

ANNALISA GUALDANI

Professore associato di Diritto Amministrativo

presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena

annalisa.gualdani@unisi.it

LE NOVITÀ IN TEMA DI PREAVVISO DI RIGETTO

THE NEWS OF REJECTION NOTICE

SINTESI

La disciplina dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è stata oggetto di modifiche e integrazioni ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Essa va ad incidere su diversi profili: sostituisce il termine interruzione con sospensione con l'obiettivo di favorire la concentrazione dei tempi procedimentali; chiarisce che l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 non si applica al preavviso di provvedimento negativo (art. 12, comma 1, lett. i); rafforza l'obbligo motivazionale posto a carico dell'amministrazione procedente, ora esteso ai motivi ostativi ulteriori che emergano in seguito alle osservazioni prodotte dall'istante che ha ricevuto il preavviso di rigetto; incide sui margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice. Il presente contributo muovendo dall'analisi dei singoli aspetti della riforma si pone il fine di verificare se le modifiche apportate all'art. 10 *bis* abbiano effettivamente risolto quelle criticità emerse nel corso del tempo e se si siano o meno conseguiti gli auspicati intenti di semplificazione. La conclusione a cui si perviene conduce a ritenere che la novella abbia solo in parte composto alcune delle problematiche pregresse, lasciando ancora aperte antiche questioni. In particolare non sembra che la riforma sia riuscita nell'intento di limitare il riesercizio del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del giudice amministrativo del provvedimento di diniego.

ABSTRACT

The framework of the institute of communication regarding the reasons impeding the acceptance of the petition has been subject to changes and additions by the D.L. July the 16th 2020, n. 76, on "*Urgent measures for the simplification and digital innovation*", converted by law September the 11th 2020, n. 120. It goes to affect several profiles: it replaces the term interruption with suspension with the aim of favoring the concentration of procedural times; it clarifies that art. 21-*octies*, paragraph 2, of the law no. 241/1990 does not apply to the notice of negative order (article 12, paragraph 1, letter i); strengthens the motivational obligation that burdens the proceeding administration, now extended to the additional grounds for refusal arising from the observations submitted by the applicant who received the notice of refusal; it affects the margins of assessment of the administration in the event of re-issuing of power following the annulment by the court. This contribution, starting from the analysis of the individual aspects of the reform, aims to verify whether the changes made to art. 10-*bis* have effectively solved those critical issues that have emerged over time and whether or not the desired simplification intentions have been achieved. The conclusion we reached leads us to believe that the reform has only partially solved some of the previous problems, leaving old questions still open. In particular, the reform does not seem to have succeeded in its intent to limit the re-exercise of administrative power after the annulment of the rejection order by the administrative court.

PAROLE CHIAVE: semplificazione; comunicazione; motivazione; potere; riesercizio

KEYWORDS: simplification; communication; grounds for the ruling; power; re-exercise

INDICE: 1. Premessa - 2. Origine e finalità dell'istituto - 3. La novella apportata dal D.L. semplificazioni all'art. 10 *bis* - 3.1 La sospensione del termine di conclusione del procedimento - 3.2. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 21 *octies*, comma 2 - 3.3 La motivazione nel preavviso di rigetto e i margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice - 4. Conclusioni

1. Premessa

La disciplina dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è stata oggetto di modifiche e integrazioni ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120¹, il quale ha apportato significative novità volte a risolvere quelle criticità che dal tempo della sua introduzione ad opera della legge n. 15/2005 erano state evidenziate sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza².

La legge n. 120/2020 va a incidere su diversi profili (che saranno esaminati singolarmente nel prosieguo): sostituisce il termine "interruzione" con "sospensione" con l'obiettivo di favorire la concentrazione dei tempi procedurali; chiarisce che l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 non si applica al preavviso di provvedimento negativo (art. 12, comma 1, lett. i); rafforza l'obbligo motivazionale posto a carico dell'amministrazione procedente ora esteso ai motivi ostativi ulteriori che emergano in seguito alle osservazioni prodotte dall'istante che ha ricevuto il preavviso di rigetto; incide sui margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice. La disposizione novellata³ si inserisce

1 Per un'analisi generale sul decreto semplificazioni cfr. M. MACCHIA, *Il decreto "Semplificazioni". Le misure generali* in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 6/2020.

2 M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con il d.l. n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020)*, in *giustamm*, 11/2020.

3 «*Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli*

nell'ottica di quegli strumenti di semplificazione, che da tempo il legislatore⁴, non sempre con esiti felici, ha introdotto nei diversi ambiti dell'amministrazione⁵, in *primis* quello della disciplina generale sul procedimento amministrativo⁶.

Occorre dunque interrogarsi se le modifiche introdotte all'art. 10 *bis* abbiano effettivamente risolto quelle criticità più volte affrontate con orientamento non sempre conforme dal giudice amministrativo e se abbiano o meno conseguito gli auspicati intenti di semplificazione.

2. Origine e finalità dell'istituto

L'istituto in esame ha trovato ingresso nel nostro ordinamento con la legge 11 febbraio 2005, n. 15⁷, la quale nella rubrica dell'art. 10 *bis* lo ha appellato "*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*", anche se tale figura viene alternativamente denominata sia dalla dottrina, che dalla giurispruden-

enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione.

4 M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Diritto dell'economia*, n. 2/2021, 1, il quale rileva come tutti i governi in carica a partire dagli anni '90 del secolo scorso hanno ritenuto che "il processo di semplificazione dovesse fondarsi sul taglio delle fasi procedurali o quanto meno sul compattamento dei temi di realizzazione".

5 Cfr. sul punto E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 e ss.

6 A tal riguardo M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Diritto dell'economia*, n. 2/2020, Editoriale, evidenzia che "Così come in pressoché tutti gli interventi di semplificazione amministrativa, cui forse fanno eccezione proprio quelli degli anni 1997 – 1998 (...) anche nella legge n. 120/2020 il legislatore ha utilizzato la tecnica delle modifiche puntuali e minuziose di previgenti disposizioni, al più innestando all'interno di più ampi testi normativi articoli o commi in aggiunta a quelli preesistenti".

7 L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in studi in onore di L. MAZZAROLLI, vol. II, Cedam, 2007, 84, sottolinea che l'art. 10 *bis* sia una novità relativa "non solo perché altri ordinamenti hanno da tempo introdotto disposizioni similari (è il caso dell'ordinamento tedesco: si veda il § 28 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* e si consideri che la legge tedesca è del 1976), ma anche perché il dovere di informare il richiedente della probabile reiezione della domanda era già stato previsto nel testo della legge sul procedimento amministrativo elaborato dalla "Commissione Nigro" (sul punto non recepito nel d.d.l. governativo, che sarà poi approvato il 7 agosto del 1990); e soprattutto perché il legislatore nazionale è stato anticipato da quello regionale (sin dal 1990 e dal 1993, rispettivamente per quel che concerne la Sardegna e il Trentino Alto Adige; dal 2004, per quel che riguarda la Sicilia, la quale ha introdotto una disposizione testualmente identica). In argomento anche V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241»*, in *Astrid Rassegna*, n. 4 del 2005.

za come “preavviso di rigetto”⁸, “preavviso di diniego”⁹ o “preavviso di provvedimento negativo”.

La circostanza che nei procedimenti ad istanza di parte l'amministrazione, prima di adottare un provvedimento negativo, debba “avvertire” il privato ponendolo in condizione di contraddire sui motivi che ostano l'accoglimento della domanda, costituisce un'integrazione delle garanzie procedurali disposte dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo¹⁰. Viene, infatti, ad ampliarsi l'ambito del contraddittorio originatosi attraverso la comunicazione di avvio del procedimento, che si spinge sino ad involgere le “ragioni del provvedimento”¹¹.

