



Avv. Ida Tascone
Magistrato TAR

IL NUOVO PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E PROFILI DI RESPONSABILITA'

SPORTELLO ANTICORRUZIONE
La Community dei Responsabili Anticorruzione e Trasparenza

La Legge n. 241/90

Il procedimento amministrativo è l'insieme di una pluralità di atti (susseguenti e diversi fra loro) che, nonostante la loro eterogeneità e la loro relativa autonomia, sono preordinati allo stesso fine, cioè, alla produzione di determinati effetti giuridici nella sfera giuridica di determinati (o determinabili) soggetti.



Il provvedimento

Le fasi

La normativa non prevede espressamente le fasi. Esse si ricavano dalla lettura degli artt. 2, 6,7.

Il procedimento amministrativo si articola in più fasi:

1. Preparatoria,
2. Istruttoria,
3. Consultiva-(eventuale)
4. Decisoria o deliberativa,
5. di integrazione dell'efficacia-(eventuale)

..di iniziativa

è la fase propulsiva del procedimento. Essa è diretta:

a predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare;

ad introdurre l'interesse pubblico primario nonché gli interessi secondari di cui sono titolari i privati interessati all'oggetto del provvedimento da emanare.

Obbligo di procedere

Obbligo di provvedere

Doverosità dell'esercizio del potere

Divieto di aggravamento

La comunicazione di avvio del procedimento

1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerita' del procedimento, l'avvio del procedimento stesso e' comunicato, con le modalita' previste dall'articolo 8, **ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale e' destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenirvi.** Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione e' tenuta a fornire loro, con le stesse modalita', notizia dell'inizio del procedimento.
2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facolta' dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, **provvedimenti cautelari.**

Art. 7

L'avvio del procedimento deve essere oggetto di comunicazione agli interessati (art. 7 1° co. l. 241/90), ossia:

I destinatari del provvedimento finale , ossia i soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti;

i soggetti che per legge devono intervenire nel procedimento (parti necessarie);

i terzi che possono ricevere pregiudizio dal provvedimento finale, sempre che siano individuati o facilmente individuabili (parte eventuali).

L'obbligo di comunicazione è finalizzato a consentire alla parte interessata di partecipare al procedimento fin dal suo avvio.

Eccezioni.

L'art. 7 1° co. l. 241/90 pone un'eccezione all'obbligo generale di comunicazione: laddove “sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze del procedimento”.

In questa eccezione rientra anche l'esercizio di poteri d'urgenza (artt. 50 e 54 TUEL).

Ci sono i procedimenti cautelari.

Deroghe

La giurisprudenza ha elaborato alcune eccezioni all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, privilegiando una lettura sostanziale. In ossequio al principio del raggiungimento dello scopo, il vizio va escluso nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato comunque raggiunto; qualora vi sia un atto equipollente alla formale comunicazione; ogni qualvolta il potenziale destinatario abbia avuto a lunga conoscenza del procedimento, avendo la concreta possibilità di parteciparvi.

Vedi l'art. 21 octies co. 2 Legge n. 241/90.

Artt. 8, co. 1 lett. c-ter e 18 bis.

L'inadempimento

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento costituisce vizio di violazione di legge che rende illegittimo il provvedimento finale emanato.

Tale vizio può essere dedotto solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista (art. 8, 4° co. L. 241/90).

Tuttavia la portata di tale previsione risulta mitigata dal nuovo art. 21^{octies} il cui 2 co. prevede che: "Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento avrebbe dovuto essere diverso da quello in concreto adottato".

È chiaro che tale previsione fa riferimento esclusivamente ai **provvedimenti vincolati**, per i quali la P.A., non può deciderne discrezionalmente il contenuto.

Contenuto della comunicazione

- a) l'amministrazione competente;
- b) l'oggetto del procedimento promosso;
- c) l'ufficio, il domicilio digitale della pa e la persona responsabile del procedimento;

((c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;

c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza;))

d) le modalità con le quali, attraverso il punto di accesso telematico di cui all'articolo 64-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 o con altre modalità telematiche, è possibile prendere visione degli atti, accedere al fascicolo informatico di cui all'articolo 41 dello stesso decreto legislativo n. 82 del 2005 ed esercitare in via telematica i diritti previsti dalla presente legge;

d-bis) l'ufficio dove è possibile prendere visione degli atti che non sono disponibili o accessibili con le modalità di cui alla lettera d).

