

INTRODUZIONE

Il presente studio si propone di prendere in esame l'istituto del Preavviso di diniego in tutta la sua interezza. Il Preavviso di diniego di cui all'articolo 10 bis è uno dei fondamentali principi di cui alla legge 241 del 1990 del procedimento amministrativo.

L'analisi di detta tesi volge il suo inizio all'evoluzione del procedimento amministrativo, nonché alle sue radici e alle considerazioni di alcuni autori sullo stesso, per poi intercalarsi completamente nello studio dell'evoluzione del rapporto e dell'equilibrio tra cittadini e Pubblica Amministrazione, ovvero: la ponderazione degli interessi. Particolarmente interessante sarà la partecipazione, quale tema centrale del procedimento. Si analizzerà la posizione del cittadino dal 1965, considerato mero suddito, fino all'entrata in vigore del principio democratico e dell'articolo 7 della L. 241/1990. Non mancherà ovviamente l'analisi sulla conclusione del procedimento e l'obbligo dell'amministrazione di provvedervi. Fondamentale sarà il tema sulla motivazione del provvedimento, giuridicamente divenuto principio imprescindibile a seguito dell'articolo 111 della Costituzione, fino all'entrata in vigore dell'articolo 3 della L. 241/1990 che ha fatto assumere alla motivazione la sua più ampia funzione divenendo così un obbligo.

In seguito si affronterà il tema della legge 241 del 1990 e la sua struttura, comprensiva degli articoli più importanti sul procedimento amministrativo, per poi focalizzare l'attenzione sul cuore pulsante della partecipazione e della presente tesi: il preavviso di diniego. La scelta dell'analisi del preavviso di diniego risiede proprio nella sua rilevanza all'interno del procedimento amministrativo. Come si vedrà in seguito, l'articolo 10 bis permetterà al cittadino di poter interagire con l'amministrazione nel miglior modo possibile. Questo istituto sarà conferma di tutti quei principi più volte espressi dalla giurisprudenza nell'ambito dei rapporti tra P.A. e cittadino. La presente tesi si focalizzerà sull'analisi della forma, modalità e contenuto del 10 bis. Si parlerà di analogie, differenze e punti di contatto e scontro tra

il 10 bis ed altri istituti, anche attraverso l'analisi di sentenze, per poi analizzare quella che sarà la riforma del preavviso di diniego: il Decreto Semplificazioni, (uno dei più importanti interventi normativi che si collocherà all'interno del quadro della lotta all'emergenza Covid-19. Mirerà al raggiungimento di semplificazione della P.A. attraverso strumenti digitali favorendo così la velocizzazione dei processi e predisponendo la modalità telematica quale modalità ordinaria di lavoro delle Pubbliche Amministrazioni) il quale modificherà una parte importante dell'articolo 10 bis, ma non solo. Infatti detto decreto è intervenuto sulla L. 241 del 1990 innovando e modificando il procedimento amministrativo. Vedremo infatti come cambierà la presente legge nel corso del tempo. Con riferimento all'articolo 10 bis, inoltre, si confronteranno alcune delle importanti differenze tra il preavviso di diniego originario e il nuovo istituto assistendo ad una sua completa metamorfosi. In relazione al decreto, non mancheranno giudizi positivi e negativi. Ma sicuramente il Decreto Semplificazioni inciderà al meglio sul 10 bis in quanto da esso scaturirà un'istruttoria rapida e una semplificazione dei termini, tali da rendere il procedimento il miglior posto di incontro tra i cittadini e la Pubblica Amministrazione.

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E I SUOI PRINCIPI.