La disposizione si delinea dunque quale espressione del principio di trasparenza e del dovere di informazione “assurto ormai a corollario del principio di buona fede oggettivo (o correttezza) che permea la dinamica del potere”¹².

L'istituto, costringendo l'amministrazione ad una *discovery* anticipata dei motivi di rigetto dell'istanza, si colloca all'esito dell'istruttoria, in quel segmento (pre-decisorio) che anticipa l'adozione del provvedimento finale. Esso da un lato potenzia il contraddittorio (definito come rinforzato)¹³ a cui si somma una funzione di tipo collaborativo¹⁴, dall'altro svolge una funzione deflattiva del

8 In tal senso D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Studi in onore di L. MAZZAROLLI, IV, cit., 459 ss.

9 Utilizza tale espressione M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 256. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. II, 10 dicembre 2020, n. 7893 e Cons. Stato sez. II, 9 dicembre 2020, n. 7841.

10 In argomento D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e società*, 4, 2017, 819-868.

11 L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, 85.

12 D. VAIANO, ult.op.cit., 460.

13 Parlano di contraddittorio necessario e rinforzato G. BACOSI – F. LEMETRE, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della legge 241*, in www.reform.it

14 Poiché “nel momento in cui si adopera per rappresentare fatti e/o interessi che contraddicono o rendono non più attuali le conclusioni adombrate dall'ente procedente, il destinatario della funzione coopera in modo determinante alla migliore esplicitazione della funzione medesima”, in tal senso G. DI MARIO, *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le l. 15 del 2005 e 80 del 2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 458.

contenzioso giurisdizionale¹⁵, andando così a bilanciare quell'aggravamento del procedimento che esso comporta¹⁶.

Come evidenziato dalla giurisprudenza il preavviso di rigetto, riveste, infatti, un ruolo fondamentale nello svolgimento delle funzioni ampliative o conformative della posizione giuridica del privato, poiché mira a dar luogo ad un contraddittorio endoprocedimentale a carattere necessario, non solo anticipando nella fase del “giusto procedimento” le garanzie del “giusto processo” in ottica difensiva, ma consentendo un ruolo collaborativo del privato nella fase della valutazione, anche in fatto, delle circostanze rilevanti nella specifica vicenda, allo scopo di contribuire a far emergere elementi utili ad una adeguata istruttoria¹⁷.

Relativamente al suo ambito di applicazione la norma possiede una portata generale, estendendosi a tutti i procedimenti ad istanza di parte¹⁸, fatta eccezione per le procedure concorsuali e per quelle in materia previdenziale e assistenziale¹⁹.

15 Cons. Stato sez. V, 11 marzo 2019, n. 1613, il quale rileva che l'istituto del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10 *bis*, legge n. 241 del 1990, ha lo scopo di far conoscere alle amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche dell'interessato, che potrebbero contribuire a fare assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti.

16 Così S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 2005. Sul punto cfr. Relazione della I Commissione Permanente della Camera dei deputati del 6 novembre 2003, dalla quale emerge che la finalità dell'introduzione dell'art. 10 bis fosse quello di limitare il contenzioso tra cittadini e pubblica amministrazione.

17 Tar Campania, sez. VIII, 21 giugno 2021, n.4264 e Tar Campania, sez. II, 26 gennaio 2022, n. 513.

18 “Trattasi di una norma di garanzia partecipativa, che ha la finalità di consentire, anche nei procedimenti ad istanza di parte, gli apporti collaborativi dei privati, allo scopo di porre questi ultimi in condizione di chiarire, già nella fase procedimentale, tutte le circostanze ritenute utili, senza costringerli ad adire subito le più gravose vie giurisdizionali.

A questi fini la norma suddetta, costituente garanzia di trasparenza e di buona amministrazione e rispondente quindi anche agli interessi stessi dell'amministrazione, prevede la possibilità di un contraddittorio, con prospettazione di osservazioni scritte da parte degli interessati, del cui mancato accoglimento deve essere data ragione nel provvedimento finale”, così Tar Liguria, Genova, sez. II, 2 marzo 2011, n. 346, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 3, 790).

A tal riguardo, tuttavia, la giurisprudenza si è premurata di sottolineare come, in ragione della finalità perseguita dalla disposizione, le deroghe all'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza devono ritenersi eccezionali e interpretate restrittivamente, giusta la finalità di trasparenza dell'azione amministrativa perseguita dal legislatore con la legge n. 15/2005²⁰.

Non è un caso infatti che nella versione originaria del d.l. Semplificazioni, facendo leva sulla portata generale dell'art. 10 *bis* e sulla necessità di applicare l'istituto a tutti i procedimenti ad istanza di parte, si fosse eliminato l'inciso: *“Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”*, salvo poi riproporlo in sede di conversione.

19 Sulla non applicabilità dell'istituto in esame in materia previdenziale e assistenziale cfr. da ultimo Tar Sicilia sez. III, Catania, 07 ottobre 2022, n. 2629, che evidenzia come “La previsione di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990 non trova applicazione nel procedimento per il riconoscimento dell'equo indennizzo per infermità dipendenti da causa di servizio, essendo detto procedimento normato analiticamente dal d.P.R. n. 461/2001, con prevalenza della disciplina speciale su quella generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, anche perché l'ultimo periodo del medesimo art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, che regola l'invocato preavviso di rigetto, statuisce che tale istituto non si applica ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale e, quindi, anche ai procedimenti volti a conseguire il riconoscimento dell'equo indennizzo per infermità dipendenti da causa di servizio”.

20 La giurisprudenza evidenzia infatti che, a fronte della natura di principio generale dell'obbligo in commento, le relative eccezioni non possono essere oggetto di estensione in via analogica. In argomento cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 novembre 2016, n. 5164, il quale sottolinea che “la disposizione ha la finalità di consentire lo sfogo del contraddittorio tra il destinatario di un provvedimento negativo e l'autorità emanante, già in sede di procedimento, allo scopo, da un lato, di anticipare il momento della disputa alla naturale sede di formazione della decisione amministrativa, ovvero sia al procedimento, onde apprestare un filtro alle possibili iniziative contenziose processuali. Dall'altro, sottende la finalità di stimolare e agevolare l'apporto collaborativo del privato, con il duplice consueto risultato di permettere al medesimo di rappresentare le sue ragioni in un'ottica di democratizzazione e dialettica procedimentale dell'agire amministrativo per provvedimenti e, al contempo, di illuminare l'amministrazione affinché pervenga alla decisione più giusta grazie anche all'esposizione che l'interessato abbia svolto di tutte le circostanze di fatto e di diritto che ruotano intorno alla vicenda afferente alla sua istanza”.

Le delineate finalità garantistiche e deflative impongono, correlativamente, che le eccezioni all'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi, pure individuate dalla norma, siano interpretate con canoni di rigida tassatività. Al riguardo, come detto, l'art. 10-bis precisa che “le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”.

La legge n. 120/2020, nel ribadire la non applicabilità dell'art. 10 *bis* nelle ipotesi richiamate, oltre a voler perseguire quelle esigenze di celerità, speditezza, non aggravamento dell'azione amministrativa ispiratrici della riforma, conferma quell'orientamento formatosi all'indomani della legge n. 15 del 2005, il quale aveva avuto modo di motivare la scelta effettuata in sede di estensione della norma, evidenziando come "l'alto numero di procedimenti previdenziali e assistenziali avrebbe reso difficilmente gestibile la concreta applicazione del preavviso di rigetto"²¹.

