

quest'ultima che non è possibile rinvenire nel caso di istanza di accesso avente ad oggetto atti processuali.

Ed invero, in tema di domanda di accesso ad atti e documenti amministrativi, nel disegno della L. 7 agosto 1990 n. 241, la giurisprudenza si è da tempo consolidata nel ritenerla ammissibile solo se ha ad oggetto documenti ed attività qualificabili come amministrativi, quanto meno in senso oggettivo e funzionale, anche se espresse mediante atti di diritto privato.

All'opposto, non è ammissibile la domanda di accesso agli atti processuali ed a quelli espressione della funzione giurisdizionale, ancorché non immediatamente collegati a provvedimenti che siano espressione dello *ius dicere*, purchè intimamente e strumentalmente connessi a questi ultimi.

Sicchè, collude il Collegio: *“... può essere considerata Autorità Amministrativa il Consulente Tecnico d'Ufficio, in quanto questi svolge funzioni accessorie nell'ambito dell'attività giudiziale del Tribunale Civile di Padova”*; con ciò lasciando verosimilmente intendere che, semmai, il ricorrente avrebbe dovuto rivolgere l'istanza d'accesso direttamente al giudice della causa civile di separazione tra coniugi avvalendosi del proprio difensore e non personalmente.

*In disparte però da quest'ultimo aspetto, l'istanza d'accesso è comunque inammissibile avendo ad oggetto un atto del processo civile anzidetto che, pacificamente, non rientra, al pari di tutti gli atti giudiziari o processuali, tra quelli ostensibili, a meno che il loro contenuto non sia assunto a presupposto, in via esecutiva, di un successivo atto amministrativo (Sez. IV, 22 giugno 2004 n. 4471; 31 marzo 2008, n.1363)”*.

### **Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 17 gennaio 2011, n. 256**

Sulle conseguenze della mancata comunicazione del preavviso di rigetto di un'istanza amministrativa.

Ex art. 10 bis della l. 241/1990, introdotto dalla l. 15/2005: *“Nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima dell'adozione formale di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda”*.

Entro il termine di 10 giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

Tale comunicazione interrompe i termini per concludere il procedimento che cominciano a decorrere nuovamente dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 giorni.

Dall'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale.

Scopo della norma è quello di contribuire a garantire la trasparenza dell'*agere* amministrativo e la completa realizzazione del contraddittorio, nonché a eliminare il contenzioso tra i cittadini e la Pubblica Amministrazione. Oggi, infatti, grazie all'art. 10 bis, il privato, a differenza del passato, non si trova più innanzi a un provvedimento conclusivo negativo – censurabile solo in via giurisdizionale – ma può, a seguito della comunicazione dei “*motivi che ostano all'accoglimento della domanda*”, concretamente interloquire con l'Amministrazione procedente, presentando osservazioni scritte atte a fornire chiarimenti in merito ad elementi fattuali o giuridici erroneamente valutati, o per nulla considerati, dalla stessa.

È interessante notare come tale norma sia stata introdotta dal legislatore per i procedimenti ad iniziativa di parte, superando la indifferenza mostrata dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti dei procedimenti di tal fatta.

Orbene, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la violazione dell'articolo 10-bis integri un vizio di illegittimità del provvedimento. Sussistono, tuttavia orientamenti contrastanti con riferimento alla possibilità di considerare questo vizio emendabile ex art. 21 octies.

L'art. 21 octies prevede che il provvedimento amministrativo illegittimo, quindi annullabile, non possa essere annullato se si tratta di un provvedimento vincolato e risulta evidente che l'atto sarebbe stato uguale anche nell'ipotesi in cui il vizio non ci fosse stato.

Al II comma prevede poi che nell'ipotesi di violazione dell'art. 7, che prevede l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, l'atto non può essere in ogni caso annullato quando la Pubblica Amministrazione dimostri in giudizio che esso sarebbe stato identico anche nell'ipotesi di comunicazione all'interessato.

La giurisprudenza amministrativa si è interrogata sulla portata, sostanziale o processuale, della disposizione in esame: una prima teoria attribuisce a questa disposizione valore sostanziale affermando che sarebbe stata introdotta nel sistema normativo una nuova categoria di vizi – i c.d. vizi non invalidanti – e che pertanto si sarebbe in presenza di provvedimenti che, pur violando norme procedimentali, sarebbero legittimi. Un'altra, riconosce alla disposizione *de qua* una portata meramente processuale, nel senso che impedisce, in presenza di particolari condizioni, la caducazione di provvedimenti che nascono e restano illegittimi.

