualifica, in termini di illegittimità, del provvedimento e operando soltanto sulle sue conseguenze.

La questione, sotto il profilo applicativo, è di notevole importanza, soprattutto ai fini della individuazione degli strumenti di tutela del privato. Secondo l’orientamento che riconosce alla previsione normativa “*natura sostanziale*”, il legislatore ha inteso definire una disciplina della “*invalidità amministrativa*” applicabile sia in sede “*processuale*” che in sede “*procedimentale*”, introducendo, nell’ordinamento giuridico, la categoria dei “*vizi non invalidanti*”, ossia dei vizi che non incidono sul contenuto del provvedimento e, pertanto, non ne inficiano la validità.

Diversi sarebbero i “*meccanismi operativi*” riconducibili a questo particolare effetto:

- la “*dequotazione*” di alcune forme di “*illegittimità*” a mere “*irregolarità*”;
- la sanatoria “*ex lege*” del provvedimento;
- la sanatoria processuale del provvedimento, destinata a produrre effetti anche sul piano sostanziale.

Il risultato che ne deriva, ad ogni modo, è la “*legittimità*” e la “*correttezza*” del contenuto del provvedimento emanato in violazione di norme che disciplinano soltanto la sua “*forma*” o il “*procedimento*” preordinato alla sua adozione.

Secondo l’orientamento che riconosce, invece, alla previsione normativa “*natura processuale*”, il legislatore ha inteso incidere non tanto sulla nozione di “*illegittimità*” e/o di “*annullabilità*” del provvedimento sul piano “*dogmatico*”, ma soltanto “*codificare*” le regole “*pretorie*” del “*raggiungimento dello scopo*” ovvero del “*raggiungimento del risultato*”, escludendo l’esercizio del potere di annullamento del giudice nei casi in cui il provvedimento, anche se «... *adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma*», sia sostanzialmente corretto. Da ciò deriva la permanente qualificazione del provvedimento non annullabile come “*illegittimo*”.

Il legislatore non avrebbe, quindi, negato la esistenza di vizi “*formali*” o “*procedimentali*”, che continuano ad inficiare la validità del provvedimento, ma avrebbe, invece, valorizzato, nel sistema della tutela giurisdizionale, l’interesse sostanziale del privato, escludendo l’annullamento del provvedimento nelle ipotesi in cui la sua “*caducazione*” non produrrebbe effetti realmente e concretamente positivi nella sfera giuridica del “*soggetto destinatario*”.

Il problema principale riguarda, comunque, la qualificazione giuridica del provvedimento “*non caducabile*”. Secondo un primo orientamento, con le disposizioni contenute nell’articolo 21 octies, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, il «... *legislatore avrebbe “dequotato” i vizi formali e procedimentali a mere*

*irregolarità, incapaci di inficiare la validità dell'atto, da considerare, quindi, legittimo sin dall'origine»<sup>45</sup>.*

Secondo un altro orientamento, con le disposizioni contenute nell'articolo 21 octies, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, il «... *legislatore avrebbe codificato il principio del "raggiungimento dello scopo", già utilizzato dalla giurisprudenza quale strumento di applicazione dei principi generali di conservazione degli atti giuridici e della cosiddetta "strumentalità delle forme"*»<sup>46</sup>.

In tal senso si è espressa anche una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale ritiene che «... l'articolo 21 octies, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, costituisce, in realtà, una applicazione del principio del "raggiungimento dello scopo", già enunciato dall'articolo 156, comma 3, del codice di procedura civile (secondo il quale la "nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui era destinato"), fermo restando che lo scopo di cui trattasi, a differenza di quanto accade nel citato articolo 156, comma 3, non è quello dell'atto procedimentale o della formalità omessi o imperfetti, bensì lo scopo generale della azione amministrativa complessivamente considerata, costituito dalla adozione di una decisione il cui contenuto dispositivo sia sostanzialmente conforme al paradigma normativo»<sup>47</sup>.

Secondo questo orientamento, l'atto non annullabile resta illegittimo, in quanto il legislatore si è limitato ad escludere soltanto la conseguenza della sua invalidità, ossia l'annullamento, a condizione, peraltro, che l'atto abbia comunque conseguito lo scopo previsto dalla Legge, inteso, in senso lato, come scopo della attività amministrativa.

Secondo un terzo orientamento, il «... meccanismo prefigurato dall'articolo 21 octies, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, consisterebbe in una vera sanatoria, ovvero in una convalida "ex lege" della illegittimità procedimentale, realizzata dalla amministrazione attraverso l'adozione di un provvedimento con un contenuto in concreto privo di alternative»<sup>48</sup>.

In effetti, la correttezza sostanziale del provvedimento finale sanerebbe anche la illegittimità procedimentale. Pertanto, il provvedimento amministrativo deve es-

45 Vedi, al riguardo, Vincenzo CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della Legge 7 agosto 1990, n. 241*, II Parte, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

46 Vedi al riguardo, tra gli altri, Diana URANIA GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo articolo 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

47 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 20 novembre 2006, n. 9984, emessa dalla Quarta Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Campania, Sede di Napoli.

48 Vedi al riguardo, tra gli altri, Eugenio PICOZZA, *La nuova legge sulla azione e sul provvedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in «Foro Amministrativo del Consiglio di Stato», 2005, II Parte, p. 1433.

sere considerato pienamente “*legittimo*”, qualora la “*amministrazione procedente*” riesca a dimostrare che, anche in caso di assenza del vizio, esso non avrebbe, comunque, avuto un contenuto diverso.

Ne consegue che il provvedimento “*non caducabile*” non può essere annullato neanche in sede di autotutela, avendo la pubblica amministrazione manifestato, con la sua adozione, la volontà di sanare il vizio procedimentale.

Secondo un quarto orientamento, quello attualmente più diffuso e consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza, la «... *disposizione in esame codifica il principio del “raggiungimento del risultato”*», per cui «... *non sono annullabili i provvedimenti adottati in spregio di norme sulla forma o sul procedimento amministrativo quando risulti che il contenuto del provvedimento finale sia sostanzialmente corretto, cioè quando non avrebbe potuto essere diverso neppure in assenza del vizio*»<sup>49</sup>.

Secondo questo orientamento, la «... non annullabilità del provvedimento deriverebbe dal difetto di interesse del privato al suo annullamento» in quanto «... essendo il contenuto dell’atto essenzialmente corretto, l’amministrazione, riaprendo il procedimento a seguito del ricorso, non potrebbe che adottare un provvedimento dal contenuto identico a quello già adottato»<sup>50</sup>.

Al riguardo, la stessa giurisprudenza amministrativa afferma che la «... novella legislativa si è limitata a codificare quelle tendenze già emerse in precedenza, mirate a valutare l’interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell’articolo 21 octies della Legge 7 agosto 1990, n. 241, il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o di irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell’interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità)»<sup>51</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il cosiddetto “**onere probatorio**”, la giurisprudenza amministrativa più recente ritiene che, al fine di «... evitare di gravare la pubblica amministrazione di una “probatio diabolica”, il privato non può limitarsi a dolersi della mancata “comunicazione di avvio del procedimento”, ma deve quantomeno indicare, ovvero allegare, anche gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione e, solo dopo che abbia adempiuto a questo onere di allegazione, che la norma pone implicitamente a suo carico,

49 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 19 febbraio 2013, n. 1026, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

50 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1274.

51 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 17 settembre 2006, n. 6194, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

l'amministrazione risulta gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato»<sup>52</sup>.

*3b. Il "preavviso di rigetto"*

L'articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dall'articolo 6 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, e integrato dall'articolo 9, comma 3, della Legge 11 novembre 2011, n. 180, disciplina l'istituto del "preavviso di rigetto", ovvero del "preavviso di provvedimento negativo".

Le disposizioni normative innanzi richiamate prevedono, tra l'altro, che:

- 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»;
- non possono essere adottati «... tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili alla amministrazione».

Il nuovo istituto svolge, principalmente, una funzione di "garanzia", in ossequio al "principio del giusto procedimento", alla quale è associata una funzione "oggettiva" di tipo "collaborativo", atteso che, nel momento in cui il «... destinatario della "funzione" si adopera per rappresentare fatti e/o interessi che contraddicono o rendono non più attuali le conclusioni adombrate dalla amministrazione procedente, coopera in modo determinante alla migliore esplicazione della "funzione" medesima»<sup>53</sup>.

Il "preavviso di rigetto" è, quindi, diretto «... ad assicurare al privato istante una adeguata tutela dell'interesse partecipativo a rappresentare tutti i fatti e gli interessi "utili" ai fini del conseguimento del bene della vita richiesto, in "contraddittorio"

<sup>52</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 20 agosto 2013, n. 4192, emessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>53</sup> Vedi, al riguardo, DI MARIO, *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione*, in *Le nuove regole della azione amministrativa dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15, e la legge 14 maggio 2005, n. 80*, Milano, 2005, pp. 458 e ss.

con l'amministrazione procedente ed anche in "contraddizione" rispetto agli esiti istruttori e ponderativi di quest'ultima»<sup>54</sup>.

Il nuovo istituto svolge, inoltre, una funzione "deflattiva" del contenzioso, essendo finalizzato «... a favorire una convergenza di posizioni tra le parti del procedimento amministrativo, attraverso la introduzione di uno specifico contraddittorio fra amministrazione e interessato sulle ragioni che ostano all'accoglimento della domanda»<sup>55</sup>.

Pertanto, il "preavviso di rigetto" è destinato a "rafforzare" il "contraddittorio procedimentale", al fine di superare definitivamente le "asimmetrie" esistenti nei rapporti tra la pubblica amministrazione e i privati, e a "codificare" il principio, già precedentemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale la pubblica amministrazione ha il "diritto-dovere" di assicurare, nell'ottica di una leale collaborazione con il privato, che la "istruttoria" propedeutica alla adozione dell'atto finale sia il più possibile "rappresentativa" della realtà. In effetti, il "modello partecipativo" precedente consentiva il "dialogo" tra la pubblica amministrazione e i privati ma non prevedeva, sul piano decisionale, alcun rapporto di "paritarietà".

Dall'obbligo di valutazione di memorie e documenti prodotti dai privati non scaturiva alcun effetto vincolante per la pubblica amministrazione in ordine al contenuto della decisione finale. Il "preavviso di rigetto" consente di trasformare il contraddittorio "imperfetto", che caratterizzava il "modello partecipativo" precedente, in un contraddittorio "paritario", assicurando che la decisione finale del procedimento sia il risultato di un rapporto "dialettico" e di "interazione" tra le parti interessate. Il "preavviso di rigetto" si applica esclusivamente ai "procedimenti ad istanza di parte".

Il legislatore ha, comunque, escluso l'obbligo di comunicazione del "preavviso di rigetto" nelle "procedure concorsuali" e nei "procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali". La giurisprudenza amministrativa è, peraltro, concorde nel ritenere che le deroghe all'obbligo della comunicazione del "preavviso di rigetto", proprio in considerazione delle specifiche e peculiari finalità di questo istituto, debbano essere ritenute eccezionali e, pertanto, interpretate restrittivamente.

Controversi, invece, sono gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in merito alla applicabilità del "preavviso di rigetto" ai "procedimenti ad istanza

<sup>54</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 1° agosto 2014, n. 4127, emessa dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>55</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 10 dicembre 2007, n. 6325, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

za di parte” finalizzati alla erogazione di contributi pubblici. Secondo un primo orientamento, l’obbligo di comunicazione del “preavviso di rigetto” si applica anche ai predetti procedimenti, in quanto gli stessi non rientrano tra le “procedure concorsuali”<sup>56</sup>.

Secondo un altro orientamento, invece, l’obbligo di comunicazione del “preavviso di rigetto” non si applica ai procedimenti finalizzati alla erogazione di contributi pubblici, in quanto la deroga prevista dal legislatore riguarderebbe tutti i procedimenti caratterizzati da una pluralità di istanze che hanno lo stesso oggetto<sup>57</sup>.

Altrettanto controversi sono gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in merito alla applicabilità del “preavviso di rigetto” ai procedimenti avviati con “segnalazione certificata di inizio di attività”.

Secondo un primo orientamento, il “preavviso di rigetto” si applica anche ai predetti procedimenti, in quanto la “segnalazione certificata di inizio di attività” costituisce «... un atto di iniziativa procedimentale che, come tale, avvia un procedimento ad iniziativa di parte, che rientra nell’ambito previsionale dell’articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241»<sup>58</sup>.

Secondo un altro orientamento, invece, il “preavviso di rigetto” non si applica ai procedimenti avviati con “segnalazione certificata di inizio di attività”, in quanto la stessa non «... costituisce una “istanza di parte”, ma un “atto privato” volto a comunicare l’intenzione di intraprendere un’attività direttamente ammessa dalla Legge» ossia «... una dichiarazione di natura privatistica volta a consentire lo svolgimento di un’attività liberalizzata ai sensi di legge»<sup>59</sup>.

L’orientamento che esclude, nella fattispecie in esame, la applicabilità dell’articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, è condiviso anche da una parte della dottrina. In particolare, alcuni “autori” affermano che, nei procedimenti avviati con “segnalazione certificata di inizio di attività”, prevale «... l’esigenza “acceleratoria” perseguita dalle disposizioni che collegano alla presentazione della segnalazione l’inizio del procedimento di verifica dei requisiti e dei presupposti della attività del privato, tanto più che le stesse consentono al privato di avviare immediatamente l’attività segnalata»<sup>60</sup>.

56 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 17 luglio 2007, n. 6503, emessa dalla Terza Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Lazio, Sede di Roma.

57 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 20 agosto 2007, n. 2957, emessa dal Tribunale Amministrativo della Regione Sicilia, Sede di Palermo.

58 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 19 giugno 2006, n. 1879, emessa dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Veneto.

59 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 19 giugno 2014, n. 3112, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

60 Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1299.

Controverso è anche l'orientamento della giurisprudenza in merito alla applicabilità o meno del “*preavviso di rigetto*” al procedimento amministrativo di “*riesame*” di un atto impugnato, attivato su decisione del giudice adito.

Un primo orientamento esclude, nel caso di specie, la applicabilità del “*preavviso di rigetto*”, in quanto il “*riesame*” è disposto per ordine del giudice e non su istanza di parte<sup>61</sup>.

Un secondo orientamento, più recente, ritiene invece che il “*preavviso di rigetto*” sia comunque obbligatorio nelle ipotesi in cui «... il riesame porti alla adozione di un nuovo provvedimento fondato su ragioni non meramente confermativo del precedente provvedimento “reiettivo”, introducendo diversi elementi di novità»<sup>62</sup>.

È, invece, sostanzialmente condivisa, sia in dottrina che in giurisprudenza, la esclusione della applicabilità del “*preavviso di rigetto*”:

- a) ai ricorsi amministrativi, che «... costituiscono rimedi giuridici che svolgono una funzione giustiziale e, di conseguenza, si ispirano ai principi propri dei rimedi giurisdizionali e non a quelli dei procedimenti amministrativi, finalizzati alla tutela di interessi pubblici specifici, nei quali la pubblica amministrazione opera in qualità di parte»<sup>63</sup>;
- b) alle istanze di accesso ai documenti amministrativi, considerata, anche in questo caso, la specialità della materia<sup>64</sup>.

Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 20, comma 5, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato ed integrato dall'articolo 7, comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, l'istituto del “*preavviso di rigetto*” si applica, invece, ai procedimenti ad istanza di parte nei quali «... *“il silenzio” della amministrazione competente ad adottare il provvedimento finale equivale ad accoglimento della domanda*».

Altro presupposto previsto dal legislatore ai fini della applicazione del “*preavviso di rigetto*” è la conclusione del procedimento amministrativo con l'adozione di un provvedimento negativo, fattispecie questa che ricorre in tutti i casi nei quali la “*amministrazione procedente*” intenda:

---

61 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 6 giugno 2008, n. 1937, emessa dalla Quarta Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Lombardia, Sede di Milano.

62 Vedi, al riguardo, la Sentenza dell'11 febbraio 2015, n. 989, emessa dalla Ottava Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Campania, Sede di Napoli.

63 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 3 maggio 2012, n. 2548, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

64 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 6 giugno 2008, n. 1937, emessa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Lombardia, Sede di Milano.

- rigettare integralmente la istanza del privato;
- accogliere la istanza del privato solo parzialmente.

Inoltre, i motivi che ostano all'accoglimento della istanza debbono essere comunicati al privato prima della formale adozione del provvedimento finale e, quindi, prima della scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento. È, quindi, evidente che, nell'ambito del procedimento amministrativo, il “*preavviso di rigetto*” si colloca tra la “*fase istruttoria*” e la “*fase decisoria*”.

