

SIMONE TORRICELLI
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
Università degli studi di Firenze
simone.torricelli@unifi.it

**BUONA FEDE E CONFINI DELL'IMPARZIALITÀ NEL
RAPPORTO PROCEDIMENTALE**

**GOOD FAITH AND THE BOUNDARIES OF IMPARTIALITY IN THE
PROCEDURAL RELATIONSHIP**

SINTESI

Lo scritto si propone di indagare quali siano gli effetti della introduzione del principio di buona fede come principio che ordina il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione. Esso, in particolare, analizza come il principio di buona fede incida sulla individuazione dei diritti e degli obblighi delle parti nel procedimento amministrativo, sulla base di una lettura proposta tenendo in considerazione la inevitabile conflittualità tra gli interessi delle parti pubbliche e private.

ABSTRACT

The paper aims to investigate what are the effects of the introduction of the principle of good faith as a principle ordering the relationship between citizens and public administration. It analyzes how the principle of good faith affects the identification of the rights and obligations of parties in administrative proceedings, according to a vision that rejects the collaborative view of that relationship and values the existence of a conflict.

PAROLE CHIAVE: Buona fede, imparzialità, rapporto, procedimento, preclusioni, partecipazione.

KEYWORDS: Good faith, impartiality, procedural relationship, preclusions, participation.

INDICE. 1. La buona fede, tra civilizzazione e autoritarità. – 2. Buona fede e cura dell'altrui interesse. Le questioni che si aprono. – 3. Alla ricerca di una chiave di lettura del rapporto amministrativo. La buona fede in luogo dell'imparzialità. – 4. Buona fede e onere di rappresentazione degli interessi privati. – 5. Buona fede e onere di allegazione dei fatti. Le preclusioni procedimentali. – 6. Gli obblighi di verità e gli obblighi di completezza. – 7.

Conferma della direzione. Le preclusioni dell'art. 10 bis – 8. Qualche riflessione conclusiva.

1. La buona fede, tra civilizzazione e autoritarità

L'inserimento, nell'art. 1 LPA¹, del principio di buona fede tra i principi cui l'attività amministrativa deve informarsi, costituisce l'occasione per un significativo passo in avanti nel percorso verso la “normalizzazione” del rapporto tra le persone e la pubblica amministrazione. Ciò sul presupposto che quel rapporto, nei limiti in cui non richieda una disciplina esorbitante per l'esigenza di soddisfare uno o più interessi pubblici, debba necessariamente mutuare dal diritto privato le sue coordinate di fondo.

Che il diritto delle pubbliche amministrazioni² sia un diritto che mescola i diritti è cosa nota da tempo, come lo è il fatto, conseguente, che il diritto amministrativo copre solo una parte dell'attività delle pubbliche amministrazioni e copre quella parte di attività solo parzialmente. È anche oramai un dato acquisito che esistono dei principi che attraversano i diritti e che in sé non sono qualificabili né come di diritto privato, né come di diritto amministrativo: sono principi comuni che, data la loro matrice costituzionale, trascendono quelle distinzioni e le relativizzano³. Tra questi, la buona fede⁴ che, assunto un fondamentale ruolo di integrazione del contratto nel diritto privato⁵, può divenire, grazie al suo carattere atipico e alla capacità di adattarsi al mutare della coscienza

1 L'art. 12, co. 1, lettera a), l. n. 120 del 2020 ha infatti introdotto, nell'art. 1 l. n. 241/1990 dedicato ai “principi generali dell'attività amministrativa”, il comma 2 bis secondo cui “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”.

2 L'espressione è ovviamente mutuata da D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, I ed., Bologna, 2000.

3 S. Piraino, *L'onore della buona fede tra diritto e mercato*, in *Dir. fam e persone*, 2015, 654.

4 Sul rilievo del principio di buona fede nel diritto pubblico prima della introduzione dell'art. 1, co. 2 bis, l. n. 241/1990, sono classici i riferimenti a F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995 e F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001. Si veda anche, di recente, L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 130 ss.

5 V. Roppo, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, 465, che osserva come “*la scoperta e la valorizzazione [del ruolo della buona fede come fonte di integrazione del contratto] costituisce[a] una delle principali linee di sviluppo del diritto dei contratti del nostro tempo*”.

za sociale⁶, una leva capace di assestare il rapporto amministrativo su un nuovo equilibrio tra le parti.

Eppure, quando il regime dell'amministrazione si apre a principi di diritto comune occorre circospezione.

La circospezione è necessaria perché, per mantenere la funzione propria di un principio, può accadere che esso si applichi all'amministrazione in modo diverso dal modo nel quale riceve attuazione nelle relazioni tra privati. E questo è probabilmente vero, almeno in certi casi. Non è però meno vero che talora accade il contrario: non sempre dottrina e giurisprudenza sono disposte ad accogliere principi di diritto comune senza stravolgerne natura e funzione, generando così il rischio di effetti perversi. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso emerge così, in filigrana, la riaffermazione della specialità del diritto amministrativo come diritto eccentrico.

Dalla ricostruzione privatistica del principio di buona fede può mutarsi l'obbligo, per le parti di un rapporto, di salvaguardare l'interesse dell'altro, in un quadro di reciprocità e nei limiti del ragionevole sacrificio dell'interesse proprio⁷. È questa un'affermazione ricorrente nella giurisprudenza civile che, per motivi che non pare difficile comprendere, anche i giudici amministrativi hanno subito fatto propria. Il fatto che l'art. 1 LPA associ la buona fede alla collaborazione, entrambi indicati come principi propri dell'azione amministrativa, corrobora e rende vischiosa questa lettura.

Dall'obbligo di salvaguardia derivano naturalmente numerose specificazioni; si potrebbe dire che derivano da esso numerosi obblighi applicativi. Ma ciò che interessa qui è la radice: se nella relazione tra privati l'adoperarsi per soddisfare l'interesse dell'altro (entro limiti da chiarire) apre la relazione contrattuale all'assorbimento di valori solidaristici che vanno oltre la realizzazione

6 G. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, 306.

7 Così, nel flusso di un filone giurisprudenziale consolidato, Corte cass., sez. III, 14 giugno 2021, n.16743.

del proprio interesse individuale attraverso l'adempimento (e che si impongono anche ad una diversa volontà delle parti), una volta che questo obbligo sia spostato sul versante della relazione di potere esso richiede una delimitazione.

E' chiaro infatti che il riferimento alla presa in carico dell'interesse dell'altro, se non sufficientemente precisato, rischia di confermare una lettura avvolgente del procedimento amministrativo⁸, da inquadrare in un'ottica mutualmente collaborativa⁹, che stempera il rilievo della conflittualità e lo sostituisce con un vincolo solidaristico tutto proteso alla tutela dell'interesse pubblico¹⁰. Non a caso si è arrivati a prospettare l'esistenza di un dovere di imparzialità anche in capo alle parti private¹¹.

Questa ennesima declinazione della tendenza a conformare il diritto all'interesse pubblico per il solo fatto che lambisce l'interesse pubblico¹² non è da auspicare, almeno per i suoi potenziali risvolti autoritari; d'altra parte, se l'interesse pubblico è la ragione del potere, non è invece la ragione del rapporto, che, come tale, ne dovrebbe astrattamente prescindere.

Da questa considerazione l'organizzazione dello scritto che cercherà di indagare alcune delle ricadute della applicazione del principio di buona fede con specifico riferimento all'assetto del rapporto procedimentale, nel tentativo di evidenziarne luci ed ombre, anche segnalando alcune potenziali degenerazioni.

2. Buona fede e cura dell'altrui interesse. Le questioni che si aprono

8 Per una ricostruzione della dottrina in ordine alle funzioni della partecipazione procedimentale, F. Gaffuri, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016, 5 ss.

