

**Senato della Repubblica, audizione informale in videoconferenza del Prof. Avv. Francesco Goisis in relazione all'esame del disegno di legge di conversione del D.L. 76/2020-A.S. 1883.**

Il D.L. 76/2020 tratta di moltissime questioni di spiccato interesse amministrativistico, in un'ottica di semplificazione per il privato e di riduzione di rischi per il decisore pubblico quali coerenti condizioni perché la funzione amministrativa non si traduca in un freno alla ripresa dell'economia.

In questa sede mi limiterò a una breve analisi di alcuni punti specifici e, a mio giudizio, di maggior rilievo sistematico. Essi sono relativi al procedimento amministrativo visto quale fase in cui realizzare un effettivo contraddittorio, capace di, almeno in parte, risolvere il conflitto di vedute e di interessi tra Amministrazione ed il privato in modo collaborativo e in una fase precedente a quella giurisdizionale. Ossia, se si vuole, come strumento di preventiva ADR e quindi di deflazione del contenzioso giudiziale.

**I. Termini procedurali e modifica all'art. 2, l. 241/1990 (Art. 12, co. 1, lett. a, DL 76/2020).**

Il nuovo comma 8-bis dell'art. 2 l. 241/1990 prevede l'inefficacia di alcuni provvedimenti adottati fuori termine, per rendere effettivo il meccanismo del silenzio-assenso.

La misura si apprezza soprattutto laddove rende inefficace un diniego (o comunque un atto con effetti inibitori) tardivo, che faccia seguito alla maturazione del silenzio assenso *ex art. 20 l. 241/1990* o al decorso di altri termini perentori, determinando quindi l'inutilità della impugnazione di tale diniego-atto inibitorio in sede giurisdizionale.

Al fine di *i)* rendere più sicura questa conseguenza (totale inefficacia del provvedimento tardivo negativo e quindi inesistenza di un onere di tempestiva impugnazione), e, allo stesso tempo, di *ii)* non impedire, ed anzi, su richiesta

*Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177*

dell'interessato, rendere necessaria l'emanazione, pur tardiva, di un provvedimento di conferma dell'avvenuto effetto autorizzativo, meglio sarebbe però precisare che tali atti tardivi sono nulli, e che lo sono solo ove di contenuto negativo.

Il concetto di inefficacia del provvedimento amministrativo è infatti piuttosto incerto ed impreciso, e rischia quindi di lasciare spazio ad interpretazioni riduttive, mentre l'emanazione tardiva di un provvedimento di conferma potrebbe in effetti essere sempre utile per dare maggior certezza al privato e, così, da es., favorire la bancabilità del progetto.

**Ipotesi di possibile emendamento.**

L'art. 12, comma 1, lett. a), n. 2) è così integralmente sostituito:

*“2) dopo il comma 8, è inserito il seguente:*

*8-bis. Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, comma 3 e 6-bis, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono ad ogni effetto nulli ed inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni e che, su richiesta dell'interessato che dichiara di averne interesse, deve essere sempre emanato un atto meramente confermativo del provvedimento formatosi per silenzio assenso”*

Vi sarebbe poi da ragionare sull'intero sistema delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento.

Allo stato, la giurisprudenza del tutto prevalente esclude che la tardività del provvedimento restrittivo della sfera giuridica del destinatario ne determini l'illegittimità, rendendo quindi i relativi termini pressoché inutili, perché di carattere meramente ordinatorio.

Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177

Per risolvere questa insoddisfacente situazione e così assai più efficacemente assicurare la tempestività dell'azione amministrativa, basterebbe aggiungere al successivo comma 9 dell'art. 2, l. 241/1990, un'indicazione espressa nel senso dell'illegittimità-annullabilità:

**Ipotesi di possibile emendamento.**

Dopo l'art. 12, comma 1, lett. a), è inserito il n. 3)

*“il comma 9 è così integralmente sostituito:*

*9. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente, e, nel caso di provvedimenti sanzionatori o comunque limitativi della sfera giuridica dei privati, la tardiva emanazione ne determina sempre l'annullabilità ai sensi dell'art. 21 octies, comma 1”.*

**II. Modifica dell'10 bis, l. 241/90 (Art. 12, co. 1, lett. c, DL 76/2020).**

In caso di annullamento in giudizio del diniego, l'amministrazione, nel riesercizio del potere, non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

La finalità della disposizione è di evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito del preavviso di diniego determini plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni ogni volta diverse, tutte ostative. Ciò in coerenza con il noto principio, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, per cui non risulta *"accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private"* (così ad es. Consiglio di Stato sez. VI, 25/02/2019, n. 1321).

Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177

Trattasi dell'affermazione di un importante principio di garanzia per il privato, laddove esso faccia valere un interesse pretensivo nei confronti della PA e quest'ultima non abbia prontamente instaurato un effettivo e completo contraddittorio procedimentale con l'istante in ordine a tutte le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza.

V'è solo da chiedersi se una simile tutela non meriterebbe di essere introdotta in via legislativa anche a favore del privato che si opponga all'esercizio di un potere restrittivo della propria sfera giuridica, capace di avere effetti del tutto analoghi (se non ancora più gravi) a quelli del mancato accoglimento di un'istanza, cioè ad es. di inibire l'esercizio di un'attività produttiva già in atto (effetto, se si vuole, ancor più paralizzante delle attività economiche rispetto alla mancata autorizzazione ad iniziare un'attività).

In altri termini, al fine di imporre all'Amministrazione una piena, trasparente e tempestiva istruttoria quanto a tutti i presupposti sostanziali dell'esercizio del potere restrittivo e di garantire l'affidamento del privato, si potrebbe stabilire che la PA debba esternare già nel provvedimento finale, o, meglio ancora, già in un atto di chiusura dell'istruttoria che lo preceda e a cui il privato possa replicare entro un termine perentorio, tutte le ragioni alla base del provvedimento restrittivo e che poi, nel riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale, non possa mai confermare la propria scelta dispositiva sulla base di una ragione non già comunicata al privato nel contesto del provvedimento finale, oppure nell'atto di chiusura dell'istruttoria.

### **Ipotesi di possibile emendamento.**

L'art. 12, comma 1, lett. e), è così integralmente sostituito:

*“e) l'articolo 10-bis è così integralmente sostituito:*

*1. 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.*

*Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177*

2. Nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio destinati all'emanazione di provvedimenti finali limitativi della sfera giuridica dei privati, ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento, comunica tempestivamente ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti i motivi alla base della decisione.

3. Nei casi previsti dai precedenti commi, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione 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 i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti 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 indicando, se ve ne sono, i soli motivi 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 già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato".

### **III. Modifica del 21 octies comma 2 (Art. 12, comma 2, lett. i).**

Si stabilisce che al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis sul preavviso di diniego non si applica la norma di cui all'art. 21-octies, co. 2, secondo periodo, che esclude l'annullabilità in caso in mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177

Così, però, si elimina l'equiparazione della violazione dell'art. 10-bis a quella dell'art. 7 perché sono norme che esprimono il contraddittorio da due punti di vista diversi (nei procedimenti ad istanza di parte manca la comunicazione di avvio del procedimento, perché quest'ultimo inizia a seguito dell'istanza; mentre nei procedimenti ad iniziativa ufficiosa, il privato deve essere edotto dell'inizio del procedimento, per poter ivi manifestare il proprio punto di vista) e, d'altra parte, si ammette comunque una dequotazione del vizio, ai sensi del primo periodo del co. 2 ("*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*"), quale spesso inteso in giurisprudenza amministrativa come previsione che (contrariamente al suo dato letterale) toglie ogni rilievo, anche nei provvedimenti discrezionali, al vizio formale-procedimentale.

La soluzione sembra quella di parificare la violazione dell'art. 7 a quella dell'art. 10 bis, e, soprattutto, di escludere la violazione delle due previsioni da ogni ipotesi di dequotazione dei vizi procedimentali: una PA moderna al servizio dei cittadini e degli operatori economici non può bene operare, se non realizza un vero e trasparente contraddittorio procedimentale. Il contraddittorio procedimentale, d'altra parte, può costituire un potente strumento deflattivo rispetto al ricorso alla giustizia amministrativa e risulta imposto dall'art. 6 CEDU, nella misura in cui da questa norma si può derivare la necessità di un giusto procedimento amministrativo.

### **Ipotesi di possibile emendamento.**

L'art. 12, comma 1, lett. i), è così integralmente sostituito:

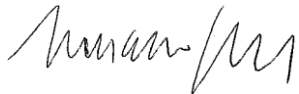
*"all'articolo 21 -octies , comma 2, sono abrogate le parole "Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "La disposizione di cui al primo periodo non si*

Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177

*applica al provvedimento adottato in violazione degli articoli 7, 10 -bis e di ogni altra  
previsione normativa diretta a garantire il contraddittorio procedimentale”.*

Ringrazio per l'attenzione.

Prof. Avv. Francesco Goisis,



*Prof. Avv. Francesco Goisis  
Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano  
Of Counsel  
Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie  
francesco.goisis@unimi.it  
Tel: +39 02 76231 1  
Cell. 346 2304177*