1. L'evoluzione del procedimento amministrativo anche alla luce della legge 241/90 e la ponderazione degli interessi.

Il procedimento amministrativo è uno strumento imprescindibile degli ordinamenti ogni qual volta si debba, attraverso l'insieme di attività susseguenti, raggiungere un effetto giuridico. Le sue radici originano nei paesi di common law inglese. Il principio su cui si basava il procedimento e affermato dalla giurisprudenza inglese del XVII secolo, concerneva il diritto dei privati ad essere ascoltati prima che l'amministrazione adottasse la decisione finale: il c.d. RIGHT TO BE HEARD. Nella concezione liberale inglese, l'amministrazione si comporta secondo giustizia pur nell'esercizio di un potere autoritativo.¹

Seguendo l'impostazione francese, invece, l'amministrazione agisce senza ascoltare preventivamente gli amministrati. Non si parlerebbe in questo caso né di procedimento amministrativo, né, di conseguenza, di partecipazione da parte degli interessati. Solo in seguito, si è parlato di ricorso giurisdizionale. Inizialmente tutti i Paesi erano diretti a seguire l'impostazione francese; solo a fine 800 iniziano a sorgere le prime leggi sul procedimento e sugli istituti partecipativi. In particolare si sostiene che proprio in Austria, sulla scia legge del 1925 sul procedimento, si forma la nozione di procedimento.² Sotto l'influsso dell'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, nel 1925 l'Austria venne a dotarsi di un compendio organico di quattro leggi sul procedimento (legge di introduzione, legge generale, legge amministrativa penale, legge sull'esecuzione amministrativa).³

¹D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2019, 11 ss.

²Così SAMMARCO L., *La tutela dei terzi nel procedimento e nel processo amministrativo*, in "iris-uniroma1", 2019-2020, pp. 32 ss.

³SORDI B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra*, Milano, 1987, 198 ss.

In Italia nonostante fosse mancante una legge generale sul procedimento, non scarseggiava di certo una disciplina. Solo nel XX secolo iniziarono a diffondersi le prime leggi sul procedimento in tutta Europa. Come afferma Filippo Griffi, il procedimento «potrebbe rappresentare una delle possibili chiavi di lettura dei mutamenti istituzionali succedutisi nel nostro Paese dall'inizio del 900 ad oggi». ⁴ Infatti «il procedimento amministrativo è stato frutto di una lunga storia e solo con Aldo Sandulli, nel 1940, diventa oggetto di una formidabile opera di sistemazione giuridica, che continuerà anche successivamente». ⁵ Sandulli da una definizione di procedimento raffigurandolo come l'insieme di agenti che portano alla realizzazione di un atto finale, ma anche come il solo agente che però non può realizzare da solo l'atto, ma insieme all'ordinamento. Ed ecco che con Sandulli si avvia la ripartizione del procedimento in fasi: «necessità di considerare il procedimento non come la struttura sostanziale di un fenomeno, ma come il modo del suo svolgimento». ⁶ Da questa massima Sandulli ha voluto far comprendere come la nozione di procedimento vada intesa in senso formale, come quell'insieme di eventi che si succedono in più fasi nel tempo. Il nodo principale di questo discorso risiede proprio nel principio secondo cui, avendo compreso che il procedimento deve essere inteso in tal modo, è importante che possa trovarsi alla base un'adeguata indagine che abbia ad oggetto tutte quelle attività che portino ad un risultato definitivo. Ovviamente però, non si può non sottolineare che l'Autore ha affermato che nel procedimento bisogna far riferimento anche a tutte quelle relazioni sostanziali che si intrecciano con vari fattori. Infatti questa potrebbe essere la proiezione, secondo un atteggiamento comunque più moderno, del procedimento come «contenitore del rapporto giuridico amministrativo (le

⁴PATRONI GRIFFI F., *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in "federalismi.it", 11 marzo 2015, pg.2 ss., cit.

⁵ Ibidem.

⁶ SANDULLI A.M., *Il Procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 31 ss., cit. Quella del procedimento non può essere intesa come una categoria di natura sostanziale. Essa rappresenta il procedere, o svolgersi di un fenomeno verso la sua conclusione. I fatti si susseguono semplicemente.