9 U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 75.

10 Criticamente, in ordine al rapporto tra buona fede e solidarietà, veicolato dal riferimento all'art. 2 Cost.: F. Benatti, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 245-246 e 252; considerazioni critiche anche in I. Nocera, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rime-dio unificante per il contratto ingiusto*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, 1461.

11 F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 242.

12 C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2017, 69, nonché, con specifico riferimento proprio alla buona fede, id., *Funzione amministrativa soggettività della tutela*, Milano, 2008, 254.

Il punto di partenza del ragionamento da fare è rappresentato dal vincolo che può derivare all'amministrazione dall'applicazione del principio di buona fede.

Si può dire in premessa che non vi è bisogno del riferimento alla buona fede per imporre all'amministrazione di prendere in considerazione l'interesse dell'altro. Dal punto di vista sostanziale, bastano a questo fine i tradizionali riferimenti alla imparzialità e alla proporzionalità; dal punto di vista procedurale è sufficiente la previsione di garanzie partecipative, veicolo perché gli interessi dei soggetti più o meno direttamente investiti dall'azione amministrativa possano essere espressi nella loro consistenza e acquisiti all'istruttoria.

C'è da chiedersi, in questo quadro, se la buona fede aggiunga davvero qualcosa, condizionando il rapporto procedimentale e il modo in cui gli interessi debbono essere bilanciati al momento della decisione, o se invece essa offra semplicemente una chiave di lettura unificante di ciò che già è. E c'è da chiedersi anche se la buona fede incida solo sul rapporto tra amministrazione e soggetto direttamente toccato, nel bene o nel male, dall'azione amministrativa, o investa anche i soggetti terzi¹³, i cui interessi rilevano in fatto e in diritto e, se sì, solo ove essi intervengano nel procedimento o a anche prescindere.

Ma la buona fede ha una sua intrinseca natura relazionale, dal che si aprono analogamente questioni rilevanti in relazione al vincolo che essa simmetricamente pone a carico dei privati verso l'amministrazione, sottotema di un tema più ampio e mai del tutto esplorato che è quello dei doveri/obblighi/oneri del privato nell'ambito del procedimento amministrativo. E se è così, da essa può ricavarsi anche l'esigenza, *rectius* l'obbligo per il privato di prendere in considerazione un interesse altro rispetto al proprio. Ma qui gli aspetti problematici possono risultare ancora maggiori. Intanto, occorre precisare bene se si

13 Sulla differente posizione dei terzi, in relazione alla titolarità di situazioni soggettive tutelate, F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 235: ciò potrebbe ritenersi rilevante nel senso di considerare o meno che i terzi siano parti ulteriori del rapporto amministrativo, come tali investiti dagli effetti vantaggiosi o svantaggiosi dell'applicazione del principio di buona fede.

tratti dell'interesse dell'altra parte del rapporto, quindi dell'amministrazione, o dell'interesse pubblico, che non necessariamente coincide con il primo. Poi non meno importante è chiarire la misura di questa "presa in considerazione" e sino a che limite l'imposizione dell'obbligo possa spingersi rispetto ad un soggetto la cui libertà (anche di darsi e perseguire interessi antitetici a quelli della controparte del rapporto) deve essere garantita, sulla falsariga di ciò che avviene nel quadro dei rapporti contrattuali o precontrattuali rispetto ad una relazione in quel caso dichiaratamente conflittuale.

Molte insomma sono le domande cui rispondere, prima di poter svolgere alcune considerazioni conclusive.

3. La ricerca di una chiave di lettura del rapporto amministrativo. La buona fede in luogo dell'imparzialità

L'emersione silenziosa della buona fede come canone rilevante nell'esercizio del potere pubblico può essere riportata al consolidamento del procedimento come luogo di esercizio di quel potere, sulla base del doppio passaggio procedimento/creazione del rapporto, prima, e partecipazione/creazione dell'obbligo di considerare l'interesse dell'altro, poi.

Le garanzie partecipative, infatti, fondano il diritto delle parti private del rapporto amministrativo a rappresentare il proprio interesse, non solo in termini di esistenza (esiste un interesse privato della cui presenza l'amministrazione deve farsi carico), ma anche di consistenza (esiste un interesse privato nella forma e per il contenuto che il privato rappresenta e di cui l'amministrazione deve farsi carico per come è così stato rappresentato)¹⁴. Il procedimento fa emergere una visione più dialettica degli interessi, che assumono consistenza non per come paternalisticamente assunti dall'amministrazione che poi li deve comporre, ma per come il privato decide di prospettarli e farli confluire nella valutazio-

¹⁴ Merita precisare che non è oggetto di questo studio il rapporto tra buona fede e attività privatistica della pubblica amministrazione, rispetto alla quale, d'altra parte, una applicazione del principio analoga a quella che si fa nei rapporti tra privati dovrebbe risultare scontata, almeno nei limiti in cui non vi siano normative di privilegio che riducano il suo spazio.

ne comparativa tra gli interessi che porta alla decisione finale. E' quell'interesse che viene investito dall'altrui dovere di cura.

Tradizionalmente, questo dovere di cura è ricavato dall'imparzialità che, però, sottolinea la posizione di preminenza della p.a. anche quando prende in carico l'interesse dei privati. L'amministrazione ha l'obbligo di esercitare il potere e di esercitarlo coerentemente con il quadro degli interessi presenti nella fattispecie: l'obbligo di praticare l'imparzialità è un obbligo unilaterale, non reciproco, indipendente dalla posizione e dalla diligenza dell'altro.

L'imparzialità, detto altrimenti, non è un concetto relazionale e non ha la capacità di ordinare lo svolgimento di un rapporto. Essa guarda all'amministrazione e solo a quella, assorbendo nel prisma dell'amministrazione anche ciò che è interesse privato. In particolare, è difficile ricavare dall'imparzialità situazioni giuridiche passive a carico del privato, che infatti hanno sempre fatto fatica ad emergere; quando ciò è accaduto, è accaduto spesso a costo di alcune incongruenze.

La lettura del rapporto attraverso la lente dell'imparzialità, insomma, suscita non pochi elementi di perplessità: è una lettura statica, che non considera le trasformazioni ordinamentali determinate dalla procedimentalizzazione, da intendersi in questa prospettiva come fatto generatore di una relazione di reciprocità (nonché, se si vuole rimanere su un terreno più confortevole, della trasformazione della percezione di ciò che deve essere l'interesse pubblico cui funzionalizzare l'azione amministrativa).

Il principio di buona fede offre una prospettiva ricostruttiva diversa, in grado di far emergere e bilanciare obblighi reciproci, spiegando il momento procedimentale (in termini di obblighi simmetrici a carico delle parti), ma spiegando anche il momento decisionale (in cui l'adempimento o inadempimento di quegli obblighi definisce il quadro di riferimento di ciò che è rilevante o irrilevante ai fini della decisione).

4. Buona fede e onere di rappresentazione degli interessi privati

Si può a questo punto fare una riflessione sulla reciprocità di un rapporto improntato sulla buona fede.

L'amministrazione, in sede procedimentale, ha il dovere di far emergere gli interessi pubblici rilevanti, se del caso con l'apporto consultivo di altre amministrazioni. La mancata emersione di simili interessi, anche incolpevole, non può che generare illegittimità per motivi che però nulla hanno a che fare con la relazione con i privati interessati e che riguardano invece l'adeguatezza del processo formativo della propria volontà.

Più complesso il discorso sugli interessi privati.

