

A cura di Luca Del Frate

<https://www.papuntozero.it/>

Volontà pubblica e volontà privata

La modalità attraverso cui si forma la volontà pubblica non sono le stesse che caratterizzano l'espressione della volontà del singolo nell'esercizio dell'autonomia privata.

Nel diritto privato conta soprattutto la dichiarazione di volontà, mentre di regola sono irrilevanti le modalità attraverso cui la volontà si forma

Nell'esercizio dell'autonomia privata la manifestazione della volontà rappresenta il solo momento giuridicamente rilevante, mentre nel caso di decisioni di interesse generale viene ad assumere un'importanza fondamentale il momento organizzativo, ossia il dipanarsi della procedura secondo una successione predeterminata dalla legge

Il procedimento, secondo una nota definizione, è la «forma della funzione amministrativa», ossia l'*iter* attraverso cui il potere si fa atto. Allo stesso tempo, il procedimento è il luogo di ponderazione degli interessi e di collegamento tra soggetti pubblici e privati che vengono coinvolti nella decisione dell'amministrazione.

Ambivalenza del procedimento:

- ① modalità di espressione del potere (che si fa atto puntuale)
- ② sede della collaborazione tra amministrazione e privati

A seconda che si segua l'uno o l'altro approccio, nel procedimento risulterà prevalente la vocazione a realizzare prioritariamente l'interesse pubblico individuato in via unilaterale dalla pubblica amministrazione attraverso decisioni autoritative e altamente formalizzate, ovvero la vocazione a consentire la libera partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche, attenuando l'unilateralità delle scelte compiute nell'interesse generale.

Sequenza di atti ed operazioni (posta in essere da pubbliche amministrazioni, con il concorso e non di privati) che conducono all'adozione di un provvedimento amministrativo (generalmente individuale), o, in alternativa, alla conclusione di un accordo sostitutivo

La funzione principale è il corretto esercizio del potere amministrativo attraverso una adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco (principio di completezza dell'istruttoria) con il minor sacrificio possibile di mezzi (principio di non aggravamento del procedimento)

consentire un *controllo* sull'esercizio del potere (soprattutto ad opera del giudice), attraverso una verifica del rispetto puntuale della sequenza degli atti e operazioni normativamente predefinite;

far emergere e dar voce a tutti gli interessi incisi direttamente o indirettamente dal provvedimento (dimensione collaborativa della *partecipazione*);

legittimare il potere dell'amministrazione e promuovere pertanto la democraticità dell'ordinamento amministrativo;

attuare il *coordinamento* tra più amministrazioni;

Attraverso la partecipazione, il procedimento previene l'insorgere di contrasti tra i privati e la pubblica amministrazione;

Questa dimensione, seppure importante, non è l'unica, in quanto la partecipazione ha anche una funzione di pubblico interesse, permettendo una più ampia visione degli interessi e quindi una decisione più consapevole; Cambiamento di paradigma dell'amministrazione, da autoritaria a democratica, da imperativa a condivisa.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: L'AMBITO DI APPLICAZIONE



Le disposizioni sul procedimento si applicano alle amministrazioni statali, agli enti pubblici nazionali e alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente alle attività che si sostanziano nell'esercizio delle funzioni amministrative (art. 29).

Le disposizioni sul diritto di accesso si estendono anche i gestori di pubblici servizi (art. 23).

Si applica nella sua interezza ai procedimenti di tipo individuale; le disposizioni sull'obbligo di motivazione (art. 3, comma 2), sulla partecipazione al procedimento (art. 13, comma 1) e sul diritto di accesso (art. 24, comma 1, lett. c)) non si applicano agli atti normativi e agli atti amministrativi generali.

Alcune categorie di procedimenti come quelli tributari non sono sottoposti alla l. n. 241/1990, bensì alle regole contenute nelle discipline speciali (art. 13, comma 2).

Tra i principi elaborati dalla Corte di giustizia alcuni sono innovativi: proporzionalità, legittimo affidamento, precauzione.

