



Concorsando.it

DIRITTO AMMINISTRATIVO
MANUALE PER CONCORSI PUBBLICI
GRATUITO

Ver. Marzo 2017

Introduzione

Il diritto amministrativo è da sempre una delle materie principalmente richieste nell'ambito dei concorsi pubblici.

Noi di Concorsando.it, interrogando il nostro database di oltre 2.000.000 di quiz, abbiamo collazionato il presente manuale, soffermandoci su quelli che sono gli argomenti di diritto amministrativo maggiormente richiesti nel corso delle prove concorsuali.

Per approfondire la materia consulta il [wiki del nostro blog dedicato al diritto amministrativo](#), mentre per esercitarti utilizza i percorsi formativi di diritto amministrativo presenti sul nostro [Simulatore Quiz](#).

Se vuoi confrontarti con altri candidati che come te stanno studiando il Diritto Amministrativo per superare un concorso, allora iscriviti al relativo [gruppo di studio](#).

Se devi sostenere una prova a quiz, allora ti consigliamo di utilizzare il nostro [Simulatore Quiz](#), grazie al quale potrai individuare le domande e le materie su cui sei più carente e sfidare i tuoi futuri colleghi.

Qualora invece per il tuo concorso non sia stata e non sarà pubblicata una banca dati, puoi crearne un'apposita prelevando i quiz dai concorsi analoghi, oppure studiare le materie concorsuali utilizzando i relativi percorsi formativi.

Inoltre grazie alle nostre app mobile, iPhone e Android, potrai utilizzare il [Simulatore Quiz di Concorsando.it](#) anche in mobilità, sincronizzando da e verso il portale web tutti i tuoi progressi.

Per rimanere sempre aggiornato sul mondo dei Concorsi Pubblici diventa fan della [Pagina Facebook di Concorsando.it](#) e leggi il nostro [blog](#).

Per qualsiasi tipo di delucidazione mandaci un messaggio tramite Messenger [cliccando qui](#). Di solito rispondiamo entro qualche ora.

Buono studio!



Capitolo 1°

La pubblica amministrazione in senso soggettivo

1.1. Nozioni iniziali

1.1.1. I poteri e le funzioni dello Stato

Lo Stato, come tutte le organizzazioni, è creato per svolgere determinate funzioni, ossia “attività ordinate a fini per i quali le organizzazioni sono mezzi”: in particolare, lo Stato, quale istituzione, si autolegittima e sopravvive per il perseguimento di determinati fini, aventi carattere generale, comuni a tutta la collettività che di esso fa parte.

La realizzazione di tali fini avviene attraverso varie fasi, comprendenti l’individuazione di questi (funzione politica), il loro riconoscimento tra gli scopi dell’attività statale (funzione legislativa), la loro concreta attuazione (funzione amministrativa) e, infine, la loro tutela (funzione giurisdizionale).

Ogni fase corrisponde all’esercizio del relativo potere da parte dei soggetti legittimati.

Tutti i menzionati poteri, quindi, hanno la comune finalità di definire l’agire dei soggetti pubblici per il “raggiungimento di interessi alieni, ovvero pertinenti ad un soggetto differente da quello investito del potere, allo scopo della realizzazione dell’interesse pubblico”: in particolare, mentre l’individuazione dei fini generali dello Stato, in un determinato contesto storico, sociale e politico, costituisce oggetto della funzione politica e si esplica mediante gli atti politici, la realizzazione concreta di questi obiettivi individuati dal potere politico è affidata alla funzione amministrativa e viene attuata, tradizionalmente, mediante l’adozione, da parte della pubblica amministrazione, di atti amministrativi.

1.1.1.1. La funzione esecutiva o amministrativa.

La funzione esecutiva o amministrativa, è dunque quella che mira alla realizzazione concreta dei fini dello Stato attraverso statuizione che permettono di dare effettiva e immediata operatività all’astratta previsione legislativa.

La funzione amministrativa è, dunque, quella che cura, in concreto, la realizzazione dei fini pubblici individuati dal potere politico e precettivamente assegnati dal potere legislativo alla P.A.. Nel gergo si dice che “*la legge prevede, l’amministrazione provvede*”.