3. La novella apportata dal D.L. Semplificazioni all'art. 10 *bis*

3.1. La sospensione del termine di conclusione del procedimento

L'art. 12, comma 1, lett. e) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, interviene in primo luogo sulla disciplina del termine di conclusione del procedimento in seguito alla comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza.

La previgente formulazione stabiliva che: "*La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni*".

Sin dalla sua introduzione l'utilizzo del sostantivo interruzione aveva impegnato il dibattito scientifico sul significato da assegnare allo stesso. Nonostante infatti la lettera della legge suggerisse che il termine del procedimento, una volta interrotto dalla comunicazione del preavviso di rigetto, dovesse iniziare a decorrere nuovamente dalla data di presentazione delle osservazioni, non è mancato chi aveva ritenuto che il termine interruzione andasse invece in-

21 M. RAMAIOLI - R. VILLATA, *Procedimento. Art. 10 bis, l. n. 241/1990*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto*, Istituto della Enciclopedia Treccani, Milano, 2012, 278. Con riguardo alle procedure concorsuali cfr. Tar Sicilia - Palermo, sez. II, 23 marzo 2011, n. 518, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 3, 1014, che sottolinea come le esigenze e le finalità perseguite dall'art. 10 *bis* verrebbero comunque garantite dalle normative speciali che disciplinano tali procedimenti.

interpretato piuttosto come sospensione, “innescando il nuovo istituto una parentesi temporale alla cui conclusione il tempo residuo riprende a decorrere”²².

La ragione di tale lettura veniva motivata dal fatto che diversamente opinando si sarebbe inciso da un lato sulla durata complessiva del procedimento, dall'altro perché, in caso di rinnovazione del preavviso di rigetto, si sarebbe leso il principio della certezza del termine per la conclusione del procedimento (art. 2 legge n. 241/1990)²³.

Di diverso avviso la giurisprudenza, la quale costantemente aveva interpretato l'impiego del lemma interruzione in senso tecnico, affermando che “per principio generale la nozione di interruzione del termine del procedimento si distingue dalla sospensione poiché, mentre la seconda lascia in vita il termine che inizia nuovamente a decorrere dal momento in cui era stato sospeso, la prima comporta che il termine decorra *ex novo*, ossia dall'inizio e per l'intero”. E invero “la differenza non si esaurisce al solo decorso del termine, riguardando anche la collocazione delle due forme di intervallo in diverse fasi procedurali: la sospensione, lo si desume dall' art. 2, comma 7, della legge n. 241 del 1990 attiene alla fase istruttoria e sopperisce alla mancanza di tutti gli elementi indispensabili per pervenire ad una decisione.

All'opposto, l'interruzione sembra più correttamente collocabile in un momento successivo ed essenzialmente nell'ambito della stessa fase decisoria: ciò è chiaro nel successivo art. 10 *bis*, laddove l'interruzione emerge nel momento in cui l'amministrazione procedente ha già assunto una ‘bozza’ di decisione negativa, ma anche nell'art. 16, stante il fatto che l'attività consultiva estri-

22 L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, cit., 88.

23 A tal proposito, S. TARULLO, *L'articolo 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit., ha evidenziato come interpretare l'arresto del termine come interruzione potrebbe condurre ad abusi se l'amministrazione reiterasse più volte la comunicazione dei motivi ostativi prolungando sine die il termine di conclusione del procedimento.

catasi nel parere - a differenza della valutazione tecnica - si pone nella fase decisoria”²⁴.

La novella introdotta dalla legge n. 120/2020, con l'intento di far luce sul punto, ha sostituito il verbo interrompere con sospendere: *“La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza di cui al secondo periodo”*.

L'intervento legislativo si pone in linea con gli intenti di accelerazione e di semplificazione propri della riforma, giovando altresì alla certezza del tempo del procedimento. La comunicazione del preavviso di rigetto apre infatti una finestra temporale di dieci giorni il cui esaurirsi consente ai termini di riprendere il conteggio, laddove esso si era fermato.

Rispetto alla versione precedente, tuttavia, il nuovo art. 10 *bis* effettua un distinguo a seconda della partecipazione o meno del destinatario della comunicazione. Nel primo caso il termine di conclusione del procedimento viene prolungato di ulteriori dieci giorni (il termine ricomincia a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni), nel secondo alla scadenza dei dieci giorni il termine riprende a decorrere²⁵.

A tal riguardo è stato evidenziato come non risulti di agevole comprensione il motivo per cui la legge n. 120/2020 abbia deciso di far decorrere il termine *“dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni”* e non di conservare, come invece sarebbe stato più ragionevole, l'originaria versione dell'art. 10 *bis* *“a de-*

24 T.A.R. Liguria sez. I - Genova, 8 febbraio 2017, n. 91, in *Foro Amm.*, 2, 2017, 350. A favore dell'interpretazione in senso stretto del termine interruzione cfr anche T.A.R. Sicilia sez. I - Catania, 2 dicembre 2015, n. 2819; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548; Tar Toscana, sez. II, 2 maggio 2012, n. 856.

25 Così G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 6, la quale sottolinea come l'uso del termine ricomincia a decorrere potrebbe indurre a ritenere *“un inizio ex novo”*. Tuttavia contro tale interpretazione, oltre alla sostituzione del termine interruzione con sospendere, adduce *“la previsione di un'ulteriore sospensione di dieci giorni in caso di produzione di memorie partecipative, termine ulteriore che non sarebbe necessario se comunque i termini dovessero ripartire dall'inizio”*.

correre dalla data di presentazione delle osservazioni”, salvo ritenere “che la norma sia stata erroneamente formulata e che non vi dovessero essere modifiche sotto questo profilo”²⁶.

A ben vedere, però, ad avviso di chi scrive, la disposizione potrebbe esporsi ad una diversa lettura, potendosi ritenere che il legislatore, in caso di presentazione delle osservazioni, abbia voluto concedere all'amministrazione, (in ossequio ai principi di collaborazione e buona fede introdotti nell'art. 1, comma 2 *bis*, della legge generale sul procedimento) un maggior lasso temporale per consentirle di meglio valutare il materiale prodotto dall'istante.

3.2. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 21 *octies*, comma 2

La legge n. 120, del 2020 (art. 12, comma 1, lett. i), aggiungendo un ulteriore periodo all'art. 21 *octies* - “*la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis*” - interviene su un altro aspetto affrontato a più riprese nel tempo dalla giurisprudenza, concernente l'applicabilità o meno dell'art. 21 *octies*, comma 2, al preavviso di rigetto.

La nuova disposizione si pone in contrasto con il convincimento elaborato dalla prevalente giurisprudenza, la quale ha ritenuto estensibile la sanatoria processuale dell'art. 21 *octies*, comma 2, prevista per l'omessa comunicazione di avvio del procedimento (art. 7), anche al caso dell'omessa comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza (art. 10 *bis*), sull'assunto che tali istituti partecipativi possedrebbero la medesima identità funzionale.

L'orientamento richiamato, infatti, muovendo da una lettura sostanzialistica dell'istituto e fondata sul principio del raggiungimento dello scopo, ha ritenuto che il mancato invio della comunicazione *ex art. 10 bis* non andava ad inficiare la legittimità dell'attività dell'amministrazione se il privato fosse comunque venuto a conoscenza dei motivi del mancato accoglimento della sua

²⁶ A tal riguardo, cfr. G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. N. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *Lexitalia.it*, 31 luglio 2020, 5.

istanza e fosse stato messo in condizione di instaurare un contraddittorio con l'amministrazione²⁷. Si è ritenuto, pertanto, che le norme in materia di partecipazione procedimentale dovessero essere lette avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la loro inosservanza avesse causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione, escludendo, dunque, la rilevanza dell'omissione quando nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale²⁸.