“relazioni sostanziali”) che intercorre tra amministrazioni o tra amministrazione e cittadino». ⁷

Sulla scia percorsa da Sandulli in relazione al procedimento, si intravedono anche altri Autori illustrissimi quali Benvenuti e Giannini. Al primo, molto brevemente, si deve il principio del diritto amministrativo come diritto basato sulla solidarietà e dignità, sulla parità delle parti e volto al superamento dell'amministrazione autoritaria. Al secondo invece potrebbe dedicarsi un'attenzione maggiore dal momento che all'inizio dei suoi studi il diritto amministrativo attraversava una fase di crisi dovuta al contesto fascista che impediva le innovazioni e le aperture del diritto e all'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando con la chiusura alla disciplina. Con Giannini si assiste quindi al superamento dell'unitarietà tra legge e cittadino e al principio secondo cui il procedimento garantisce sia il privato che l'amministrazione, attraverso la ponderazione di interessi. Ed è proprio su quest'ultimo concetto sarebbe opportuno soffermarsi più accuratamente. Il concetto di ponderazione degli interessi è collegato al concetto stesso di amministrazione e per tanto ha subito cambiamenti nel corso del tempo. Prima della l. 241 del 1990 il procedimento era collegato più a criteri formali e il problema della comparazione degli interessi non veniva posto minimamente. Si faceva più che altro riferimento alla concezione esecutiva e autoritativa di amministrazione che si dirigeva sul contrasto tra i diritti soggettivi del privato, perché posto in primo piano, e il potere amministrativo. Invece, con l'evoluzione della concezione, l'attenzione è stata posta sul concetto di interesse pubblico. Infatti il problema della ponderazione degli interessi, da non essere considerato affatto come tale e quindi ad avere un ruolo estremamente marginale, è diventato susseguentemente il problema cardine all'interno del procedimento. Vero che, in rappresentanza di quanto affermato da Sandulli sul procedimento, vediamo come vi sono altri Autori quali ad esempio Pastori che a loro volta definiscono il procedimento. Ad esempio Giannini

⁷ PATRONI GRIFFI F., *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in “federalismi.it”, 11 marzo 2015, pp. 5 di 16.

lo definisce come «uno strumento atto a disciplinare la compresenza degli interessi, in primo luogo pubblici e poi collettivi e privati».⁸ È interessante però notare come il principio della comparazione degli interessi non rientra in tutti i procedimenti amministrativi perché esistono altri come ad esempio quello francese, in cui non si parla affatto di ponderazione. La ponderazione, quindi, «comporta l'identificazione in concreto dell'interesse pubblico finale che è il risultato di un'operazione di composizione di vari interessi pubblici sempre allo scopo di identificare la finalità a cui deve rispondere un dato procedimento secondo il criterio della massima soddisfazione dell'interesse pubblico».⁹

Molto brevemente, il procedimento nel corso del tempo è passato attraverso vari gradi nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. Mentre inizialmente l'attività era incorporata nell'atto e infatti si parlava di atto-procedimento, in seguito e più recentemente si è parlato del rapporto potere-società. A seguito di un profilo strutturale, si è evidenziato uno funzionale per arrivare, infine, a quello partecipativo protagonista dell'evoluzione della concezione di procedimento comprensiva della partecipazione in funzione di contraddittorio e quella collaborativa di tutti gli interessati a vario titolo.¹⁰

⁸ *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 91 ss.

Un altro autore, Pastori, definisce il procedimento come un mezzo di rappresentanza delle posizioni e degli interessi sostanziali. Si v. PATORI G, *La burocrazia*, Padova, 1967. A seguito di queste definizioni si può evincere che la ponderazione, da essere considerata come problema completamente estraneo al procedimento, è finita per diventare il punto centrale della disciplina del procedimento. Si rinvia a e SALA G. e VILLATA R., *il procedimento amministrativo*, in "DIG. DISC. PUBBL.", VOL XI, Torino, 1996, p. 581 ed a PERICU G., *il procedimento amministrativo*, in "Diritto amministrativo" (a cura di L. MAZZAROLI ed altri), vol. II, Bologna, 1998, p. 1187 ss. Si noti come il problema della ponderazione degli interessi nel procedimento amministrativo sia ormai divenuto centrale a seguito della trasformazione della definizione dell'amministrazione, del suo ruolo e della diversa importanza affidata al procedimento. Così SCOCA F. G., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, pp. 1266 ss., cit.