Prima di comunicare al soggetto che ha presentato l'istanza le motivazioni che impediscono di accoglierla, la “*amministrazione procedente*” deve previamente esaminare e valutare, al termine della “*fase istruttoria*”, i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che concorrono a determinare il contenuto del provvedimento finale e che ne costituiscono, dunque, il fondamento. Pertanto, le decisioni successive alla “*fase istruttoria*” non hanno carattere definitivo, poiché l'intervento del privato può indurre la “*amministrazione procedente*” a modificare gli esiti della propria valutazione e ad accogliere l'istanza.

Pertanto, il “*preavviso di rigetto*” non chiude la “*fase istruttoria*”, né equivale alla “*decisione finale*” del procedimento, atteso che la comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della istanza presuppone esclusivamente l'intenzione della “*amministrazione procedente*” di adottare un provvedimento negativo. Il “*preavviso di rigetto*” ha, quindi, natura “*pre-decisoria*” e si configura come atto “*endoprocedimentale*”, non ancora definitivo. La peculiare natura giuridica del “*preavviso di rigetto*” è comprovata dalle stesse disposizioni normative che disciplinano l'istituto, le quali attribuiscono ai destinatari della comunicazione il diritto di presentare per iscritto, entro il termine di dieci giorni dalla sua ricezione, le loro osservazioni, corredate dai documenti ritenuti necessari.

Nel caso in cui i destinatari della comunicazione non presentino osservazioni, la “*amministrazione procedente*” non può trasformare “*ipso iure*” il “*preavviso di rigetto*” in “*provvedimento definitivo di diniego*”. Al “preavviso di rigetto” deve «... necessariamente seguire, indipendentemente dal fatto che il privato presenti o meno osservazioni, il provvedimento definitivo di rigetto della istanza»<sup>65</sup>.

Il “*preavviso di rigetto*”, essendo atto “*endoprocedimentale*”, non è immediatamente “*lesivo*” e, quindi, non può formare oggetto di autonoma impugnazione. La stessa giurisprudenza amministrativa ha precisato, al riguardo, che la “amministrazione procedente”, prima «... di adottare un provvedimento sfavorevole nel

---

65 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 1° aprile 2014, n. 3583, emessa dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Lazio, Sede di Roma.

confronti del richiedente, gli deve comunicare le ragioni ostative all'accoglimento della sua istanza, in modo da rendere possibile la instaurazione di un vero e proprio contraddittorio endoprocedimentale, a carattere necessario, ed incrementare così le "chances" del cittadino di ottenere dalla pubblica amministrazione ciò che gli interessa, con la conseguenza che il "preavviso di rigetto" non è immediatamente lesivo della sfera giuridica dei destinatari e quindi non è autonomamente ed immediatamente impugnabile»<sup>66</sup>.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha chiarito che la "non impugnabilità" del "preavviso di rigetto" incontra un limite nel caso in cui «... ad esso non solo non abbia fatto seguito, in tempi ragionevoli, la emanazione di alcun provvedimento formale sulla istanza presentata dal privato, ma sia anche ravvisabile una sostanziale sospensione a tempo indeterminato del procedimento», che determina «... una lesione attuale dell'interesse "pretensivo" del privato», con «... conseguente applicabilità dei principi pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza in materia di impugnazione degli atti soprassessori»<sup>67</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha, infine, escluso la applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, nei casi in cui la fase istruttoria preveda la richiesta di un parere obbligatorio ad autorità diversa da quella competente ad adottare il provvedimento finale e il parere sia negativo.

Il "preavviso di rigetto" non è, infatti, applicabile ai «... procedimenti complessi, nei quali l'autorità che emette il provvedimento finale è vincolata al parere obbligatorio di un organo qualificato, perché nessuna norma prevede che l'attività consultiva di quest'ultima si scinda in un progetto di parere e in un parere definitivo» e, pertanto, il «... parere negativo della diversa autorità non comporta di per sé stesso l'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto al destinatari del provvedimento»<sup>68</sup>.

In ordine al contenuto del "preavviso di rigetto", il legislatore ha espressamente previsto che la "amministrazione procedente" deve indicare i "motivi che ostano all'accoglimento della istanza". Pertanto, analogamente a quanto previsto dallo stesso legislatore in sede di motivazione del provvedimento amministrativo, il "preavviso di rigetto" deve contenere tutte le indicazioni relative "... ai presupposti di

---

66 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 24 aprile 2013, n. 1161, emessa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Sicilia, Sede di Catania.

67 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 13 giugno 2011, n. 3554, emessa dalla Sesta Sezione.

68 Vedi, al riguardo, il Parere del 17 marzo 2010, emanato dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato.

*fatto e alle ragioni giuridiche che hanno determinato la proposta di provvedimento negativo»<sup>69</sup>.*

Peraltro, il “preavviso di rigetto” non deve necessariamente «... corrispondere, in ogni suo dettagliato elemento, a quanto contenuto nel provvedimento di diniego, dovendo, piuttosto, evidenziare i punti salienti delle ragioni che inducono l'amministrazione ad assumere una determinazione in senso negativo»<sup>70</sup>.

Non deve, quindi, sussistere «... un rapporto di identità tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti», ma è necessario che il provvedimento conclusivo di diniego sia coerente con lo «... schema delineato dalla comunicazione ex articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, essendo esclusa ogni possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto “endoprocedimentale”, dato che, altrimenti, l'interessato non potrebbe interloquire con la “amministrazione precedente” anche su questi profili differenziali né presentare le proprie controdeduzioni prima della determinazione conclusiva»<sup>71</sup>.

La “amministrazione precedente” ha, pertanto, la «... possibilità, sulla base delle osservazioni del privato, ma anche in via autonoma, di precisare meglio la propria posizione giuridica nell'atto di diniego, il solo ad assumere attitudine lesiva»<sup>72</sup>.

Lo stesso legislatore ha espressamente previsto che «... dell'eventuale mancato accoglimento» delle osservazioni formulate dagli “istanti” a seguito del “preavviso di rigetto” deve essere “... data ragione nella motivazione del provvedimento finale”». Al fine, pertanto, di evitare che le «... finalità alla base dell'istituto partecipativo vengano inopinatamente eluse, in danno dello stesso interesse pubblico ad una decisione idonea a ponderare i contrapposti interessi, oltre che a scongiurare il possibile contenzioso» la “amministrazione precedente” è tenuta a «... dare compiutamente conto, nella motivazione del provvedimento finale, delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni trasmesse dal destinatario del “preavviso di rigetto”, con conseguente rafforzamento dell'obbligo motivazionale»<sup>73</sup>.

69 Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1299.

70 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 10 settembre 2007, n. 6325, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

71 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 20 luglio 2010, n. 425, emessa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Emilia Romagna, Sede di Parma, e la Sentenza del 21 marzo 2013, n. 861, emessa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Sicilia, Sede di Catania.

72 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 744.

73 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 12 giugno 2014, n. 322, emessa dal Tribunale Amministrativo della Regione Umbria.

La comunicazione dei «... motivi ostativi all'accoglimento della istanza» deve essere effettuata:

- personalmente;
- in forma scritta;
- prima della formale adozione del provvedimento negativo.

La “*amministrazione procedente*” può anche decidere di convocare personalmente il soggetto che ha presentato l'istanza per comunicare i motivi ostativi al suo accoglimento. Peraltro, il legislatore non ha indicato il momento a decorrere dal quale la comunicazione deve essere effettuata, ma, tuttavia, è «... *agevole ritenere che la “amministrazione procedente” abbia l'obbligo di effettuare il preavviso di rigetto nel momento stesso in cui accerti l'infondatezza della istanza*»<sup>74</sup>.

Lo stesso legislatore ha, invece, previsto che, 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». Molto controversi sono gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in merito alla natura giuridica del predetto termine di scadenza. Secondo il prevalente orientamento della dottrina, il termine di scadenza fissato dall'articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, ha natura “*decadenziale*”, in quanto «... *viene riconosciuto al destinatario della comunicazione un vero e proprio diritto a contraddire, da esercitare quindi, perentoriamente, entro dieci giorni dal ricevimento del preavviso*»<sup>75</sup>.

Ne consegue che, in caso di inutile decorso del predetto termine, i destinatari del “*preavviso di rigetto*” decadono dal «... *diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni*».

Diverso è, invece, l'orientamento, in materia, della giurisprudenza amministrativa. Da una «... interpretazione complessiva delle disposizioni normative innanzi richiamate, si desume, infatti, agevolmente che il termine di dieci giorni stabilito per la presentazione delle osservazioni e/o dei documenti a seguito alla ricezione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza non ha natura perentoria», in quanto:

- il «... predetto termine non è stato qualificato, in alcun modo, come perentorio, né il legislatore, in tale circostanza, ha usato il verbo dovere, ma si è limitato a prevedere il diritto degli “istanti” di presentare osservazioni e/o documenti»

---

74 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 745.

75 *ibidem*.

- fatta eccezione per «... i ricorsi amministrativi e per le domande di partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica, nell'ambito dei procedimenti amministrativi non vi sono termini "decadenziali", come nel diritto processuale»<sup>76</sup>.

Peraltro, anche la mancata previsione di sanzioni, in caso di inosservanza del termine di scadenza fissato per la presentazione delle osservazioni e/o dei documenti a seguito alla ricezione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza, induce, ragionevolmente, a ritenere che lo stesso non abbia carattere "perentorio", ma "ordinatorio", e che, conseguentemente, sia suscettibile di essere ampliato.

Inoltre, la stessa giurisprudenza amministrativa ha più volte precisato che il predetto termine di scadenza è stato previsto dal legislatore nell'interesse del privato e non della pubblica amministrazione, per cui quest'ultima è tenuta ad accettare e a valutare anche osservazioni e/o documenti pervenuti in ritardo, purché antecedenti la decisione. Pertanto, la "amministrazione procedente", secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, ha il dovere di prendere in considerazione tutte le osservazioni e i documenti presentati dagli "istanti" fino al momento della emanazione del provvedimento conclusivo.

Le osservazioni e i documenti presentati dagli "istanti" svolgono una "funzione" sia di tipo "oppositivo" che di tipo "collaborativo", possono riguardare sia la "legittimità" che il "merito" della proposta di provvedimento negativo e possono integrare sia la "rappresentazione" che la "valutazione" dei fatti già acquisiti dalla "amministrazione procedente".

Per quanto riguarda poi i destinatari del "preavviso di rigetto", tra essi «... si annoverano pacificamente i soli "istanti", a nulla rilevando la presenza di "controinteressati" eventualmente intervenuti nel procedimento»<sup>77</sup>.

Il "preavviso di rigetto" produce la "interruzione" del termine di scadenza fissato per la conclusione del procedimento amministrativo. Il predetto termine, per espressa previsione normativa, inizia nuovamente a decorrere dalla data in cui gli "istanti" presentano osservazioni e/o documenti ovvero dalla scadenza del termine fissato per l'esercizio di tale diritto. Da quel momento si apre una nuova fase istruttoria, che:

- ha «... per oggetto le motivazioni» della proposta di provvedimento negativo;

<sup>76</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 12 giugno 2014, n. 322, emessa dal Tribunale Amministrativo della Regione Umbria.

<sup>77</sup> Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1301.

- si «... sostanzia in una nuova partecipazione del privato al procedimento e in una nuova valutazione degli elementi già acquisiti dalla amministrazione»;
- comporta «... anche la possibilità per il privato di rimodulare e/o di riformulare la istanza secondo le indicazioni rappresentate dalla amministrazione»<sup>78</sup>.

Due sono i possibili esiti della nuova fase istruttoria:

- la integrazione della motivazione e la conclusione del procedimento amministrativo con un provvedimento sfavorevole;
- il ritiro della proposta di provvedimento negativo e l'adozione di un provvedimento favorevole.

È necessario, infine, stabilire se la omessa comunicazione del “*preavviso di rigetto*” può inficiare la validità del provvedimento finale e determinare, quindi, la sua “*caducazione*”.

In ossequio al principio del “*raggiungimento dello scopo*”, la giurisprudenza amministrativa esclude, nella fattispecie, l'annullabilità del provvedimento amministrativo allorché il privato abbia, comunque, avuto modo di conoscere i motivi ostativi all'accoglimento della sua istanza, atteso che «... *la regola partecipativa posta dall'articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, non può essere intesa in senso meccanico e formalistico, avendo la stessa non già una finalità formale, bensì sostanziale, ossia la possibilità per il “propulsore” di un procedimento amministrativo di venire a conoscenza delle ragioni del provvedimento negativo prima che lo stesso sia divenuto definitivo e, quindi, in un momento tale da permettere alla amministrazione di meditare meglio in ordine al procedimento medesimo mediante una completa rappresentazione di tutte le circostanze di fatto e di diritto ad esso sottese*»<sup>79</sup>.

Pertanto, laddove «... il destinatario del provvedimento finale abbia avuto modo, nel corso del procedimento, di venire a conoscenza delle ragioni ostative all'accoglimento della sua istanza, confutandole efficacemente, la riproposizione delle stesse risulterebbe non solo inutile, ma, anzi, dispendiosa e contraria ai principi di efficacia e di buon andamento della azione amministrativa»<sup>80</sup>.

Controversa, invece, è l'applicabilità, alle ipotesi di omissione del “*preavviso di rigetto*”, delle disposizioni contenute nell'articolo 21-octies, comma 2, seconda parte, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni,

<sup>78</sup> *ibidem*, p. 1303.

<sup>79</sup> Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 746.

<sup>80</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza del 24 agosto 2006, n. 4281, emessa dalla Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Puglia, Sede di Lecce.

che escludono la annullabilità del provvedimento finale nel caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento «... *qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*».

Una parte della giurisprudenza amministrativa afferma l'esistenza di una analogia funzionale tra l'istituto del “*preavviso di rigetto*” e quello della “*comunicazione di avvio del procedimento*” e ritiene, pertanto, che le disposizioni normative innanzi richiamate siano applicabili anche alle ipotesi di omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza<sup>81</sup>.

Un'altra parte della giurisprudenza amministrativa ritiene, invece, che «... la sanatoria di cui all'articolo 21-octies, comma 2, seconda parte, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, anche se riguarda gli atti discrezionali, è riferibile alle sole violazioni procedurali concernenti la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ma non anche la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza di cui all'articolo 10-bis della medesima legge».

Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comunicare all'interessato i motivi che impediscono l'accoglimento della sua istanza ha «... carattere assorbente, comportando l'annullamento del provvedimento finale, salvo che, trattandosi di provvedimento vincolato, non possa trovare applicazione la prima parte dell'articolo 21-octies, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241»<sup>82</sup>.

### 3c. Il diritto di intervento nel procedimento

Per individuare i soggetti che hanno il diritto di intervenire nel procedimento amministrativo, è necessario, in via preliminare, definire il concetto di “*parte procedimentale*”. Il termine “*parte*” indica, in effetti, qualunque «... soggetto legittimato a partecipare allo svolgimento dell'iter procedimentale»<sup>83</sup>.

Sono, innanzitutto, “*parti necessarie*” del procedimento amministrativo i “*destinatari diretti*” del provvedimento finale, ossia i soggetti titolari di posizioni giuridiche che “*risentono*” degli effetti positivi o negativi dell'atto conclusivo del procedimento. I soggetti che devono intervenire “*per legge*” nel procedimento am-

81 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 16 aprile 2013, n. 877, emessa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Campania, Sede di Salerno.

82 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 6 dicembre 2011, n. 6410, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

83 Vedi, al riguardo, Rocco GALLI e Domitilla GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, II Volume, Quarta Edizione, Cedam, Padova, 2004, p. 683.

ministrativo, ossia gli “*intervenienti per chiamata*”, sono, invece, tutti i soggetti individuati da un “*dato normativo formale*”, essendo indifferente la sussistenza di uno specifico interesse alla attività svolta dalla pubblica amministrazione.

Due sono i presupposti che legittimano la partecipazione al procedimento amministrativo degli “*intervenienti per chiamata*”:

- il “*pregiudizio*” che ad essi può derivare dal provvedimento finale;
- la possibilità di individuarli facilmente.

Ed è proprio quest’ultimo requisito che differenzia i soggetti individuati dall’articolo 7 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, ossia gli “*intervenienti per chiamata*”, che sono “*obbligati*” a intervenire nel procedimento, dagli altri soggetti portatori di interessi suscettibili di “*pregiudizio*”, individuati dall’articolo 9 della stessa Legge, che hanno la “*facoltà*”, e non l’obbligo, di intervenire nel procedimento.

In particolare, l’articolo 9 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, consente di intervenire nel procedimento amministrativo a “... qualunque soggetto portatore di interessi pubblici o privati”, nonché ai soggetti “... portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni o comitati”, qualora ad essi «... possa derivare un pregiudizio dall’atto conclusivo». Pertanto, il legislatore contempla un “*intervento volontario*” nel procedimento amministrativo di tutti gli altri soggetti che possono subire un “*pregiudizio*” dal provvedimento finale.

Con il termine “*pregiudizio*” si intende, a differenza del concetto di “lesione” di interessi, non solo la “diminuzione di una situazione di vantaggio attuale” ma anche un semplice “disturbo al godimento e all’esercizio di una facoltà” nonché la “eliminazione di una aspettativa”, con la sola esclusione di impedimenti di lieve entità giuridicamente irrilevanti.

