

CONCORSO INTERNO
POLIZIA di **STATO**

118 **VICE**
COMMISSARI

TEMI SVOLTI per la
PROVA SCRITTA

in materia di

- **DIRITTO AMMINISTRATIVO** con particolare riferimento alla legislazione speciale in materia di pubblica sicurezza
- **DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE**

NLD
CONCORSI

14. Vizi formali e procedurali del provvedimento amministrativo, con particolare riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento e al preavviso di rigetto (avanzata)

di Matteo Cortese

Il procedimento amministrativo, secondo una concorde definizione dottrinale e giurisprudenziale, consiste in una serie di atti, fatti, operazioni materiali, tra loro collegati, posti in essere in vista di un risultato. All'esito di tali operazioni, l'amministrazione procedente adotta l'atto conclusivo del procedimento che prende il nome di provvedimento.

L'attività proceduralizzata assicura una rappresentazione sincronica e una successiva ponderazione da parte dell'autorità procedente dei diversi interessi – pubblici e privati – di volta in volta coinvolti nei processi decisionali. La comparazione dei diversi interessi è resa possibile dalle caratteristiche dell'azione amministrativa procedimentale, tra le quali spicca la partecipazione dei soggetti interessati (*id est*, oltre ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a spiegare effetti, anche i portatori di interessi pubblici o privati o i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento). Instaurando il contraddittorio nel procedimento, interessati e controinteressati possono fornire indicazioni, spunti, elementi, sia in un'ottica collaborativa, a supporto dell'amministrazione procedente, sia per opporsi – fin dalla fase procedimentale – all'azione amministrativa stessa.

La **centralità del procedimento amministrativo** nell'ambito dei moduli operativi delle amministrazioni pubbliche si è affermata progressivamente, soprattutto per effetto della l. 7 agosto 1990, n. 241. Tale intervento normativo ha il pregio di aver positivizzato i principi fondamentali dell'azione amministrativa procedimentale e di aver individuato modalità comuni a tutti i procedimenti, assicurando pubblicità, trasparenza, partecipazione e uniformità nell'assunzione delle decisioni.

Questa incidenza sempre più marcata del procedimento, e dei suoi connessi istituti di partecipazione, ha dato la stura a riflessioni circa l'esistenza di un principio del **giusto procedimento** che opera sulla falsa riga del giusto processo, che ha ormai trovato piena cittadinanza nel nostro ordinamento e, una volta ammessa l'esistenza del giusto procedimento, alle riflessioni circa la sua eventuale copertura costituzionale.

Il dibattito attorno alla costituzionalità del giusto procedimento è quanto mai vivo e, per questo, occorre sinteticamente darne conto.

Secondo un primo orientamento, il giusto procedimento è divenuto *elemento indefettibile* di ogni decisione pubblica, finendo per coincidere con il buon andamento dell'amministrazione, richiamato dall'art. 97, comma 2, cost. In questo senso, il giusto procedimento costituirebbe un principio pienamente "costituzionalizzato", con la conseguenza che non è possibile per la pubblica amministrazione agire in modo difforme dallo schema procedimentale.

Esiste, però, anche un diverso orientamento secondo il quale il giusto procedimento non può consistere in una duplicazione, sul diverso piano procedimentale, del principio del giusto processo. A sostegno di tale opinione si richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale che, intervenuta più volte sulla questione, ha negato che il giusto procedimento sia un principio dotato di copertura costituzionale. La Corte, piuttosto, lo ha inquadrato nel novero dei principi generali dell'ordinamento, sicuramente indefettibile in molte materie, ma non del tutto inderogabile.

D'altra parte, deroghe al principio del giusto procedimento amministrativo avvengono nel caso delle leggi provvedimento in cui il legislatore, sostituendosi all'amministrazione, provvede in

concreto su alcune questioni incidendo direttamente sulle posizioni dei consociati, senza dare loro la possibilità di partecipare al procedimento (sulla base del fatto che il procedimento legislativo non contempla istituti di partecipazione procedimentale analoghi a quelli rinvenibili nelle regole sul procedimento amministrativo). A tal riguardo, non può non osservarsi il recente mutamento della posizione della Corte costituzionale che avvalorerebbe la tesi favorevole alla intervenuta costituzionalizzazione del giusto procedimento. Con la sentenza 19 maggio 2020, n. 116, la Corte ha chiarito che – anche per il legislatore statale, oltre quello regionale – vi sarebbero materie “*naturaliter* amministrative” nelle quali la partecipazione dei privati al procedimento è fondamentale e, anzi, indefettibile. Secondo la dottrina, però, più che di vera e propria riserva di amministrazione, la Corte avrebbe lasciato intendere che esiste una sorta di *riserva di procedimento*, nel senso che in tali materie (comunque non definite dalla Corte), il bilanciamento tra contrapposti interessi che si realizza nell’ambito del procedimento amministrativo diventa un momento indefettibile per assicurare la correttezza delle decisioni.