⁹ *Ibidem*. Si pensi come l'apertura dell'Amministrazione alle varie forme di partecipazione abbia determinato il carattere comprensivo della stessa nei confronti dei cittadini, e soprattutto valuti e ponderi tutti gli interessi in gioco. Questo passaggio fondamentale ha determinato la possibilità per tutti gli interessati di partecipare allo stesso e verificare l'esattezza dell'operato della P.A.

¹⁰ FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla legge 241/90 e dalle leggi di riforma successive*, Cedam, 2011, pp. 24 di 626.

È interessante notare come il procedimento, anteriormente alla legge 241/90, era diviso in: procedimenti a istanza di parte e di ufficio e procedimenti contenziosi e non contenziosi. Inoltre la giurisprudenza aveva anche affermato che il principio del contraddittorio non fosse considerato come principio cardine dell'azione amministrativa nell'ordinamento. Sempre precedentemente alla legge 241/90, maggiormente la dottrina che la giurisprudenza, si era soffermata molto sulla divisione in fasi del procedimento, ognuna delle quali presentava specifiche funzioni. Infatti come possiamo notare ad esempio, Sandulli parlava di tre fasi: fase preparatoria, fase costitutiva e fase di integrazione dell'efficacia. All'interno poi di queste fasi si individuavano altri momenti caratterizzati da una loro autonomia.

Al contrario di quanto appena illustrato, con l'entrata in vigore della legge 241/90, il procedimento assume una valenza innovativa. La legge pone in essere un «insieme di principi configurabile come un complesso normativo di base da osservare nello svolgimento dell'attività procedimentale. In questo modo ogni ente, organo, ufficio è vincolato all'osservanza di tale complesso di principi, il quale costituisce una sorta di soglia minima al di sotto della quale non è consentito scendere». ¹¹ «Diviene la sede per l'acquisizione degli elementi di fatto e degli interessi rilevanti e perciò per una progressiva riduzione della complessità fenomenica sino all'adozione della decisione che deve necessariamente esser conforme –questo è ovvio –al perseguimento dell'interesse pubblico primario come astrattamente configurato dalla norma attributiva, ma che deve altresì realizzare un assetto di interessi che sia (e, attraverso la motivazione, appaia) coerente rispetto alle risultanze dell'istruttoria. Il mutato assetto dell'organizzazione amministrativa spiega così i propri effetti sulla decisione, che appare, sia sul piano logico che su quello giuridico, separata dal provvedimento, mentre l'azione amministrativa si arricchisce di nuove forme (accordi,

¹¹ FRANCO I., ivi.

s.c.i.a., silenzio significativo) attraverso le quali è possibile pervenire alla cura dell'interesse pubblico». ¹²

Questo passaggio è importante per comprendere come la legge 241/90 in realtà, attraverso la prevedibilità di principi fondamentali, intenda garantire la partecipazione, il diritto di accesso, la democraticità e trasparenza dei poteri pubblici, ponendo l'attenzione sull'attività interna ed esterna e sull'organizzazione. Infatti la legge è intervenuta sul profilo garantistico del procedimento (esterno), sul profilo organizzativo (interno) ed infine ha integrato la Costituzione con l'introduzione di principi essenziali. Uno dei principi essenziali caratterizzanti il procedimento amministrativo è l'articolo 97 ¹³.

