



**Università  
degli Studi  
di Ferrara**



# **IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

# 1. 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

# 1. Volontà pubblica e volontà privata



- Questo spiega l'iniziale disattenzione della dottrina amministrativistica italiana nei confronti del procedimento amministrativo: le analisi si concentrarono esclusivamente sulla manifestazione esteriore della volontà pubblica, ossia l'atto amministrativo, costruendo una teoria che imitava quella del negozio giuridico
- In Italia la prima monografia sul procedimento amministrativo risale al 1940 (Sandulli): testimonianza del disinteresse nei confronti del percorso decisionale che porta all'assunzione dell'atto amministrativo

## 2. Procedimento come forma della funzione



- Il procedimento, secondo una nota definizione, è la «forma della funzione amministrativa» (Benvenuti), 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

### 3. I modelli di procedimento



- Questa ambivalenza del procedimento finisce per riverberarsi sulla sua struttura e finalità
- Modelli quasi-processuali, o *trial type* (più formali e vincolanti) e modelli informali o *interest representation model* (maggiormente garantisti e liberi).
- 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.

# 3. I modelli di procedimento



- Sistemi continentali di ispirazione francese: ciò che conta è il provvedimento finale
- L'archetipo di legge continentale sul procedimento è quella austriaca del 1925, tutta incentrata sulla decisione finale per la cura dell'interesse pubblico (modello quasi processuale)
- Paesi di common law: le amministrazioni pubbliche, prima di decidere, devono adottare una procedura che garantisca il diritto dell'amministrato di far sentire la propria voce (right to be heard) = funzione garantistica del procedimento amministrativo
- L'archetipo della legislazione di common law sul procedimento è quella Statunitense del 1946 (APA, *interest representation model*)

# 3. I modelli di procedimento



- Nella legge austriaca (1925) il procedimento è inteso come una fase preliminare del processo, un momento anticipato di giustizia nell'amministrazione a tutta guida pubblica
- Sotto la diretta influenza della legge austriaca, in Italia il modello quasi-processuale trova grande riscontro per tutta la prima parte del secolo scorso.
- La seconda metà del Novecento vede invece l'affermazione di una diversa concezione del procedimento, fondata sulla garanzia degli interessi toccati dall'azione amministrativa (modello USA)
- Il titolare dell'interesse privato ha un ruolo di maggior rilievo nell'istruttoria procedimentale e maggior tutela nei confronti del potere amministrativo

## 4. L'evoluzione del modello



- All'affermazione di questa impostazione partecipativa (o politica, come preferiscono definirla alcuni autori) contribuisce il modello americano dell'*interest representation* (APA, 1946), che mira all'emersione e all'armonizzazione di tutti gli interessi presenti sullo sfondo di una decisione amministrativa.
- la dottrina nordamericana pone in luce i rischi di cattura da parte dei gruppi di pressione e dei portatori organizzati di interessi collettivi, a scapito degli interessi individuali e dell'interesse pubblico.

## 4. L'evoluzione del modello



- In Italia, come del resto in Germania nel 1976 e in Spagna nel 1992, si opterà alla fine per un modello misto, che concilia al proprio interno tanto il momento formale, che accompagna la trasformazione del potere in atto, quanto il momento garantista, che consente la partecipazione diretta degli interessati alle decisioni assunte dall'autorità pubblica.
- Nasce da questi presupposti la legge generale italiana sul procedimento amministrativo, l. n. 241 del 1990.

# 5. La legge italiana



- La legge 241/1990 giunge fortemente in ritardo rispetto ad altri paesi europei.
- Si tratta una legge:
  - generale, e quindi di applica a tutti i procedimenti amministrativi laddove questi non dispongano diversamente;
  - Di principi: al contempo anche la disciplina speciale deve ispirarsi ai principi della legge 241/1990
- La finalità è anzitutto di garanzia, ma anche di semplificazione
- Il progetto originario (commissione Nigro) è stato profondamente modificato in sede parlamentare
- Il testo del 1990 è stato oggetto di diverse modifiche ed integrazioni successive, la più significativa, quella avvenuta nel 2005

## 6. Definizione



- 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)

# 7. Funzione



- 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

# 8. L'amministrazione democratica



- 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

# 9. 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).

## 10. La novella del 2005



- il rilievo della legge n. 15/2005 non può essere paragonato con quello che ebbe l'introduzione, nel 1990, della disciplina legislativa del procedimento
- in primo luogo, la disciplina del 1990 era molto *innovativa*, dal momento che solo in parte recepiva principi giurisprudenziali, e in proporzione maggiore introduceva principi nuovi e regole nuove, in qualche caso opposti a quelli codificati dalla giurisprudenza e dominanti
- in secondo luogo, la 241/90 mette al centro il procedimento, mentre la 15/05 si concentra per lo più sul *provvedimento*.