All'interno della teoria sostanzialistica, gli interpreti ricostruiscono in maniera differente le ragioni che consentono all'atto amministrativo viziato, di restare legittimo.

Secondo una prima tesi, la disposizione in esame avrebbe codificato la figura dell'irregolarità dell'atto amministrativo, intendendosi con tale espressione, lo stato viziato o patologico di un provvedimento caratterizzato dal difetto di elementi formali marginali, tale da non comportarne l'illegittimità e, dunque, l'annullamento (si tratterebbe, in altri termini, delle stesse conseguenze che la giurisprudenza riconduce all'eventuale mancata indicazione in calce al provvedimento dell'Autorità a cui è possibile ricorrere, prescritto dall'art. 3 della l.n. 241/1990.).

In particolare, nella fattispecie normativa in commento, i vizi non invalidanti sono: la violazione delle norme sul procedimento e la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, purchè si tratti di provvedimenti di natura vincolata e sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Altra dottrina si è, invece, richiamata alla teoria del raggiungimento dello scopo. In tale ottica, la disciplina in esame accosterebbe il regime degli atti amministrativi a quello degli atti processuali per i quali vige il principio secondo cui "*la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo*" (art. 156, 3° comma c.p.c.).

Tutte queste ricostruzioni sostanzialistiche, sembrano tener conto del canone ermeneutico dell'*interpretatio secundum constitutionem*. Si osserva, infatti, che se il

disposto in esame fosse interpretato in chiave processuale, come mera non annullabilità di un provvedimento illegittimo, la norma si porrebbe in palese contrasto con gli artt. 24, 103 e 113, comma 2 della Costituzione in quanto, precludendo al giudice amministrativo di annullare provvedimenti illegittimi, verrebbe a comprimere le garanzie di tutela giurisdizionale dei singoli.

Secondo l'impostazione processuale, il legislatore non ha inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedurali o formali o del vizio della violazione dell'art. 7, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento. Sicchè, il provvedimento resta illegittimo, ma non può essere annullato dal giudice amministrativo perché la circostanza che il provvedimento non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità. La norma si muove, dunque, nell'ottica che è stata definita da una parte della dottrina come quella del raggiungimento non dello scopo, ma del risultato.

La ragione della portata non invalidante del vizio non può essere rinvenuta né nella teoria dell'irregolarità, né nella regola del raggiungimento dello scopo.

La tesi dell'irregolarità si espone, infatti, secondo questo secondo orientamento, alla fondamentale obiezione secondo cui la nozione di irregolarità discende *ex ante* ed in astratto dalla legge: è quest'ultima, infatti a stabilire *ex ante* le ipotesi in cui la violazione del paradigma normativo determina l'illegittimità e quelle in cui determina la mera irregolarità del provvedimento. Nelle previsioni di cui all'art. 21 osties, invece, la conservazione dell'atto non è espressamente prevista dalla legge e dipende da circostanze contingenti, oggetto di un accertamento *ex post*, in cui il giudice valuta se l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso.

Per quanto, invece, attiene al principio del raggiungimento dello scopo, questo è da tempo applicato dal giudice amministrativo proprio in tema di violazione dell'art. 7 della l.n. 241/1990. La giurisprudenza ha ritenuto che tale disposizione non può essere applicata meccanicamente e formalisticamente, dovendosi escludere il vizio nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia comunque raggiunto o vi sia comunque un atto equipollente alla formale comunicazione. Tuttavia, in caso di omessa comunicazione di avvio, lo scopo è

raggiunto non quando l'atto non poteva essere diverso, ma quando il privato ha ricevuto un atto equipollente o ha comunque partecipato al procedimento. Nel caso dell'art. 21-octies, invece, i vizi procedimentali non determinano alcuna concreta lesione, in quanto la *ratio* sottesa alle regole formali o procedimentali è stata comunque conseguita e l'annullamento appare un rimedio non proporzionato.

Con particolare riguardo al rapporto tra l'articolo 10 bis e l'articolo 21 octies la giurisprudenza si divide tra quanti ritengono che il provvedimento emesso senza preavviso di rigetto sia da considerarsi automaticamente illegittimo, non potendosi richiamare l'art. 21 octies, comma 2, l. 241/1990.