2. L'evoluzione del rapporto tra P.A. e cittadino

«Chi guardi il generale processo di riforme, che hanno interessato l'amministrazione pubblica quanto meno a partire dagli anni '90, noterà l'emersione progressiva nel mondo del diritto di quello che potremmo definire un valore dell'ordinamento che a poco a poco acquisterà contorni sempre più netti e pervasivi della tradizionale sfera di "riservatezza" delle pubbliche amministrazioni, nell'ottica di un dialogo tra amministrazione e amministrato che favorisca la trasformazione del suddito in cittadino». ¹⁴

Sono avvenuti importanti cambiamenti all'interno del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione soprattutto a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico, dell'amministrazione e del profilo strutturale e organizzativo della stessa. Il cittadino ora deve essere considerato come partner della pubblica amministrazione e in quanto tale si parlerà infatti, di un'amministrazione condivisa, di una collaborazione fra pubblico e privato. Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana nel 1948, il rapporto tra

¹² OTRANDO P., *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in "federalismi.it", n 2/2018, pp. 3.

¹³ L'articolo 97 della Costituzione si basa su tre principi cardini caratterizzanti l'amministrazione: il buon andamento, l'imparzialità e l'efficienza. "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*".

¹⁴ ULLMAN W., *Individuo e società nel Medioevo*, Editori Laterza, Roma-Bari 1974, pp.139

cittadino e amministrazione è mutato. Si parla infatti di un nuovo rapporto caratterizzato da diritti e doveri, principi di libertà e collaborazione, diritti in capo al cittadino e doveri da parte delle amministrazioni tesi a soddisfare gli interessi della collettività.¹⁵

L'evoluzione tra P.A. e cittadino è mutata anche a seguito di servizi di digitalizzazione che hanno garantito la creazione di canali di comunicazione più accessibili da parte dei cittadini¹⁶. Il tutto ovviamente, è retto dall'applicazione insormontabile e imprescindibile del principio di trasparenza, «presupposto indefettibile di una buona amministrazione».¹⁷ Il cittadino ha inoltre assunto anche la funzione di soggetto passivo della P.A. quale destinatario del provvedimento amministrativo e partecipante dello stesso. In relazione alla partecipazione sarebbe opportuno apportare una momentanea digressione. La partecipazione al procedimento da parte del cittadino, è avvenuta con la nascita dell'articolo 7 della legge 241/90. La partecipazione non è scontata perché non c'è sempre stata. Infatti, per addurre un esempio e comprendere meglio l'argomento in questione, quando si parlava del procedimento di imposizione sui vincoli diretti e indiretti, la legge 1089 del '39 non prevedeva la partecipazione del privato. Questo perché, avvisare il privato, che si stesse imponendo sul suo bene un vincolo, rischiava di mettere in pericolo il bene stesso poiché il privato avrebbe potuto compiere una serie di operazioni, quali alienare il bene, deteriorarlo, che avrebbero potuto danneggiarlo. L'imposizione del vincolo quindi avveniva senza che il privato potesse fare osservazioni. La giurisprudenza ovviamente, nel corso del tempo, è cambiata dal momento che è subentrato l'interesse del privato a partecipare.

¹⁵ LAUS F., "La posizione del cittadino nelle relazioni con la pubblica amministrazione in Italia", 2021, Revista Catalana de Dret Públic, 62, 72-87, cit.

¹⁶ Nell'attualità, l'avvento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione produce mutamenti straordinariamente rapidi e pervasivi in ambito economico non meno che sul versante dei rapporti sociali, civili e giuridici, lasciando emergere una dimensione nuova nella quale l'individuo svolge la propria personalità, esercita libertà e diritti e adempie ad obblighi anche nei confronti dei pubblici poteri. OTRANTO P., *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in "federalismi.it", n 2/2018, pp. 4-27.

¹⁷ LAUS. F., *ivi*, pp. 74-89.