Titolari della funzione amministrativa sono lo Stato - amministrazione e gli enti pubblici autarchici che esplicano tale funzione mediante i loro organi, e che nel loro complesso assumo la denominazione di pubblica amministrazione (in senso soggettivo – vedi *infra*)

1.1.2. Nozione di diritto amministrativo.

Per diritto amministrativo, si intende quel complesso di norme (facenti parte del diritto pubblico) che ha per oggetto l’organizzazione, i mezzi, le forme della attività della pubblica amministrazione ed i conseguenti rapporti fra la medesima e gli altri soggetti.

1.1.2.1. La principale distinzione fra diritto privato e diritto pubblico.

Benché il diritto rappresenti un fenomeno unitario in quanto destinato ad assicurare l’interesse collettivo della società, si opera rispetto ad esso una principale distinzione:



- **diritto pubblico**: è costituito dal complesso di norme che disciplinano la formazione, l'organizzazione e l'attività dello Stato e degli enti pubblici, nonché i loro rapporti con i privati nel caso in cui lo Stato e gli enti pubblici siano in posizione di superiorità derivante dal fatto che questi ultimi agiscono in veste di pubblica autorità;
- **diritto privato**: è l'insieme delle norme giuridiche che regolano i rapporti fra persone fisiche o giuridiche, oppure fra Stato e altro ente pubblico da un lato e persona fisica o giuridica dall'altro, quando Stato o ente pubblico abbandonano la naturale posizione di supremazia in cui si collocano per trattare da pari a pari¹.

Pertanto i rapporti giuridici di diritto privato si svolgono su un piano di parità giuridica e secondo un principio di autonomia dei soggetti, mentre nei rapporti di diritto pubblico si assiste ad una posizione di supremazia dello Stato o dell'ente pubblico, stante la prevalenza degli interessi pubblici rispetto a quelli facenti capo al privato.

1.2. La pubblica amministrazione in senso soggettivo.

Il termine “pubblica amministrazione” può essere inteso in senso soggettivo ed oggettivo.

Per pubblica amministrazione in senso soggettivo (o organizzativo), si intende l'insieme degli organi direttamente preordinati al concreto perseguimento dei compiti o degli scopi considerati di pubblico interesse in una collettività statale.

Mentre per pubblica amministrazione in senso oggettivo (o funzionale), si intende l'attività amministrativa, ossia quell'attività mediante la quale gli organi statali all'uopo preposti provvedono alla cura concreta degli interessi pubblici ad essi affidati.

1.2.1. Decentramento ed autonomia.

L'art. 5 della Costituzione², nell'affermare che la Repubblica “riconosce e promuove le autonomie locali” e che “attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo”, introduce nell'ordinamento giuridico italiano due principi fondamentali:

- il principio secondo cui l'amministrazione pubblica viene affidata in parte alle **autonome locali** (regioni, province e comuni);
- il **principio del decentramento amministrativo**, secondo cui ogni settore della Pubblica amministrazione risulta strutturato in modo gerarchico - piramidale, al cui vertice si colloca un Ministero da cui dipendono in via gerarchica “strutture periferiche” con competenze territoriali limitati (circoscrizioni): le