Altra parte, minoritaria, ritiene, invece, che sia applicabile l'art. 21 octies, comma 2, sia nella prima parte (quando si tratti di atti di natura vincolata; il vizio di omesso preavviso di rigetto appartiene di certo, secondo questa giurisprudenza, ai vizi derivanti dalla violazione di norme sul procedimento o sulla forma); sia nella seconda parte (quando si tratti di atto discrezionale; avendo tale istituto natura partecipativa e perciò essendo assimilabile all'istituto della comunicazione di avvio del procedimento) e quindi l'atto emanato senza preavviso di rigetto non potrà essere annullato rispettivamente se risulta palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato o se l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Altra parte della giurisprudenza, invece, pur inquadrando il vizio in questione nell'ambito dell'art. 21 octies, comma 2, prima parte afferma che l'annullamento dell'atto possa essere evitato anche quando *“l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. A tale ultima tesi, in realtà, si obietta che l'art. 21 octies, comma 2, prima parte non contempla alcun onere probatorio “sanante” della P.A., esclusivamente previsto dalla seconda parte dell'art. 21 octies per il caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento (TAR Veneto 2006, n. 1110).

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato aderisce alla teoria processualistica sopra riportata: *“l'art. 21-octies, comma 2, cit. non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità*

*dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso (Cons. Stato, Sezione VI, n. 2763/2006; n. 4307/2006).*

*L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 è una norma di carattere processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/2005, in quanto, sancendo la non annullabilità del provvedimento, il legislatore ha inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) e i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, senza spingersi ad affermare che l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile (Cons. Stato, Sezione VI, n. 4614/2007).*

*Errano, quindi, le Amministrazioni che intendono il ripetuto art. 21-octies come introduzione della facoltà per la p.a. di non rispettare le regole procedurali; in tal modo, verrebbe violato il principio di legalità, mentre, al contrario, le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela?.*

Quanto al rapporto tra le due norme in esame, il Collegio ritiene maggiormente condivisibile la terza delle soluzioni prospettate e rileva: *“la disposizione si divide in 2 parti: la prima parte dell'art. 21-octies, secondo comma, prevede che il provvedimento non sia annullabile quando ricorrano necessariamente tutti questi elementi: a) violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; b) natura vincolata del provvedimento; c) essere "palese" che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*

*La seconda parte è relativa ad un tipico vizio procedimentale (art. 7 della l. n. 241/1990: violazione dell'obbligo di avvio del procedimento) e prevede che il provvedimento non sia annullabile "qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".*

*Nel caso di specie, va verificata l'applicabilità della sola prima parte, in quanto il vizio è la violazione dell'art. 10-bis e non dell'art. 7, della legge n. 241/1990”.*

In particolare, conclude il Collegio al quale era stato chiesto di valutare la legittimità di un provvedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, il mancato preavviso di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, rende il relativo provvedimento di diniego illegittimo in quanto non possono ritenersi sussistenti le tre condizioni sopra elencate in quanto *“l'accertamento*

*dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego, "sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio" (art. 5, comma 5, D. Lgs. n. 286/1998); di conseguenza, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, il provvedimento di diniego non costituisce atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, potendo essere sopravvenuto un rapporto di lavoro che consenta il rilascio del permesso".*

### **Consiglio di Stato, sezioni VI, sentenza 20 gennaio 2011, n. 396**

Sui caratteri e l'incidenza delle informative prefettizie antimafia.

Nella sentenza indicata in epigrafe, il Collegio si sofferma sulla differenza che intercorre tra le informative antimafia c.d. tipiche e quelle c.d. atipiche e sulla diversa incidenza delle medesime sull'attività contrattuale della p.a.

Il Collegio ricorda che per la giurisprudenza, le c.d. informazioni prefettizie (da acquisire dalla stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione provvisoria di appalto di lavori e ai fini dell'esercizio di eventuali atti di autotutela della p.a.) possono essere ricondotte a tre tipi. I primi due appartengono al novero delle c.d. informative tipiche e sono: quelle 'ricognitive' di cause di per sè interdittive di cui all'art. 4, comma 4, del d.lg. 8 agosto 1994, n. 490 e quelle relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione del prefetto.

Il legislatore, peraltro, in ossequio al principio di tassatività ha tipizzato, nella normativa sopravvenuta, le "fonti" dalle quali è possibile trarre il convincimento in parola. L'articolo 10, comma 7 del d.P.R. n. 252 del 1998, il cui art. 10, comma 10, ha previsto che "ai fini di cui al comma 2 le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunte:

- a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluno dei delitti di cui agli articoli 629, 644, 648-bis, e 648-ter del codice penale, o dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale;
- b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di cui agli articoli 2-bis, 2-ter, 3-bis e 3-quater della legge 31 maggio 1965, n. 575;