Art. 18 bis

1. Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza. Se la ricevuta contiene le informazioni di cui all'articolo 8, essa costituisce comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 7. La data di protocollazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione. Le istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente.

2. Nel caso di istanza, segnalazione o comunicazione presentate ad un ufficio diverso da quello competente, i termini di cui agli articoli 19, comma 3, e 20, comma 1, decorrono dal ricevimento dell'istanza, segnalazione o della comunicazione da parte dell'ufficio competente.

Fase istruttoria e consultiva (eventuale)

nella quale l'amministrazione procedente acquisisce e valuta tutti gli elementi della situazione reale su cui andrà ad incidere il provvedimento finale, e quindi tutti gli interessi pubblici, collettivi, privati che sono in gioco.

La fase istruttoria può comprendere a sua volta una sottofase (o subprocedimento): o consultiva: qualora la valutazione dei fatti e degli atti è particolarmente complessa

Finalità

Le attività delle fase istruttoria, che a seguito della L. 241/1990, si sono arricchite di una più incisa partecipazione dei privati (principio del giusto procedimento) tendono alla:

acquisizione dei fatti: ossia:

le condizioni di ammissibilità (posizione legittimante, interesse a ricorrere);

i requisiti di legittimazione (cittadinanza, titoli di studio);

le circostanze di fatto (rilevabili con ispezioni, inchieste, etc.);

acquisizione degli interessi, ossia raccolta degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento, con conseguente partecipazione dei portatori alla luce del principio del giusto procedimento;

elaborazione di fatti e di interessi, nella quale rientrano le richieste di pareri.

La partecipazione

Il completamento dell'acquisizione degli interessi coinvolti nel procedimento avviene, mediante la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento.

Si evidenziano tre tipi di interessi, i cui portatori hanno la facoltà o il dovere di partecipare al procedimento: I) interesse pubblico; II) interessi privati; III) interesse collettivi (sono quelli che fanno capo a un ente esponenziale (associazione o comitato) di un gruppo occasionale omogeneo di soggetti, autonomamente individuabile ed organizzato per la realizzazione dei fini propri della categoria).

Sono **partecipanti eventuali** al procedimento amministrativo (art. 9):

I portatori di interessi pubblici

I portatori di interessi privati

I portatori di interessi collettivi **cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento**

I partecipanti (**necessari o eventuali**) possono (artt. 10 e 11 della legge n. 241/90):

- presentare memorie scritte e documenti, che la pa ha l'obbligo di valutare se pertinenti all'oggetto del procedimento
- prendere visione degli atti del procedimento
- concludere accordi con l'amministrazione procedente

Il preavviso di rigetto (art. 10 bis)

Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis della legge n. 241/90):

- è stata introdotta la previa comunicazione di provvedimento negativo, che rafforza gli istituti di partecipazione al procedimento

Nei procedimenti ad istanza di parte,

il responsabile del procedimento o l'autorità competente,

- prima della formale adozione di un provvedimento negativo,
- comunica tempestivamente agli istanti i **motivi che ostano** all'accoglimento della domanda”.

Successivamente a tale comunicazione:

“gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni”

e “dell’eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale

Le modifiche ad opera del D.L. semplificazioni *strumento di responsabilizzazione della pa*

Il preavviso di rigetto è stato incisivamente modificato dalla legge numero 120 del 2020.

Funzione dell'istituto è di realizzare un contraddittorio tra p.a. e privato finalizzato all'emanazione del provvedimento finale.

Ciò significa che il preavviso di rigetto si colloca tra la fase istruttoria e quella decisoria: per comunicare al soggetto che ha presentato l'istanza le ragioni che ne impediscono l'accoglimento.

Si tratta di atto endoprocedimentale, non ancora definitivo, essendo previsto il diritto degli istanti di presentare per iscritto, nel termine di 10 giorni, le loro osservazioni.