Il nuovo periodo introdotto all'art. 21 *octies* dalla legge n. 120/2020 stabilisce che, a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, la mancata comunicazione di avvio del preavviso di rigetto comporta l'illegittimi-

27 In tal senso Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 aprile 2019, n. 1984, il quale ha sottolineato che dalla mancata comunicazione del preavviso di rigetto non discende l'illegittimità del provvedimento finale, pertanto l'interessato non può limitarsi a denunciare in ricorso l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, ma deve anche dimostrare che, nella fase procedimentale partecipata anteriore all'adozione del provvedimento impugnato, non c'è stata alcuna discussione in merito al contenuto dell'atto, che è stato adottato senza contraddittorio. Nel medesimo senso anche Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2019, n. 1613: "la formale comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza non è necessaria quando tali motivi siano noti all'istante e questi sia stato già posto in grado di interloquire in merito ai medesimi". In senso contrario l'orientamento formalista che escludeva una possibile estensione dell'art. 21 *octies* comma 2 al preavviso di rigetto Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6410: "la sanatoria di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, seconda parte, pur riguardante gli atti discrezionali, è riferibile a violazioni procedurali concernenti la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ma non anche la mancata comunicazione di avvio di cui all'art. 10 *bis*" e in tempi più recenti Tar Campania Napoli, sez. III, 10 novembre 2020, n. 3682: "la seconda parte del comma 2, dell'art. 21 *octies*: non possa, per condivisa giurisprudenza, essere estesa alla violazione delle garanzie di cui all'art. 10 *bis*, della legge n. 241/1990, in ragione della diversità ontologica tra la garanzia preliminare dell'art. 7 e quella sostanziale dell'art. 10 *bis*: in tale ultima evenienza le osservazioni del privato introdotte nella sede procedimentale esigono una specifica controdeduzione, proprio nella appropriata sede amministrativa (che potrebbe essere anche l'unica senz'altro per i motivi di merito)".

28 Cons. Stato, sez. II, 22 dicembre 2020, n. 8230; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001, il quale sottolinea che la disciplina dell'art. 10 *bis* "deve essere coordinata con le previsioni di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, legge n. 241/1990, dovendosi accogliere un'interpretazione funzionale delle disposizioni in tema di partecipazione procedimentale, al fine di evitare l'annullamento di provvedimenti che benché assunti in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti presentino comunque un contenuto dispositivo che non avrebbe comunque potuto essere diverso dal quello in concreto adottato"; Cons. Stato, sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156 sempre che venisse provata dall'Amministrazione che il contenuto del provvedimento non avesse potuto essere diverso da quello in concreto adottato

tà del provvedimento e l'impossibilità di applicare la sanatoria processuale, di cui all'art. 21 *octies*, comma 2²⁹.

La modifica non va, invece, ad incidere sull'applicabilità della prima parte dell'art. 21 *octies* al preavviso di rigetto, con la conseguenza che non sarà annullabile il provvedimento, adottato in assenza della comunicazione di cui all'art. 10 *bis*³⁰ che abbia natura vincolata e sempre che “*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”³¹.

Occorre tuttavia interrogarsi sull'impatto prodotto dalla novella introdotta all'art. 21 *octies*, comma 2, “*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis*”, muovendo dall'analisi delle critiche sollevate.

Si è infatti evidenziato come la disposizione contravverrebbe alla *ratio* che ha ispirato il D.l. Semplificazioni, quella cioè “di garantire speditezza e ce-

29 Cons. Stato, sez. III, 8 ottobre 2021, n. 6743: “a seguito della novella introdotta con l'art. 12, comma 1, lettera i) del d.l. 16.7.2020, n. 76, convertito con Legge 11.9.2020, n. 120, il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, imposto dall'art. 10 bis della legge n. 241/1990, determina l'annullamento del provvedimento discrezionale senza che sia consentito all'amministrazione dimostrare in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso da quello in concreto adottato, con conseguente inapplicabilità della “sanatoria” di cui all'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990”.

Sul punto cfr. B. VERSICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali dell'emergenza pandemica*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2021, 158, che evidenzia come “l'omissione del preavviso di rigetto darebbe luogo ad una duplice violazione: da un lato, una violazione del ‘miglior’ diritto di difesa che l'ordinamento ha riconosciuto al privato, prima in fase procedimentale e poi in fase processuale; dall'altro lato, si assegnerebbe al giudice un giudizio sul merito, al fi fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 34 del c.p.a.”.

30 In argomento si richiama, pur se anteriore all'approvazione della legge n. 120/2020, Cass. civ., I sez., 10 giugno 2020, n. 11083: “A norma dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, l'annullabilità di un provvedimento amministrativo adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti è esclusa qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, allorché non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse. Il principio è applicabile anche in caso di mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza, in violazione dell'art. 10 *bis* del 1990, che dispone che prima della formale adozione di un provvedimento negativo l'amministrazione comunichi all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda”.

31 Sull'accezione con cui intendere l'aggettivo palese, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e procedurali*, in *Giustamm.it*, 2006, 2, par. 6.

lerità dell'azione amministrativa”, nonché all'impostazione, elaborata dal supremo organo della giustizia amministrativa³², volta ad affermare ”un generale principio di non annullabilità dei provvedimenti per vizi meramente formali o procedurali, a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività, laddove fosse emersa la legittimità sostanziale del provvedimento”³³.

La nuova disposizione andrebbe dunque a restringere la portata della sanatoria processuale, di cui all'art. 21 *octies*, sempre applicabile alla mancata comunicazione di avvio del procedimento (in presenza dei requisiti previsti dal secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies*), ma non anche all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto del provvedimento discrezionale³⁴, dando luogo “ad un diverso trattamento riservato a due ipotesi molto simili: il vizio *ex art. 7* e quello *ex art. 10 bis*”³⁵.

32 Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2017, n. 792; Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 1161.

33 Così G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. N. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *Lexitalia.it*, 31 luglio 2020, 9. L'autore conclude pertanto, che il decreto semplificazioni “infonde nuova linfa alla distinzione tra vizi meramente formali e procedurali, rilevanti per la sola attività vincolata e lo specifico vizio di omesso invio della comunicazione di avvio del procedimento, che può non comportare l'annullamento del provvedimento anche se espressione di discrezionalità amministrativa”.

34 In tal senso Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790, con nota di R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto*, in <http://www.giustiziainsieme.it>, ha evidenziato come in caso di provvedimenti discrezionali, l'omissione del preavviso di rigetto, non sia superabile con una valutazione *ex post* da parte del privato e che, incidendo la modifica legislativa su una norma ritenuta di carattere processuale, essa debba essere applicata anche ai provvedimenti già emanati. In argomento cfr. anche L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto di giustizia*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 1 settembre 2021, 576 ss., il quale ricorda che se “la dimostrazione in giudizio da parte della P.A. che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato è espressamente impedita dal legislatore in caso di qualsivoglia violazione dell'art. 10 *bis*, la ragione dell'impedimento sembra risiedere nella contraddizione logica di tale dimostrazione proprio con l'applicazione della preclusione procedimentale (e la relativa consumazione del potere)”.