Gli interessi privati possono emergere indirettamente, in modo accidentale e anche solo eventuale. Si pensi, per avere una traccia normativa, al fatto che la comunicazione di avvio del procedimento deve essere fatta agli interessati solo se identificati o facilmente identificabili. Questo perché, si spiega, non si può imporre all'amministrazione un onere irragionevole di ricerca dei potenziali interessati, che finirebbe col pregiudicare il suo buon funzionamento (il limite trova dunque il fondamento costituzionale del buon andamento). Un dato accidentale e non ricercato (la identificabilità di interessati) può in concreto condizionare l'esito del potere, spostando il bilanciamento dal lato degli interessi pubblici non mediati dal confronto con quelli privati: ciò senza avere conseguenze in termini di legittimità.

Evidentemente, per quanto si dica che l'interesse pubblico in concreto sia un interesse che sintetizza gli interessi pubblici e privati rilevanti, in questa opera di sintesi la presenza degli interessi pubblici è inderogabile, mentre la presenza degli interessi privati è auspicabile, ma rinunciabile.

La rinunciabilità della considerazione dell'interesse privato nella scelta amministrativa finale permette di procedere con un ulteriore ragionamento. Il privato può portare al tavolo dell'istruttoria l'interesse di cui è portatore, facendo emergere quel dovere di cura che corrisponde all'essenza profonda del po-

tere amministrativo; non è invece facile capire cosa ne sia, di quel dovere, ove ciò non accada.

Il richiamo all'imparzialità non comporterebbe in sé alcuna conseguenza. Assumendo che sia condizione di imparzialità la considerazione di tutti gli interessi rilevanti e che l'interesse pubblico sia la sintesi di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, si dovrebbe necessariamente ritenere che una scelta amministrativa che non tenga adeguatamente conto di uno di quegli interessi sia per definizione illegittima per sviamento.

D'altra parte, se questa fosse la chiave ricostruttiva da adoperare e se cioè la considerazione degli interessi privati costituisse sempre una condizione di legittimità del provvedimento discrezionale, ciò avrebbe una implicazione non accettabile: che l'amministrazione dovrebbe adoperarsi per acquisire d'ufficio gli interessi privati non rappresentati, come corollario dell'obbligo di adottare atti che almeno siano legittimi. Questa però è una affermazione che collide con il tratto disponibile dell'interesse privato, che è in contraddizione con l'idea diffusa della relazione tra amministrazione e privato intesa come rapporto giuridico e che denota una concezione inammissibilmente autoritaria e paternalista dell'amministrazione pubblica. Si potrebbe finanche andare più a fondo per osservare che questo ruolo sostitutivo dell'amministrazione neppure è concretamente possibile, poiché l'interesse che riveste un bene della vita esiste nella forma in cui il privato che ne è titolare lo percepisce e nessuno può sostituirsi a lui nella sua rappresentazione.

Il richiamo alla buona fede consente di impostare la questione in termini diversi.

Non si può ammettere neppure in astratto che una parte in buona fede ometta di rappresentare un interesse la cui mancata rappresentazione genera invalidità del provvedimento: dalla buona fede si può quindi ricavare l'onere per il privato di introdurre nel procedimento un interesse che l'amministrazione in astratto può legittimamente trascurare, ma che, se vi entra, contribuisce a deter-

minare in concreto l'assetto degli interessi su cui misurare la legittimità della scelta finale.

La conseguenza diretta è che l'esercizio dei diritti partecipativi stabilizza il quadro istruttorio di riferimento: ne deriva che ove un privato, per negligenza o per scelta strumentale, non abbia partecipato al procedimento, non sarà possibile recuperare il suo interesse nel processo¹⁵. Questo non perché si determini una preclusione processuale: siccome la legittimità si misura *ex ante* e non *ex post* e siccome un provvedimento non può essere legittimo prima e illegittimo poi, la scelta discrezionale che non ha considerato un interesse non rappresentato è una scelta legittima e la prospettazione di un eventuale vizio che poggia su quell'argomento sarebbe infondata¹⁶.

Al fondo, questa premessa permette di mettere in discussione una nozione troppo avvolgente, bonaria e complessivamente addolcita dell'interesse pubblico inteso come interesse di sintesi, che è il portato della enfaticizzazione del rilievo del dovere di imparzialità. L'interesse pubblico in concreto può prescindere legittimamente dalla considerazione degli interessi privati, i quali, solo ove rappresentati, possono condizionare il modo di perseguirlo o impedirne il perseguimento (troppo forti sono gli interessi privati incisi), in quella logica classicamente conflittuale che, rispetto a rapporti di qualsivoglia natura (privati o non privati) la buona fede contribuisce a ordinare prima ancora che a correggere.

5. Buona fede e onere di allegazione dei fatti. Le preclusioni procedurali

¹⁵ Questo sempre che il privato sia stato a conoscenza, attraverso la comunicazione di avvio, dell'esistenza del procedimento o ne abbia comunque avuto notizia.

¹⁶ Sarà infondato, per esempio, un ricorso che contesti un vizio legato alla violazione del principio di proporzionalità, se il privato non ha rappresentato nel procedimento l'interesse che potrà essere ingiustificatamente compreso nel procedimento amministrativo a cui ha o avrebbe potuto partecipare. Su questo, con riferimenti giurisprudenziali, M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 201, ma riconducendo la preclusione alla violazione di un obbligo di informazione.

Il ruolo delle parti rispetto all'istruttoria procedimentale riguarda, peraltro, non già solo la rappresentazione degli interessi ma anche l'allegazione e la documentazione dei fatti rilevanti (anche solo potenzialmente) ai fini della decisione. Vi è evidentemente una correlazione tra i due profili, perché i fatti si interconnettono agli interessi pubblici o privati che possono incidere sulla scelta: la prova dei fatti ha a che fare con la esistenza, il contenuto, la dimensione e la rilevanza degli interessi.

La questione può dunque essere almeno in parte impostata come proiezione della precedente e si può assumere come coordinata semplificata di partenza quella per cui la mancata acquisizione o considerazione di fatti che incidono sull'interesse pubblico (quell'interesse pubblico che emerge già prima del confronto con gli interessi privati) non può che generare illegittimità del provvedimento; la mancata acquisizione o considerazione di fatti rilevanti esclusivamente nell'interesse del privato (anche se poi, in astratto, essa avrebbe potuto incidere sul bilanciamento e dunque sulla scelta finale) incontra le preclusioni menzionate¹⁷. In concreto, invece, l'intreccio dei ruoli rende la questione ben più sfuggente e, rispetto a ciò, le implicazioni del principio di buona fede appaiono anche potenzialmente maggiori.

Rispetto all'amministrazione interferiscono due elementi.

Il primo, che appare come una esplicitazione normativa dell'applicazione del principio buona fede, costituito dall'obbligo posto a carico del responsabile del procedimento di accertare d'ufficio i fatti rilevanti.

Nel bistrattato articolo 6, la legge sul procedimento amministrativo sembra codificare un principio inquisitorio dell'istruttoria¹⁸, che riunisce in capo al responsabile compiti direttamente collaborativi verso il privato (*“può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può*

17 In senso contrario, F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir amm.*, 1993, 158.

18 P. Lazzara, *I procedimenti ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 91, che ne sottolinea (p. 92) il legame con il principio di imparzialità.

esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”, dove l'utilizzo del verbo “*può*” serve a escludere che vi sia un divieto che qualcuno potrebbe ritenere di trarre dall'imparzialità, ma non ad escludere il suo carattere doveroso¹⁹), nonché compiti generali di raccolta d'ufficio di tutti i fatti (rilevanti, si potrebbe aggiungere, dove l'aggettivo “rilevante” è da riferire agli interessi prospettati nel procedimento, cioè a tutti quegli interessi che, in quanto rappresentati, rilevano ai fini della decisione).