Si assiste, quindi, a una valorizzazione del giusto procedimento e, in particolare, del momento partecipativo, a cui fa da contraltare la tendenza del legislatore a dequotare il rispetto delle forme a vantaggio della sostanza. Con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, infatti, il legislatore ha compiuto un significativo intervento modificativo della l. n. 241/1990 introducendo, per quanto di rilievo, l’art. 21-*octies*. Si tratta di una norma, che si analizzerà più dettagliatamente in seguito, che impone al giudice chiamato a sindacare dell’illegittimità di un provvedimento, di concentrarsi sui profili sostanziali del procedimento, andando al di là del rispetto di mere formule sacramentali. Tendenza, peraltro, pienamente in linea con una torsione in senso efficientistico sull’azione amministrativa che è stata impressa da coevi interventi normativi.

Da quanto precede, pare si possa agevolmente intravedere un’oscillazione del giusto procedimento, tra esigenze formali, che sanzionano l’omissione di segmenti procedimentali, ed esigenze sostanziali, che invece ne sostengono il superamento, onde evitare un’eccessiva rigidità dell’azione amministrativa.

Ciò posto, è possibile soffermarsi più da vicino sugli istituti peculiari con i quali il contraddittorio viene assicurato nell’ambito del procedimento amministrativo.

La partecipazione è assicurata mediante la **comunicazione di avvio del procedimento**, con la quale si permette al privato di venire a conoscenza dell’esistenza di un procedimento amministrativo, potenzialmente incidente sulle sue posizioni giuridiche. Con essa si realizza il contraddittorio, principale garanzia del giusto procedimento.

I destinatari della comunicazione di avvio del procedimento sono: *i*) coloro nella cui sfera il provvedimento è destinato a incidere in via diretta; *ii*) coloro legittimati a intervenire *ex lege* in quanto enti esponenziali istituiti per la cura di interessi diffusi; *iii*) i soggetti, individuati o facilmente individuabili, nei cui confronti l’adottando provvedimento potrà causare un pregiudizio (artt. 7 e 9 l. n. 241/1990). Nel caso sussistano esigenze di celerità l’art. 7 della l. n. 241/1990 esonera esplicitamente l’amministrazione dall’obbligo di comunicazione del procedimento. Altre ipotesi di esonero sono contemplate dall’art. 13 della l. n. 241/1990 e riguardano l’attività diretta all’emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, ecc. per i quali restano ferme le ordinarie norme che ne regolano la formazione.

Ai soggetti, come sopra individuati, ammessi a partecipare al procedimento, l’art. 10 della l. n. 241/1990 consente di prendere visione degli atti del procedimento (secondo il c.d. accesso procedimentale, regolato dagli artt. 22-ss. della l. n. 241/1990) e di presentare memorie scritte e documenti che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare, purché pertinenti all’oggetto del procedimento. È alla luce di tali facoltà che l’ordinamento consente ai partecipanti al procedimento di intervenire per orientarne, in un certo senso, l’esito.

Il contraddittorio procedimentale è rafforzato dall’istituto del **preavviso di rigetto** *ex art. 10-bis* della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 15/2005.

Esso consiste in una *seconda comunicazione*, indirizzata però alla sola parte istante (tanto è vero che tale istituto riguarda solo i procedimenti aperti su istanza di parte e non quelli avviati d’ufficio), con la quale si porta a sua conoscenza dell’esistenza di motivi ostativi all’accoglimento