35 N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce del decreto – legge “Semplificazioni” e delle recenti pronunce dell'Adunanza plenaria*, in *giustamm*, n. 11 del 2020. L'autore specifica inoltre che non risulta comprensibile la ragione per cui l'omissione delle garanzie partecipative iniziali venga sanzionata in forma meno grave, perché sanabile anche in relazione agli atti discrezionali, rispetto all'omissione delle garanzie partecipative finali. Anche la giurisprudenza Tar Lazio, sez. III, 9 aprile 2020, n. 3856 ritiene che l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto non sia altro che “una gemmazione del più generale obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di cui all'art. 7”. In posizione antitetica, posteriore alla modifica introdotta dalla legge n. 120/2020, Tar Campania, Napoli, sent. 7 gennaio 2021, n. 130, il quale rileva che: “La tesi che

A ben vedere però a fronte di questa impostazione si è delineata una diversa e interessante ricostruzione giurisprudenziale³⁶, la quale, sollevando perplessità in merito al prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa formatosi antecedentemente alla riforma del 2020³⁷, ha ritenuto come tale convincimento si fondasse su un'inammissibile applicazione analogica dell'art. 21 *octies* comma 2, secondo periodo.

Ad avviso di questo giudice, infatti, le disposizioni del primo e del secondo periodo, del secondo comma, dell'art. 21 *octies* si configurerebbero come norme eccezionali, poiché andrebbero a derogare alla disposizione generale del primo comma dello stesso articolo, secondo il quale “la conseguenza della violazione di norme di legge (ivi comprese quelle che disciplinano le garanzie procedurali) è l'annullabilità del provvedimento e la disposizione del comma 2, primo periodo, riguarda inequivocabilmente solo i casi di attività vincolata, mentre la disposizione del secondo periodo dello stesso comma si riferisce soltanto alla violazione dell'art. 7, della legge n. 241/1990, ossia all'omessa comunicazione di avvio del procedimento”. La giurisprudenza maggioritaria avrebbe in sostanza equiparato, anche nei casi di attività discrezionale, le garanzie pro-

ritiene assimilabile anche la violazione dell'art. 10 bis muove dal presupposto dell'identità di funzione svolta da detta ultima disposizione e dall'art. 7, mentre non è condivisibile istituire un mero parallelismo tra art. 7 e art. 10 bis. In proposito la garanzia del 10 bis, svolge un ruolo diverso e consente alla parte di intervenire a sostenere le proprie ragioni, nella fase predecisoria, contestando l'apparato motivazionale predisposto dall'amministrazione all'esito del procedimento. La partecipazione alla fase decisoria e predecisoria assume una valenza rispetto al formarsi della decisione amministrativa che ha valore ulteriore e diverso da quella che assume la partecipazione alla fase istruttoria, sicché la mancata previsione del vizio di violazione dell'art. 10 bis tra quelli suscettibili di sanatoria ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, secondo periodo, non può essere ascritta ad una lacuna, ma ad una scelta legislativa, non emendabile dall'interprete”.

36 Tar Trento, sent. 19 ottobre 202, n. 177.

37 *Id est* l'orientamento fondato sul principio del raggiungimento dello scopo: Cons. stato, sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 7333 e Cons. stato, sez. II, 2 ottobre 2019, n. 6597, in base al quale: “avendo il preavviso di rigetto lo scopo di far conoscere all'Amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco”, tale scopo “viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità”.

cedimentali di cui agli artt. 7 e 10 *bis* “senza tenere nella dovuta considerazione il limite posto dall’art. 14, delle preleggi al codice civile, all’interpretazione analogica nel caso di norme eccezionali, nonché l’ontologica differenza tra le due garanzie procedimentali”³⁸.

Se si aderisce, come qui si ritiene, a tale tesi ne consegue allora che l’intervento legislativo operato con la legge n. 120/2020 si configuri come una norma di interpretazione autentica, volta a limitare l’applicazione analogica di una norma eccezionale e dunque funzionale a perimetrare l’ambito di applicazione della regola del raggiungimento dello scopo, la quale utilizzata dalla giurisprudenza in senso estensivo non troverebbe più applicazione, per espressa volontà del legislatore “nel caso in cui la violazione dell’art. 10 *bis* venga dedotta con riferimento a provvedimenti di natura discrezionale”³⁹.

Tale conclusione è stata corroborata anche dal giudice amministrativo che ha sottolineato la valenza di norma interpretativa della novella richiamata, così smentendo l’estensione analogica di tale parte dell’art. 21 *octies* anche al preavviso di rigetto, non potendo i due istituti, di cui agli artt. 7 e 10 *bis*, ritenersi sovrapponibili, per la diversa funzione svolta a tutela dell’interesse partecipativo dei privati al procedimento amministrativo⁴⁰. Non può tuttavia sottacersi anche il riemergere dell’opposto orientamento⁴¹.

38 Così Tar Trento sent. 19 ottobre 2020, n. 177, considerato in Diritto, reperibile in www.giustiziaamministrativa.it, 34.

39 Ibidem.

40 Così Tar Puglia, sez. I - Lecce, 22 marzo 2022, n. 46.

41 Cons. Stato sez. VI, 15 settembre 2022, n. 7993: “L’art. 10 *bis* L. n. 241 del 1990, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, non vanno interpretate in senso formalistico, bensì avendo riguardo all’effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione. Ne deriva che l’omissione del preavviso di rigetto non cagiona l’automatica illegittimità del provvedimento finale qualora possa trovare applicazione l’art. 21-*octies*, comma 2, della stessa legge, secondo cui non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato, poiché detto art. 21-*octies*, attraverso la dequotazione dei vizi formali dell’atto, mira a garantire una maggiore efficienza all’azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all’attribuzione del bene della vita richiesto dall’interessato”; Tar Lazio, sez. IV Roma 11 novembre 2022, n. 14719 “Nell’ordinamento vigente, la violazione dell’art. 10 *bis*, l. n.

Ad avviso di chi scrive, la novella apportata dal D.l. Semplificazioni parrebbe, altresì, aver avuto un ulteriore risvolto positivo. Se si muta, infatti, la prospettiva della lettura della disposizione spostando l'angolo visuale dall'ottica dell'amministrazione a quello del privato istante è possibile ritenere che la modifica che esclude l'operatività della sanatoria processuale in caso di omesso invio del preavviso di rigetto possa essere interpretata come segno della rilevanza che l'ordinamento ha voluto assegnare alla partecipazione del privato in una fase dove l'amministrazione ha già confezionato il progetto del provvedimento (negativo), nonché di maggior tutela per gli istanti destinatari del diniego a fronte dell'esercizio di un'attività amministrativa discrezionale⁴². Diversa infatti è la posizione di colui che riceve la comunicazione di avvio del procedimento rispetto a quella di chi viene edotto dall'amministrazione della sua intenzione di

241/1990 non produce ex se l'illegittimità del provvedimento amministrativo finale, dovendo la disposizione sul preavviso di rigetto essere interpretata comunque alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, la quale impone al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo (nel caso di specie, stante il contenuto sostanziale del diniego di visto, giustificato dalle risultanze istruttorie che hanno indotto la P.A. a ritenere che le informazioni fornite per giustificare lo scopo del viaggio non fossero adeguatamente attendibili, la mancanza del preavviso di rigetto non è stata ritenuta causa di illegittimità del provvedimento finale, non potendo questo avere un contenuto diverso dal diniego di visto in concreto adottato)"; Tar Campania, Napoli, Sez. IV 1 settembre 2022, n. 5561: "l'art. 10 bis, l. n. 241/1990 ha la funzione di assicurare un'effettiva partecipazione dell'istante all'esercizio del potere amministrativo, sollecitando un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva. In tal modo, da un lato, si garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro, si consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibile di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione. L'applicazione del citato art. 10 bis permette, dunque, all'organo procedente di esaminare anticipatamente le deduzioni svolte dall'istante, al fine di pervenire ad una motivata decisione idonea a statuire su tutti i profili controversi influenti sulla regolazione del rapporto amministrativo. Tuttavia, tale disciplina deve essere coordinata con le previsioni di cui all'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990, dovendosi accogliere un'interpretazione funzionale delle disposizioni in tema di partecipazione procedimentale, al fine di evitare l'annullamento di provvedimenti che, benché assunti in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, presentino comunque un contenuto dispositivo che non avrebbe potuto comunque essere diverso da quello in concreto adottato".