Partire dall'art. 6 può far arrivare alla conclusione per cui vi è un obbligo istruttorio per l'amministrazione che investe ogni possibile profilo fattuale rilevante ai fini della emersione e del dimensionamento degli interessi. La conseguenza sarebbe che, a prescindere da ciò che fa o potrebbe fare il privato, la mancata acquisizione di uno qualsiasi di questi fatti implica una violazione che genera un difetto di istruttoria rilevante ai fini della legittimità, perché impedisce la percezione dell'assetto effettivo degli interessi e condiziona la valutazione finale, che risulta per ciò stesso invalida. Tanto ciò è vero che tale obbligo si trova a dover essere mitigato; la giurisprudenza ricorre a questo fine al principio di ragionevolezza, che è una sorta di meta-principio che interagisce con gli altri e ne delimita l'ambito applicativo²⁰.

In questa prospettiva il ruolo del privato risulta del tutto marginale.

Egli allega e produce quanto crede, ovviamente, ma, che la sua attività istruttoria sia diligente e tempestiva o che non lo sia, le eventuali omissioni risultano interamente imputabili all'amministrazione e ciò non ha ripercussioni sul piano della legittimità del provvedimento finale.

19 Diversamente, il TAR Piemonte (sez. I, 3 marzo 2020, n. 154) ha ritenuto trattarsi di una mera facoltà.

20 Così, per esempio, in sede di rilascio del permesso di costruire l'amministrazione non è tenuta ad una istruttoria che si estenda sino a verificare il titolo di legittimazione del richiedente, poiché questo è un onere irragionevole; se però emergono dal procedimento degli elementi che rendono dubbia la legittimazione, allora si innesca l'obbligo di un controllo specifico: da ultimo, TAR. Lazio (Latina) sez. I, 6 giugno 2022, n.517.

Risalta di nuovo come la enfaticizzazione del principio di imparzialità tende a deformare la pozione delle parti nel rapporto e a trascurare il profilo della reciprocità delle obbligazioni che di quel rapporto sono l'elemento di risulta.

Risalta di nuovo un fondo di paternalismo che cozza con la ricostruzione del procedimento come fonte di un rapporto amministrativo e della buona fede come principio-fonte di obbligazioni reciproche.

Risalta di nuovo un certo tratto di velleitarietà, perché non sarà mai possibile per l'amministrazione fare una istruttoria completa (nel senso di essere autonomamente capace di acquisire tutti gli interessi e tutti i fatti rilevanti), finendo, da un lato, con il dare un fondamento teorico alla casualità con cui poi fatti e interessi finiscono con l'essere acquisiti e alle conseguenti inevitabili disparità di trattamento, dall'altro lato, con il nascondere il tratto davvero imperativo della ripercussione che la scelta discrezionale ha sugli interessi privati.

La dizione testuale dell'art. 6, per la parte in cui si riferisce all'accertamento dei fatti, non esclude invece una diversa ipotesi ricostruttiva.

Se si abbandona il riferimento all'imparzialità e si richiama la buona fede²¹, l'organizzazione istruttoria assume un ordine più razionale. Il responsabile ha il compito di accertare i fatti: su di lui si radica questa competenza ed è lui ad avere il potere-dovere di esercitarla; quali fatti non è però precisato.

La buona fede definisce l'obbligo, ma anche il suo limite, e sottolinea comunque la reciprocità. La presa in considerazione dell'interesse dell'altro non sostituisce, insegna la ricostruzione privatistica, la diligenza che ogni parte del rapporto deve osservare, per cui non si può cavalcare la diligenza per invocare un intervento in soccorso rispetto a ciò che poteva essere fatto e non lo è stato. In questi termini si può convergere sull'idea generale che modula i principi di buona fede (e solidarietà) con quello di autoresponsabilità, almeno in relazione

21 Il riferimento alla buona fede per definire la posizione delle parti rispetto all'istruttoria non è peraltro nuovo; attraverso quel riferimento si è per esempio affermata l'esistenza di un "onere procedimentale per l'amministrazione di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere" (così, M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Milano, 1989, 215).

a quelli che l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha indicato come "oneri minimi di cooperazione"²². Su questo ragionamento deve essere però innestata una norma che (solo) apparentemente lo contraddice. E qui il secondo elemento da considerare cui prima si è fatto cenno.

L'art. 6 contempla in effetti anche proprio quell'intervento in soccorso (il c.d. soccorso istruttorio), che, previsto in generale, ha trovato una significativa specificazione in materia di contratti pubblici²³.

E' escluso, come detto sopra, che il soccorso sia una facoltà discrezionalmente esercitabile dal responsabile del procedimento: non vi è alcuna ragione, né sarebbe in alcun modo accettabile, che l'amministrazione potesse scegliere, nei diversi casi o rispetto alle diverse persone coinvolte, se intervenire o meno in forma collaborativa. Tuttavia, secondo la norma, la richiesta di integrazione ha a che fare con l'assenza di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete.

La presa in carico dell'interesse dell'altro, imposta dalla buona fede e codificata anche in questa previsione normativa, non arriva insomma a sollevare il privato dai suoi oneri istruttori, ma richiede che si segnalino carenze che possono portare al rigetto dell'istanza, così che il privato possa allora sì documentare fatti che aveva ommesso di documentare o mal documentato, secondo una logica che poi trova una sua ulteriore coerente e più ampia espressione nel preavviso di rigetto²⁴.

Sembra ragionevole allora concludere che il dovere collaborativo investa l'istruttoria imponendo al privato un onere di allegazione e prova dei fatti²⁵ il

22 Cons. Stato, ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9

23 Art. 83, co. 9, d. lgs n 50/2016.

24 E, nella coerenza di questa costruzione normativa del procedimento, ordinariamente non serve chiedersi cosa accada se il responsabile omette di esercitare questa competenza: il preavviso di rigetto consentirà infatti al privato di introdurre e provare fatti anche in un momento successivo, declassando l'eventuale prima violazione ad una mera irregolarità o proietterà la violazione nell'orbita dell'art. 10 bis. Diverso il discorso quando vi siano profili di decadenza, magari in connessione con il principio di non discriminazione.

25 Ciò può avvenire anche attraverso la richiesta che i fatti allegati siano provati attraverso specifiche attività amministrative (nelle tipologie menzionate nell'art. 6 l. n. 241/1990), come ac-

cui mancato assolvimento importa che il fatto non potrà essere considerato (con le ripercussioni che ciò può avere rispetto al rilievo, ai fini della scelta discrezionale, dell'interesse privato che quel fatto avrebbe dovuto sostenere). E con l'ulteriore conseguenza per cui il fatto rimane estraneo alle risultanze istruttorie che definiscono il parametro alla luce del quale valutare la legittimità della scelta finale: l'amministrazione dovrà assumerlo come non vero (senza che si possa imputarle di non avere autonomamente ricavato la prova della sua verità) e il giudice non potrà che verificare la legittimità sulla base dello stesso parametro.

Ne segue, insomma, che il fatto non potrà essere addotto in sede processuale e la sua eventuale verità non potrà cambiare il giudizio sulla legittimità dell'atto, ancorché emerga in sede processuale.

La linearità della distribuzione degli oneri istruttori è d'altra parte una garanzia, perché definisce l'altrimenti indistinta linea di confine tra ciò che l'amministrazione può e deve fare e ciò che non può e non deve fare, evitando pericolose zone grigie in cui possono facilmente consumarsi arbitri e disparità.

6. Gli obblighi di verità e gli obblighi di completezza

Sino a questo punto, si sono indagate le possibili implicazioni del principio di buona fede in relazione alla rilevabilità di interessi propri e di fatti favorevoli alla parte che può o deve introdurli nel procedimento. Se però questo aspetto è logicamente pregiudiziale per impostare il ragionamento, non rappresenta il punto di emersione più indagato della buona fede, che più spesso viene in rilievo, almeno nella giurisprudenza, a proposito dell'obbligo, per il privato, di allegare (o, per usare una prospettiva più comune, di informare l'amministrazione di) fatti contrari al proprio interesse, ove questi siano potenzialmente capaci di incidere sulla decisione.

quisizione di atti e documenti, ordine di esibizione a terzi, richiesta di ispezioni.