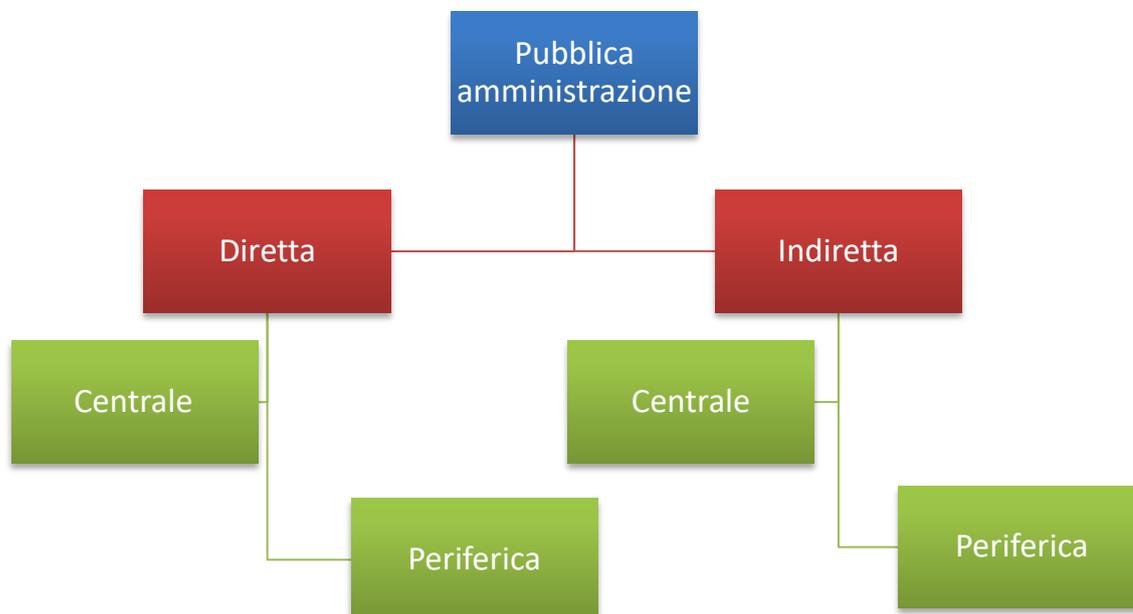
¹ Come avviene quando un Comune, invece di espropriare un terreno al proprietario, lo acquista da lui in seguito ad una normale trattativa.

² Art. 5 Cost.: “La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”.



Prefetture per esempio si pongono come strutture decentrate del Ministero degli interni.

Dalla combinazione di questi due principi si evince che l'amministrazione pubblica può essere operata sia da organi centrali dello Stato (amministrazione diretta) sia da organi che non sono espressione del governo centrale (amministrazione indiretta).



1.2.2. Amministrazione diretta.

Si ha amministrazione diretta quando lo Stato persegue fini pubblici direttamente con i propri organi centrali e periferici.

In altri termini quando si parla di amministrazione diretta, si fa riferimento all'attività amministrativa esercitata dal Governo centrale e dagli organi che lo rappresentano nell'ambito del territorio.

1.2.2.1. Amministrazione diretta centrale.

Si ha amministrazione diretta centrale, quando è lo Stato (il Governo) che direttamente amministra la funzione pubblica, con i suoi organi centrali, senza delegare né ad organi periferici (no decentramento), né ad altri enti (no autonomia) funzioni pubbliche. È chiaro che l'amministrazione diretta centrale ha valenza su tutto il territorio nazionale.

Sono organi dell'amministrazione diretta centrale: I) Presidente della Repubblica II) Presidente del Consiglio dei Ministri; III) Consiglio dei Ministri; IV) Ministri; V) Consiglio di Stato; VI) Corte dei Conti; VII) CNEL; VIII) Avvocatura di Stato³.

Al riguardo va chiarito che l'organizzazione della Pubblica Amministrazione fa capo alla Presidenza del Consiglio e ai Ministri. I Ministri sono posti a capo di un Ministero, vale a dire di una struttura di uomini e di mezzi, che ha il compito di gestire i settori della Pubblica Amministrazione.

³ Quest'ultimi quattro vanno inclusi nell'amministrazione diretta, in quanto come sappiamo sono "organi ausiliari del Governo".



Il Ministro organizza e gestisce questa struttura mediante l'emanazione di circolari ministeriali che hanno efficacia esclusivamente interna alla Pubblica Amministrazione; emana inoltre atti normativi con efficacia esterna, che hanno cioè come destinatari i singoli cittadini: i decreti ministeriali.

I Ministeri sono organizzati in direzioni generali a loro volta suddivise in divisioni e poi in sezioni. Ciascun Ministro è coadiuvato nello svolgimento delle sue funzioni da Sottosegretari di Stato e da un ufficio di gabinetto.

1.2.2.2. Amministrazione diretta periferica.

Si ha amministrazione diretta periferica, quando lo Stato (il Governo) amministra direttamente la funzione pubblica ma non con organi "centrali", bensì servendosi di organi disposti su tutto il territorio nazionale (periferici) collegati gerarchicamente con gli organi centrali (c.d. decentramento burocratico od organico). È chiaro che l'amministrazione diretta periferica, ha valenza solo nel territorio di competenza dell'organo (periferico).