Proporzionalità è una manifestazione del principio di Ragionevolezza dei mezzi rispetto agli obiettivi: nel diritto comunitario guarda all'esigenza di non limitare, se non nei casi di stretta necessità, la libertà dei privati, più che alla soddisfazione dell'interesse pubblico

Legittimo affidamento emerge soprattutto nei procedimenti di autotutela. L'affidamento non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico .

Precauzione consente e impone l'adozione di provvedimenti di tutela da parte delle amm. competenti senza dover attendere che la gravità dei rischi sia dimostrata pienamente.

IL RICHIAMO GENERALIZZATO AL DIRITTO PRIVATO



Il richiamo al diritto privato diventa oggetto di una previsione di carattere generale.

La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente (art. 1, comma 1 bis)

La netta contrapposizione tra diritto pubblico e privato non trova corrispondenza nella vita reale delle amministrazioni, dove gli atti unilaterali e quelli negoziali delle PA sono soggetti a regole ora privatistiche ora pubblicistiche, attraverso miscele e ibridazioni

L'effetto principale dell'art. 1, comma 1bis è far venir meno l'incertezza sulla natura di alcuni atti di confine, creando una presunzione a favore del diritto civile.

Iniziativa

Istruttoria

Decisoria:

Integrativa dell'efficacia (eventuale)

La legge 241 non individua espressamente queste fasi

La motivazione è un requisito di validità del provvedimento, la mancanza è punita con la violazione di legge. Non si può integrare in seguito, dev'essere contestuale.

Declino delle garanzie formali anche per la motivazione, ci si preoccupa solo del contenuto sostanziale dell'atto.

Logica pangiurisdizionale: la motivazione serve solo al giudice, basta che l'amministrazione sia in grado di spiegare i motivi al giudice. In realtà serve al destinatario per difendersi, e ai cittadini per esercitare un controllo diffuso, democratico.

IL TERMINE DI CONCLUSIONE DEL PROVVEDIMENTO



Il procedimento deve concludersi entro un termine, in generale fissato da regolamenti di ciascuna amministrazione, comunque non superiore a 90 gg. Funzione di garanzia per il privato ma anche di celerità dell'azione amministrativa

Termini più estesi (fino a 180 gg) sono ammissibili per specifici provvedimenti e a particolari condizioni
In mancanza di specifica disciplina vale il termine di 30 giorni

LE CONSEGUENZE DEL NON RISPETTO DEL TERMINE



“Il termine di conclusione del procedimento amministrativo è *ordinatorio* e non *perentorio*, con la conseguenza che il mancato rispetto dello stesso non si ripercuote sulla validità della determinazione finale, ma dà semplicemente titolo a formulare un'istanza di risarcimento del danno da ritardo in presenza di determinati presupposti, anche di carattere soggettivo, ai sensi dell'art. 2 bis della medesima legge” (T.A.R. Roma Lazio sez. I, 4 giugno 2013, n. 5551)

Accertamento dei fatti e degli interessi, che a seconda della complessità può essere realizzato anche tramite ispezioni, ordine di esibizione di documenti, accertamenti ovalutazioni tecniche, richieste di pareri

Principio inquisitorio (scelta libera dei mezzi da parte della p.a.), nel rispetto dei termini di conclusione del procedimento

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO



L'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, ed eventualmente dell'adozione anche dell'atto finale

Il dirigente individua il funzionario responsabile; in mancanza, è responsabile il titolare dell'unità organizzativa stessa

Il responsabile adotta ogni adeguata misura per il sollecito svolgimento dell'istruttoria: accertamento dei fatti e degli interessi

Se l'organo decidente è un altro, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria se non tramite adeguata motivazione

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO



Compete al responsabile tutta l'attività istruttoria, nel rispetto della leale collaborazione con il privato. Verifica l'esistenza di tutti gli elementi di fatto e di diritto per l'emanazione del provvedimento. Se non presenti deve comunicare l'interruzione del procedimento (specie se ad istanza di parte).

OBBLIGO DI PROCEDERE E DI PROVVEDERE



Obbligo di procedere: l'amministrazione competente è tenuta ad aprire il procedimento e a porre in essere le attività previste nella sequenza procedimentale propedeutiche alla determinazione finale.