Per un verso, il tema si inquadra in quello, più generale, di quale siano i limiti del diritto all'allegazione in termini di verità e completezza, in un procedimento in cui, ordinariamente, l'interessato può non avere gli spazi aperti che ha la parte in un processo; c'è da chiedersi se, in altri termini, il suo diritto alla allegazione comprenda anche il diritto a non allegare e in quale misura. Per altro verso, esso interseca quello della posizione dell'amministrazione: come è stato necessario chiedersi se l'onere del privato possa essere limitato dalla previsione di un obbligo di soccorso istruttorio dell'amministrazione, analogamente ci si deve chiedere se il dovere dell'amministrazione di acquisire fatti funzionali alla ponderazione dell'interesse pubblico concreto possa essere alleggerito imponendo al privato l'obbligo di una completa ostensione dei fatti rilevanti anche se contrari al proprio interesse.

Un primo limite che si può tracciare e che dà un primo elemento di quadro è quello legato alle false dichiarazioni o false rappresentazioni dei fatti. Questo può considerarsi un limite in senso proprio in relazione ai casi nei quali il privato si trova a compiere atti formalmente qualificabili come autocertificazioni, al punto che la dichiarazione di un fatto falso può implicare conseguenze sul piano amministrativo²⁶ e responsabilità penali²⁷.

Fuori da questo confine, la falsa rappresentazione che condiziona la decisione si riflette sul piano della legittimità del provvedimento, adottato sulla base delle circostanze rappresentate al fine di indurre l'amministrazione all'errore (per semplificazione, si può riportare alla medesima fattispecie quello della rappresentazione sviante), anche con la conseguenza di escludere l'applicazione del termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio dell'atto.

26 Così per l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione per appalti o concessioni in cui la dichiarazione è stata fatta o, per il tramite dell'iscrizione nel Casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, anche da procedure ulteriori (art. 80, co. , lett. c e g d. lgs n. 50/2016). Così anche per la perdita dei benefici ottenuti con la falsa dichiarazione, ai sensi dell'art. 75 D.P.R. 445/2000.

27 Art. 76, d.P.R. 445/2000.

È però significativo che, recuperando una impostazione privatistica e categorie proprie della ricostruzione del concetto di dolo che genera l'annullamento del contratto²⁸, parte della giurisprudenza sembri adombrare che questa esclusione operi solo se la falsità sia riferibile al dolo o alla colpa grave del privato e sempre che il provvedimento sia determinato esclusivamente dalla falsità e non anche da una colpa concorrente dell'amministrazione²⁹.

Si trova in questo una conferma rispetto ad uno dei profili più delicati della ricostruzione proposta, che ha a che fare con l'idea che la diligenza dell'amministrazione sia una condizione per il perseguimento dell'interesse pubblico o, secondo un diverso ordine di idee da considerare preferibile, che la negligenza dell'amministrazione incida sulla determinazione dell'interesse pubblico concreto che essa si trovi a dover perseguire.

Il fatto che la falsa rappresentazione condizioni la legittimità di per sé non significa però che al privato sia fatto divieto di rappresentare falsamente i

28 Si fa riferimento alla ricostruzione dell'art. 1439 cc secondo cui l'inganno deve essere tale da poter determinare un errore essenziale su una persona di normale diligenza e sempre che non vi sia, nella vittima, negligenza o colpevole ignoranza (recentemente, nel quadro di una giurisprudenza alluvionale, Corte cass., sez. I, 1 luglio 2022, n. 21008).

29 Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940; T.A.R. Lazio (Latina), sez. I, 21 ottobre 2022, n.807. T.A.R. Veneto, sez. I, 8 aprile 2022, n.539, T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 21 marzo 2022, n.3209. Se dunque la giurisprudenza amministrativa, comparata con quella del giudice ordinario, sembra non dare troppo risalto all'aspetto del raggirio, ritenendo che la falsità rilevi in questo senso per sé, accentua invece, come quella civile, l'aspetto dell'assenza di diligenza dell'amministrazione nell'essersi determinata sulla base di quell'errore. Non mancano peraltro letture che sembrano invece cavalcare una diversa prospettiva: così, per esempio, quando il Consiglio di Stato, richiamando la necessità di una lettura "costituzionalmente orientata della norma", lascia in ombra il profilo della eventuale negligenza dell'amministrazione, valorizzando solo quello della distorsione della realtà fattuale ad opera del privato oppure della determinazione di una non veritiera percezione della fattispecie (Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n.2207). Ove questo sia, ne conclude, "non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario". Una dilatazione della esclusione si rileva anche nella giurisprudenza che ribadisce la necessità di una collaborazione del privato, applicandola anche a coloro "che, pur non essendo autori materiali delle condotte, abbiano concorso, anche con un contributo meramente agevolativo, a trarre in inganno l'amministrazione e anche [a] chi, in condizione di poter consapevolmente apprezzare e rendersi conto che il provvedimento dei cui benefici gode sia frutto di altrui condotte costituenti reato, senza le quali quel provvedimento favorevole non avrebbe conseguito, non abbia di tanto informato l'amministrazione per consentirle le valutazioni del caso". Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n.2971.

fatti per ottenere un provvedimento utile, ancorché illegittimo. Un simile divieto può essere radicato sulla buona fede, rispetto agli interessi pretensivi, con la conseguenza per cui potranno esservi in capo al privato anche conseguenze sul piano della responsabilità risarcitoria, verso l'amministrazione o verso i terzi, per avere conseguito un indebito vantaggio e prodotto un danno ingiusto. Rispetto ai procedimenti d'ufficio, nei quali l'interessato assume una posizione difensiva³⁰, la buona fede invece deve recedere rispetto al diritto di difesa (di sé, della propria sfera personale, del proprio patrimonio), lasciando al privato una piena libertà nella rappresentazione di fatti, interessi e prospettazioni giuridiche funzionali ai propri interessi. Ciò coerentemente con una distribuzione dell'onere della prova che grava in questo caso interamente sull'amministrazione.

È da comprendere però se, in una prospettiva di obblighi reciproci nel quadro di un rapporto imperniato sulla buona fede, si possa imporre al privato qualcosa di più del non rappresentare il falso o dare rappresentazioni fuorvianti. E cioè di non essere reticente, se non anche di adoperarsi per acquisire e rappresentare fatti a sé potenzialmente sfavorevoli che siano nella propria sfera di conoscibilità e che consentano poi alla p.a. di adottare una decisione più consapevole, evitando che la sua ignoranza possa generare un pregiudizio all'interesse di cui è portatrice³¹.

Il problema di fornire informazioni contrarie al proprio interesse può porsi evidentemente in tutti i procedimenti, soprattutto ad istanza di parte, con la necessità di stabilire, quando la sanzione non sia già prevista, quali siano le conseguenze dell'eventuale violazione dell'obbligo. La questione si pone in termini generali anche nel diritto privato, ove non è certo se la buona fede comporti la responsabilità di chi abbia omessa una circostanza che l'altra ignori col-

30 Il riferimento è sia per i procedimenti di tipo sanzionatorio, sia per quelli destinati a produrre una privazione, come quelli diretti alla adozione di provvedimenti ablatori.

31 Ciò coerentemente con l'idea per cui gli obblighi di informazioni hanno un contenuto determinato "dalla necessità che [una parte] ha di conoscere situazioni di fatto o di diritto, la cui ignoranza rischierebbe di pregiudicarla": A. Albanese, *Buona fede, contratto e legge*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 42.

pevolmente (e, dunque, se generi l'obbligo di una rappresentazione completa dei fatti in sede di trattative)³², incertezza che, nel contesto della distribuzione dei pesi dell'istruttoria amministrativa, si fa ancora più grave.