14. Vizi formali e procedurali del provvedimento amministrativo, con particolare riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento e al preavviso di rigetto (avanzata)

dell'istanza. È, appunto, un preavviso di rigetto dell'istanza, a fronte del quale il destinatario ha dieci giorni di tempo (termine perentorio) per produrre memorie e depositare documenti che, ove pertinenti, dovranno essere valutati dall'amministrazione nell'adottare la decisione finale, con la conseguenza che la motivazione del provvedimento di diniego (definitivo) dovrà indicare anche le *ragioni del mancato accoglimento delle deduzioni dell'interessato*. In questo modo si realizza quello che la dottrina ha definito una *duplicazione della motivazione*, perché essa dovrà tenere conto sia delle osservazioni depositate dal privato a seguito di intervento *ex art. 7 l. n. 241/1990*, sia di quelle deduzioni depositate a seguito di invito *ex art. 10-bis l. n. 241/1990*. Nel caso in cui il privato non depositi deduzioni, l'amministrazione procedente – secondo il più consolidato orientamento giurisprudenziale – può limitarsi a motivare in relazione alle ragioni di cui al preavviso di rigetto. Da ciò si desume la necessità, in ogni caso, che l'amministrazione adotti il provvedimento finale, ammettendosi unicamente una motivazione *per relationem* dello stesso, nel caso di omesso deposito delle deduzioni in sede di preavviso di rigetto.

Particolarmente dibattuta è la questione se il preavviso di rigetto vada comunicato nel caso in cui l'amministrazione ritiene di accogliere soltanto in parte l'istanza del richiedente. Per l'orientamento maggioritario tale passaggio può essere omesso esclusivamente nel caso in cui, nonostante l'accoglimento parziale dell'istanza, il privato *consegua comunque il bene della vita* o, se si preferisce, *l'utilità* a cui aspira e per la quale ha presentato l'istanza.

Altro problema spinoso è se sia consentito all'amministrazione di adottare il provvedimento finale adducendo, per la prima volta dopo la comunicazione di preavviso di rigetto, nuove motivazioni. La risposta preferibile è di segno negativo, in quanto laddove si ammettesse una simile evenienza verrebbe irreparabilmente frustrata l'utilità dell'istituto in esame.

All'esito delle modifiche apportate all'art. 10-bis dall'art. 12, comma 1, lett. e), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in l. 11 settembre 2020, n. 120, emerge *per tabulas* l'impossibilità per l'amministrazione di indicare per la prima volta motivi ostativi all'accoglimento a seguito di annullamento giurisdizionale del (primo) provvedimento. In altri termini, se il provvedimento finale viene annullato dal giudice amministrativo su richiesta dell'interessato, l'amministrazione – in sede di riesercizio del potere – dovrà svolgere una valutazione integrale della situazione conformandosi al giudicato. Nel fare ciò, potrà benissimo evidenziare nuovi motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato purché questi siano, effettivamente, nuovi. Non siano, cioè, motivi che avrebbero potuto essere riscontrati già nell'istruttoria precedente e già indicati nel preavviso di rigetto. Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, si eluderebbe la disciplina normativa sul preavviso. Parte della dottrina parla di *one shot* temperato, nel senso che verrebbe data all'amministrazione un'unica occasione di riesaminare *funditus* l'istanza, esaurita la quale la stessa non potrà addurre nuove ragioni ostative all'accoglimento.

Comunicazione di avvio del procedimento e preavviso di rigetto permettono la *concreta realizzazione del contraddittorio procedimentale* e, attraverso il secondo istituto, ne valorizzano la portata, rafforzando la posizione del privato nei confronti dell'amministrazione procedente.

È, quindi, essenziale comprendere quale sia il regime di **invalidità del provvedimento** emanato senza che l'amministrazione abbia prima comunicato l'avvio della comunicazione oppure il preavviso di rigetto.

L'art. 21-*octies* della l. 241/1990 dispone che è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Da tale norma si ricava la tripartizione dei vizi del provvedimento – violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza – che fin dall'art. 4 della l. 31 marzo 1889, n. 5992 ha caratterizzato l'esercizio del potere di annullamento da parte del giudice amministrativo. In tal guisa, pare agevole sostenere che il loro inserimento nella legge sul procedimento amministrativo non abbia rappresentato un profilo innovativo, essendo piuttosto la riproposizione degli ordinari vizi di legittimità del provvedimento, che pacificamente trovavano già allora piena cittadinanza nel nostro ordinamento. Peraltro, in linea con il citato art. 21-*octies* si pone l'art. 29 c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che ribadisce la consueta tripartizione dei vizi, specificando il termine decadenziale di sessanta giorni entro il quale va proposta l'azione di annullamento dinanzi al giudice