## 10. La novella del 2005



- Tre grandi direttrici, polarità dietro l'approvazione di della legge 15/2005:
  - ① spinta verso la semplificazione dell'attività amministrativa;
  - ② ampliamento del rapporto comunicativo/dialogico tra PA e cittadini;
  - ③ volontà di risolvere i principali problemi applicativi posti dalla giurisprudenza.
- Si tratta di obiettivi non sempre convergenti, anzi – quantomeno i primi due – in forte tensione interna.

## 10. La novella del 2005



- Si aggiunge il principio di trasparenza (conoscibilità esterna, controllabilità)
- Principi comunitari in tema di procedimento: imparzialità, buona amministrazione, partecipazione, accesso, motivazione, risarcibilità, termine ragionevole (art. II-101, carta dei diritti UE).
- Si tratta di principi ormai acquisiti nel nostro ordinamento. Già la Bassanini I prevedeva la soppressione dei procedimenti in contrasto con i principi UE (art. 20, comma 8, lett.c)

## 10. La novella del 2005



- 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 (suitability, necessity), più che alla soddisfazione dell'interesse pubblico

## 10. La novella del 2005



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

# 10. La novella del 2005



- 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)
- Norma manifesto o possiede una dimensione prescrittiva?
- Indeterminatezza della nozione di atti autoritativi. Si pensi agli atti che non determinano restrizioni (concessioni, aggiudicazioni, certificazioni).
- forse si intendono gli atti unilaterali, in cui sono ricompresi gli accordi
- 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.

# 11. Le fasi del procedimento



- Iniziativa:
- Istruttoria
- Decisoria:
- Integrativa dell'efficacia (eventuale)
- La legge 241 non individua espressamente questa fase, raggruppa le regole del procedimento sulla base dei principi a cui sono ispirate, cercando di seguire comunque la sequenza logica di applicazione delle stesse

## 12. Principi: l'obbligo di motivazione



- 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. Altrimenti si confonde esternazione con comunicazione
- 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.

## 12. Principi: l'obbligo di motivazione



- La motivazione è necessaria anche se il provvedimento è vincolato, anche se è mera giustificazione normativa ricavabile da parte del giudice in base al principio *iura novit curia*.
- Motivazione ha valore sostanziale, serve a favorire la partecipazione democratica e a legittimare la PA
- Ondata di sostanzialismo induce a dimenticare che il diritto sostanziale si nasconde negli interstizi della procedura.

# 13. Principi: termine di conclusione



- 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
- Regole specifiche per la proroga dei termini

# 13. Principi: termine di conclusione



- Il legislatore però si è limitato a riconoscere la risarcibilità del danno collegato al ritardo
- la giurisprudenza afferma 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, 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 )

# 14. L'istruttoria



- Accertamento dei fatti e degli interessi, che a seconda della complessità può essere realizzato anche tramite ispezioni, ordine di esibizione di documenti, accertamenti o valutazioni tecniche, richieste di pareri
- Principio inquisitorio (scelta libera dei mezzi da parte della p.a.), nel rispetto dei termini di conclusione del procedimento

# 15. 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

# 15. 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)
- Deve comunicare il preavviso di rigetto (anche se è difficile far valere la sua responsabilità in caso di diniego legittimo). Deve comunicare la clausola enunciativa del contenzioso (danni da contenzioso)

# 15. Responsabile del procedimento



- Risponde del danno da ritardo
- L'amministrazione condannata può rivalersi in sede di giudizio di responsabilità amministrativa (Corte conti) nei confronti del funzionario.
- La responsabilità diretta dell'amm. richiede colpa semplice, quella indiretta del funzionario colpa grave.
- Il giudicato penale vincola il giudice contabile solo sui fatti, come materialmente ed oggettivamente accertati in sede penale
- Qui nasce il rischio di conflitto tra pronunce e giudicati (anche perché i soggetti non sono mai gli stessi).