La “*facoltà*” di intervento nel procedimento amministrativo può essere esercitata sia a sostegno di una delle “*parti*” del procedimento, al fine di rafforzarne le ragioni, sia a tutela di “*posizioni di interesse*” del tutto autonome e differenti da quelle degli altri soggetti coinvolti nel procedimento. La predetta “*facoltà*” può essere esercitata da “*qualunque soggetto*” portatore di “*interessi*”, sia “*pubblici*” che “*privati*”.

La definizione “*qualunque soggetto*” comprende una qualsiasi “*persona fisica*”, purché capace di intendere e di volere, nonché le “*persone giuridiche*”, le “*associazioni*”, le “*fondazioni*”, gli “*enti pubblici*”, i “*partiti politici*” e le “*organizzazioni sindacali*”.

Il concetto di “*interesse*” postula, invece, l’esistenza di un rapporto tra un soggetto e un bene, che può avere due diversi tipi di natura:

- a) natura “*conservativa*” delle utilità che il bene assicura al suo titolare e, allo stesso tempo, “*oppositiva*” avverso una eventuale, indebita ingerenza esterna;
- b) natura “*pretensiva*”, nel caso in cui l’interesse consista nel conseguire vantaggi su beni di proprietà altrui, rispetto ai quali è consentita, a certe condizioni, l’apprensione.

Gli “*interessi*” devono essere “*giuridicamente rilevanti*”, ma non necessariamente “*patrimoniali*”, in quanto possono avere anche natura “*morale*”. Gli “*interessi pubblici*” sono, poi, qualificati come interessi “*collettivi*”, “*sociali*” o “*superindividuali*”, in quanto ad essi l’ordinamento attribuisce rilevanza giuridica e ne demanda la tutela agli enti pubblici, quali regioni, province e comuni, che hanno l’obbligo di provvedere alla loro cura e alla loro protezione. Gli “*interessi pubblici*” si distinguono, infine, in “*generali*” e “*settoriali*”, a seconda che si riferiscano al corpo sociale nel suo complesso o a sue componenti particolari.

Il legislatore riconosce una specifica “*facoltà*” di intervento nel procedimento amministrativo alle “*associazioni*” e ai “*comitati*” portatori di “*interessi diffusi*”. Il legislatore non richiede, come requisito di “*legittimazione procedimentale*”, il “*riconoscimento governativo*” delle “*associazioni*” e dei “*comitati*”.

La mancata richiesta del “*riconoscimento*” non consente, peraltro, alle “*associazioni*” e ai “*comitati*” di intervenire nel procedimento amministrativo sulla base di una mera enunciazione delle finalità perseguite e in assenza di un adeguato controllo che consenta alla “*amministrazione procedente*” di accertare la sussistenza dei requisiti che legittimano, in concreto, la loro partecipazione al procedimento.

Inoltre, è necessario precisare che le “*associazioni*” e i “*comitati*” possono intervenire nel procedimento amministrativo esclusivamente a tutela di “*interessi diffusi*”.

Gli “*interessi diffusi*”, al pari degli “*interessi collettivi*”, appartengono alla categoria degli interessi “*superindividuali*”.

Gli “*interessi collettivi*” e gli “*interessi diffusi*” sono, comunque, diversi tra loro, sia per “*natura*” che per “*struttura*”.

Gli “*interessi collettivi*” si configurano come gli interessi di un “*gruppo*”, omogeneo e non occasionale, “*unificato*” in un “*ente esponenziale*”, che diventa titolare degli interessi del “*gruppo*”.

Nel momento in cui un “*gruppo omogeneo*” si organizza in un “*ente esponenziale*”, quest’ultimo diviene il «... centro di imputazione di un interesse “metaindividuale” che, per un verso, è astrattamente riferibile a ciascuno degli individui che fanno parte del gruppo sociale che si riconosce nel soggetto collettivo, mentre, per

altro verso, risulta sottratto alla sfera di disponibilità dei singoli, in quanto si radica nel soggetto collettivo medesimo, che ne diviene l'esclusivo titolare»<sup>84</sup>.

Gli “*interessi collettivi*” si qualificano, pertanto, come interessi che fanno capo ad un determinato soggetto, rappresentato da un “*ente esponenziale*”. Ne consegue che gli “*interessi collettivi*” sono sufficientemente “*differenziati*”, attraverso la loro “*personalizzazione*” in capo al soggetto collettivo, e sufficientemente “*qualificati*”, attraverso la partecipazione del soggetto collettivo al procedimento amministrativo, in quanto portatore di interessi coinvolti nella cura dell'interesse pubblico.

Invece, gli “*interessi diffusi*” sono interessi “*adespoti*”, in quanto privi di titolare, e, pertanto, non sono riferibili ad una pluralità determinata di individui, ma sono comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente. Gli “*interessi diffusi*” possono essere, quindi, definiti come «... interessi di un gruppo non omogeneo più o meno ampio di soggetti», che riguardano «... un bene o un servizio destinati all'uso collettivo, dai quali il gruppo trae una particolare utilità o un particolare vantaggio», e, atteso «... .che l'uno e l'altro sono a fruizione indifferenziata e, quindi, infrazionabile e insuscetibile di appropriazione individuale», non possono essere «... individualizzati in capo ai singoli appartenenti»<sup>85</sup>.

Pertanto, il legislatore, in presenza di “*interessi diffusi*”, attribuisce la “*legittimazione partecipativa*” alle sole “*formazioni sociali*” che di quegli interessi sono portatori, chiamandole a svolgere nel procedimento amministrativo un delicato compito di mediazione tra le istanze dei singoli e l'esercizio dei pubblici poteri.

Rientrano tra gli “*interessi diffusi*” l'interesse alla tutela dell'ambiente, l'interesse alla salute, l'interesse alla qualità della vita, etc.

### *3d. Il diritto di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti*

Il legislatore «... si è preoccupato di evitare che il principio della “partecipazione procedimentale” rimanesse di fatto inattuato ad onta della sua formale enunciazione, riconoscendo alle parti poteri istruttori particolarmente rilevanti e penetranti»<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Vedi, al riguardo, Roberto FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in Enciclopedia del Diritto, p. 487.

<sup>85</sup> Vedi, al riguardo, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 143.

<sup>86</sup> Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 572.

Le disposizioni normative contenute nell'articolo 10 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, consentono, infatti, oltre che ai soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento (“*parti necessarie*” e “*intervenienti per chiamata*”), anche ai soggetti che hanno la “*facoltà*” di intervenire nel procedimento (“*intervenienti volontari*”) di:

- prendere visione dei relativi atti;
- presentare memorie scritte e documenti.

Inoltre, le stesse disposizioni prevedono espressamente l'obbligo dell'amministrazione non solo di “*acquisire*” ma anche di “*valutare*” le memorie scritte e i documenti presentati dai predetti soggetti, a condizione che gli stessi “*... siano pertinenti all'oggetto del procedimento*”. Conseguentemente, i «... dati di fatto oggetto della successiva valutazione non possono essere soltanto quelli direttamente individuati dalla amministrazione precedente, rientrandovi, a pieno titolo, anche quelli rappresentati dai cittadini»<sup>87</sup>.

### *3e. Gli “accordi” tra la pubblica amministrazione e il privato*

L'articolo 11 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7, comma 1, lettere a) e b), della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, e dall'articolo 1, comma 47, della Legge 6 novembre 2012, n. 190, disciplina gli “*accordi*” tra la pubblica amministrazione e il privato. I predetti “*accordi*” istituzionalizzano, di fatto, il “**modello convenzionale**” della attività amministrativa, consentendo «... all'amministrazione di ricercare il consenso del privato, al fine di contemperare gli opposti interessi in gioco e di definire un assetto di interessi concordato, che costituirà il contenuto del provvedimento o sostituirà il contenuto del provvedimento stesso»<sup>88</sup>.

Il legislatore ha previsto due tipi di “*accordi*”:

- a) gli “**accordi procedimentali**” (definiti anche “*accordi preliminari*”, “*accordi preparatori*”, “*accordi endoprocedimentali*” o “*accordi integrativi*”), che sono strettamente e funzionalmente collegati al procedimento, con i quali la pubblica amministrazione e il privato concordano il contenuto del provvedimento;
- d) gli “**accordi sostitutivi**”, che hanno una loro “*autonomia funzionale*”, con i quali la pubblica amministrazione e il privato sostituiscono integralmente il contenuto del provvedimento.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 991.

La disciplina normativa è comune ad entrambe le tipologie di “*accordi*”. Pertanto, sia gli “accordi procedurali” che gli “*accordi sostitutivi*”:

- devono essere stipulati con atto scritto, a pena di nullità, fatti salvi i casi in cui la Legge preveda diversamente;
- devono essere conclusi per il perseguimento di un interesse pubblico e senza arrecare pregiudizio ai terzi;
- devono essere motivati;
- devono essere preceduti da una determinazione dell’organo competente ad adottare il provvedimento.

Ai predetti “*accordi*” si applicano, in quanto compatibili, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti.

Per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, l’amministrazione può recedere unilateralmente dall’accordo, fatto salvo l’obbligo dell’indennizzo per i danni e/o i pregiudizi subiti dal privato. Gli “*accordi*” possono essere stipulati sia su iniziativa del “*privato*” che su iniziativa del “*Responsabile del Procedimento*”.

Al fine di favorire la conclusione degli “*accordi*”, il “*Responsabile del Procedimento*” può predisporre un calendario di incontri ai quali invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento e gli eventuali “*controinteressati*”. Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione dei predetti “*accordi*” sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Controversa è la natura giuridica dei predetti “*accordi*”. Secondo un primo orientamento<sup>89</sup>, gli “*accordi*” avrebbero natura privatistica, in quanto:

- viene utilizzato il termine “*accordo*” e non il termine “*provvedimento*”;
- agli accordi si applicano i “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”.

Alcuni “*fautori*” della teoria “*panprivatistica*” ritengono che gli “*accordi*” sarebbero autentici “*contratti di diritto privato*” o “*contratti di diritto comune*”, assoggettati integralmente al regime giuridico di tipo privatistico. Altri “*fautori*” della stessa teoria ritengono, invece, che gli “*accordi*” integrerebbero una categoria di contratti di diritto privato “*speciale*” o ad “*autonomia ristretta*”, per cui la pubblica amministrazione conserva il potere di “*incidere*” sul rapporto contrattuale, pur avendo la “*intesa*” carattere privatistico.

---

<sup>89</sup> Vedi al riguardo, tra gli altri, Giuseppe MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, pp. 106 e ss.

Secondo un orientamento contrapposto e più diffuso<sup>90</sup>, i predetti “*accordi*” hanno natura pubblicistica, in quanto:

- vengono stipulati nell’esercizio di un potere amministrativo “*funzionalizzato*” e per il perseguimento di un interesse pubblico;
- sono destinati a sostituire il provvedimento o a determinarne il contenuto e non possono, pertanto, avere una natura giuridica diversa da quella del provvedimento amministrativo;
- le disposizioni normative che li disciplinano non fanno alcun esplicito riferimento ai contratti;
- il “*rinvio*” previsto dal legislatore non è al “*codice civile*” ma ai suoi “*principi*” in materia di obbligazioni e contratti;
- l’amministrazione può esercitare il “*diritto di recesso*” per motivi di interesse pubblico;
- sono assoggettati agli stessi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi;
- le relative controversie sono di esclusiva competenza del giudice amministrativo.

Alcuni “fautori” della teoria “panpubblicistica” ritengono che gli “*accordi*” sarebbero autentici “contratti di diritto pubblico”, assoggettati integralmente al regime giuridico di tipo pubblicistico. Altri “fautori” della stessa teoria ritengono, invece, che gli “*accordi*” costituirebbero delle “fattispecie bilaterali non contrattuali” ovvero integrerebbero una categoria di “provvedimenti concordati”, adottati a seguito dell’esercizio consensuale di un potere “autoritativo”. Rilevanti sono le implicazioni che derivano dalla adesione all’uno o all’altro dei due diversi orientamenti.

Secondo la tesi privatistica:

- gli “*accordi*” tra la pubblica amministrazione e il privato sono assoggettati al regime giuridico di diritto privato proprio dei contratti;
- agli “*accordi*” si applicano, qualora siano inficiati da vizi, le norme del codice civile in materia di annullabilità, nullità e rescissione del contratto;
- in caso di inadempimento della pubblica amministrazione, il privato può esercitare un’azione di esatto adempimento, diretta ad ottenere l’emanazione di un provvedimento con un determinato contenuto, ovvero chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento.

---

<sup>90</sup> Vedi al riguardo, tra gli altri, Vincenzo CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 508.

Secondo la tesi pubblicistica:

- gli “*accordi*” tra la pubblica amministrazione e il privato sono assoggettati al regime giuridico di diritto pubblico proprio degli atti amministrativi;
- gli “*accordi*”, qualora siano inficiati da vizi, debbono essere considerati illegittimi per violazione di Legge, incompetenza o eccesso di potere e l’amministrazione può procedere, in sede di autotutela, al loro annullamento di ufficio;
- nel caso in cui la pubblica amministrazione adotti un provvedimento di contenuto diverso da quello previsto dall’accordo, l’unico rimedio esperibile è quello della impugnazione del provvedimento adottato.

#### 4. LE FASI DEL PROCEDIMENTO

Non è agevole ricostruire in modo unitario i diversi aspetti, sia strutturali che funzionali, del procedimento amministrativo e, quindi, individuare e definire le caratteristiche peculiari del “*prototipo*” procedimentale. La difficoltà maggiore deriva dalla complessità del tentativo di ricondurre un elevato numero di procedimenti amministrativi, peraltro molto differenti tra di loro, ad una articolazione comune ed omogenea.

Tuttavia è possibile affermare, in via descrittiva, che il procedimento amministrativo si compone di quattro fasi:

- la “fase della iniziativa” (o dell’avvio);
- la “fase istruttoria”;
- la “fase decisoria”;
- la “fase integrativa della efficacia”.

##### *4a. La fase della iniziativa*

La “*fase della iniziativa*” costituisce il momento “*propulsivo*” del procedimento amministrativo. Il procedimento può essere avviato con un atto del soggetto interessato ovvero su impulso della stessa “*amministrazione procedente*”.

Nel primo caso i procedimenti vengono definiti ad “*iniziativa di parte*”, mentre nel secondo caso i procedimenti vengono definiti ad “*iniziativa di ufficio*”. La distinzione assume rilievo sotto il profilo applicativo essendo diverse le regole appli-

cabili all'una o all'altra tipologia di procedimento (ad esempio: l'obbligo dell'amministrazione di comunicare il cosiddetto "preavviso di rigetto", espressamente previsto e disciplinato dall'articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, riguarda soltanto i procedimenti ad "iniziativa di parte").

Il privato può richiedere o, eventualmente, sollecitare l'avvio del procedimento amministrativo mediante:

- una "**istanza**", diretta ad ottenere l'adozione di un provvedimento favorevole;
- un "**ricorso**", diretto ad ottenere il riesame di atti amministrativi considerati lesivi di interessi legittimi o di diritti soggettivi di cui è titolare.

Nei procedimenti amministrativi ad "iniziativa di ufficio" l'atto di iniziativa può assumere la forma della "**richiesta**" o della "**proposta**".

La "**richiesta**" è una manifestazione di volontà con la quale «... una autorità amministrativa si rivolge ad un'altra autorità per sollecitare l'adozione di un atto amministrativo che, spesso, l'autorità alla quale la richiesta viene inoltrata non può emanare se non sul presupposto di quella iniziativa»<sup>91</sup>.

La "**proposta**" è, invece, una manifestazione di giudizio con la quale una autorità amministrativa «... non si limita a richiedere l'apertura di un procedimento ma esprime una valutazione anche sul contenuto da dare all'atto finale»<sup>92</sup>.

La "*iniziativa d'ufficio*" viene definita "**autonoma**" quando l'organo competente ad emanare il provvedimento finale si identifica con l'organo competente ad avviare il relativo procedimento, mentre viene definita "**eteronoma**" quando il procedimento viene avviato da un organo diverso da quello competente ad emanare il provvedimento finale.

#### 4b. La fase istruttoria

Una volta avviato, il procedimento prosegue con la "*fase istruttoria*". La "*fase istruttoria*" rappresenta il momento "*centrale*" del procedimento amministrativo e contribuisce in modo determinante al perfezionamento del provvedimento finale e, in particolare, alla definizione del suo contenuto.

In questa fase, infatti, l'amministrazione procede alla acquisizione di fatti e documenti rilevanti ai fini della adozione dell'atto conclusivo del procedimento, alla

<sup>91</sup> Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit. p. 1334.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 1338.

individuazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nella sua azione e alla loro ponderazione. Il “Dominus” della “fase istruttoria” è il “Responsabile del Procedimento”. L’articolo 6 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, attribuisce, di fatto, al “*Responsabile del Procedimento*” i “... *compiti di impulso, direzione e coordinamento della istruttoria procedimentale*”<sup>93</sup>.