1.2.2.2.1. Le prefetture - UTG e i prefetti.

La Prefettura - Ufficio territoriale del Governo (denominazione così assunta in seguito al Decreto Legislativo 30 luglio 1999, n.300), è organo periferico del Ministero dell'Interno e sede di rappresentanza del governo in ogni provincia.

Il prefetto, è il rappresentante del potere esecutivo nella provincia. È organo periferico dell'Amministrazione Statale, dipendente burocraticamente dal Ministero dell'Interno ed incarna il potere esecutivo nell'ambito della sua circoscrizione territoriale.

Egli rappresenta lo Stato nella provincia, ne concretizza la volontà, sanzionata dalla legge, e garantisce a livello locale, la continuità e di il funzionamento delle istituzioni, indipendentemente dall'alternanza dei Governi o dei Ministri.

Il Prefetto, che gode di un rapporto fiduciario rispetto al Governo, deve interpretarne ed eseguirne le direttive politiche al fine di assicurare continuità e corrispondenza d'azione tra "indirizzo politico statale e la variegata realtà socio-economica locale che rappresenta"⁴.

Quale autorità provinciale di pubblica sicurezza, il Prefetto ha la responsabilità dell'ordine e della sicurezza pubblica e presiede il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Nell'ambito della protezione civile, il Prefetto sovrintende al coordinamento degli interventi di immediato soccorso per fronteggiare le situazioni di emergenza.

Il Prefetto assicura il corretto svolgimento del procedimento elettorale e cura le procedure di scioglimento e sospensione dei consigli comunali, o di rimozione o sospensione degli amministratori. Nei confronti delle Amministrazioni locali svolge inoltre funzioni di raccordo e di collaborazione.

⁴ Questo rapporto di dipendenza non fa, però, del Prefetto un organo di mera esecuzione in quanto egli dispone ex lege di funzioni e competenze proprie, che esercita con piena autonomia decisionale e responsabilità di azione e di risultato, sia pure entro i limiti dell'indirizzo politico predisposto dal Governo.



Tra le funzioni ricomprese nell'area dell'amministrazione generale vi sono le attività relative alla mediazione nelle vertenze di lavoro ed alla garanzia dei servizi pubblici essenziali, al riconoscimento delle persone giuridiche, alla concessione dello status di cittadino italiano, all'irrogazioni di sanzioni amministrative per infrazioni depenalizzate ed in materia di circolazione stradale.

Ogni Prefetto avente sede nel capoluogo di Regione, è Rappresentate per i rapporti con l'autonomia, nel senso che ad esso gli sono attribuiti tutti i compiti di raccordo tra lo Stato e la Regione (in quanto la figura del Commissario di Governo non esiste più)

1.2.2.2. Le questure e i Questori.

L'art. 32 della L. 121/81 definisce la *questura* come un "ufficio provinciale svolgente attività di direzione e organizzazione dei servizi operativi"

Figura di vertice della questura è il *Questore*, il quale ai sensi della L. 121/81, art. 14, "è autorità provinciale di pubblica sicurezza. Ha la direzione, la responsabilità ed il coordinamento, a livello tecnico operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica e dell'impiego a tal fine della forza pubblica e delle altre forze eventualmente poste a sua disposizione. A tale scopo viene tempestivamente informato dai comandanti locali dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica".

È il vertice dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza in ogni provincia. Esercita anche tutte le attività proprie della polizia di sicurezza e della polizia amministrativa, che si concretizzano in un'ampia tipologia di atti quali ordinanze, diffide, permessi, licenze ed autorizzazioni. Dirige e coordina l'attività della Questura e delle relative articolazioni in ambito provinciale⁵.

1.2.2.3. Il sindaco come ufficiale di governo

Il Sindaco riveste contemporaneamente la figura dell'amministrazione comunale e di *ufficiale di Governo* (organo periferico dell'amministrazione statale). La legge prevede che il Sindaco quale ufficiale di Governo sovrintenda: I) alla tenuta dei registri di stato civile; II) all'emanazione di atti in materia di ordine pubblico, sicurezza, sanità e igiene pubblica; III) al compimento di funzione delegategli dalla legge in materia di pubblica