# 16. 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

# 17. 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

# 17. Comunicazione di avvio



- Procedimento come “relazione di tipo comunicativo” (Ledda), fondata su uno scambio di informazioni.
- Flusso continuo che parte dalla comunicazione di avvio, passa per la comunicazione dei motivi ostativi (art. 10 bis), e va fino alla comunicazione della decisione finale (art. 21 bis) nel caso sia limitativa.
- Concettualmente in antitesi a questo ampliamento del rapporto comunicativo risulta essere la disciplina sanzionatoria concernente l’omessa comunicazione, di cui all’art. 21 octies: la comunicazione di avvio è obbligatoria, ma non incide necessariamente sull’annullabilità del provvedimento.

# 17. Comunicazione di avvio



- Si amplia il contenuto della comunicazione, in base al quale risultano oggi ricompresi anche i procedimenti ad iniziativa di parte (art. 8: anche se non è chiaro chi sia il destinatario della comunicazione: solo il richiedente o anche i contro interessati?).
- Urgenza qualificata per omettere la comunicazione di avvio (particolari esigenze), come per le ord. Contingibili.
- La giurisprudenza ha sempre aggiunto una serie di deroghe derivanti da una lettura sostanzialistica : a) raggiungimento dello scopo allorquando gli interessati sono in condizione di partecipare b) comunicazione solo se è utile (no nei provvedimenti vincolati).

# 18. 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
- La giurisprudenza maggioritaria ritiene applicabile l'ipotesi di non annullabilità di cui all'art. 21 octies, che però è riferita alla sola comunicazione di avvio
- Non c'è equiparazione tra le due comunicazioni ai sensi dell'art. 21 octies: il mancato preavviso di rigetto è vizio formale solo in caso di provvedimento vincolato.

## 18. Preavviso di rigetto



- 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

## 19. Comunicazione del provvedimento (art. 21bis)



- Il legislatore avrebbe potuto fissare una volta per tutte un obbligo generale di comunicazione dei provvedimenti (che la dottrina peraltro ricava aliunde).
- 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

## 20. La partecipazione



- 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

## 20. La partecipazione



- Con l'affermazione del contraddittorio si attua il principio del giusto procedimento.
- La partecipazione altro non è che una applicazione specifica della Costituzione (Cassese), mentre prima era escluso dalla giurisprudenza che riconosceva alla partecipazione solo natura di principio generale dell'ordinamento.
- Art. 13 come norma speciale che non può ricevere applicazioni estensive

## 20. La partecipazione



- Cerchia più ampia di soggetti che possono partecipare al procedimento rispetto ai destinatari della comunicazione (art.9).
- Questione se alla legittimazione ad intervenire nel procedimento corrisponda la legittimazione processuale ad impugnare il provvedimento finale (tipico caso è per i portatori di interessi diffusi).
- La giurisprudenza prevalente è dell'avviso contrario

## 20. La partecipazione



- Limite del contraddittorio scritto, anche se molte discipline di settore ammettono il contraddittorio orale (Authority ad es, rispetto a cui il Cons stato, VI, 7972/06 le considera condizione indispensabile per giustificare i poteri regolatori)
- Diritti partecipativi ex art. 10. Secondo la giurisprudenza e dottrina prevalente le pretese partecipative sono interessi legittimi (Cerulli), o al limite una situazione peculiare detta “interesse procedimentale” (Villata).
- Contra Cartabia per cui sarebbero diritti

## 21. Le inerzie della PA



- 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, antiggiuridico (indipendentemente dalla spettanza dell'utilità sostanziale sottesa al provvedimento).

## 21. Le inerzie della PA



- 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 )

## 22. Effetti dell'inosservanza del termine



- 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

## 23. Silenzio inadempimento



- Al momento dell'entrata in vigore della riforma del 2005, la durata media di un procedimento amministrativo era di circa 4 mesi e mezzo.
- L'inefficacia della disciplina sul termine procedimentale, introdotta a partire dal 1990, non aveva sostanzialmente ottenuto gli obiettivi di efficienza e semplificazione e certezza che si prefiggeva,
- anziché determinare un cambiamento nell'agire della pubblica amministrazione, aveva semmai riconosciuto a favore delle pubbliche amministrazioni uno spazio temporale entro cui deliberare più ampio di quello previsto nei regolamenti sul termine procedimentale o dalla legge (diffida/messa in mora)

## 23. Silenzio-inadempimento



- Sul punto la riforma del 2005 realizza una svolta radicale, poiché da un lato introduce una disposizione che fissa la superfluità della diffida ai fini della formazione del silenzio-inadempimento dell'amministrazione (art. 2, comma 7),
- dall'altro ricollega allo scadere del termine procedimentale la formazione del silenzio-assenso (art. 20), ancorché limitata a categorie particolari di provvedimenti.