In particolare, nella “fase istruttoria”, il “Responsabile del Procedimento”:

- valuta le condizioni di “*ammissibilità*”, i requisiti di “*legittimazione*” ed i presupposti rilevanti per l’emanazione del provvedimento finale;
- accerta di ufficio i fatti;
- adotta ogni misura necessaria a garantire un adeguato e sollecito svolgimento della “*istruttoria*” e, a tal fine:
- chiede il rilascio di dichiarazioni ovvero la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete;
- esegue accertamenti tecnici ed ispezioni;
- ordina la esibizione di documenti;
- propone la indizione o, qualora ne abbia la competenza, indice la “*conferenza dei servizi*”;
- richiede “pareri” e “valutazioni tecniche”;
- cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste da disposizioni legislative e regolamentari;
- qualora non sia competente ad emanare il provvedimento finale, trasmette tutti gli atti all’organo competente ai fini della sua adozione.

È proprio in questa fase che assumono particolare rilievo gli “*istituti di partecipazione diretta*”, introdotti dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, che consentono a tutti i soggetti interessati di intervenire nel procedimento e di assicurare il loro apporto “*collaborativo*” e/o “*integrativo*”<sup>94</sup>.

A seconda della diversa intensità della “*partecipazione procedimentale*”, la dottrina<sup>95</sup> distingue diverse tipologie di “*istruttoria*”:

- la “istruttoria aperta”;
- la “istruttoria in contraddittorio”;

---

<sup>93</sup> Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 582.

<sup>94</sup> Vedi, al riguardo, il “Paragrafo 3”.

<sup>95</sup> Vedi al riguardo, tra gli altri, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 694-5.

- la “istruttoria chiusa”;
- la “istruttoria segreta”.

In particolare:

- la “**istruttoria**” viene definita “**aperta**” quando «... qualsiasi soggetto può compiere, senza alcun limite, atti diretti ad acquisire fatti e a individuare interessi»;
- la “**istruttoria**” viene definita “**in contraddittorio**”, quando «... i soggetti legittimati a partecipare al procedimento sono unicamente quelli che, dal provvedimento finale, possono essere incisi sfavorevolmente o ricavarne un vantaggio»;
- la “**istruttoria**” viene definita “**chiusa**”, quando, per «... esigenze di speditezza, è solo la “amministrazione procedente” che può svolgere l’attività istruttoria, fatto salvo il diritto di accesso previsto e disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241, che può essere esercitato esclusivamente dai soggetti privati che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata all’atto o al documento per il quale l’accesso viene richiesto»;
- la “**istruttoria**” viene definita “**segreta**”, quando, per «... particolari ragioni che impongono la segretezza degli atti, al privato è precluso non solo il diritto di accesso agli stessi, ma anche la conoscenza del procedimento».

L’attività istruttoria deve essere svolta secondo canoni di “*logicità*” e di “*congruità*”. Conseguentemente, l’attività istruttoria incontra un preciso limite nel principio di “*non aggravamento*” del procedimento. Pertanto, il “*Responsabile del Procedimento*” deve evitare di eseguire operazioni e/o di adottare atti che non siano necessari o, quanto meno, opportuni ai fini della emanazione del provvedimento finale.

Pertanto, la “*fase istruttoria*” non si esaurisce in una mera attività di acquisizione di fatti e di individuazione di interessi rilevanti ai fini della adozione dell’atto conclusivo del procedimento (cosiddetta “*attività conoscitiva*”), ma comprende anche il momento della loro valutazione (cosiddetta “*attività valutativa*”). La “*attività valutativa*” può essere, peraltro, demandata anche ad autorità o ad organi diversi da quelli che emanano il provvedimento finale. In questi casi viene avviato un “*sub-procedimento*” che si conclude, di norma, con la acquisizione di un “*parere*” o di una “*valutazione tecnica*”.

Per quel che concerne la disciplina generale dei “*pareri*”, le loro diverse tipologie, i termini di scadenza entro i quali gli stessi devono essere resi o comunicati dagli organi consultivi e le relative ipotesi di “*silenzio procedimentale*” (cosiddetto “*silenzio facoltativo*”), si richiamano le disposizioni contenute nell’articolo 16 della

Legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato ed integrato dall'articolo 8, comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69.

Per quel che concerne, invece, la disciplina generale delle “*valutazioni tecniche*”, i termini di scadenza entro i quali le stesse debbono essere acquisite e le relative ipotesi di “*silenzio procedimentale*” (cosiddetto “*silenzio devolutivo*”), si richiamano le disposizioni contenute nell'articolo 17 della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti nel procedimento, la “*amministrazione procedente*” può indire una “*conferenza di servizi*”. La “*conferenza di servizi*” può essere «... convocata anche per l'esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi reciprocamente connessi (conferenza “*trasversale*” a procedimenti connessi o “*interprocedimentale*”), che riguardano amministrazioni diverse, ma medesime attività, risultati o procedimenti, e che abbiano il medesimo oggetto»<sup>96</sup>.

In questo caso, la “*conferenza di servizi*” può essere indetta, alternativamente:

- dalla “*amministrazione procedente*”;
- previa informale intesa tra tutte le amministrazioni interessate, da una delle amministrazioni che curano l'interesse pubblico prevalente;
- dalla amministrazione pubblica competente a concludere il procedimento che, cronologicamente, precede gli altri procedimenti connessi.

Nei casi finora esaminati la “*conferenza dei servizi*” è “*facoltativa*”. La “*conferenza dei servizi*” è, invece, “*obbligatoria*” e, quindi, deve essere “... sempre indetta”, quando la “*amministrazione procedente*” è tenuta ad «... acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro trenta giorni dalla ricezione della relativa richiesta, da parte dell'amministrazione competente». In questa ultima ipotesi, la “*conferenza dei servizi*” può essere, altresì, indetta, quando, entro lo «... stesso termine, è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate ovvero nei casi in cui è consentito alla “amministrazione procedente” di provvedere direttamente in assenza delle determinazioni delle amministrazioni competenti».

Per quel che concerne la disciplina generale della “*conferenza dei servizi*”, le sue diverse tipologie, le modalità di svolgimento dei suoi lavori e gli effetti del dissenso, si richiamano le disposizioni contenute negli articoli 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater e 14-quinquies della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni.

---

<sup>96</sup> Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 345.

#### 4c. La fase decisoria

La “fase decisoria” rappresenta il momento “*culminante*” del procedimento amministrativo. Rispetto alle altre fasi, che assolvono a funzioni esclusivamente “*preparatorie*” e/o “*ausiliarie*”, la “fase decisoria” svolge, invece, una vera e propria “*funzione costitutiva*”. Infatti, successivamente alla acquisizione dei fatti, alla individuazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nella azione amministrativa e ad una loro attenta e ponderata valutazione, la “*amministrazione competente*” deve necessariamente adottare una “**decisione**”.

È in questa fase, quindi, che la “*amministrazione competente*” è tenuta:

- ad emanare un provvedimento, nel caso in cui esercita un “**potere discrezionale**”, con il quale opera una “**scelta comparativa**” tra i diversi interessi coinvolti nel procedimento;
- ad accertare formalmente la esistenza dei presupposti necessari per la emanazione del provvedimento, nel caso in cui svolga una attività “**vincolata**” e non possa, quindi, operare alcuna scelta “*in ordine all’agire*”.

Secondo alcuni autori della dottrina<sup>97</sup> la “fase decisoria” non avrebbe un “rilievo autonomo”, in quanto la “**decisione**” sarebbe il «... risultato logico e storico di tutta la vicenda procedimentale anteriore». In altri termini, l’organo competente ad adottare il provvedimento finale sarebbe vincolato, nel processo di formazione della sua volontà, ai risultati della “*fase istruttoria*”.

Secondo altri autori della dottrina<sup>98</sup> nella “fase decisoria” sono, invece, presenti «... numerosi dati che, sebbene già acquisiti nella fase precedente, si presentano variabili e suscettibili di diverse valutazioni da parte dell’organo decidente», per cui la «... scelta finale della pubblica amministrazione non si presenta mai automatica, ma, al contrario, è sempre influenzata da fattori che dovranno essere valutati attraverso criteri di ragionevolezza».

Gli esiti della “*valutazione comparativa*” degli interessi coinvolti nella azione amministrativa sono diversi a seconda del tipo di procedimento che è stato avviato.

Nei “**procedimenti ablatori**”, ossia nei procedimenti caratterizzati da una particolare “**forza autoritativa**”, viene “*massimizzato*”, e, quindi, ritenuto “*prevalente*”, l’interesse “**pubblico primario**”, che dovrà essere, peraltro, realizzato con il minore sacrificio possibile delle situazioni giuridiche “*individuali*”.

97 Vedi al riguardo, tra gli altri, CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 91.

98 Vedi al riguardo, tra gli altri, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 743.

Nei procedimenti “*autorizzatori*” in “*senso lato*”, vengono, invece, considerati “*prevalenti*” gli interessi “*secondari privati*”, qualora siano compatibili con l’interesse pubblico (ad esempio, una “*licenza commerciale*” viene rilasciata tenendo conto della ubicazione di esercizi commerciali preesistenti che svolgono la medesima attività).

Negli altri casi, la pubblica amministrazione adotta soluzioni che sono finalizzate a soddisfare gli “*interessi privati*”, ma che, nel contempo, prevedono anche limiti ed oneri diretti ad “*orientare*” l’esercizio dei “*poteri individuali*” verso la realizzazione di “*fini pubblici*” (ad esempio, la “*concessione autostradale*” impone, di norma, al concessionario un limite massimo al “*valore*” del pedaggio che gli utenti devono pagare).

La “*fase decisoria*” può essere definita “*monostrutturata*”, quando si conclude con la manifestazione di volontà di un solo organo, o “*pluristrutturata*”, quando, invece, si conclude con più manifestazioni di volontà, che sono tra loro collegate e che vengono espresse attraverso una pluralità di atti.

La “*decisione pluristrutturata*” è necessaria quando, per la particolare rilevanza degli interessi coinvolti nella azione amministrativa, la “*partecipazione attiva*” dei soggetti che ne sono “*titolari*” o “*portatori*” è richiesta non solo nella “*fase istruttoria*”, ma anche nella “*fase decisoria*” del procedimento.

Il procedimento che si conclude con una “*decisione pluristrutturata*” richiede pertanto la necessaria “*partecipazione*”, oltre che della autorità amministrativa che esercita il “*potere decisionale*”, di una altra autorità, “*portatrice*” di un “*interesse pubblico secondario*”, o, comunque, di un altro soggetto, “*titolare*” di un “*interesse privato*”.

Nella prima ipotesi ricorre il fenomeno della “*codecisione*”.

Nella seconda ipotesi, invece, ricorre il fenomeno della “*definizione negoziata del procedimento*”, che attiene, più strettamente, al “*diritto di partecipazione*” del soggetto privato al procedimento amministrativo.

Rientrano tra gli istituti propri della “*codecisione*”:

- gli “*atti complessi*”;
- gli atti adottati di “*concerto*” o “*previa intesa*”;
- le “*deliberazioni preliminari*” o “*preparatorie*”;
- gli “*accordi di programma*”;
- le “*designazioni*”.

Sono, invece, considerate ipotesi di “*definizione negoziata del procedimento*” gli “*accordi procedurali*” e gli “*accordi sostitutivi*”<sup>99</sup>.

---

99 Vedi, al riguardo, il “Paragrafo 3d”.

Gli **“atti complessi”** sono «... il frutto della fusione di più volontà appartenenti a diversi organi della stessa o di diversa amministrazione unificate dal fine perseguito»<sup>100</sup>.

Nell'ambito degli **“atti complessi”** vengono distinti, di norma, gli **“atti a complessità interna”** dagli **“atti a complessità esterna”**, a seconda che gli organi che concorrono alla loro formazione appartengono o meno alla stessa amministrazione. Una ulteriore distinzione viene operata tra atti complessi **“uguali”** e **“inequali”**.

Negli atti complessi **“uguali”**, gli organi che concorrono alla formazione dell'atto hanno tutti gli stessi poteri, mentre, negli atti complessi **“inequali”**, la volontà di uno degli organi ha valore preminente rispetto a quella degli altri.

Rientrano nella categoria degli **“atti complessi”** i **“decreti interministeriali”**. Gli **“atti di concerto”** sono, invece, adottati da un solo organo, che deve, peraltro, concordare il contenuto dell'atto con un altro organo, al fine di valutare gli interessi di cui quest'ultimo è portatore e di coordinarli con l'interesse pubblico primario che deve essere necessariamente realizzato con il provvedimento finale.

L'interesse di cui è portatore l'organo competente ad adottare l'atto, definito organo **“concertante”**, è, pertanto, **“preminente”** rispetto agli interessi, anch'essi pubblici, di cui è portatore l'organo che concorre alla formazione del contenuto dell'atto, definito organo **“concertato”**. L'organo **“concertante”**, dopo avere esaminato lo schema di provvedimento predisposto dall'organo **“concertato”**, può decidere di approvarlo, di modificarne il contenuto o di rigettarlo.

Nel caso in cui i due organi non riescano a definire una soluzione **“concordata”**, è necessario dirimere il **“conflitto”** mediante l'attivazione di apposito procedimento.

Se i predetti organi appartengono al medesimo **“complesso organizzatorio”**, il **“conflitto”** viene risolto mediante l'intervento di un altro organo con poteri di **“coordinamento”**. Se, invece, i predetti organi non appartengono al medesimo **“complesso organizzatorio”**, il **“conflitto”** viene risolto, in mancanza di specifici strumenti **“compositivi”**, mediante il perfezionamento di un **“accordo compromissorio”**, basato sul principio della **“leale collaborazione”**.

In ogni caso, l'organo **“concertante”**, ai fini della adozione del provvedimento finale, non può prescindere dall'intervento partecipativo dell'organo **“concertato”**.

Qualora, invece, l'atto venga adottato a seguito di un **“accordo”** tra più organi che appartengono ad **“enti”** diversi, ricorre la fattispecie della **“intesa”**.

La **“intesa”** si distingue dal **“concerto”**. Infatti, nella ipotesi in cui un atto venga adottato da un organo previa **“intesa”** con un altro organo, il contenuto dell'atto

<sup>100</sup> Vedi al riguardo, tra gli altri, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 824.

costituisce il risultato di una “**collaborazione paritaria**” tra gli organi che concorrono alla sua formazione, finalizzata a ricercare il cosiddetto “idem consensus”.

Nella tipologia delle “**deliberazioni preliminari**” o “**preparatorie**” rientrano tutte le deliberazioni che la “amministratore precedente” deve necessariamente acquisire prima di adottare il provvedimento finale (a titolo meramente esemplificativo, si pensi ad un Decreto Ministeriale che deve essere adottato previa delibera del Consiglio dei Ministri).

Le “**deliberazioni preliminari**” o “**preparatorie**” sono dotate «... di forza “determinante” in ordine al contenuto degli atti che sul loro presupposto dovranno essere emanati, ma non possono tuttavia essere considerate esse stesse “costitutive” dell’effetto giuridico che si collega a quegli atti»<sup>101</sup>.

Rientrano, invece, nella tipologia degli “**accordi tra pubbliche amministrazioni**”, ai sensi dell’articolo 15, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, gli accordi conclusi tra le amministrazioni pubbliche per «... disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

Nell’ambito degli “**accordi tra pubbliche amministrazioni**” assumono particolare rilievo gli “**accordi di programma**”, espressamente previsti e disciplinati dall’articolo 34 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, con il quale è stato approvato il “Testo Unico degli Enti Locali”.

Gli “**accordi di programma**” possono essere sottoscritti per «... la definizione e la attuazione di opere, di interventi o di programmi di interventi che richiedono, per la loro completa realizzazione, l’azione integrata e coordinata di comuni, province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i predetti soggetti», al fine di «... assicurare il coordinamento delle azioni e di determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento».

La sottoscrizione degli “**accordi di programma**” può essere proposta dal «... Presidente della Regione o dal Presidente della Provincia o dal Sindaco, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati». Gli “**accordi di programma**” possono essere definiti come atti di “programmazione attuativa”, finalizzati alla individuazione ed alla attuazione di opere, interventi o programmi di interventi, che richiedono, per la loro realizzazione, una “sinergica” interazione tra regioni, province e comuni e, ove possibile, il coinvolgimento anche di altri soggetti pubblici o privati.

Gli “**accordi di programma**” costituiscono, pertanto, un importante strumento di “autocoordinamento” di più amministrazioni pubbliche per la realizzazione di

---

101 Vedi, al riguardo, SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 614.

interventi particolarmente complessi sotto il profilo “procedimentale”. Gli “**accordi di programma**” vengono conclusi con la sottoscrizione di un documento unitario, che deve essere approvato, con atto formale, dal soggetto che ha promosso l’iniziativa.