42 Nel medesimo senso, D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – il nuovo preavviso di rigetto*, in <https://www.ildirittoamministrativo.it/Decreto-semplificazioni-procedimento-amministrativo-l-nuovo-preavviso-di-rigetto-Profilo/ted677>

negargli il bene della vita auspicato (non è un caso che il contraddittorio che si instaura con l'art. 10 *bis* sia stato definito “rinforzato”).

Alla luce delle considerazioni che precedono non può sottacersi del fatto che il periodo introdotto all'art. 21 *octies*, seconda parte, nonostante le critiche richiamate, abbia comunque avuto il merito di aver contribuito a far chiarezza sulla portata applicativa della sanatoria processuale, affidando questa volta al legislatore e non più al giudice la delimitazione dei relativi confini.

3.3 La motivazione nel preavviso di rigetto e i margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice

L'art. 12 comma 1, lett. e), della legge n. 120/2020, ha inciso su un ulteriore profilo dell'art. 10 *bis*, disponendo che: *“qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni”*.

La nuova formulazione, differenziandosi dalla precedente che prevedeva un generico obbligo di dar conto dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni addotte dal privato, rafforza l'obbligo motivazionale⁴³, laddove afferma che l'amministrazione, nel caso di provvedimento negativo adottato in seguito al supplemento di partecipazione scaturito dal preavviso di rigetto, debba dar conto delle ragioni dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni.

La disposizione puntualizza, altresì, che nel provvedimento finale di diniego, l'amministrazione, indicherà, *se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*⁴⁴. La motivazione finale non dovrà pertanto

43 Sulla motivazione cfr. Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 marzo 2020, n. 947, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it

44 La natura diversa e ulteriore di motivi di diniego (che devono corredare la motivazione) deve, infatti, essere indagata non in senso formalistico, ma guardando all'effettiva vicenda fattuale e giuridica come emerge dall'istruttoria procedimentale prima e dalla complessiva motivazione poi, poiché se è vero che non deve sussistere un rapporto di identità e di perfetta corri-

contenere un'analitica confutazione delle osservazioni procedurali svolte dalla parte, ai sensi dell'art. 10 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, essendo sufficiente che dalla motivazione si evinca che l'amministrazione abbia tenuto conto, nel loro complesso, di quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà⁴⁵. Si instaura così una sorta di parallelismo, “i motivi ostativi indicati nel preavviso di rigetto devono coincidere con quelli posti a fondamento del successivo provvedimento negativo che potrà essere integrato soltanto da considerazioni che sono la conseguenza delle osservazioni”⁴⁶.

La norma specifica poi che “*il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego*”.

Tale formulazione induce ad interrogarsi sul significato da attribuire all'espressione autorità competente.

In ragione del distinguo operato dal legislatore tra il responsabile e l'autorità competente (in genere il preposto all'organo cui appartiene il responsabile) risulta plausibile ritenere che l'estensore sia incorso in una trascuratezza redazionale e che con tale formulazione abbia voluto semplicemente richiamare il contenuto del dettato di cui all'art. 6, lett. e)⁴⁷ che individua, ove ne abbia competenza, il responsabile del procedimento come soggetto deputato ad adottare il provvedimento finale o in alternativa altro soggetto, in genere il responsabile dell'organo cui è incardinato il responsabile, diverso dal primo⁴⁸. La

spondenza tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, potendo l'amministrazione precisare la propria determinazione anche alla luce delle osservazioni del privato, è altresì necessario che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo del diniego si inserisca comunque nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell' art. 10 *bis* della legge 241/1990.

45 Consiglio di Stato sez. V, 6 settembre 2022, n. 7763.

46 Così G. MILO, ult. op. cit., 7.

47 Art. 6, lett. e) “*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*”.

48 A tal riguardo G. MILO, ult.op.cit, 8, la quale ritiene che “La legge nel richiamare e distinguere il responsabile del procedimento e autorità competente forse porta un primo, indiretto, richiamo all'idea che potrebbe essere opportuno, ai fini di imparzialità, distinguere l'organo che assume la predecisione a fondamento del preavviso di diniego dall'organo che valuta l'apporto

disposizione andrebbe dunque letta interpretando l'autorità competente come il soggetto deputato ad adottare la decisione finale, quando questa non spetti al responsabile del procedimento.

La legge n. 120/2020, introduce poi un ulteriore elemento di novità: *“In caso di annullamento del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”*, elaborando un testo che mira a segnare un punto nel dibattito formatosi sul rapporto tra il principio di inesauribilità del potere ed effettività della tutela⁴⁹.

La *ratio* più plausibile della disposizione sembra essere quella di circoscrivere la portata del principio di inesauribilità del potere amministrativo in sede di suo riesercizio a seguito dell'annullamento del provvedimento da parte del giudice⁵⁰, prevedendo l'art. 10 *bis* limiti ulteriori rispetto a quelli derivanti dall'effetto conformativo della sentenza⁵¹.

Si rammenta, infatti, che tradizionalmente, muovendo dal principio di inesauribilità del potere amministrativo e sull'assunto che il giudicato copra solo i vizi del provvedimento esposti nel ricorso⁵², è stato ritenuto che a seguito della sentenza di annullamento residuasse sempre in capo all'amministrazione, il potere di adottare un nuovo provvedimento⁵³.

procedimentale del privato e assume la decisione finale”.

49 Sull'inesauribilità del potere cfr., G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla “inesauribilità” del potere amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2002; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 224.

50 Sul punto cfr. Relazione illustrativa del d.l. Semplificazioni.

51 Così D. PROFILI, *ult.op.cit.*

52 Sul giudicato cfr. F. BENVENUTI, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, Vol. XVIII, 893 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc.amm.*, 2006, 919 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 1 ss.

53 Sul fatto che il giudicato non consuma il potere dell'amministrazione di provvedere, se non per gli aspetti da esso coperti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2006, n. 2714, “Nel caso di giudicato di annullamento per difetto di motivazione, non può escludersi il potere della pubblica amministrazione di provvedere negativamente in ordine all'oggetto dell'atto precedentemente annullato, essendole imposto soltanto di esplicitare adeguatamente i motivi posti alla base della nuova determinazione, motivi non sufficientemente o dichiaratamente espressi in prece-

Come sappiamo però l'effetto conformativo della sentenza di annullamento vincola la successiva attività dell'Amministrazione di riesercizio del potere, atteso che il giudice, una volta accertata l'invalidità dell'atto e i motivi che la provocano, stabilisce (in maniera più o meno piena a seconda del tipo di potere che viene esercitato e della natura del vizio formale o sostanziale riscontrato) il corretto modo di riedizione del potere, dettando così la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua successiva attività. L'effetto conformativo incontra tuttavia un limite, essendo circoscritto ai motivi che l'amministrazione ha posto a fondamento del provvedimento che è stato impugnato e poi annullato, non estendendosi dunque a quella parte delle ragioni non rilevate⁵⁴.

A fronte del riesercizio del potere da parte dell'amministrazione, il rischio che il privato possa essere potenzialmente destinatario di una pluralità di provvedimenti negativi fondati su motivi diversi rispetto a quelli oggetto della sentenza, tali da comprometterne una tutela piena ed effettiva, ha spinto sia la dottrina, che la giurisprudenza a ricercare dei temperamenti alla riedizione del potere dell'amministrazione⁵⁵.