E qui va recuperata la distinzione tra i diversi tipi di procedimento. Specularmente a quanto rilevato sopra, le considerazioni da fare divergono a seconda che si discuta del titolare di un interesse di tipo oppositivo o del titolare di un interesse di tipo pretensivo.

Di fronte ad una amministrazione che intende incidere negativamente sulla sfera giudica del soggetto, o imponendogli degli obblighi, o privandolo di diritti, si accentua il tratto difensivo della posizione del privato, che potrà limitarsi a fornire elementi di fatto che possano rientrare nel suo interesse, lasciando all'amministrazione e a eventuali terzi l'onere di fondare su fatti rilevanti l'adozione del provvedimento negativo. Lo stesso potrà dirsi in relazione alla posizione dei terzi che si oppongono all'adozione di un provvedimento ampliativo su istanza di un interessato. Ciò significa che la mancata ostensione di fatti conosciuti non potrà rilevare in termini di male fede; semmai potrà avere le conseguenze ordinarie rispetto al peso del suo eventuale affidamento che, data la consapevolezza della illegittimità, tende ad affievolirsi.

Il discorso non può essere svolto con la stessa facilità per il privato che aspira ad ottenere una utilità e che per questo propone una istanza all'amministrazione. In questo caso, infatti, vi è l'onere della dimostrazione in positivo della ricorrenza dei presupposti per ottenere l'utilità desiderata che esclude il diritto del privato di dire il falso e che lo obbliga ad allegare una rappresentazione dei fatti veritiera e completa, finalizzata a detta dimostrazione: tutto ciò che ha a che fare con la prova è onere dell'istante.

Questa premessa (e la precisazione serve per la prosecuzione del ragionamento) presuppone peraltro una chiara ed esaustiva determinazione di quali

32 A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità extracontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, *Eur. e dir. priv.*, 2017, 1144-1145.

siano i presupposti in questione. Ciò può invece non essere, poiché spesso l'esercizio della libertà dipende da una valutazione del presupposto, intrisa di profili tecnici o discrezionali, rispetto al quale potrebbero rilevare fatti di vario genere, non predeterminabili *a priori*. È proprio rispetto a questi fatti che il problema emerge.

La fattispecie non è comunque omogenea e si frammenta ulteriormente, perché contiene in sé sia il caso nel quale il privato chiede un atto ampliativo necessario per l'esercizio di un suo diritto o di una sua libertà, sia quello in cui egli chiede di poter ottenere una utilità che non appartiene alla sua sfera giuridica.

Nel primo caso, il procedimento si sviluppa in un contesto intriso di autoritarità. A dispetto del carattere formalmente vantaggioso dell'atto richiesto e della natura pretensiva dell'interesse fatto valere, rimane il fatto che l'ordinamento sottopone l'esercizio di una situazione giuridica attiva ad una limitazione formale (la necessità del previo atto), in funzione di un controllo preventivo. Dal punto di vista del rapporto tra autorità e libertà non vi è una differenza sostanziale tra il caso in cui l'amministrazione, rilevando il difetto di un presupposto, vieta l'esercizio di una libertà negando l'autorizzazione e quello in cui essa, rilevando la violazione di una regola, ne interdice la continuazione. Nell'uno e nell'altro caso, ciò che va dimostrato è la contrarietà alle regole, onere che grava interamente sull'amministrazione. Questa dimostrazione potrà certo passare anche attraverso l'indicazione degli elementi che il privato deve fornire (ed allora il problema si sposta sulla proporzionalità degli oneri imposti): fuori da ciò che gli è richiesto di rappresentare, però, al privato che omette circostanze potenzialmente rilevanti non può essere imputato alcunché.

Il contesto del rapporto cambia quando invece il privato tenda all'ottenimento di una utilità che non appartiene alla propria sfera giuridica.

La questione si è posta con molta evidenza nelle procedure ad evidenza pubblica, a proposito della previsione per cui è escluso dalla procedura chi si

sia reso colpevole di gravi illeciti professionali³³. Secondo la giurisprudenza, il principio di buona fede obbliga l'impresa, chiamata a dichiarare che non ricorrono cause di esclusione (anche, paradossalmente, quelle la cui esistenza dipenda da valutazioni della p.a.), a fornire all'amministrazione tutte le informazioni potenzialmente rilevanti, lasciando che sia poi l'amministrazione a selezionare, tra tutte, le informazioni da utilizzare³⁴. Il privato, dunque, deve adoperarsi per individuare ciò che potrebbe servire all'amministrazione per escluderlo, rendendo queste informazioni accessibili in modo generalizzato ed assumendosi il relativo danno reputazionale. Ove non lo faccia, il fatto stesso della omissione è considerabile ai fini della sua inaffidabilità.

Si tratta di un caso paradigmatico.

Di fronte ad un rapporto che più di ogni altro si avvicina a quello della trattativa precontrattuale e che più di ogni altro si presterebbe ad una applicazione non adattata dei principi comuni, la giurisprudenza utilizza sì il principio di buona fede come principio ordinatore del rapporto tra le parti, ma con evidenti distorsioni. Trascura che la buona fede non copre il comportamento negligente di chi non riceve una informazione che poteva chiedere e ottenere; trascura il limite legato al fatto che la buona fede non può generare obblighi che ledano in modo irragionevole l'interesse della parte; trascura il carattere relazionale della buona fede ed il fatto che essa protegge al contempo entrambe le parti; sostituisce con un obbligo di informare l'onere di informarsi; impone obblighi generici e di contenuto indeterminato, che mal si prestano ad essere sanzionati.

7. La conferma della direzione. Le preclusioni dell'art. 10 bis

33 Si rinvia per una disamina più analitica di una fattispecie che presenta significativi profili di interesse teorico a S. Torricelli, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, 477 ss.

34 Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592.

La lettura che ha guidato l'analisi, fondata sulla valorizzazione della buona fede in chiave di oneri di diligenza procedimentale, sembra coerente con alcune linee di sviluppo dell'ordinamento³⁵.

La centralità del procedimento, con le preclusioni che la accompagnano, è confermata in particolare dalle scelte che il legislatore ha compiuto nel riformare l'art. 10 bis l. n. 241/1990³⁶.

La norma presenta non pochi elementi di ambiguità³⁷; al fondo essa stabilisce oggi che, ove si sia tenuto un contraddittorio procedimentale a seguito della comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza³⁸ e se il successivo provvedimento di rigetto sia stato annullato dal giudice, l'ammini-

35 Linee di sviluppo che si colgono nelle numerose normative che disciplinano i silenzi procedurali, di cui meglio si dirà poi, e nella giurisprudenza che, limitando le possibilità per l'amministrazione di reiterare all'infinito provvedimenti annullati con motivazioni diverse, contemperano l'idea tradizionale della inesauribilità del potere amministrativo con il diritto dei cittadini alla certezza e alla rapidità nella definizione della questione che li riguarda: su quest'ultimo aspetto e sulla evoluzione giurisprudenziale che ha preceduto la riforma dell'art. 10 bis l. n. 241/1990 si veda M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.* 2022, spec. 598 ss.

36 L'art. 10 bis ha manifestato dall'inizio un tratto fortemente innovativo, introducendo una fase contraddittoria di cui la dottrina aveva invero già prospettato l'esigenza (chiedendosi se sia o meno "necessario che la pubblica amministrazione abbia già predefinito la determinazione, ossia la scelta che intende operare, almeno nei suoi termini generali, e pertanto su di essa inviti a partecipare gli interessati al fine di verificare la fattibilità dell'opzione e le ricadute della stessa in termini naturalmente non soltanto giuridici": così, M. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 298). Sulla differenza tra partecipazione e contraddittorio, F. Satta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 307; nonché E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *id.*, 2005, spec. 107 ss.