Quanto agli effetti, esso interrompe i termini per la conclusione del procedimento, che, cominciano nuovamente a decorrere dalla data in cui l'istante presenta le osservazioni. A seguito della comunicazione dei motivi ostativi, si apre una nuova fase istruttoria.

Il nuovo quarto periodo indica il contenuto dell'eventuale rigetto, imponendo all'amministrazione di esporre non solo le ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni ma anche i motivi ostativi ulteriori emersi a seguito del contraddittorio. Con l'ulteriore conseguenza per cui, in caso di annullamento del provvedimento e conseguente nuovo esercizio del potere, l'amministrazione non potrà addurre per la prima volta motivi ostativi che già emergevano dall'istruttoria del provvedimento annullato.

Fase decisoria

si determina il contenuto dell'atto da emanare e si provvede alla formazione ed emanazione dello stesso.

Al termine di questa fase l'atto può considerarsi perfetto ma non sempre efficace

Conclusione

– Poteri RP

– motivazione

Termine

Ritardo

Silenzio-inadempimento

Valore provvedimentale del silenzio assenso e rigetto

Accordi

Conferenza servizi e altre forme di coordinamento

Può essere:

provvedimentale: si definisce con provvedimento (il suo contenuto a volte può dipendere direttamente o indirettamente da altri atti, i quali per tale motivo si fanno rientrare nella fase decisoria, come ad esempio le deliberazioni preparatorie).

negoziata laddove il procedimento non si conclude con un atto unilaterale (il provvedimento), ma con un accordo cioè un atto in tutto o in parte negoziato ;

tacita quando il provvedimento non si conclude con un atto, ma con un fatto , a cui la legge collega la produzione di certi effetti. Questo fatto è dato del decorso di un certo tempo a partire da un momento stabilito dalla legge, senza che l'Amministrazione abbia provveduto, cioè si sia pronunciata con un atto (c.d. silenzio significativo).

Il termine (art. 2)

obbligo di procedere ma anche

l'obbligo di conclusione del procedimento, in forza del quale un procedimento aperto deve essere obbligatoriamente portato a termine.

ni procedimento deve concludersi mediante un **“provvedimento espresso”**, cioè un atto (e non un fatto), anche se a contenuto negativo.

Ne consegue quindi che le ipotesi di decisione tacita sono esclusivamente quelle previste dalla legge con norme di stretta interpretazione.

L'obbligo motivazionale (art. 3)

- 1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.
- 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.
- 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama (per giurisprudenza costante basta l'indicazione degli estremi dell'atto richiamato)

Quando non è richiesta?

I regolamenti e gli atti amministrativi generali.

I regolamenti sono atti formalmente amministrativi , in quanto emanati da organi del potere esecutivo, avente forza normativo (sostanzialmente normativi), in quanto contenenti norme destinate a innovare l'ordinamento giuridico.

La definizione legislativa di “regolamento” la si trova nell'art. 14 del D.P.R. 24-11-1971, n. 1199 (disciplina dei ricorsi amministrativi), che lo definisce come “atto amministrativo generale a contenuto normativo

La regola generale subisce eccezioni anche per per gli atti non provvedimentali ex art. 3, co. 1 (si tratta degli atti politici, degli atti privatistici e, in generale, di tutti gli atti amministrativi privi dei requisiti qualificanti il provvedimento);

le forme di silenzio assenso contemplate dall'articolo 20.

Accanto alle deroghe espressamente previste dal legislatore la giurisprudenza ha individuato ulteriori tipologie:

- i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica interessati;
- i provvedimenti vincolati, per i quali sarebbe sufficiente la giustificazione ossia l'esternazione dei presupposti di fatto e l'indicazione delle norme giuridiche che legittimano l'adozione del provvedimento (Ad. Plen. n. 9/2017); invero, tale indirizzo risulta essere espressamente contraddetto dal legislatore, che all'articolo 2 della legge 241 del 90 ha previsto la possibilità di un provvedimento in forma semplificata, ma che contenga una motivazione che espliciti il punto di fatto o di diritto risolutivo.