Secondo un primo orientamento, definito dell' "one shot" puro⁵⁶, l'amministrazione nella motivazione del provvedimento sarebbe tenuta ad esporre in modo analitico tutte le ragioni che sono a fondamento della decisione adottata,

denza".

54 G. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Neldiritto editore, 2021, 874, che evidenziano altresì che: "Ovviamente è altresì necessario che il secondo provvedimento non risulti adottato in elusione del giudicato: il che ne determinerebbe la radicale nullità ex art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, rilevabile dal giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114, comma 3, lett. b), c.p.a."

55 In argomento N. SPADARO, *La tutela degli interessi oppositivi tra riedizione del potere successiva al giudicato e risarcimento del danno da disturbo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2021, 781, richiama sia quella tesi secondo cui "deve ritenersi sussistente un onere in capo alla Pubblica amministrazione, già dalla prima spendita del potere amministrativo di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere, con preclusione della loro deduzione in qualsiasi momento successivo", sia quell'elaborazione pretoria secondo cui "sussiste un potere dovere dell'Amministrazione di attivarsi affinché l'istruttoria procedimentale sia il più possibile rappresentativa della realtà" (Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1355; Cons. Stato, sez. VI 23 febbraio 2004, n. 695).

56 A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 37.

essendole precluso, a seguito dell'intervenuta sentenza di annullamento, di riesercitare il potere in senso analogo. Essa potrebbe dunque rideterminarsi soltanto sulla base di diversi presupposti e motivi.

Tale impostazione tuttavia non è andata esente da critiche per due ordini di ragioni: la prima è che essa mal si concilierebbe con i principi di efficacia e di efficienza, la seconda è che l'amministrazione sarebbe inevitabilmente esposta ad un gravoso obbligo motivazionale⁵⁷.

Una diversa tesi di matrice processualciviltistica - muovendo dall'assunto che anche il giudicato amministrativo, al pari di quello civile, coprisse il dedotto e il deducibile, con conseguente estensione della preclusione del giudicato anche alle questioni non dedotte nel giudizio - ha affermato che "la riedizione del potere, con commissione di nuovi vizi, integra una violazione del giudicato ogni qualvolta i nuovi vizi siano derivati da una nuova valutazione su aspetti incontroversi e non indicati dal giudicato come necessitanti di una nuova valutazione"⁵⁸.

Accanto a tali posizioni ne è emersa un'ulteriore, definita "mediana", in base alla quale, a seguito della formazione del giudicato, la pubblica amministrazione possa sì riesercitare il proprio potere (discrezionale), ma soltanto una sola volta (*one shot* temperato)⁵⁹.

Se è pur vero, infatti, che nel nostro ordinamento il riesercizio del potere discrezionale non può essere precluso in via assoluta⁶⁰, tuttavia, in seguito alla formazione del giudicato, l'amministrazione sarà tenuta a "riesaminare l'affare nella sua interezza", non potendo in seguito ritornare sulla propria decisione anche in relazione a profili non valutati⁶¹. Ciò al fine di segnare un punto defi-

57 In tal senso R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 875.

58 Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

59 Aderiscono a tale impostazione Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2015, n. 1686; Cons. Stato, sez. IV, 24 giugno 2020, n. 4057.

60 D. SERRA, *ult.op.cit.*, 7.

61 Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457, entrambe reperibili in www.giustiziaamministrativa.it

nitivo alla vicenda tra privato e amministrazione, impedendo l'adozione reiterata di una serie di atti sfavorevoli per il destinatario fondati su profili diversi rispetto a quelli coperti dal giudicato.

Occorre tuttavia effettuare una precisazione: il principio del “*one shot*” temperato non preclude però la possibilità di considerare i fatti sopravvenuti, i quali possono, senza preclusione alcuna, formare oggetto di valutazione nel nuovo *iter* procedimentale⁶².

Nel dibattito, al fine di far luce sul problema relativo all'individuazione di un equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 2 del 2013, la quale ha affermato che “l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato di interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza”⁶³. Laddove la riedizione del potere sia fondata su una diversa valutazione dei fatti implicitamente o esplicitamente oggetto del giudicato, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto (arrivando ad una soluzione di compromesso tra il valore dell'effettività tutela e quello della “salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione”) che non possa escludersi, in via generale, la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame da parte del giudice.

Alla luce di tali argomentazioni l'Adunanza plenaria ha, pertanto, concluso di non poter condividere quelle tesi fondate sul principio di effettività della giustizia amministrativa che affermano il divieto di riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, in quanto contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione, pur precisando tut-

62 Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2014, n. 1457 e Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686.

63 Così Ad Plen Cons. Stato, n. 2/2013 nella parte del considerato in diritto.

tavia che la riedizione del potere deve essere sottoposta a precisi limiti e vincoli⁶⁴.

In sede di primi commenti delle modifiche introdotte all'art. 10 *bis*, dalla legge n. 120/2020 da più parti si è affermato che il legislatore abbia elaborato una soluzione che pare avvicinarsi a quella dello “*one shot*” puro⁶⁵. All'amministrazione sarebbe infatti precluso, in sede di adozione del provvedimento, di effettuare delle valutazioni che non siano conseguenza delle osservazioni e della documentazione prodotte dal privato, o di addurre a fondamento di un diniego “motivazioni emergenti nell'istruttoria di cui non fosse dato conto nella prima comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento (e dunque nel successivo annullamento)”⁶⁶. In questo caso, come è stato evidenziato, alla portata conformativa tipica della sentenza di annullamento (variabile, come noto, in base alla tipologia delle censure accolte) si aggiungerebbe “una sorta di effetto preclusivo *ex lege*, che impedirebbe all'amministrazione di porre a fondamento della decisione, in sede di rinnovazione del potere innescato dalla sentenza caducatoria, motivi già emergenti dall'istruttoria e non esternati in sede provvedimentoale”⁶⁷.

Di recente la tesi del recepimento nell'art. 10 *bis* dello *one shot* puro è stata messa in discussione da chi ha invece letto nella norma la presenza dello *one shot* temperato⁶⁸.

64 In senso analogo si è posto anche Cons. Stato sent. n. 1321/2019 laddove ha affermato che quando è impugnato un provvedimento discrezionale i limiti oggettivi del giudicato sono ancorati agli specifici argomenti di fatto e di diritto che integrano la violazione accertata dal giudice.

65 In tal senso P. CHIRULLI, “*The anatomy of administrative law*”: suggestioni di una lettura, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 646 ss.; G.A. PRIMERARO, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 157 ss.

66 Così G. SERRA, cit., 8.

67 M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziansieme.it, che rileva che: “Nel nuovo dettato normativo emerge che l'effetto preclusivo del preavviso di diniego si prolunga e si riverbera anche sull'attività amministrativa ulteriore ad una pronuncia giurisdizionale di annullamento”.

68 M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi*, 6 aprile, 2022, 155, il quale sottolinea come nella fattispecie dell'art. 10 *bis*, come modificato dalla legge n. 120/2020, non si sia “dinnanzi a un caso ove l'Amministrazione può pronunciar-

Al di là della riconduzione dello schema procedimentale dettato dal nuovo art. 10 *bis* all'uno o all'altro principio, ciò che appare chiaro è l'intento del legislatore, peraltro esternato nella Relazione illustrativa del d.l. Semplificazioni, quello cioè di evitare che l'annullamento derivante dal mancato accoglimento delle osservazioni del privato, a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, “dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo”⁶⁹.

Altra questione è invece se la disposizione novellata abbia effettivamente raggiunto lo scopo voluto e in particolare se abbia conseguito l'intento di circoscrivere la portata del principio di inesauribilità del potere amministrativo.