## 23. 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)

## 23. Silenzio-inadempimento



- Nel caso di silenzio-inadempimento il giudice non si limita più a dichiarare l'obbligo di provvedere dell'amministrazione, ma può spingersi a valutare la fondatezza dell'istanza e giungere ad ordinare all'amministrazione di rilasciare il provvedimento richiesto.
- in passato la giurisprudenza prevalente riteneva che l'ordine di provvedere dovesse avere un contenuto generico, oggi è stabilito che «il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza»
- Giudice può precisare il contenuto che avrebbe dovuto avere il provvedimento dell'amministrazione, con l'effetto di costringerla ad emettere un *determinato* provvedimento.

## 24. Tutela contro l'inerzia



- 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

## 25. Il danno da ritardo



- E' possibile esperire una azione di risarcimento del danno da ritardo nel caso di inosservanza dolosa o colposa del termine
- La formulazione dell'art. 2-bis induce ad inquadrare la responsabilità per danno da ritardo nello schema dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c.: sul punto, è sufficiente richiamare l'utilizzo di espressioni come «danno ingiusto» e condotta «dolosa o colposa» [VOLPE].
- In base a questa impostazione *“il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)”* (Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638; Cons. stato, Sez. V, 21 aprile 2015, n. 1584; TAR Parma, 7 giugno 2016).

## 25. Il danno da ritardo



- La giurisprudenza prevalente riconosce la risarcibilità del danno risentito dal privato – che deve essere autonomamente e rigorosamente provato e causalmente connesso al ritardo procedimentale - solo in caso dell'avvenuto accertamento della “spettanza, in capo al richiedente, del c.d. bene della vita per l'ottenimento del quale è avviato il procedimento amministrativo” (Cons. Stato, sent. n. 6609/2011; e Ad. plen. 7 del 2005)
- Tesi minoritaria del “danno da mero ritardo”: tempo come bene della vita in sé
- CGA Regione Siciliana n. 1368 del 2010: “il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento (...) è sempre un costo, dal momento *che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica*”.

## 25. Il danno da ritardo



- In alcuni casi e a specifiche condizioni si prevede la corresponsione automatica di un indennizzo
- legge n. 98 del 2013 (cd. Decreto del Fare) ha stabilito l'obbligo di indennizzo automatico in presenza del superamento dei termini procedurali (solo procedimenti ad istanza di parte, però), prevedendo una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo, per un ammontare non superiore ai 2.000 euro
- Ritardo elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale

## 26. L'accesso documentale



- 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.

## 26. L'accesso documentale



- Dal ddl Nigro, che prevedeva un accesso aperto a tutti e un segreto di tipo oggettivo (cioè legato al rapporto tra informazioni e interessi prevalenti), si passa ad un accesso limitato soggettivamente.
- All'aprirsi della prospettiva individuale, della legittimazione soggettiva, dell'accesso, si smarrisce la funzione di trasparenza dell'accesso: dimostrazione ne è l'art. 24, comma 3 (divieto di accesso generalizzato a fini di controllo sull'attività dell'amministrazione).
- Accesso civico generalizzato (FOIA, 2017) serve proprio a garantire trasparenza e controllo generalizzato

## 26.L'accesso documentale



- È un diritto soggettivo pieno? Ad Plen n. 16/99 privilegia la tesi dell'interesse legittimo, per la sottoposizione a termine perentorio, inerenza all'impugnazione di un provvedimento della pa.
- La pa valuta tutti gli interessi coinvolti prima di concedere l'accesso.
- Altre sentenze ne dichiarano la natura di dir soggettivo
- il Cons Stato ne dichiara la natura di diritto soggettivo (Cons Stato, sez cons atti norm., 3586/05) per l'assenza di discrezionalità delle pa nel concedere accesso, per la sua strumentalità all'attuazione del principio cost. di imparzialità.
- Ad plen. 6 e 7/06 torna a pronunciarsi affermando che la tesi del diritto sogg.

## 26. L'accesso documentale



- 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

## 27. Procedimento 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)

## 27. Procedimento 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.