Alcuni autori della dottrina<sup>102</sup> ritengono che, seguendo «... all’accordo un provvedimento di approvazione unilaterale, sia quest’ultimo a svolgere una funzione costituiva» e riconoscono, pertanto, all’accordo stesso «... una funzione meramente “predeterminativa” del contenuto del provvedimento finale».

Altri autori della dottrina<sup>103</sup> ritengono, invece, che, negli “**accordi di programma**”, gli «... effetti discendono direttamente dall’accordo, rispetto al quale il provvedimento di approvazione avrebbe solo una funzione di mera esternazione».

Le “**designazioni**” consistono, infine, nella indicazione di uno o più nominativi alla autorità competente a provvedere ad una nomina. La “**designazione**” è, di norma, “obbligatoria” e “vincolante”. Infatti, l’autorità «... che deve provvedere alla nomina non può farlo, se non sulla base della “designazione”, e, generalmente, è tenuta ad uniformarsi ad essa»<sup>104</sup>.

Gli atti di natura “**codecisoria**” presentano molti aspetti comuni con gli atti di natura “**predecisoria**”, nei quali un organo che, dal punto di vista “**formale**”, riveste esclusivamente un ruolo “**proponente**” o “**consultivo**”, dal punto di vista “**sostanziale**” riveste, invece, anche un ruolo “**decisorio**”, in quanto “**predetermina**” il contenuto del provvedimento finale.

Rientrano nella tipologia degli atti di natura “**predecisoria**” le “**proposte**” e i “**pareri vincolanti**”. Non rientrano, invece, nel novero delle “**codecisioni**” gli “**atti collegiali**”, definiti anche “**deliberazioni**”.

Gli “**atti collegiali**” vengono adottati da una pluralità di soggetti costituiti in “**collegio**”. In effetti, gli «... atti collegiali costituiscono, sia sotto il profilo formale che sotto il profilo sostanziale, atti “monostrutturati”, in quanto il collegio, nonostante la sua struttura “pluripersonale” interna, opera all’esterno come un organo unico, che si fa portatore della volontà della maggioranza dei suoi membri, nella quale rimane assorbita anche quella della minoranza dissenziente»<sup>105</sup>.

In altri termini, anche nei casi in cui i componenti del “**collegio**” sono divisi in maggioranza e minoranza, un “**atto collegiale**” proviene, comunque, da un unico organo e deve essere, quindi, considerato come “**atto unitario**”.

102 Vedi al riguardo, tra gli altri, Ernesto STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, pp. 206 e ss.

103 Vedi al riguardo, tra gli altri, CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 120.

104 Vedi, al riguardo, Maria SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 613.

105 Vedi, al riguardo, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 824-5.

Quando il provvedimento finale deve essere adottato da un organo collegiale, si apre un “**sub-procedimento**”<sup>106</sup> caratterizzato dalle seguenti fasi:

- a) la “convocazione”;
- b) la “seduta”;
- c) la “discussione”;
- d) la “votazione”;
- e) la “verbalizzazione”.

Di regola, è il “*presidente*” o chi ne fa le veci che procede alla “**convocazione**” di un organo collegiale. Il cosiddetto “*avviso di convocazione*” deve contenere anche l’ordine del giorno, con la specifica indicazione degli argomenti che debbono essere esaminati e discussi nel corso della seduta, e deve essere notificato agli interessati entro un congruo termine, stabilito, di norma, nel regolamento di funzionamento interno dell’organo.

Ai fini della validità della “**seduta**” è richiesto il “*quorum strutturale*”, ossia la presenza di un numero minimo di componenti. Negli organi collegiali “*imperfetti*” il “*quorum strutturale*” è costituito, di regola, dalla metà più uno dei componenti dell’organo. Invece, negli organi collegiali “*perfetti*”, ossia negli organi che sono generalmente chiamati ad assumere decisioni di natura “*contenziosa*” o “*valutativa*”, il “*quorum strutturale*” è costituito dalla presenza, indistintamente, di tutti i componenti dell’organo.

Le sedute degli organi collegiali, di regola, non sono pubbliche e la presenza di soggetti estranei, vizia, pertanto, le relative deliberazioni. Durante lo svolgimento delle “**sedute**” il “*presidente*” assicura la osservanza delle leggi e garantisce l’ordine e la regolarità sia delle discussioni che delle votazioni.

Per ogni argomento iscritto nell’ordine del giorno, Il “*presidente*” sottopone all’esame dei componenti dell’organo una “*proposta di deliberazione*” ed apre la relativa “**discussione**”.

Quando la “**discussione**” è stata ampia ed esaustiva e nessuno dei componenti chiede più di intervenire, il “*presidente*” la dichiara “*chiusa*” e procede con la “**votazione**”.

La “**votazione**” può essere effettuata con una delle seguenti modalità:

- appello nominale;
- alzata e seduta dei presenti;

---

106 Vedi, al riguardo, il “Paragrafo 5”.

- alzata di mano;
- invito ai dissenzienti a manifestare il loro avviso.

Soltanto le deliberazioni che riguardano “*persone*”, nomine “*elettive*” o “*cariche*” debbono essere adottate con votazione a “*scrutinio segreto*”. Le deliberazioni che riguardano le “*persone*” sono quelle che richiedono un “*apprezzamento discrezionale*” in relazione agli “*interessi*” morali o materiali di singoli individui o alla valutazione delle loro “*qualità*” personali.

Qualora le disposizioni legislative, statutarie o regolamentari non prevedano una maggioranza qualificata, la “*proposta di deliberazione*” può essere considerata approvata se abbia riportato la maggioranza assoluta dei voti ovvero se abbiano votato a favore della proposta la metà più uno dei votanti (cosiddetto “*quorum funzionale*”). Il “*presidente*” conclude la “**votazione**” con la “**proclamazione**” dei suoi esiti. La manifestazione di volontà del collegio deve essere documentata attraverso la redazione, a cura del “*segretario*” dell’organo, di un “**processo verbale**”, che deve contenere:

- le indicazioni relative alla data e al luogo di svolgimento della “*seduta*”;
- l’elenco degli argomenti iscritti nell’ordine del giorno con gli estremi dell’avviso di convocazione;
- i nominativi dei componenti che hanno partecipato alla “*seduta*”;
- i nominativi dei componenti assenti, distinguendo, ove necessario, gli assenti “*giustificati*” da quelli “*ingiustificati*”;
- le operazioni di verifica del “*quorum strutturale*”;
- per ogni argomento, la relazione introduttiva del “*presidente*” o di un componente dell’organo chiamato a svolgere le funzioni di “*relatore*”, la proposta di delibera, le fasi salienti della discussione, le modalità di espletamento delle operazioni di voto, gli esiti dello “*scrutinio*” e della relativa “*proclamazione*”, con la conseguente verifica del “*quorum funzionale*”;
- l’orario di chiusura della “*seduta*”.

Il “**verbale**” deve essere sottoscritto sia dal “*presidente*” che dal “*segretario*” dell’organo collegiale. Il “**verbale**” è l’unico documento idoneo a comprovare l’esistenza di una deliberazione assunta da un organo collegiale e a renderla nota ai soggetti terzi. I “**verbali**”, al pari delle “**attestazioni**”, perseguono, quindi, lo scopo di “*testificare*”, indipendentemente da una particolare finalità, i fatti accertati.

Per questo motivo, i “**verbali**” rientrano tra gli “**atti formali**” che hanno “carattere autoritativo” e che “fanno fede fino a querela di falso”, in quanto determinano *erga omnes* una “certezza legale privilegiata”, superabile solo con “sentenza passata in autorità di cosa giudicata” che dichiara la falsità del loro contenuto.

#### 4d. La fase integrativa della efficacia

Una volta concluso l'iter procedimentale con la “*fase costitutiva*” della “*decisione*”, il provvedimento finale può essere considerato “**perfetto**”. Tuttavia, non sempre l'atto “**perfetto**” è anche “**efficace**”. A volte, infatti, la produzione degli effetti dell'atto conclusivo di un procedimento amministrativo è subordinata al perfezionamento di specifiche operazioni o alla emanazione di ulteriori atti.

In questi casi si apre una fase procedimentale autonoma, definita “*fase integrativa della efficacia*”. La “*fase integrativa della efficacia*” è l'unica fase “*eventuale*” del procedimento amministrativo. Infatti, la “*fase integrativa della efficacia*” è contemplata soltanto nei casi in cui la Legge, successivamente alla adozione del provvedimento finale, richiede espressamente una specifica operazione o un ulteriore atto.

Sono istituti tipici della “*fase integrativa della efficacia*” il “controllo”, la “comunicazione”, la “pubblicazione” e la “notificazione”. L'atto di “**controllo**” è un “**requisito di efficacia**” dell'atto conclusivo del procedimento amministrativo, in quanto «... non influisce né sulla perfezione dell'atto né sulla sua validità, ma esclusivamente sulla efficacia dell'atto o per consentirne la produzione degli effetti (controllo preventivo) ovvero per farli cessare (controllo successivo)»<sup>107</sup>.

Nell'ambito degli atti di controllo si distinguono, innanzitutto, gli atti di controllo “**interni**” e gli atti controllo “**esterni**”. Rientrano nella prima tipologia i controlli che vengono effettuati all'interno della stessa amministrazione da appositi organi.

Nell'ambito dei controlli “**interni**” assume particolare rilievo la distinzione tra i controlli sugli “**atti**” e i controlli sulla “**gestione**”, a seconda che il controllo sia finalizzato a verificare la regolarità, sotto il profilo sia amministrativo che contabile, degli atti adottati dalla amministrazione ovvero sia finalizzato a verificare la efficacia, la efficienza e la economicità della attività complessivamente svolta dalla amministrazione, attraverso il necessario raffronto tra gli “*obiettivi programmati*”

107 Vedi, al riguardo, Pietro VIRGA, *Diritto amministrativo*, Secondo Volume “Atti e Ricorsi”, Quinta Edizione Aggiornata, Milano, Giuffrè, 1999, p. 83.

e i “*risultati effettivamente raggiunti*” (rientrano in questa tipologia di controlli il “*controllo interno della gestione*” e il “*ciclo di gestione della performance*”).

Di norma i controlli interni sugli “*atti*” vengono effettuati dai “*collegi sindacali*” o dai “*collegi dei revisori dei conti*” mentre i controlli sulla “*gestione*” vengono effettuati dagli “*organismi indipendenti di valutazione*” o dai “*nuclei di valutazione*”.

Sono, invece, “*esterni*” i controlli che vengono effettuati da “*organi che non appartengono alla amministrazione*” ovvero da “*organi ad essa collegati*”, ma che si trovano in posizione di assoluta autonomia e indipendenza. Sono, pertanto, “*esterni*” i controlli esercitati dal “Parlamento”, dalla “Corte dei Conti” o dagli “organi della giurisdizione ordinaria o amministrativa”.

Nell’ambito dei controlli “*esterni*” assume particolare rilievo la distinzione tra i controlli sugli “*atti*” e i controlli sugli “*organi*” e le “*persone*”, a seconda che l’oggetto del controllo siano gli atti adottati dalla amministrazione ovvero il funzionamento degli organi e/o il comportamento delle persone fisiche che ad essi sono preposti.

Il controllo sugli “*atti*” può essere, innanzitutto, “*preventivo*” o “*successivo*”. Il “*controllo preventivo sugli atti*” consente all’organo di controllo di intervenire nella “*fase dinamica*” del “*perfezionamento*” o della “*efficacia*” dell’atto. A loro volta, i “*controlli preventivi*” si distinguono in “*antecedenti*” e “*susseguenti*”. I “*controlli preventivi*” vengono definiti “*antecedenti*” quando condizionano la “*perfezione*” di un atto, mentre vengono definiti “*susseguenti*” quando condizionano la “*esecuzione*” di un atto già perfetto, ma non ancora efficace.

Il “*controllo successivo sugli atti*” consente, invece, all’organo di controllo di intervenire anche dopo che l’atto abbia prodotto, in tutto o in parte, i suoi effetti, al fine di impedire che ne produca altri, qualora lo stesso sia difforme o in contrasto con le vigenti disposizioni legislative o regolamentari. Nell’ambito del controllo sugli “*atti*”, viene operata una ulteriore distinzione tra i “*controlli di legittimità*” e i “*controlli di merito*”.

Il “*controllo di legittimità*” è diretto a verificare la conformità dell’atto alle norme giuridiche e, conseguentemente, ad accertare la presenza di eventuali vizi di legittimità che ne inficiano la validità.

Il “*controllo di merito*” è, invece, diretto a verificare la conformità dell’atto al principio di “*buona amministrazione*” e, conseguentemente, ad accertarne la “*opportunità*”, la “*adeguatezza*” e la “*convenienza*” in relazione ai criteri di “*efficacia*”, di “*efficienza*” e di “*economicità*” della azione amministrativa.

I principali provvedimenti di controllo sugli “*atti*” sono il “*visto*”, la “*approvazione*” e la “*omologazione*”. Il “*visto*” è un provvedimento di “controllo preventivo”

**di legittimità**” con il quale l’organo di controllo verifica la «... conformità dell’atto alle prescrizioni di Legge e alle regole di competenza, onde consentire all’atto, in caso di riscontro positivo, di dispiegare i suoi effetti»<sup>108</sup>.

Il “**visto**” è una forma di controllo “*vincolata*” e non “*discrezionale*”, essendo l’autorità amministrativa competente obbligata a rilasciarlo, qualora non ravvisi l’esistenza di un vizio di legittimità.

La “**approvazione**” è, invece, un provvedimento di “**controllo preventivo di merito**”, con il quale l’organo di controllo consente ad un atto già perfetto, ma non ancora efficace, di produrre i suoi effetti.

La “**omologazione**” è un provvedimento di “controllo preventivo di legittimità e di merito” analogo alla “approvazione”. Peraltro, la “**omologazione**” riguarda specificatamente le «... cose ed è rilasciata dalla autorità amministrativa a suggello della conformità delle stesse alle norme nazionali e internazionali a tutela della sicurezza o della uniformità dei prodotti»<sup>109</sup>.

La “**omologazione**” può anche sostituire o integrare la “**approvazione**”. Sia gli “atti di controllo preventivo” che gli “atti di controllo successivo” hanno “efficacia retroattiva”. L’atto di controllo con “**esito positivo**”, avendo natura meramente “**confermativa**”, aderisce all’atto controllato e, pertanto, non è impugnabile in via autonoma. Invece, l’atto di controllo con “**esito negativo**” non aderisce all’atto controllato e, avendo una incidenza negativa sulla “*sfera soggettiva esterna*”, può formare oggetto di impugnativa “*autonoma*” e “*diretta*”. A differenza dell’atto di “**controllo**”, l’atto di “**comunicazione**” è un “**requisito di obbligatorietà**” dell’atto conclusivo del procedimento amministrativo ed esplica una diversa funzione, a seconda che il provvedimento che ne forma oggetto abbia o meno carattere “**recettizio**”.

Nei cosiddetti “**atti recettizi**” la “**comunicazione**” è, infatti, condizione necessaria affinché l’atto produca nella sfera giuridica dei suoi destinatari gli effetti che da esso derivano.

Nei cosiddetti “**atti non recettizi**” la “**comunicazione**” costituisce, invece, un mero strumento di “**conoscenza legale**” dell’atto ai fini della decorrenza del termine di scadenza fissato dalla Legge per la sua eventuale impugnazione.

La comunicazione può essere effettuata mediante la “**notificazione**” o la “**pubblicazione**”.

La comunicazione degli “**atti recettizi**” deve essere perfezionata attraverso la “**notificazione**”. L’atto può essere “**notificato**” a mezzo di “*relata*” del messo comunale o dell’ufficiale giudiziario, di raccomandata a mano, di lettera raccomandata

108 Vedi, al riguardo, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1313.

109 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1086.

con avviso di ricevimento, di posta elettronica certificata o di altri mezzi ritenuti idonei dalle disposizioni normative vigenti in materia.

Qualora gli atti abbiano “*carattere generale*” ovvero i destinatari degli stessi non siano facilmente individuabili, è possibile ricorrere alla “*pubblicazione*”. La “**pubblicazione**” può essere effettuata mediante la “inserzione” dell’atto nella “*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*”, nel “*Bollettino Ufficiale della Regione*”, nei “*Fogli degli Annunzi Legali della Provincia*”, negli “*Albi Pretori*” dei Comuni, nei “*Siti Istituzionali*” e negli “*Albi on-line*” delle Amministrazioni Pubbliche.

La “*pubblicazione*” non può essere considerata, di norma, equipollente alla “*notificazione*”. Ne consegue che, relativamente agli “*atti recettizi*”, che debbono essere necessariamente comunicati ai loro destinatari e, quindi, individualmente, la “*pubblicazione*” non può sostituire la “*notificazione*”, fatte salve le ipotesi innanzi specificate e i casi espressamente previsti e disciplinati dalla Legge.