Sorge o in seguito a un atto di impulso di un soggetto esterno all'amministrazione titolare del potere (istanza di parte) o per iniziativa di quest'ultima (d'ufficio)

l'amministrazione, una volta aperto il procedimento, ha il dovere di portarlo a conclusione attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso (obbligo di provvedere).

In caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, conclude il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo

LA COMUNICAZIONE DI AVVIO



In tutti i procedimenti, ove non sia impedito da particolari esigenze di celerità, il responsabile del procedimento deve effettuare la comunicazione di avvio ai destinatari del provvedimento finale, a coloro che per legge devono intervenire nel procedimento, e a coloro che possono subirne un pregiudizio, purché individuati o facilmente individuabili

Da questa comunicazione decorrono i termini di conclusione del procedimento, che devono essere indicati nella stessa

Deve essere personale e contenere tutti gli elementi indicati dalla legge

IL PREAVVISO DI RIGETTO



La novella del 2005 aggiunge una nuova pretesa partecipativa, ossia il preavviso di rigetto (10bis)
La PA è tenuta a dare comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza prima di emanare il provvedimento negativo, pena l'illegittimità

Non è un atto provvedimentoale, impugnabile ex se
Ha chiare finalità deflative del contenzioso, anche se inizialmente comporta un aggravamento. Si vogliono attribuire al partecipante più chances di ottenere quanto gli preme. Si incide però negativamente sulla certezza del termine, causa interruzione dei termini.

Responsabile del procedimento deve mettere per iscritto (relazione) le risultanze dell'istruttoria, e l'organo decisore se vuole discostarsi deve dar conto delle ragioni nel provvedimento finale

Comunicazione del provvedimento (art. 21bis)



Il legislatore avrebbe potuto fissare una volta per tutte un obbligo generale di comunicazione dei provvedimenti.

La conoscenza infatti è necessaria per realizzare gli effetti tipici dell'atto, indipendentemente dalla qualità positiva o negativa

Invece la regola continua ad essere che i provvedimenti sono immediatamente efficaci, e la loro operatività decorre dal momento della perfezione dell'atto (art.21quater), salvo provvedimenti ad impatto lesivo.

Si vuole conciliare garanzia ed efficienza

I destinatari della comunicazione di avvio ma anche qualunque interessato ritenga di poter subire un pregiudizio dalla decisione possono partecipare al procedimento inviando memorie e documenti che devono essere presi in considerazione – se pertinenti – dall'amministrazione.

La partecipazione comprende anche il diritto di accesso ad atti e documenti

Nei procedimenti ad istanza di parte, va comunicato un preavviso di diniego, prima di adottare la decisione definitiva.

Il destinatario ha 10 gg di tempo per rispondere.

Il termine di conclusione del procedimento si interrompe

In applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., la l. 241 del 1990 ha stabilito l'obbligo per la PA di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso (art.2), ad eccezione delle ipotesi di segnalazione certificata di inizio attività e silenzio-assenso disciplinate, rispettivamente, agli art. 19 e 20 della l. 241 del 1990

il silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte di tale obbligo costituisce un comportamento illegittimo e, dopo l'introduzione del danno da ritardo di cui all'art. 2-bis, antigiuridico (indipendentemente dalla spettanza dell'utilità sostanziale sottesa al provvedimento).

La giurisprudenza ritiene che: “Il termine di conclusione del procedimento amministrativo è ordinatorio e non perentorio, con la conseguenza che il mancato rispetto dello stesso non si ripercuote sulla validità della determinazione finale”

Dunque il provvedimento fuori termine non è annullabile, ma dà “semplicemente titolo a formulare un'istanza di risarcimento del danno da ritardo in presenza di determinati presupposti, anche di carattere soggettivo, ai sensi dell'art. 2 bis della medesima legge” (T.A.R. Roma Lazio sez. I, 4 giugno 2013, n. 5551)

Silenzio-assenso: casi in cui la legge attribuisce al decorso del termine (in assenza di provvedimento) il significato di provvedimento implicito di assenso alla istanza di parte

Silenzio-rigetto: casi in cui la legge attribuisce al decorso del termine (in assenza di provvedimento) il significato di provvedimento implicito di diniego alla istanza di parte