37 Sulle diverse opzioni interpretative lasciare aperte, si veda L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, spec. 576 ss.

38 E' da ritenere infatti che la preclusione si generi solo ove il privato sia intervenuto dopo la comunicazione e abbia presentato le proprie osservazioni, esercitando i suoi diritti di contraddittore. Convergono a corroborare questa conclusione sia l'espressione letterale usata dal legislatore ("in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato", dove l'avverbio "così" indica il provvedimento adottato a seguito delle osservazioni), sia la *ratio* della novella (che tende anche a valorizzare e promuovere il momento del confronto contraddittorio post comunicazione), sia una interpretazione secondo buona fede (che pone in capo al privato l'onere di rappresentare compiutamente la propria posizione già nel procedimento: se non lo fa, ordinariamente incappa in preclusione, come si è visto, mentre in questo caso ciò che accade è che non si produce una preclusione in capo alla sua controparte).

strazione, in sede di riesercizio del potere, non potrà porre a fondamento di un nuovo rigetto motivi che emergevano dall'istruttoria del primo procedimento.

Il principio di buona fede, nel suo carattere relazionale e reciproco, trova qui una ulteriore espressione; esso, invero, può essere considerato al contempo principio ispiratore della norma e canone per la sua interpretazione³⁹. E, proprio nella prospettiva della buona fede, dall'art. 10 bis si ricavano elementi in linea con le premesse da cui questo studio è partito.

Per un verso, la norma riformata sottolinea la specularità nella posizione delle parti. All'obbligo dell'amministrazione di indicare nella comunicazione tutti i motivi ostativi emergenti dall'istruttoria, fa riscontro oggi l'onere del privato di esercitare il suo diritto partecipativo⁴⁰. L'effetto preclusivo finale, che impedisce all'amministrazione di far valere successivamente i motivi non addotti che emergevano dall'istruttoria, dipende dalla scelta del privato di partecipare alla fase contraddittoria post-comunicazione⁴¹.

39 Come sembra cogliersi nelle parole di M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 596. Si veda, per un riferimento alla buona fede come canone di interpretazione della norma quanto osservato sopra, nella nota precedente. Appare poi condivisibile, sulla base della stessa impostazione interpretativa, la giurisprudenza che interpreta la formula "motivi emergenti" come riferita ai motivi che l'amministrazione poteva ricavare dall'istruttoria, anche se non rilevati, ivi inclusi quelli non ricavabili dalla istruttoria ma che sarebbero stati ricavabili ove l'istruttoria fosse stata svolta con diligenza (anche su questo, M. Ramajoli, *ibidem*, 608).

40 Un onere che invece non poteva trarsi dalla formulazione originaria della norma, che, almeno espressamente, non prevedeva alcuna conseguenza per il caso del mancato intervento del privato (F. Trimarchi Banfi, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 356, la quale peraltro ipotizzava dubitativamente che un simile comportamento potesse essere contrario al dovere di buona fede, con conseguenze sul piano della limitazione del danno risarcibile).

41 Si potrebbe discutere se si tratti davvero di un onere o se invece la preclusione sia l'effetto premiale per avere scelto di anticipare alla fase procedimentale il dibattito in contraddittorio che altrimenti si avvierebbe solo al momento e all'interno del processo (e che dovrebbe consentire all'amministrazione di addivenire ad una migliore decisione e ad una migliore motivazione, producendo anche un effetto deflattivo del contenzioso). Tuttavia, nella fisionomia che il procedimento ha acquisito a seguito della riforma, l'effetto preclusivo corrisponde a un tratto ordinario che il procedimento assume al fine di produrre la sua massima utilità e riesca a concentrare in sé le attività, anche contraddittorie, in cui si articola il rapporto tra le parti: non si tratta dunque di un effetto premiale, ma dell'effetto che consente al procedimento di assolvere le sue funzioni, a beneficio di entrambe le parti.

Per un altro verso, l'art. 10 bis rafforza l'obbligo per l'amministrazione di valorizzare massimamente l'istruttoria procedimentale (coerentemente con la scelta che si è visto di stabilizzare proprio dentro al procedimento il materiale istruttorio rilevante ai fini della decisione), traendo poi dall'istruttoria svolta il massimo possibile in termini di motivazione.

In questo senso, è evidente il tentativo del legislatore di fare in modo che il procedimento definisca sino al massimo grado possibile l'assetto degli interessi coinvolti, attraverso la chiusura dell'istruttoria e la definitività della motivazione, così da creare la condizione per cui anche la sentenza possa dare come utilità la effettiva soddisfazione degli interessi del privato ricorrente che risulti vittorioso.

Per un altro verso ancora, la disciplina rinnovata del preavviso di rigetto si inquadra nel contesto più generale della tendenza a dare alle norme procedurali un contenuto anche sostanziale, rafforzandone il valore ordinante⁴².

Il regime dei silenzi dimostra che l'osservanza o la violazione di una regola del procedimento può incidere sul risultato finale di un procedimento e sulla stessa identificazione dell'interesse pubblico⁴³. Infatti: l'interesse pubblico in concreto risente delle modalità con cui è condotta l'azione amministrativa, per cui ciò che può essere di interesse pubblico rispetto ad una azione amministrativa condotta in modo diligente o efficiente, può non esserlo nel caso in cui

42 Di "valore ordinante del procedimento" e del "ruolo oggettivamente propulsivo (e conformativo) giocato dalla partecipazione" (pur con accentuazioni critiche legate alla partecipazione degli interessi c.d. forti) parla R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 212.

43 Si pensi alle preclusioni procedurali che derivano, in sede di conferenza di servizi, dai silenzi assenti dipendenti dal fatto che una amministrazione partecipi producendo dissensi immotivati o tramite un funzionario incapace di manifestare in via definitiva la volontà dell'amministrazione di appartenenza (art. 14 bis, co. 3, e 14 ter c. 7, l. n. 241/1990), come anche si pensi al silenzio assenso endo-procedimentale di amministrazioni chiamate a esprimere assenti, concerti, nulla-osta (art. 17 bis l. n. 241/1990). Le norme evocate manifestano peraltro una sorta di schizofrenia: i silenzi all'interno del procedimento obbligano sì il responsabile a procedere, ma possono generare un difetto di istruttoria e il conseguente annullamento dell'atto, quando un interessato contesti la ponderazione sotto il profilo della mancata acquisizione dell'interesse che il parere avrebbe dovuto far emergere (almeno quando la considerazione dell'interesse non considerato avrebbe potuto incidere sulla decisione finale).

l'amministrazione violi questi fondamentali canoni. Ove ciò accada, assumono rilievo elementi ulteriori (riferibili alla diligenza e alla rapidità) che hanno solo in parte una dimensione individuale e che esprimono anche valori di civiltà e di sistema (a cominciare dall'affidabilità del sistema paese), i quali finiscono con l'incidere sulla scelta che diviene possibile fare nella fattispecie di riferimento.

Sotto questo profilo, l'art. 10 bis si ispira ad una logica nota, determinandone però un salto qualitativo.

Il formarsi dei silenzi assenti, infatti, non esclude la illegittimità del provvedimento finale: non solo il silenzio-assenso (per così dire) finale potrà essere annullato d'ufficio o dal giudice, richiamando proprio i motivi di interesse pubblico che il formarsi del silenzio assenso aveva soffocato, ma anche il provvedimento finale adottato sulla base di silenzi endo-procedimentali potrà essere impugnato in quanto vi è stato un difetto di istruttoria che ha potenzialmente inquinato la decisione finale: ancora il riferimento all'imparzialità, rispetto ad un quadro normativo in cui il fattore tempo assume il rilievo di un interesse pubblico capace di incidere (almeno) materialmente sulla scelta finale, genera un effetto schizofrenico⁴⁴.