## 5. SUB-PROCEDIMENTI E PROCEDIMENTI COLLEGATI

Nell’ambito del procedimento amministrativo assumono particolare rilievo gli istituti del “*sub-procedimento*” e del “*collegamento procedimentale*”. La figura del “*sub-procedimento*” ricorre quando, ai fini della adozione di un determinato atto “*endoprocedimentale*”, la Legge richiede una sequenza di atti tra loro collegati, con conseguente attivazione, nel procedimento “*principale*”, di un procedimento “*interno*”, strumentale alla sua emanazione.

Rientrano nella categoria dei “*sub-procedimenti*” le “*sequenze*” preordinate alla emanazione di una “*proposta*”, di un “*parere*”, di una “*deliberazione*” o di un “*atto di controllo*”. Gli atti del “*sub-procedimento*” non sono atti del procedimento principale, ma hanno, comunque, rilevanza giuridica, in quanto i loro vizi inficiano non solo la validità dell’atto “*endoprocedimentale*”, ma, per il principio della “*invalidità derivata*”, anche quella del provvedimento finale. Tuttavia, se «... la non impugnabilità autonoma dell’atto “endoprocedimentale” (pur essendo conclusivo di un “sub-procedimento”), dovuta al suo ruolo strumentale e servente rispetto al provvedimento finale, oltre che alla sua inidoneità a ledere la sfera giuridica di terzi, assurge a regola procedimentale generale, ne costituiscono eccezione quegli atti che, se negativi, comportano un arresto del procedimento, come avviene, ad esempio, nel caso del parere vincolante negativo»<sup>110</sup>.

110 Vedi, al riguardo, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 746.

Secondo alcuni autori della dottrina, nel caso esaminato, il “Responsabile del Procedimento” può «... limitarsi a prendere atto del parere e a darne comunicazione agli interessati, senza disporre altri atti istruttori o portare il procedimento a conclusione», in quanto «... la norma, talvolta, può attribuire ad un atto, in applicazione del fenomeno della “**pluriqualificazione degli atti e delle fattispecie giuridiche**”, la valenza sia di atto “endoprocedimentale” che di atto con “effetti esterni”, e, conseguentemente, la capacità di ledere “*ex se*” situazioni giuridiche»<sup>111</sup>.

Secondo altri autori della dottrina, invece, è «... più corretto ritenere che l’atto (come, nella esemplificazione prospettata, il parere vincolante negativo) conservi la sua natura “endoprocedimentale” e la comunicazione che ne faccia il responsabile del procedimento si risolva, in definitiva, in una esternazione provvedimento esplicita di adesione ad esso», per cui «... si è in presenza, in ogni caso, di una conclusione espressa, sia pure in forma implicita, dell’iter procedimentale»<sup>112</sup>.

Diverso dall’istituto del “*sub-procedimento*” è quello dei “**procedimenti collegati**”. Mentre il “*sub-procedimento*” si configura come una “fase” del procedimento principale, il “**collegamento procedimentale**” consiste in un “nesso giuridicamente rilevante” tra due procedimenti, ciascuno dei quali ha una forma compiuta.

La figura del “**collegamento tra procedimenti**” ricorre, pertanto, quando le norme prevedono o una connessione tra funzioni e competenze amministrative “*interferenti*”, poiché attengono alla stessa materia o a materie omogenee, anche se ripartite tra più organi, o una connessione tra funzioni e competenze amministrative che, sebbene attengono a diverse materie che fanno capo a differenti “*pleSSI amministrativi*”, sono tra loro coordinate per la realizzazione di risultati di comune interesse.

In sintesi, nel “**collegamento procedimentale**”, un «... procedimento deputato a tradurre in atto una certa funzione risulta in vario modo condizionato o coordinato allo svolgimento di un altro procedimento e, in particolare, al suo iter e al relativo esito provvedimento»<sup>113</sup>.

Quello del “*collegamento tra procedimenti*” è argomento ampio e complesso, poiché implica, allo stesso tempo, una connessione tra funzioni pubbliche, un rapporto tra organi o enti pubblici e un nesso tra provvedimenti amministrativi. Peraltro, è proprio il “**collegamento tra provvedimenti**” che si identifica, sostanzialmente, con il “**collegamento tra procedimenti**”, costituendo gli “*uni il normale sbocco degli altri*”.

111 Vedi, al riguardo, Elio CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 368.

112 Vedi, al riguardo, GALLI e GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 746.

113 *Ibidem*, p. 747.

Le “*connessioni*” tra “*provvedimenti*” o tra “*procedimenti*” possono essere “*funzionali*”, qualora tra essi esista un nesso di dipendenza, ovvero “*teleologiche*”, qualora il collegamento tra essi sia preordinato alla realizzazione di risultati di comune interesse.

Nella ipotesi di “*connessione funzionale*” i procedimenti e i relativi provvedimenti sono ordinati in “*termini sequenziali*”, mentre nella ipotesi di “*connessione teleologica*” i procedimenti e i relativi provvedimenti sono disposti in “*parallelo*”. Nella “*connessione funzionale*” la “*sequenza*” tra procedimenti dipende, di norma, dalla esistenza di un rapporto di “*presupposizione*”.

Il rapporto di “*presupposizione*” esiste «... quando un provvedimento è deputato a definire aspetti o qualità di soggetti o di oggetti o a identificare e qualificare circostanze che fungono da necessaria premessa per il legittimo esercizio di poteri funzionali che ne costituiscono il conseguenziale svolgimento (si pensi al provvedimento che dichiara la pubblica utilità di un bene destinato alla espropriazione rispetto al provvedimento espropriativi)»<sup>114</sup>.

La “*connessione di presupposizione*” può essere definita a diversi livelli. Se il “*provvedimento presupposto*” è condizione necessaria del concreto esercizio del potere funzionale conseguente, la sua “*mancaza*” o la sua “*caducazione retroattiva*” comportano la “*inesistenza-nullità*” del “*provvedimento presupponente*” o la sua “*illegittimità-annullabilità*”, a seconda che il “*presupposto*” sia unico o essenziale ovvero influisca solo sulla legittimità del potere esercitato.

Se, invece, il “*provvedimento presupposto*” si qualifica come atto che condiziona non solo l’esercizio del potere funzionale successivo, ma anche parte del suo contenuto, ovvero il “*provvedimento presupponente*” deve uniformarsi alle prescrizioni contenute nel “*provvedimento presupposto*”, la mancata adozione o la illegittimità di quest’ultimo impediscono la emanazione del “*provvedimento presupponente*” o incidono negativamente sulla sua validità.

Dai nessi di condizionamento tra procedimenti può derivare, in alcuni casi, una vera e propria “*pregiudizialità negativa*”, quando la omessa attivazione o l’esito negativo dell’uno è ostativo o rende inutile l’attivazione dell’altro (ad esempio, il procedimento di autorizzazione allo svolgimento di una attività bancaria o assicurativa può essere attivato solo successivamente alla conclusione con esito positivo del procedimento di iscrizione della impresa nel registro delle società per azioni).

In altri casi, invece, sono lo svolgimento e la conclusione di un procedimento che condizionano l’esito positivo di un altro (ad esempio, il provvedimento di

114 *Ibidem*, p. 748.

convalida di un atto “*presupposto*” rende “*ultroneo*” lo svolgimento del procedimento di annullamento di ufficio dell’atto “*presupponente*” attivato per lo stesso motivo).

I procedimenti collegati “*in parallelo*” sono, invece, caratterizzati da “*vincoli di coordinamento*” finalizzati al perseguimento di obiettivi di comune interesse.

In questo caso, nessuno dei procedimenti è condizionato dall’espletamento o dall’esito positivo o negativo degli altri e ognuno di essi conserva, pertanto, la propria autonomia. Il coordinamento tra i diversi procedimenti è, quindi, giustificato da esigenze di razionalità logica e temporale ed è finalizzato alla attuazione di un risultato unitario.

I procedimenti collegati “*in parallelo*” sono coordinati tra di loro secondo la logica della “*consecuzione*”, diversa da quella della “*fattispecie a formazione progressiva*”, poiché ogni provvedimento, che costituisce l’esito del rispettivo procedimento, contribuisce alla realizzazione di un risultato comune, in modo autonomo ma “*concorrenzialmente*” unitario, che viene, comunque, raggiunto solo quando l’ultimo dei provvedimenti sia stato positivamente adottato (ad esempio, rientrano nella categoria dei procedimenti collegati “*in parallelo*” quelli finalizzati al rilascio del nullaosta regionale e della autorizzazione all’esercizio di attività commerciali).

Individuare, in concreto, le differenze che esistono tra l’istituto del “*sub-procedimento*” è quello dei “*procedimenti collegati*” non è agevole. Peraltro, la giurisprudenza amministrativa tende a ritenere prevalente la configurazione dei “*procedimenti collegati*” rispetto a quella dei “*sub-procedimenti*”, soprattutto nei casi in cui il “*provvedimento presupposto*” sia immediatamente lesivo della posizione giuridica dei destinatari.

## 6. INCIDENZA DELLO “JUS SUPERVIENENS” NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

È possibile che, nel corso del procedimento amministrativo, sopravvengano nuove norme che modificano la disciplina preesistente. In mancanza di norme “*transitorie*” o “*intertemporali*”, vige il principio “*tempus regit actum*”, secondo il quale le nuove disposizioni, fatta salva una espressa previsione contraria, si applicano esclusivamente ai procedimenti amministrativi ancora in corso, e non a quelli già conclusi, fermi restando, comunque, gli atti “*endoprocedimentali*” già adottati.

È, quindi, possibile affermare che ogni atto della “*sequenza procedimentale*” è regolato dalla disciplina vigente al momento della sua adozione, per cui le nuove disposizioni normative verranno applicate soltanto agli atti ancora da adottare.

Pertanto, secondo questo principio, che trova il suo fondamento giuridico nell’articolo 11 delle “*Disposizioni Preliminari*” al Codice Civile, gli atti e provvedimenti amministrativi sono disciplinati dalle norme vigenti al momento della loro emanazione.

La stessa giurisprudenza amministrativa<sup>115</sup> ha affermato che:

- la «... corretta applicazione del principio “**tempus regit actum**” comporta che l’amministrazione deve tenere conto anche delle modifiche normative che sono intervenute durante l’iter procedimentale, non potendo, al contrario, considerare l’assetto cristallizzato, una volta per tutte, alla data dell’atto che vi ha dato avvio»;
- conseguentemente, la «... legittimità del provvedimento adottato al termine di un procedimento ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alle norme vigenti al momento in cui è stato adottato il provvedimento finale e non a quello della presentazione della istanza».

La giurisprudenza amministrativa<sup>116</sup> ha, altresì, chiarito che:

- il «... principio “**tempus regit actum**” esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l’atto inerisce sia «irretrattabilmente” definito e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento»;
- peraltro, tale «... circostanza non si verifica qualora siano stati esperiti gli idonei rimedi giudiziari diretti a contestare l’assetto prodotto dall’atto impugnato».

Il principio “*tempus regit actum*” si applica non solo al provvedimento che conclude la “*sequenza procedimentale*”, ma anche agli atti che definiscono le singole fasi del procedimento, sia nel caso in cui essi producano effetti esterni sia nel caso in cui essi costituiscano i necessari presupposti di ulteriori provvedimenti.

Pertanto, in forza del predetto principio, ad ogni atto della “*sequenza procedimentale*”, in mancanza di norme che dispongano diversamente, si applica la disciplina (regole sulla competenza, sul procedimento, sui controlli, etc.) vigente al tempo della sua adozione.

<sup>115</sup> Vedi, al riguardo, le Sentenze del 10 gennaio 2012, n. 34, e del 23 giugno 2014, n. 3149, emesse, entrambe, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>116</sup> Vedi, al riguardo, le Sentenze del 10 maggio 2011, numeri 7 e 8, emesse dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

È necessario, peraltro, esaminare e valutare le diverse implicazioni applicative del principio innanzi richiamato. A tal fine, è opportuno precisare che le predette implicazioni variano a seconda della fase procedimentale in corso al momento della entrata in vigore delle nuove disposizioni normative.

Nel caso in cui le nuove disposizioni intervengano quando è in corso la “*fase preparatoria*” del procedimento, nella quale vengono adottati gli atti presupposti del provvedimento conclusivo, è necessario distinguere due diverse ipotesi, a seconda che le nuove norme modifichino la disciplina dei “*caratteri strutturali*” e dei “*requisiti*” di atti preparatori già adottati ovvero incidano sulla loro stessa necessità. Nel primo caso, l’atto conserva, anche con le nuove disposizioni normative, la sua “*validità*” e la sua “*efficacia*”.

Diverso, invece, è il caso in cui le nuove norme incidono sulla necessità o meno degli atti preparatori, in quanto, considerata la loro specifica funzione, è indispensabile procedere alla verifica della necessità degli stessi con particolare riguardo al momento del perfezionamento del provvedimento finale.

Infatti, è proprio nel momento in cui il provvedimento finale viene adottato che devono esistere tutte le condizioni previste dall’ordinamento perché il provvedimento stesso possa essere considerato legittimo. La conclusione è identica, sia nel caso in cui le nuove disposizioni normative richiedano atti preparatori prima non ritenuti necessari sia nel caso in cui le nuove disposizioni prevedano atti preparatori diversi da quelli prima richiesti.

Analoga considerazione vale anche nel caso in cui le nuove disposizioni escludano la necessità di un atto preparatorio prima richiesto. Qualora, infatti, l’atto preparatorio fosse viziato, l’eventuale vizio non inficerebbe la validità del provvedimento finale poiché quest’ultimo è stato adottato nella vigenza di norme che non richiedono più quell’atto.

È possibile, altresì, che le nuove disposizioni normative intervengano quando è in corso la “*fase costitutiva*” del procedimento, disciplinando diversamente atti della “*sequenza procedimentale*” già perfezionati. Al riguardo, occorre precisare che il provvedimento può essere considerato perfetto solo nel momento in cui si conclude la “*fase costitutiva*”, è cioè nel momento in cui vengono acquisiti tutti gli “*elementi costitutivi*” del provvedimento.

È, dunque, necessario fare riferimento a questo preciso momento per individuare gli elementi necessari per l’adozione dell’atto conclusivo del procedimento. Ne consegue che se le nuove disposizioni modificano gli elementi necessari per l’adozione di un provvedimento non ancora perfezionato, lo stesso deve essere adottato nel rispetto delle disposizioni sopravvenute.

È possibile, infine, che le nuove disposizioni normative intervengano quando è in corso la “*fase integrativa della efficacia*”. Il primo caso riguarda le nuove disposizioni che, in questa fase, modificano gli “*elementi costitutivi*” del provvedimento. Nella ipotesi considerata le disposizioni sopravvenute non producono alcun effetto, poiché la “*fase costitutiva*” si è già conclusa. Peraltro, anche le nuove disposizioni che intervengono nella “*fase integrativa della efficacia*” e che modificano la disciplina degli atti propri di questa fase, eliminando un “*requisito di efficacia*” prima ritenuto necessario, non incidono sugli effetti del provvedimento conclusivo. Se, invece, le nuove disposizioni che intervengono nella “*fase integrativa della efficacia*” richiedono un “*requisito di efficacia*” prima non ritenuto necessario, lo stesso diventa indispensabile ai fini della produzione degli effetti del provvedimento finale.

Assumono, infine, rilievo ai fini della applicazione del principio “*tempus regit actum*”, le disposizioni contenute nell’articolo 9 della Legge 11 novembre 2011, n. 180, che ha modificato l’articolo 10-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale prevede che «... *non possono essere adottati tra i motivi che ostano all’accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili alla amministrazione*». Pertanto, la «... amministrazione non può opporre all’interessato la carenza di un requisito introdotto da una Legge entrata in vigore nelle more della conclusione del procedimento amministrativo ma successivamente alla data in cui lo stesso avrebbe dovuto “*ope legis*” essere concluso»<sup>117</sup>.

## 7. IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

La Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, ha introdotto, in modo generalizzato, la figura del “*Responsabile del Procedimento*”, prevista, fino a quel momento, solo da alcune norme di settore. La introduzione della figura del “*Responsabile del Procedimento*” risponde a precise esigenze.

La prima è quella di “*personalizzare*” e di “*responsabilizzare*” l’attività amministrativa. La mancanza di un soggetto preposto alla gestione del procedimento amministrativo ha determinato, in passato, una forma di “*irresponsabilità*” delle pubbliche amministrazioni. I soggetti interessati, di fatto, non avevano la possibilità di individuare, all’interno dei procedimenti, i soggetti ai quali imputare eventua-

<sup>117</sup> Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 703.

li ritardi o inadempimenti. Peraltro, la figura del “*Responsabile del Procedimento*” si inserisce, in modo coerente, nel processo di trasformazione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, ormai tendenzialmente “*paritario*”.