⁵ *Rapporti tra Prefetto e Questore*: Per meglio comprendere la portata dei compiti svolti dalle questure, occorre trattare delle relazioni esistenti tra l'autorità posta a capo delle stesse ed il Prefetto; relazioni che di recente hanno subito alcuni mutamenti ad opera della suddetta L. 121/81. Infatti, prima dell'entrata in vigore di tale normativa, Questore e Prefetto erano legati da un rapporto di "dipendenza gerarchica del primo dal secondo e che attribuiva al Questore «la direzione tecnica dei servizi di polizia e di ordine pubblico». La L. 121/81, invece, ha fondato la distinzione tra le due figure sul tipo di responsabilità ascrivibile a ciascuna nell'esercizio delle funzioni di competenza; in particolare, il Prefetto è responsabile in via politico-amministrativa mentre il Questore lo è in via tecnico-operativa. Tutto quanto detto evidenzia come l'ufficio di questura in sintonia col Questore, da divisione della prefettura abbia via via assunto una sempre maggiore autonomia di struttura e di funzione fino a divenire un ufficio a sé, con attività e responsabilità proprie.



sicurezza; IV) coadiuvi con il Prefetto per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico per il territorio⁶.

1.2.3. Amministrazione indiretta.

Si ha amministrazione indiretta quando lo Stato sceglie di affidare ad altri enti, e non ai propri organi, la gestione di interessi pubblici, riservando a sé il loro controllo. Dunque gli organi di amministrazione indiretta, non sono diretta espressione del Governo, nel senso che sono subordinati ad esso da un rapporto di gerarchia.

1.2.3.1. Amministrazione indiretta centrale.

Si ha amministrazione indiretta centrale quando lo Stato affida la gestione della funzione pubblica a enti pubblici (vedi *infra*) autarchici o aziende autonome⁷ centrali (si badi bene qui con il termine “centrali” si intende semplicemente “con sede a Roma”) con competenza territoriale a livello nazionale.

1.2.3.2. Amministrazione indiretta periferica.

Si ha amministrazione indiretta periferica quando lo Stato affida la gestione della cosa pubblica a enti pubblici territoriali (regioni, province, comuni) o aziende autonome di competenza territoriale limitata (comunale, provinciale, regionale).

1.2.3.3. Gli enti pubblici diversi dallo Stato.

1.2.3.3.1. Nozione.

Gli enti pubblici, o persone giuridiche pubbliche, sono quei soggetti, diversi dallo Stato⁸, che esercitano funzioni amministrative e che costituiscono, nel loro complesso, la c.d. Pubblica Amministrazione indiretta.

Tutti gli enti pubblici sono persone giuridiche: questa qualità è loro riconosciuta o dalla Costituzione o dalle leggi. Gli enti pubblici sono dotati di pubblici poteri (anche se limitati ad un *minimum*, come ad esempio la sola potestà certificativa) e tutti si pongono accanto allo Stato per cooperare al raggiungimento dei molteplici fini pubblici che questo si propone.

⁶ Fanno sempre parte dell'amministrazione diretta periferica:

- Le Intendenze di Finanza: hanno il compito principale di vigilare sui contribuenti nell'ambito della Provincia in cui si trovano ad operare;
- Il Provveditorato agli studi: rientra nella struttura organizzativa del Ministero della pubblica istruzione e vi dipende gerarchicamente;
- Le Capitaneria di porto: sono articolazioni periferiche del Ministero della marina centrale.

⁷ Le aziende autonome, sotto strutture private (non dotata di autarchia) che operano sotto il Controllo del Ministro competente, in determinati settori della pubblica amministrazione; un esempio, ne è l'Anas, l'Azienda Nazionale per le Strade, che ha la funzione di gestire la rete delle principali strade italiane. È da sottolineare che quasi tutte le principali aziende autonome di cui si serviva lo Stato sono ormai trasformate in Società per Azioni secondo il modello privatistico ritenuto più efficiente.

⁸ In realtà lo Stato, in veste di Stato-Amministrazione, può essere considerato in senso lato il più importante degli enti pubblici. La personalità-giuridica dello Stato, anche se non espressamente affermata, è tuttavia enucleabile dal nostro ordinamento giuridico, che afferma tra l'altro che lo Stato: I) è civilmente responsabile dell'operato dei suoi organi (art. 28 Cost.); II) è proprietario di beni (art. 42 Cost. ed artt. 822 e ss. c.c.); III) può stipulare contratti con altri soggetti (R.D. 18-11-1923, n. 2440); IV) può agire ed essere citato in giudizio (T.U. 30-10-1933, n. 1611 sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato ed art. 25 c.p.c.); V) ha diritto ad ottenere il risarcimento dei danni arrecati all'ambiente (art. 18 L. 8-7-1986, n. 349).