In tutti gli altri casi, il silenzio ha valore di inadempimento (al dovere di provvedere), e possono essere attivati una serie di rimedi

Anche in caso di ritardo si ha un inadempimento, con le conseguente responsabilità

IL SILENZIO INADEMPIMENTO



Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione può essere proposto anche senza necessità di diffida, fintanto che perdura l'inadempimento:

Comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini

Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza (art. 31 CPA)

Il giudice, se accerta l'inerzia, può ordinare all'amministrazione l'adozione di un determinato

Provvedimento

Può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo in caso di attività vincolata e dove non ci siano esigenze istruttorie

In alternativa il privato, alla scadenza del termine, può rivolgersi ad un sostituto individuato preventivamente dalla stessa amministrazione

Il giudice, se accerta l'inerzia, può ordinare all'amministrazione l'adozione di un determinato

Provvedimento

Può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo in caso di attività vincolata e dove non ci siano esigenze istruttorie

In alternativa il privato, alla scadenza del termine, può rivolgersi ad un sostituto individuato preventivamente dalla stessa amministrazione

Richiesta rivolta a una p.a. da un soggetto titolare di un interesse personale, concreto, diretto ed attuale.

Si deve riferire a documenti ben individuati, perché l'accesso (documentale) non è uno strumento di «controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»

Accesso informale (richiesta verbale) quando non esistono controinteressati per i quali si ponga un problema di riservatezza.

Accesso formale, quando l'amministrazione riscontra l'esistenza di potenziali controinteressati ovvero quando sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente o sulla accessibilità di un documento.

Accesso come livello essenziale delle prestazioni, poi generalizzato a tutta la partecipazione

Costruzione e articolazione molto complessa delle ipotesi di esclusione (art. 24)

3 categorie di limiti: 1) esclusione tout court 2) possibilità di negare l'accesso per atti individuati da un regolamento statale (da emanarsi, vige ancora il dpr 352/92) o autonomo delle pa); 3) possibilità di differire l'accesso

Prevalenza dell'accesso sulla riservatezza se il primo è funzionale alla effettiva difesa (e non per esigenze generiche, Cons Stato, VI, 920/11) di un interesse giuridico, non necessariamente in sede processuale

Accesso come livello essenziale delle prestazioni, poi generalizzato a tutta la partecipazione

Costruzione e articolazione molto complessa delle ipotesi di esclusione (art. 24)

3 categorie di limiti: 1) esclusione tout court 2) possibilità di negare l'accesso per atti individuati da un regolamento statale (da emanarsi, vige ancora il dpr 352/92) o autonomo delle pa); 3) possibilità di differire l'accesso

Prevalenza dell'accesso sulla riservatezza se il primo è funzionale alla effettiva difesa (e non per esigenze generiche, Cons Stato, VI, 920/11) di un interesse giuridico, non necessariamente in sede processuale

LA PROCEDURA PER L'ACCESSO



La richiesta deve essere presentata per iscritto, essere motivata e indicare gli estremi del documento o gli elementi che consentano di individuarlo.

La PA è tenuta a dar comunicazione ai controinteressati della richiesta presentata con l'assegnazione di un termine di dieci giorni per l'eventuale presentazione di una opposizione motivata

Il procedimento di accesso deve concludersi entro trenta giorni dalla richiesta.

Decorso il termine la richiesta «si intende respinta»
(silenzio-diniego)

LA PROCEDURA PER L'ACCESSO



Il procedimento può concludersi oltre che con un provvedimento che concede o nega l'accesso anche con un provvedimento che dispone il differimento dell'accesso.

Infatti, l'accesso non può essere negato quando possa essere sufficiente far ricorso al potere di differimento.

Contro il diniego espresso o tacito dell'accesso (ma anche contro il differimento) può essere proposto un ricorso giurisdizionale entro trenta giorni innanzi al giudice amministrativo

In alternativa al ricorso giurisdizionale, la l. n. 241/1990 prevede, in prima battuta, un ricorso di tipo amministrativo esperibile, a seconda dei casi, innanzi al difensore civico o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art.25, comma 4 e art. 27) che si devono pronunciare entro trenta giorni.