Con questa peculiare figura, il legislatore, in effetti, ha garantito al privato la presenza, all’interno del procedimento amministrativo, di un unico “*interlocutore*”. Non a caso, in precedenza, la “*frammentazione*” e il “*rallentamento*” della azione amministrativa erano prevalentemente imputabili proprio alla assenza di un unico soggetto preposto alla cura di tutte le diverse fasi del procedimento.

In tal senso, la figura del “*Responsabile del Procedimento*” contribuisce, in modo determinante, ad attuare i principi di “*trasparenza*” e di “*efficienza*” della azione amministrativa.

Sul piano esterno, il “*Responsabile del Procedimento*” costituisce, infatti, l’unico “*interfaccia*” con il quale il cittadino può “*relazionarsi*” e “*confrontarsi*” per qualsiasi aspetto che riguarda il procedimento amministrativo.

Sul piano interno, il “*Responsabile del Procedimento*” svolge, invece, una azione propulsiva e di stimolo della azione amministrativa, assicurando un adeguato coordinamento tra le varie fasi del procedimento ed evitando fenomeni di “*inerzia*” e di “*dispersione*”. In tema di “*Responsabile del Procedimento*”, le disposizioni contenute negli articoli 4 e 5 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, prevedono e disciplinano due passaggi diversi, entrambi necessari e tra loro consecutivi.

In via preliminare, le «... pubbliche amministrazioni, per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza, sono tenute ad individuare, ove non sia già direttamente stabilito per Legge o per regolamento, la “unità organizzativa” responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell’adozione del provvedimento finale». Successivamente, il «... dirigente di ciascuna unità organizzativa assegna a sé o ad altro addetto alla “unità organizzativa” la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, della adozione del provvedimento finale».

La applicazione delle disposizioni normative innanzi richiamate ha richiesto, innanzitutto, una radicale modifica dell’assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni. In particolare, il legislatore ha obbligato ogni amministrazione pubblica a:

- individuare le “*unità organizzative*” responsabili dei procedimenti amministrativi;
- assegnare ad ogni “*unità organizzativa*” le necessarie risorse strumentali, materiali ed umane;
- individuare i soggetti preposti alla “*guida*” delle singole “*unità organizzative*”;

- adeguare le norme interne allo scopo di coordinare funzioni e compiti delle “*unità organizzative*” con le regole proprie dei procedimenti amministrativi.

Diversa, peraltro, è la natura giuridica degli atti con i quali la pubblica amministrazione individua le “*unità organizzative*” responsabili dei procedimenti amministrativi dalla natura giuridica degli atti con i quali la stessa pubblica amministrazione nomina i “*Responsabili dei Procedimenti*”.

Gli atti con i quali la pubblica amministrazione individua le “*unità organizzative*” responsabili dei procedimenti amministrativi:

- riguardano il suo assetto organizzativo e, in quanto «... suscettibili di incidere, fra l'altro, sulle competenze degli organi e sui rapporti con i terzi, hanno natura normativa e debbono essere adottati in forma di regolamento»<sup>118</sup>;
- rientrano nella categoria degli “atti generali” e non richiedono, pertanto, una specifica motivazione.

Ne consegue che la scelta delle “*unità organizzative*” responsabili dei procedimenti amministrativi è caratterizzata dalla più ampia discrezionalità. È, peraltro, necessario chiarire se questo potere discrezionale comprenda anche la possibilità di individuare più “*unità organizzative*” responsabili dello stesso procedimento amministrativo nel caso in cui un unico procedimento sia articolato in distinte fasi interne. Con Circolare del 5 dicembre 1990 il Dipartimento della Funzione Pubblica aveva optato, nella fattispecie, per una soluzione favorevole.

Absolutamente contraria, invece, è la soluzione prevista dalle disposizioni contenute nell'articolo 2, comma 1, lettera d), del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che impone alle pubbliche amministrazioni, in sede di definizione «... delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici», di applicare criteri generali finalizzati a perseguire, tra gli altri, gli obiettivi «... di garanzia della imparzialità e della trasparenza della azione amministrativa, anche attraverso la istituzione di apposite strutture per la informazione ai cittadini e l'attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso».

Per quanto «... si tratti di un mero principio, adattabile in considerazione delle diverse peculiarità di ciascuna amministrazione e delle differenti tipologie di procedimento, la portata della norma è alquanto chiara, lasciando spazio solo all'ipo-

---

<sup>118</sup> Vedi, al riguardo, la Deliberazione della Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 21 novembre 1991, n. 141.

tesi, peraltro espressamente prevista dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15, di una distinta competenza per l'adozione dell'atto finale»<sup>119</sup>.

Assolutamente diverso è il caso in cui lo stesso procedimento amministrativo coinvolga una pluralità di amministrazioni diverse. In mancanza di specifiche disposizioni, ogni amministrazione dovrebbe individuare, al proprio interno, la “*unità organizzativa*” preposta alla gestione della fase “*sub-procedimentale*” di propria competenza. Questa soluzione non sembra, peraltro, essere coerente con la “*ratio*” della norma.

Un possibile rimedio, ampiamente condivisibile, è quello, invece, previsto dalle disposizioni contenute nell'articolo 15 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, che consentono alle pubbliche amministrazioni di perfezionare appositi accordi per definire le modalità di gestione di procedimenti di comune interesse.

In alternativa, è possibile ricorrere all'istituto della “*conferenza di servizi*”, sia “*istruttoria*” che “*decisoria*”. La “*conferenza di servizi*” consentirebbe, infatti, di individuare un modulo procedimentale unitario o, quanto meno, la “*amministrazione procedente*”, che rappresenta il “*riferimento unico*” della intera “*sequenza procedimentale*” e che assume, pertanto, le funzioni di “*responsabile*” complessivo della azione amministrativa.

Dopo la costituzione delle “*unità organizzative*”, i “*dirigenti*” ad esse preposti assegnano «... a sé o ad altro dipendente la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, della adozione del provvedimento finale». È quindi, necessario, procedere, nella fase successiva alla formale costituzione delle “*unità organizzative*” responsabili dei procedimenti amministrativi, alla individuazione delle “*persone fisiche*” preposte alla “*guida*” di ciascuna di esse.

In questa fase, assumono particolare rilievo la figura del “*dirigente*” e le sue scelte organizzative. La formulazione testuale della previsione normativa indurrebbe a ritenere che le “*unità organizzative*” debbano avere un “*livello*” almeno dirigenziale e che, quindi, anche la qualificazione professionale dei soggetti titolari delle stesse dovrebbe essere del medesimo livello. Invece, secondo la opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'espressione “*dirigente*” deve essere intesa in senso “*funzionale*” e non può, quindi, essere correlata ad un particolare “*status professionale*” o ad una peculiare “*qualifica*” della struttura interna della amministrazione.

---

<sup>119</sup> Vedi, al riguardo, Marco LIPARI, *Il Responsabile del procedimento dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

D'altra parte l'adesione ad una interpretazione letterale della previsione normativa determinerebbe non pochi problemi applicativi, soprattutto in amministrazioni di modeste dimensioni (quali, a titolo esemplificativo, i cosiddetti "*comuni polvere*" o le "*small universities*"), nelle quali, spesso, le figure dirigenziali sono completamente assenti.

D'altra parte, le stesse funzioni dirigenziali, in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modifiche ed integrazioni, possono essere attribuite, in presenza di particolari requisiti, anche a soggetti privi della qualifica dirigenziale. È, quindi, certo che il "*Responsabile del Procedimento*" non deve essere necessariamente un "*dirigente*".

Pertanto, le stesse disposizioni contenute nell'articolo 5, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, prevedono espressamente la possibilità di attribuire i compiti propri del "*Responsabile del Procedimento*" ad un "*funzionario preposto alla unità organizzativa*", ritenendo, pertanto, ammissibile la eventualità che gli stessi vengano assegnati a dipendenti che non sono in possesso della qualifica dirigenziale.

Questa conclusione trova un ulteriore fondamento giuridico nelle disposizioni contenute nell'articolo 16, comma 1, lettera e), del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modifiche ed integrazioni, le quali prevedono che «... *i dirigenti di uffici dirigenziali generali dirigono, coordinano e controllano le attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi anche con potere sostitutivo in caso di inerzia*».

Nel momento in cui le disposizioni normative innanzi richiamate operano una netta distinzione tra la posizione del "*dirigente*" e quella del "*Responsabile del Procedimento*", è assolutamente legittimo ritenere che il "*secondo*" non debba necessariamente possedere la qualifica del "*primo*".

Una volta individuato il "*Responsabile del Procedimento*" è necessario specificare anche i compiti che gli vengono attribuiti. L'atto di attribuzione dei compiti al "*Responsabile del Procedimento*" è finalizzato, essenzialmente, alla concreta assegnazione ad un soggetto in possesso di adeguate competenze delle specifiche funzioni relative a singoli procedimenti e rientra, pertanto, nella categoria degli "*atti discrezionali*" di natura "*non regolamentare*".

L'atto può essere successivamente "*revocato*" o "*modificato*". Comunque, in caso di mancata designazione del suo "*Responsabile*", il procedimento amministrativo non rimane privo della "*leading authority*". In questo caso, infatti, la "*funzione*" di "*Responsabile del Procedimento*" rimane in capo al "*titolare*" della "*unità organizzativa*". Pertanto, la mancata nomina del "*Responsabile del Procedimento*":

- non inficia la validità del provvedimento finale;
- determina l'applicazione di un meccanismo sostitutivo.

Relativamente al primo aspetto, la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che «... la mancata indicazione della figura del “Responsabile del Procedimento”, ai sensi degli articoli 4 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, costituisce una mera irregolarità non viziante, che non menoma in alcun modo la validità dell'atto»<sup>120</sup>.

Relativamente, invece, al secondo aspetto, la stessa giurisprudenza amministrativa ha più volte sostenuto che la «... omissione della indicazione del nominativo del “Responsabile del Procedimento” comporta l'acquisizione di tale funzione da parte del “dirigente” della competente “unità organizzativa” e, per l'effetto, non incide sulla corretta gestione della procedura e sulla trasparenza della azione amministrativa»<sup>121</sup>.

Con l'atto di nomina il “Responsabile del Procedimento” viene legittimato ad assumere determinazioni idonee ad impegnare l'amministrazione. In particolare, al “Responsabile del Procedimento” è attribuito il potere di “proposta” della “decisione finale”, che, ovviamente, è diversa dal “provvedimento”, inteso come “atto conclusivo” del procedimento, il quale deve essere adottato, di norma, dal “dirigente” responsabile della “unità organizzativa”.

Peraltro, ai sensi dell'articolo 4 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, l'organo «... competente ad adottare il provvedimento finale, ove diverso dal “Responsabile del Procedimento”, non può discostarsi dalle risultanze della istruttoria, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale».

Il potere di “proposta” della “decisione finale”, che la norma espressamente attribuisce al “Responsabile del Procedimento”, non implica una vera e propria “delega di funzioni”. In effetti, la «... attribuzione del potere di proposta sembra caratterizzarsi per la puntualizzazione di un nuovo compito, creato dalla norma e attribuito “a titolo originario” al “Responsabile del Procedimento”, non riconducibile, quindi, a una competenza dirigenziale delegata»<sup>122</sup>.

In merito al contenuto dell'atto di nomina del “Responsabile del Procedimento” è necessaria una ultima considerazione. Il “dirigente” della “unità organizzati-

---

120 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 13 maggio 2014, n. 2624, emessa dalla Terza Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Campania, Sede di Napoli.

121 Vedi, al riguardo, la Sentenza del 5 dicembre 2002, n. 6654, emessa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato e, più recentemente, la Sentenza del 9 gennaio 2014, n. 101, emessa dalla Sesta Sezione del Tribunale Amministrativo della Regione Campania, Sede di Napoli.

122 Vedi, al riguardo, LIPARI, *Il Responsabile del procedimento ...* op. cit.

va” può affidare ad altro dipendente la responsabilità della sola fase istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento ovvero anche la ulteriore responsabilità della adozione del provvedimento finale.

Il legislatore introduce, in questo modo, due diversi modelli organizzativi:

- il modello “*monistico*”;
- il modello “*dualistico*”.

Nel modello “*monistico*”, il “*Responsabile del Procedimento*” cura la gestione sia della “*fase istruttoria*” che della “*fase decisoria*” del procedimento. Il modello “*dualistico*” è, invece, caratterizzato da una forma di “*dissociazione soggettiva*” tra il “*Responsabile della Istruttoria Procedimentale*” e il “*Soggetto*” al quale compete l’adozione del “*provvedimento finale*”. In generale, l’ordinamento demanda la scelta tra il modello “*monistico*” e il modello “*dualistico*” alle singole amministrazioni pubbliche, in relazione alle specificità delle varie tipologie di procedimenti.

Il legislatore ha, infine, previsto che la “*unità organizzativa*” competente e il nominativo del “*Responsabile del procedimento*” debbano essere comunicati ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, ai soggetti obbligati per legge ad intervenire nel procedimento, ai soggetti che dal provvedimento possono subire un pregiudizio e, su richiesta, a chiunque vi abbia interesse. Peraltro, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa «... l’obbligo di esternazione del nominativo del “Responsabile del Procedimento” non sussiste in talune ipotesi, quali quella delle procedure concorsuali o para concorsuali, con particolare riferimento alle attività di valutazione svolte dalla Commissione Esaminatrice dei candidati, o nella ipotesi di procedimento di controllo, trattandosi di procedimento speciale, nel quale concorrono manifestazioni di volontà e manifestazioni di giudizio»<sup>123</sup>.

I compiti del “*Responsabile del Procedimento*” sono specificati nell’articolo 6 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni<sup>124</sup>.

In primo luogo, il “*Responsabile del Procedimento*”, ai sensi dell’articolo 6, comma 1, lettera a), della Legge innanzi richiamata, deve «... valutare, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti ai fini della emanazione del provvedimento», ossia deve acquisire tutti gli elementi necessari alla formazione del contenuto della decisione finale ed alla sua emanazione.

<sup>123</sup> Vedi, al riguardo, la Sentenza dell’8 aprile 2002, n. 165, emessa dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige, Sede di Bolzano.

<sup>124</sup> Vedi, al riguardo, il “Paragrafo 4b”.

Le lettere b) e c) del comma 1 del citato articolo 6 individuano, invece, i compiti più propriamente “istruttori” del “Responsabile del Procedimento”, che, in particolare, accerta di «... ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali e propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi».

La lettera d) del comma 1 del medesimo articolo 6 definisce, a sua volta, gli adempimenti successivi alla adozione del provvedimento finale, demandando al “Responsabile del Procedimento” la «... cura delle comunicazioni, delle pubblicazioni e delle notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti».

Infine, la lettera e) del comma 1 del predetto articolo 6, prevede, in relazione alla conclusione del procedimento amministrativo, due diverse ipotesi, a seconda che il “Responsabile del Procedimento” abbia o meno la competenza ad emanare il provvedimento finale.

Nella prima ipotesi, il legislatore attribuisce al “Responsabile del Procedimento” il potere di «... adottare il provvedimento», mentre nella seconda ipotesi demanda al “Responsabile del Procedimento” il compito di «... trasmettere gli atti all'organo competente» ai fini della sua adozione. Peraltro, il “dirigente” competente ad adottare il provvedimento finale può, mediante la “**delega di firma**”, conferire al “Responsabile del Procedimento”, nella sua qualità di “delegato”, la “facoltà” di sottoscrivere il provvedimento.

Nel caso di “**delega di firma**” il provvedimento finale è imputabile esclusivamente al “dirigente delegante”. Peraltro, il “dirigente” può delegare al “Responsabile del Procedimento” anche le proprie “funzioni”.

La “**delega di funzioni**” è ammessa nei casi espressamente previsti e disciplinati dall'articolo 17, comma 1-bis, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come introdotto dall'articolo 2 della Legge 15 luglio 2002, n. 145. Le disposizioni normative innanzi richiamate consentono, infatti, ai “dirigenti” di «... delegare, per specifiche e comprovate ragioni di servizio, a dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati, alcune delle competenze comprese nelle seguenti funzioni:

- curare l'attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate;

- dirigere, coordinare e controllare le attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia;
- provvedere alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici, anche ai fini della definizione di misure idonee a prevenire e a contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti degli uffici ai quali sono preposti».

La “*delega di funzioni*” deve essere conferita con atto scritto e motivato e la sua durata deve essere necessariamente correlata alla permanenza delle ragioni di servizio che la giustificano. La durata massima della delega non può, peraltro, superare quella dell’incarico attribuito al dirigente che la conferisce. Pertanto, la “*delega di funzioni*” decade automaticamente in caso di sostituzione o di cessazione dall’incarico del “*dirigente delegante*”.

Secondo alcuni autori della dottrina, è «... da escludere che la “delega di funzioni” possa essere attribuita in relazione ad un unico affare, rischiando la stessa di prestarsi ad un uso distorto, quale strumento di interposizione fittizia di persona, non consentendo al delegato di svolgere una qualsivoglia attività di pianificazione e/o un effettivo esercizio delle attribuzioni»<sup>125</sup>.