Fatta questa breve parentesi, pare opportuno soffermarsi sul principio della trasparenza. La trasparenza «sta diventando sempre di più uno strumento a portata di tutti per avere contezza delle scelte amministrative che riguardano la vita della comunità e per svolgere quel controllo diffuso sull'attività delle amministrazioni che i cittadini, come in tutti sistemi democratici più avanzati, sono chiamati ad esercitare. Sempre più spesso, anche durante il periodo di emergenza nazionale dovuto alla pandemia da COVID 19, l'accesso civico generalizzato, introdotto proprio nell'ordinamento italiano a partire dal 2016, si rivela lo strumento di riferimento per esercitare diritti e prerogative da parte dei cittadini, con sempre più consapevolezza delle potenzialità dello stesso e ciò anche grazie all'apporto della giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa». ¹⁸ Ci si chiede: “ma come è nato l'accesso civico generalizzato”? Questo istituto, noto come FOIA (freedom of information act, nasce in Europa come libertà di accesso o di informazione. Si considera quindi il rapporto basato sulla fiducia tra cittadino e pubblica amministrazione) è stato introdotto con il decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97 che ha novellato l'articolo 5 del d.lgs. n. 33/2013. L'accesso civico generalizzato permette a chiunque di accedere non solo ai dati oggetto di pubblicazione, ma anche a tutti gli altri dati che conservano le pubbliche amministrazioni. È caratterizzato da molti aspetti positivi, quali ad esempio: l'istanza può avvenire telematicamente e non prevede requisiti di ammissibilità; i documenti richiesti dal cittadino vengono identificati e inoltre la richiesta non necessita di motivazione. Una novità caratterizzante l'accesso civico generalizzato ad opera delle modifiche apportate dal decreto n. 97, alla luce del nuovo rapporto tra P.A. e cittadino, rispetto al vecchio articolo 5 comma 3, sta nel fatto che non si parla più dell'obbligo da parte del richiedente di identificare in maniera chiara e precisa i dati che intende ricevere. Se l'oggetto della richiesta sia difficile da identificare perché magari la richiesta è troppo vaga, l'amministrazione deve assistere il richiedente in modo tale da raggiungere all'oggetto richiesto. Nelle linee guida ANAC inoltre vi è la possibilità di

¹⁸ CORRADO A., *Presentazione dell'Osservatorio sulla trasparenza*, in “federalismi.it”, 21 aprile 2021, pp. 1/2.

dichiarare l'inammissibilità della richiesta qualora questa sia troppo generica, ma, prima di dichiararla tale, l'amministrazione dovrà chiedere al richiedente di ridefinire l'oggetto della richiesta. Solo là dove il richiedente non abbia assolto alla richiesta, l'amministrazione potrà procedere. Il procedimento potrà concludersi mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato entro 30 giorni dalla presentazione della domanda. È stato notato però dal Dipartimento della funzione pubblica che a volte le amministrazioni non rispettano questo termine e a tal fine vengono posti dei punti immutabili: il termine non è derogabile; la conclusione avviene mediante un provvedimento espresso e laddove il termine non venga rispettato, si rivaluta la responsabilità dirigenziale che di conseguenza causa anche un danno all'immagine della pubblica amministrazione.

L'accesso civico generalizzato ha esteso anche i confini del principio di trasparenza. Infatti si riporta un estratto della sentenza del TAR Campania di seguito: "6) Accesso civico generalizzato: ambito oggettivo e finalità – Sulla scia dei concetti introdotti dal D.lg. n. 150 del 2009 in materia di trasparenza e in attuazione della delega recata dall'art. 1, commi 35 e 36 della l. 28 novembre 2012, n. 190, in tema di "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", è stato adottato il D.lg. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d. lg. 97/2016, che ha operato una importante estensione dei confini della trasparenza intesa oggi come "accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche".¹⁹

"La Corte Costituzionale con la sentenza n. 20/2019 ha chiarito che la pubblicità e la trasparenza, quali corollari del principio democratico, si riferiscono a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale e

¹⁹ TAR Campania, sez. VI, 09/05/2019, N. 02486.