Nel caso dell'art. 10 bis, invece, la preclusione che si determina è tale da incidere sul parametro di legittimità, nel senso che un provvedimento successivo che pretenda di tutelare l'interesse pubblico recuperando motivi emergenti dalla prima istruttoria (violando l'art. 10 bis) risulta comunque illegittimo. Si potrebbe argomentare che allora, proprio partendo dall'art. 10 bis, anche le norme sui silenzi endo-procedimentali andrebbero rilette, dando al silenzio un analogo significato preclusivo e superando quella intollerabile contraddizione che si traduce nell'imporre all'amministrazione di adottare un atto senza poterne valutare alcuni profili di legittimità, *ergo* di imporre l'adozione consapevole di un atto illegittimo.

44 V. nota precedente.

Ancora la buona fede, applicata in correzione dell'imparzialità, manifesta i suoi effetti di coerenza sistemica.

Queste ultime considerazioni conducono ad affrontare uno degli aspetti più controversi della norma: quello che attiene alla posizione dei terzi, resa critica per il fatto che essi non sono destinatari della comunicazione e non partecipano alla fase in contraddittorio che conclude il procedimento. Per essi, si è detto, non vale la preclusione posta dall'art. 10 bis, che investe soltanto l'amministrazione⁴⁵. Il punto è in effetti delicato, ma si può impostarlo avviando il discorso sulla base di una considerazione pratica e procedendo per esclusioni.

E' difficile accettare l'idea che il terzo possa impugnare il provvedimento di accoglimento dell'istanza, adottato a seguito dell'annullamento del primo rigetto, perché l'amministrazione non abbia considerato argomenti emergenti dall'istruttoria che le era precluso di considerare; d'altra parte il divieto posto dalla formulazione letterale dell'art. 10 bis le impedirebbe di nuovo, anche in caso di annullamento dell'accoglimento, di adottare successivamente un diniego che violasse quelle preclusioni.

La norma va allora per forza in qualche modo curvata: o la si piega nel senso di ritenere in via interpretativa che la comunicazione veda fatta anche ai terzi o la si interpreta nel senso che l'impugnazione dei terzi dell'accoglimento faccia risorgere il potere-dovere per l'amministrazione di recuperare motivi che precedentemente non poteva spendere.

Questa seconda soluzione (non dissimile a quella che si è tentato di percorrere per la SCIA, ma che la Corte costituzionale non ha condiviso⁴⁶) presenta profili problematici difficili da superare. L'amministrazione infatti si trove-

45 M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 610.

46 Coste Cost., 20 luglio 2020, n. 153. La Corte ha escluso che i poteri interdittivi dell'amministrazione sull'attività segnalata cambino a seconda della posizione dei terzi; in particolare ha escluso che, ove il potere interdittivo sia sollecitato da terzi, esso non sia soggetto alle limitazioni poste dall'art. 21 nonies l. n. 241/1990. Le considerazioni della Corte appaiono condivisibili anche sul piano teorico, perché riaffermano la necessità di una considerazione unitaria del potere amministrativo, che non può variare la propria ampiezza a seconda di dati accidentali: ciò sembra potersi dire anche nel caso dell'art. 10 bis.

rebbe, in fase di riesercizio del potere, ad adottare (e a non potere neppure successivamente annullare d'ufficio) un atto a contenuto almeno parzialmente vincolato (nel senso di non poter richiamare motivi emergenti dalla prima istruttoria) necessariamente illegittimo, che, ove annullato su ricorso di terzi, farebbe riemergere grazie agli effetti del giudicato un potere prima non esistente: non sembra esservi, in questa ipotesi ricostruttiva, alcuna ragionevolezza.

Più coerente una interpretazione alternativa, che, valorizzando il dato testuale illuminato dalla buona fede e dalla *ratio* della riforma, porti a ritenere che la comunicazione debba essere fatta agli “istanti”: la scelta del plurale si presta bene a ricomprendervi non solo l'istante originario, ma anche chi sia intervenuto chiedendo che l'amministrazione decida in uno o in un altro senso, anche recuperando una omissione che già comunque è sempre stata di per sé difficilmente giustificabile.

8. Qualche riflessione conclusiva

I principi sono un tratto della contemporaneità⁴⁷: l'apertura delle fattispecie ad un adattamento continuo e mutevole ai valori di cui essi si fanno tramite una conseguenza ineliminabile. In questo solco le considerazioni svolte, le quali, pur evocando molte questioni problematiche e incerte, permettono di trarre almeno una conclusione: e cioè che l'introduzione del principio di buona fede, se adeguatamente valorizzata, non ha solo un valore tassonomico, ma è in grado di incidere sull'assetto sostanziale del rapporto procedimentale.

Se dunque non ci si contenti, come spesso fa la giurisprudenza, a richiamare la buona fede in modo sovrabbondante e in funzione solo retorica, magari soffocandola con un richiamo congiunto a molti altri principi, anche tra loro contraddittori, si può comprendere come essa offra l'opportunità di una effettiva normalizzazione del rapporto amministrativo (almeno per quanto la specificità del fenomeno del potere autoritario lo consenta o lo suggerisca). Proprio le

⁴⁷ L'espressione è tratta da G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 48.

potenzialità della buona fede debbono però allertare, non solo perché è importante che quelle potenzialità siano colte, ma anche perché l'effetto innovativo che essa può produrre deve essere convogliato in una direzione coerente.

Della buona fede la dottrina privatistica ha messo in luce l'aspetto enigmatico, anche chiedendosi se dalla sua applicazione derivino più benefici o svantaggi⁴⁸ e denunciandone il richiamo frequente ma non sistemico e non ancorato a criteri razionali⁴⁹.

La trasposizione del principio nel campo pubblicistico amplifica questi rischi: di qui l'esigenza di interrogarsi circa il modo di preservarne la funzione e la capacità conformativa, senza piegarlo a logiche che ne contraddicano il senso.

In particolare, il principio di buona fede può portare ad avvalorare certe letture collaborative del procedimento amministrativo, che assegnano alle parti un ruolo tendenzialmente omogeneo espletando il quale esse debbono adoperarsi per il raggiungimento di un risultato comune: impostata la questione in questi termini, il risultato comune non può che essere l'interesse pubblico. Ma questo approccio confligge con l'idea del rapporto amministrativo, che postula invece due parti in posizioni non coincidenti o addirittura contrapposte.

E' in questo contesto di alterità delle parti che la buona fede può definire uno standard generale di comportamento in cui si può dover fare, dire o dare ciò che serve alla controparte, nei limiti in cui questa, adoperandosi con diligenza, non potrebbe ottenerlo e comunque nei limiti in cui l'afflato collaborativo non osti al soddisfacimento del proprio interesse.

Se questa è la premessa, la buona fede trova spazio per valorizzare il procedimento come luogo esclusivo e non duplicabile, nel quale emergono elementi che definiscono un assetto istruttorio tendenzialmente stabile e assistito

48 S. Piraino, *L'onore della buona fede tra diritto e mercato*, cit. 648.

49 G. Alpa, *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in aa.vv., *Diritto giurisprudenziale*, in M. Bessone (a cura di), Torino, 1996, 118.

da preclusioni, che costituisce al tempo stesso presupposto e parametro di legittimità della scelta finale.

Con questa chiave di lettura, la buona fede fa acquisire al procedimento la capacità di definire l'assetto del rapporto tra le parti, massimizzando anche l'effettività della tutela giurisdizionale.

Improntato il rapporto alla buona fede, il giudice si trova di fronte non già alla vischiosità di un potere (amministrativo) sotto ogni profilo inesauribile, ma ad un quadro che proprio la buona fede impone alle parti di definire, esercitando poteri reciproci che la buona fede tende a far esaurire nel procedimento.

Ciò contribuendo ad una conformazione armonizzante della relazione tra amministrazione e persone.