Ovviamente, con la “*delega di funzioni*”, il provvedimento finale è imputabile esclusivamente al “*Responsabile del Procedimento*” e non più al “*dirigente delegante*” Le disposizioni contenute nell’articolo 6, comma 1, lettera e), secondo periodo, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotte dall’articolo 4 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15 (già richiamate all’inizio del presente paragrafo), prevedono che l’organo «... *competente ad adottare il provvedimento finale, ove diverso dal “Responsabile del Procedimento”, non può discostarsi dalle risultanze della istruttoria, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*».

L’organo competente ad adottare il provvedimento finale deve, pertanto, indicare esplicitamente le ragioni che lo inducono a discostarsi dalle predette risultanze. Il dissenso non motivato dell’organo competente ad adottare il provvedimento finale ne inficia la validità. D’altronde, per «... poter giungere ad una motivazione puntuale ed esaustiva, l’organo competente ad adottare il provvedimento finale deve poter rinvenire nelle risultanze della istruttoria il materiale decisionale su cui basare eventuali determinazioni divergenti»<sup>126</sup>.

125 Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1280.

126 Vedi, al riguardo, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 711.

Ne consegue che il “*Responsabile del Procedimento*” non può limitarsi a trasmettere informalmente il “*fascicolo*” o una “*bozza di provvedimento*” all’organo competente ad adottare il provvedimento finale ma deve necessariamente riportare le risultanze della istruttoria in una “*relazione scritta*”, in un “*documento di sintesi*” o in uno “*schema di atto*”, debitamente sottoscritto e trasmesso formalmente al predetto organo. In altre parole, il “*Responsabile del Procedimento*” non può limitarsi a descrivere, in modo generico, i fatti e gli interessi coinvolti nel procedimento, ma deve sottoporre all’esame dell’organo competente ad adottare il provvedimento finale una vera e propria “*proposta di decisione*”. Le risultanze della istruttoria devono, pertanto, essere formalizzate in un “*atto del procedimento*”, che svolge, nei confronti dell’organo competente ad adottare il provvedimento finale, una funzione “*preparatoria*” e di “*impulso*” e che costituisce un momento centrale della complessiva articolazione dell’esercizio della funzione amministrativa, ai fini del controllo dell’operato della pubblica amministrazione sia da parte del privato che, eventualmente, del giudice.

L’organo competente alla adozione del provvedimento finale è vincolato alle risultanze della istruttoria ed è, pertanto, obbligato ad esplicitare i motivi che lo inducono ad assumere una decisione diversa da quella proposta dal “*Responsabile del Procedimento*”. In questo caso, la “*motivazione*” rappresenta il momento della “*discontinuità*” tra la proposta del “*Responsabile del Procedimento*” e la decisione dell’organo competente ad adottare il provvedimento finale.

L’atto che contiene le risultanze della istruttoria è un atto “*endoprocedimentale*” e, come tale, non è immediatamente lesivo delle posizioni giuridiche dei destinatari del provvedimento finale, assumendo rilevanza esterna soltanto nei procedimenti ad istanza di parte, qualora gli stessi dovessero concludersi con un provvedimento negativo, ai fini della comunicazione del “*preavviso di rigetto*”.

L’ambito di applicazione del “*principio di gerarchia*” è stato, di fatto, notevolmente circoscritto dalle disposizioni normative che hanno introdotto la figura del “*Responsabile del Procedimento*” e che individuano e disciplinano i suoi compiti. Le predette disposizioni, infatti, distinguono nettamente compiti e funzioni del “*Responsabile del Procedimento*” da quelli dell’organo che ha il potere di adottare il provvedimento finale.

Il “*Responsabile del Procedimento*” cura, in concreto, la gestione e il coordinamento dell’iter procedimentale e ne risponde direttamente e personalmente. Il “*dirigente*”, invece, conserva esclusivamente la titolarità dei poteri di vigilanza, di coordinamento e di controllo sull’operato del “*Responsabile del Procedimento*”.

Le stesse disposizioni contenute nell'articolo 17, comma 1, lettera d), del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato ed integrato dall'articolo 39 del Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, prevedono espressamente che i “*dirigenti*” sono chiamati a «... *coordinare le attività dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia*».

Analogo potere è attribuito dall'articolo 16 del medesimo Decreto Legislativo ai “*dirigenti*” preposti agli “*uffici dirigenziali generali*”. Questa interpretazione delle disposizioni normative che disciplinano la materia, come innanzi richiamate, è confermata anche dall'obbligo dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale di motivare le ragioni che lo inducono a discostarsi dalle risultanze della istruttoria e, quindi, dalla “*proposta di decisione*” avanzata dal “*Responsabile del Procedimento*”.

Il legislatore riconosce, dunque, al “*Responsabile del Procedimento*” una propria, esclusiva competenza. Non è, quindi, il titolare del potere di emanazione del provvedimento finale a delegare i suoi compiti al “*Responsabile del Procedimento*”.

Pertanto, il “*Responsabile del Procedimento*” gode di un'ampia sfera di autonomia operativa e risponde dei propri comportamenti. Ne consegue che il “*dirigente*” può revocare la nomina del “*Responsabile del Procedimento*” ma non può invadere la sua sfera di autonomia. In definitiva, la diretta imputabilità della responsabilità del procedimento al “*funzionario*” designato dal “*dirigente*” comporta che, nella fase di gestione dell'iter procedimentale, il primo abbia una relativa indipendenza rispetto al secondo, con generale tendenza, quindi, all'affievolimento del correlato rapporto gerarchico.

Gli ordini del superiore gerarchico in materia di gestione delle attività procedurali degradano, inevitabilmente a “*meri consigli*” e, come tali, non sono vincolanti, per cui il “*Responsabile del Procedimento*”, ove non li condivide, può legittimamente disattenderli. La nomina del “*Responsabile del Procedimento*” ha carattere fiduciario e, pertanto, quest'ultimo non può delegare i propri compiti ad altro “*funzionario*”. La «... eventuale indicazione di specifici “referenti” per ciascuna fase del procedimento assume una rilevanza meramente organizzativo-conoscitiva, risultando tali soggetti di ausilio al responsabile del procedimento ai soli fini del coordinamento complessivo della azione amministrativa», per cui «... unico garante degli effetti esterni, nei confronti dei cittadini, e di quelli interni, nei confronti della amministrazione, resta il responsabile del procedimento designato dal dirigente dell'ufficio competente»<sup>127</sup>.

---

127 Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1282.

Dalla autonomia riconosciuta al “*Responsabile del Procedimento*” in sede di gestione dell’iter procedimentale, discende, come naturale “*corollario*”, la sua responsabilità civile, amministrativa e penale. Al riguardo, è necessario precisare che l’articolo 6 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, individua e definisce i compiti e i doveri del “*Responsabile del Procedimento*”, ma non specifica quali sanzioni conseguano alla loro violazione.

In assenza, pertanto, di una specifica disciplina, devono ritenersi applicabili le disposizioni generali in tema di responsabilità penale, civile, amministrativa, contabile e disciplinare dei pubblici dipendenti. Sul piano della “*responsabilità penale*”, assume particolare rilievo il reato di “*omissione di atti di ufficio*”, previsto e disciplinato dall’articolo 328, comma 2, del Codice Penale.

Secondo il prevalente orientamento sia della dottrina che della giurisprudenza, il comportamento del “*Responsabile del Procedimento*” integra il reato di “*omissione di atti di ufficio*” non solo nella ipotesi in cui ometta, senza alcuna motivazione, di adottare il provvedimento finale, ma anche nel caso in cui ometta, altrettanto ingiustificatamente, di emanare un atto “*endoprocedimentale*”.

Il “*Responsabile del Procedimento*” non risponde penalmente della omissione qualora indichi le ragioni del ritardo e queste siano legittime. Al riguardo, il Ministro per la Funzione Pubblica, con Circolare del 4 dicembre 1990, numero di protocollo 58245/7.464, ha specificato i “*legittimi motivi*” che possono giustificare il comportamento omissivo del “*Responsabile del Procedimento*”. In particolare, le “*valide ragioni*” del comportamento omissivo possono consistere «... nella particolare complessità della istruttoria, nella necessità di acquisire pareri o di eseguire accertamenti di fatti, nell’elevato numero di documenti da acquisire, nella carenza di organico, nella necessità di rispettare tempi tecnici non riducibili».

Con riferimento, invece, alla “*responsabilità civile*”, è, innanzitutto, necessario richiamare, ai fini della definizione del quadro normativo di riferimento, le disposizioni contenute nell’articolo 28 della Costituzione, le quali prevedono che «... *i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi civili, penali e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti*».

Secondo un orientamento ormai consolidato della dottrina «... sembra ragionevole estendere la portata applicativa della predetta norma costituzionale e del riferimento ai diritti in essa contenuto a qualsiasi situazione giuridicamente protetta vantata dal privato nei confronti della pubblica amministrazione e dalla cui lesione sia scaturito un danno»<sup>128</sup>.

128 Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 1283 e 1284 e, ancora, GAROFOLI e FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 714.

La norma costituzionale è stata, peraltro, recepita, a livello di legislazione ordinaria, dalle disposizioni contenute nell'articolo 22 del Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, con il quale è stato emanato il "*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*".

In particolare, le disposizioni innanzi richiamate prevedono, tra l'altro, che «... l'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto con dolo o colpa grave è personalmente obbligato a risarcirlo». Pertanto, sotto il "*profilo civile*", il "*Responsabile del Procedimento*" risponde del suo comportamento omissivo sia nei confronti del "*privato danneggiato*" che nei confronti della stessa "*amministrazione*", in via di "*rivalsa*", qualora quest'ultima sia stata già condannata dal giudice al risarcimento del danno.

Altra importante questione riguarda la individuazione del giudice al quale il "*privato danneggiato*" può direttamente chiedere la condanna al risarcimento del danno del pubblico dipendente che lo ha causato. Secondo l'orientamento di una parte della giurisprudenza, il "*terzo danneggiato*" può promuovere un'azione di responsabilità diretta nei confronti del funzionario che ha causato il danno solo dinanzi al giudice ordinario.

In tal senso, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che, con Sentenza del 2 marzo 2006, n. 4591, hanno sostenuto che «... *la domanda con cui il lavoratore dipendente di un ente pubblico ha chiesto la condanna di alcuni funzionari dell'ente stesso al risarcimento dei danni economici e morali, derivanti da loro comportamenti arbitrari o comunque illegittimi, appartiene al giudice ordinario, in quanto fondata sulla deduzione di un "fatto illecito extracontrattuale", non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, non essendo comunque ricollegabile il risarcimento richiesto al rapporto di pubblico impiego ed attenendo al merito l'effettiva riferibilità all'ente dei comportamenti dei predetti funzionari*».

Questo orientamento è stato fortemente criticato dalla dottrina. In particolare, alcuni autori hanno «... evidenziato che lo "scollamento", a livello giurisdizionale, tra la responsabilità dell'amministrazione e quella del suo dipendente creerebbe gravi conseguenze sul piano delle coerenza complessiva del sistema» poiché, in relazione allo stesso provvedimento, il «... soggetto leso potrebbe attivare un primo giudizio innanzi al giudice amministrativo con l'amministrazione "parte resistente", volto ad ottenere il suo annullamento e il risarcimento del danno, ed un secondo giudizio (parallelo e non comunicante con il primo) di fronte al giudice ordinario, proposto nei confronti del funzionario o del dipendente che ha causato

il danno, con l'evidente rischio che abbiano a prodursi, in questo modo, esiti processuali contraddittori»<sup>129</sup>.

Al fine di prevenire la duplicazione dei giudizi di risarcimento del danno causato dallo stesso provvedimento, è, pertanto, necessario che anche le azioni di responsabilità nei confronti del dipendente siano proposte dinanzi al giudice amministrativo. Questo orientamento trova peraltro il suo fondamento nelle stesse disposizioni contenute nell'articolo 22 del Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, come innanzi richiamate, secondo le quali «... l'azione risarcitoria nei confronti dell'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti cagioni ad altri un danno ingiusto, può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'amministrazione, qualora, in base alle norme e ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato».

È, pertanto, possibile promuovere congiuntamente le due azioni, ma a condizione che il danno sia causato da un provvedimento. È, quindi, necessario distinguere la ipotesi in cui il danno sia causato da un provvedimento dalla ipotesi in cui il danno sia causato da un comportamento materiale. L'azione risarcitoria nei confronti del pubblico dipendente che ha causato il danno può essere proposta:

- dinanzi al giudice amministrativo in tutti i casi in cui la responsabilità della amministrazione sia connessa alla emanazione di un provvedimento;
- dinanzi al giudice ordinario nei casi in cui, invece, la lesione derivi da meri comportamenti materiali.

L'articolo 2, comma 9, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, della Legge 4 aprile 2012, n. 35, prevede, a sua volta, che la «... mancata o tardiva emanazione del provvedimento finale entro i termini di scadenza fissati dalle disposizioni legislative o regolamentari vigenti in materia costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

Il “Responsabile del Procedimento” risponde, pertanto, del suo comportamento omissivo sia sotto il profilo “disciplinare”, in caso di violazione dei doveri previsti dall'articolo 6 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, sia sotto il profilo della “valutazione della performance individuale”, in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi che gli sono stati assegnati o di giudizio

---

<sup>129</sup> Vedi, al riguardo, Pasquale PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Primo Volume, Napoli, 2000, p. 190, e, ancora, Livia MERCATI *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, p. 131.

negativo sui “*comportamenti organizzativi*”, con conseguente riduzione, o nei casi più gravi, di perdita della “*indennità*” o della “*retribuzione*” di “*risultato*”.

Ove ne ricorrano condizioni e presupposti, è configurabile, nella predetta ipotesi, anche la “*responsabilità dirigenziale*”, ai sensi dell’articolo 21 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modifiche ed integrazioni. Qualora, poi, nel «... comportamento del pubblico dipendente siano ravvisabili l’elemento soggettivo del dolo o della colpa grave e il nesso di causalità, la conseguenza di una condanna dell’amministrazione non può che determinare la insorgenza anche di una “responsabilità amministrativa” del dipendente, che rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti, nel caso in cui la stessa amministrazione abbia subito una diminuzione patrimoniale derivante dal risarcimento effettuato a favore del “privato danneggiato” risultato vittorioso in giudizio (cosiddetto “danno erariale indiretto”)»<sup>130</sup>.

La “*responsabilità amministrativa*” per “*danno erariale*” del pubblico dipendente è, peraltro, esclusa nei casi in cui il danno sia imputabile, in tutto o in parte, ad una comprovata “*disorganizzazione*” della struttura amministrativa, anche se, in questo caso, il giudice contabile, prima di escludere la responsabilità del dipendente, dovrebbe comunque identificare i soggetti e/o i fattori che hanno determinato il generale “*malfunzionamento*” della amministrazione.

È, peraltro, necessario chiarire a chi debba essere imputata la responsabilità della eventuale illegittimità del provvedimento finale, nel caso in cui la decisione venga condivisa sia dal “*Responsabile del Procedimento*” che dall’organo competente ad emanare il provvedimento finale, ipotesi che si verifica allorquando il secondo recepisce la “*proposta di decisione*” del primo.

Nella fattispecie in esame, la eventuale illegittimità della decisione finale non è imputabile al “*Responsabile del Procedimento*”, atteso che il titolare dell’organo competente ad emanare il provvedimento finale, nell’esercizio dei suoi ampi poteri di direzione, di indirizzo, di coordinamento e di controllo, può adottare misure o utilizzare strumenti idonei a prevenire disfunzioni o inefficienze nello svolgimento della attività amministrativa, nonché, nell’ambito delle proprie competenze, modificare la “*proposta di decisione*”. Pertanto, se il titolare dell’organo competente ad emanare il provvedimento finale condivide l’operato del “*Responsabile del Procedimento*”, assume anche la piena responsabilità della decisione finale.

Assolutamente diverse sono, invece, le ipotesi di responsabilità previste dal legislatore nei casi di “*danno da ritardo*” e di “*indennizzo da ritardo*”. La prima ipotesi è disciplinata dall’articolo 2-bis, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come

130 Vedi, al riguardo, CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1284)

introdotto dall'articolo 7, comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, il quale dispone, tra l'altro, che le pubbliche amministrazioni sono tenute «... *al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*».

L'articolo 2-bis, comma 2, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dall'articolo 28, comma 9, del decreto-Legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98, stabilisce, invece, che, fatto salvo «... *quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di provvedere, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla Legge*» e, in tal caso, le «... *somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento*».

In entrambe le ipotesi, le conseguenze del “ritardo” sono imputabili esclusivamente al “*Responsabile del Procedimento*”, in considerazione dei poteri di direzione, di impulso e di coordinamento della istruttoria procedimentale che gli vengono espressamente attribuiti dalla legge.