Il legislatore nella nuova formulazione dell'art. 10 *bis* ha introdotto una preclusione procedimentale quando ha stabilito l'impossibilità per l'amministrazione, a seguito dell'annullamento del diniego (adottato in seguito all'invio della comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza), di riprodurre le ragioni poste a fondamento dello stesso in un momento successivo.

Vero è però che la disposizione riformata non funge da preclusione assoluta, residuando, a ben vedere, degli spazi aperti alla riedizione del potere⁷⁰.

La norma fa infatti riferimento al provvedimento “così adottato”, lasciando intendere che la preclusione operi quando si sia fedelmente riprodotto

si una sola volta in modo negativo all'istanza del privato, prescrivendo, invece il nuovo periodo dell'art. 10 *bis*, che, una volta intervenuto l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego, illegittimo perché magari insufficientemente motivato quanto al suo non accoglimento delle osservazioni presentate dal privato a seguito del preavviso di rigetto, l'Amministrazione debba decidere la fattispecie nella sua interezza, esercitando una volta per tutte il suo potere in modo conforme al giudicato e non basando un eventuale ulteriore provvedimento di diniego su circostanze e ragioni già emerse nella fase istruttoria e che sono state o avrebbero dovuto essere comunicate all'interessato”.

69 Così la Relazione illustrativa al d.l. semplificazioni.

70 Sul P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 31 ss. che sottolinea, se pur in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 10 *bis*, la inidoneità del preavviso di rigetto a rappresentare la base normativa per la preclusione del riesercizio del potere in senso sfavorevole al privato.

lo schema procedimentale descritto dalla norma⁷¹. Ne deriverebbe pertanto che nessun impedimento alla riedizione del potere potrebbe configurarsi nell'ipotesi in cui l'amministrazione si astenga dall'inviare al privato la comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda o diversamente nel caso in cui tale adempimento sia effettuato dall'amministrazione, ma il privato ometta di presentare osservazioni, o quando, ancora, l'amministrazione non dia conto dei motivi del mancato accoglimento delle osservazioni.

A ciò si aggiunge un'ulteriore circostanza evidenziata in dottrina. Se a seguito dell'annullamento del diniego per vizi concernenti l'istruttoria⁷² si dovesse configurare la necessità di procedere alla sua rinnovazione o anche soltanto alla sua integrazione, la preclusione procedimentale non potrebbe operare, con conseguente possibilità di poter porre a fondamento del nuovo diniego eventuali nuovi motivi che dovessero emergere nel corso della istruttoria ripetuta o integrata.

In tempi recenti non è mancata da parte della giurisprudenza l'evidenziazione di come a fronte di una pronuncia giudiziale che impone una rivalutazione su taluni profili, la preclusione di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990 si troverebbe ad essere comunque recessiva.

Atteso che quando è lo stesso giudicato a devolvere il riesame della fattispecie all'Amministrazione, affermando solo dei principi guida, essa deve necessariamente poter apprezzare, a tal fine, anche il materiale già versato nella prima istruttoria. "L'esigenza di un completo accertamento risulta, in questo senso, superiore a quella dell'operatività di un automatico meccanismo preclusivo, cosicché a fronte di un primo diniego cui segue un giudicato di annulla-

⁷¹ A tal riguardo cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto di giustizia*, cit., 573 ss.

⁷² Sul punto cfr. M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2022, 39: "quanto al modello della preclusione di cui all'art. 10-bis della l. n. 241/1990, occorre prestare particolare attenzione, in quanto la preclusione è un fatto meccanico, anche contingente, occasionale, che non consente di stabilire per quale motivo l'istruttoria non sia stata completa o il provvedimento non abbia rilevato tutti gli elementi utili all'accertamento".

mento, la pubblica amministrazione sarebbe onerata, nella sua attività conformativa al giudicato, di riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione — solo a questo punto, e quindi, in sostanza, dopo il secondo diniego — di tornare a decidere sfavorevolmente per il richiedente”⁷³.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che il tentativo del legislatore di “circoscrivere” la riedizione del potere a seguito dell’annullamento giurisdizionale pare assumere una portata ridotta rispetto a quella auspicata. In sostanza, il terzo periodo dell’art. 10 *bis* non contribuirebbe dunque ad intaccare il principio di inesauribilità del potere dell’amministrazione.

4. Conclusioni

Volendo formulare una valutazione complessiva di sintesi con riguardo alla novella dell’art. 10 *bis* preme evidenziare come la riforma abbia solo in parte composto alcune delle criticità pregresse, lasciando ancora aperte antiche questioni che nella Relazione illustrativa al d.l. Semplificazione si era dichiarato di voler risolvere.

Può senz’altro spendersi un giudizio positivo riguardo alle modifiche che hanno interessato la sostituzione del lemma interruzione con quello di sospensione, ponendo dunque fine alle diverse interpretazioni sorte sul punto, così come quella di assegnare all’amministrazione un periodo aggiuntivo di “dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni”, in modo da consentire a quest’ultima di effettuare una miglior ponderazione/valutazione dell’apporto del privato.

Con riguardo alla previsione che esclude l’applicabilità della sanatoria processuale di cui all’art. 21 *octies*, comma 2, secondo periodo, all’omesso invio del preavviso di rigetto, giusto le considerazioni svolte nel paragrafo 3.2, occor-

73 CONS. ST., SEZ. VI, 4 MAGGIO 2022 N. 3480. Cfr. sul punto Osservatorio sulla giustizia amministrativa, AA.VV., Foro Amministrativo (II), fasc.3, 1 marzo 2022, 307.

re interrogarsi se aggiungere il terzo periodo alla disposizione in esame fosse da considerarsi effettivamente necessario.

L'interpretazione letterale della norma farebbe propendere per ritenere l'*addenda* superflua, atteso che appare evidente come la sanatoria processuale di cui al comma 2, seconda parte, dell'art. 21 *octies*, vada riferita, per espressa volontà del legislatore del 2005, unicamente ai casi di omessa comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7, della legge n 241/1990. Vero è però che l'affermarsi nel tempo dell'orientamento che ha equiparato le garanzie procedurali degli artt. 7 e 10 e la circostanza che la disposizione di cui all'art. 21 *octies* comma 2, non sia stata considerata come norma eccezionale, ha spinto il legislatore del 2020 a porre un freno all'elaborazione pretoria richiamata e a indicare la strada per una corretta interpretazione della norma.

Relativamente infine all'efficacia del novellato art. 10 *bis* a limitare o meno il riesercizio del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del giudice amministrativo del provvedimento di diniego non pare che la disposizione in esame sia riuscita nell'intento. Si è osservato, infatti, come la preclusione procedimentale introdotta con la nuova formulazione dell'art. 10 *bis* non vada considerata come "assoluta", non operando nelle ipotesi in cui non sia stata riprodotta la sequenza descritta nell'art. 10 *bis* o nelle diverse ipotesi in cui l'amministrazione sia tenuta a rinnovare o integrare l'istruttoria. Se dunque una delle finalità perseguite dal legislatore era quella di circoscrivere o di inficiare il dogma dell'inesauribilità del potere essa non pare essere stata raggiunta.

La riforma poi nulla incide su una larga parte di procedimenti, non solo perché l'operatività dell'art. 10 *bis* resta limitata a quelli ad istanza di parte, ma soprattutto perché (nonostante la diversa intenzione espressa inizialmente nel d.l. semplificazioni) in fase di conversione è stata confermata l'esclusione dall'ambito di applicazione del preavviso di rigetto delle procedure concorsuali, assistenziali e previdenziali.