La funzione

La **funzione della motivazione** del provvedimento amministrativo può dunque ravvisarsi nella garanzia per il privato dell'accesso al controllo giurisdizionale, nella possibilità per il giudice di svolgere un sindacato estrinseco sulla legittimità dell'atto impugnato, nella piena applicazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa tali da consentire la partecipazione procedimentale del privato.

"la motivazione di un atto amministrativo deve essere tale da consentire di ricostruire il percorso logico che ha condotto ad emanarlo"; ciò è di importanza ancora maggiore nei casi in cui si controverta di un atto di diniego, in quanto la motivazione deve essere tale da far capire al privato destinatario quali modifiche eventualmente apportare alla propria domanda per ottenere, in un secondo tempo, un risultato a lui favorevole

Provvedimento espresso in forma semplificata

L'art. 2, co. 1, della L. 241/90, ha introdotto la possibilità per le pubbliche amministrazioni di concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata qualora ravvisino “la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda”.

La semplificazione consiste nel fatto che la motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

In tal modo, si è inteso fornire gli strumenti per attuare correttamente l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, già sancito dall'articolo 2 della L. 241/90, nei casi in cui si riscontri l'assoluta mancanza dei presupposti per l'avvio della stessa istruttoria, al fine di realizzare un'ulteriore semplificazione ed accelerazione dell'attività amministrativa.

Sono viziati per violazione di legge:

gli atti carenti della motivazione;

gli atti che indicano in modo incompleto i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione;

gli atti motivati *per relationem* che non indichino gli atti da cui risultano le ragioni della decisione o che non specifichino i modi per accedere agli stessi.

Nel primo caso si parla di **carenza di motivazione** e negli altri due invece si parla di **motivazione insufficiente**.

Sono affetti dal vizio di eccesso di potere

gli atti la cui motivazione sia illogica o contrastante in varie parti, o sia in contrasto col dispositivo.

Si parla al riguardo di illogicità, perplessità e contraddittorietà della motivazione.

Divieto di integrazione postuma

Con riferimento alla motivazione, è stata oggetto di ampio dibattito la questione se il regime dei vizi non invalidanti relativi alla forma ed al procedimento di cui all'art. 21 octies sia estensibile anche ai vizi inerenti la motivazione.

La giurisprudenza concorda sulla possibilità di un'integrazione dei motivi in corso di giudizio se si tratta di attività vincolata

Motivazione espressa con valutazione numerica

elemento problematico è quello dell'ammissibilità di una motivazione espressa con valutazione numerica nell'ambito di prove concorsuali.

Le soluzioni proposte in giurisprudenza sono varie e diversamente articolate. Vi è chi ritiene che la valutazione numerica sia ammissibile solo in caso di esito positivo della prova; altra parte della giurisprudenza ravvisa la legittimità della valutazione espressa mediante voto numerico, solo nel caso in cui l'attribuzione del voto dipenda da unicamente dall'applicazione di un predeterminata griglia di parametri.

In senso estensivo, invece, è stata espressa la tesi secondo cui l'obbligo della valutazione diffusa sussisterebbe soltanto in presenza di situazioni eccezionali (come, ad esempio, allorchè la Commissione sia discorde sulla valutazione del candidato ovvero quando il candidato abbia copiato ecc ecc)

La fase decisoria negoziata

sancisce il principio di contrattualità dell' azione amministrativa, ovvero ha introdotto la possibilità di regolazione mediante il ricorso a strumenti convenzionali per la cura dei rapporti tra amministratori ed amministrati?

l'art. 11 1° co. L. 241/1990

Accordi sostitutivi

Accordi integrativi

Accordi tra pubbliche amministrazioni

La fase decisoria tacita

- **Silenzio accoglimento**

Vedi art. 20, co. 4 e art. 2 co. 8 bis

- **Silenzio diniego**

Vedi art. 25, co. 4

- **Silenzio inadempimento**

Vedi gli artt. 31 e 117 cpa

- **Silenzio devolutivo** (ricorre quando nel corso di un procedimento un organo intermedio non provvede sulla richiesta di parte o di perizia, potendo l'organo di amministrazione attiva prescindere dall'atto istruttorio)