In passato, l'individuazione della natura pubblica di un ente aveva creato, non pochi problemi in dottrina ed in giurisprudenza. Con la L. 20-3-1975, n. 70 (c.d. legge sul parastato recante disposizioni sull'ordinamento degli enti pubblici), il problema è stato superato in quanto l'art. 4 ha espressamente sancito che “nessun nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge”: dunque, sono oggi enti pubblici solo quegli enti a cui la legge istituita va riconosce espressamente tale natura (c.d. “criterio nominalistico”).

1.2.3.3.2. Classificazioni.

All'interno della categoria degli enti pubblici è possibile operare diverse classificazioni. In particolare è possibile distinguere fra:

- **enti territoriali ed enti istituzionali**, a seconda che il territorio sia elemento costitutivo e parte integrante dell'ente pubblico, oppure soltanto lo spazio nell'ambito del quale esso esercita le proprie competenze. Regioni, Province, Comuni, Comunità montane e Aree metropolitane sono enti territoriali;
- **enti strumentali o ausiliari ed enti autonomi o indipendenti**: gli enti strumentali perseguono fini propri dell'ente di riferimento e sono perciò legati a questo da vincoli di soggezione; gli enti indipendenti godono invece di autonomia nella determinazione del loro indirizzo politico;
- **enti locali ed enti nazionali**, a seconda che siano destinati ad operare su tutto il territorio nazionale, oppure su un circoscritto ambito territoriale;
- **enti autarchici ed enti economici**. Ai primi l'ordinamento riconosce almeno un minimo di potestà pubbliche, estrinsecantesi nella possibilità di compiere atti amministrativi. Gli enti economici non operano, invece, in regime di diritto amministrativo, bensì di diritto privato, ed hanno ad oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'impresa commerciale;
- **enti necessari e non necessari**, a seconda che la loro esistenza sia inderogabilmente richiesta dall'ordinamento nel loro ambito di riferimento;
- **enti ad appartenenza necessaria** (es.: Stato) o **facoltativa** (es.: consorzi non obbligatori).

1.2.3.3.3. Gli enti pubblici autarchici.

Gli enti pubblici c.d. funzionati, che agiscono in regime di diritto amministrativo, e che possono, pertanto, qualificarsi Pubbliche Amministrazioni, sono gli **enti autarchici** (a differenza degli enti pubblici economici che operano alla stregua di criteri privatistico-imprenditoriali). Essi godono di un particolare regime giuridico, che si può assumere nelle seguenti caratteristiche: autarchia, autogoverno, autonomia, autotutela.

1.2.3.3.1. L'autarchia.

L'**autarchia** (termine che deriva dal greco e che significa “amministrarsi da se”) è la caratteristica degli enti diversi dallo Stato di disporre di potestà pubbliche. Essa consiste nella



capacità, propria degli enti pubblici, di amministrare propri interessi svolgendo una attività amministrativa avente gli stessi caratteri e la stessa efficacia giuridica di quella dello Stato.

In altri termini l'autarchia si estrinseca nella capacità di agire emanando atti amministrativi, equiparati quanto al regime giuridico, ossia relativamente al valore ed alla efficacia, agli atti amministrativi dello Stato (a differenza dell'aziende autonome che non operano in regime di diritto amministrativo, cioè il loro atti sono atti di diritto privato).

Gli enti pubblici autarchici sono sottoposti al controllo del Ministero di quel settore (per esempio, l'INPS è sottoposto al controllo del Ministero del lavoro).

1.2.3.3.2. L'autotutela

L'espressione "a u t o t u t e l a a m m i n i s t r a t i v a" indica quel complesso di attività amministrative con cui ogni Pubblica Amministrazione provvede a curare unilateralmente ed autoritativamente gli interessi pubblici ad essa affidati ed a risolvere i conflitti, potenziali od attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese.

L'autotutela, cioè, consiste nel potere riconosciuto dalla legge all'amministrazione (dello Stato, o di un ente pubblico autarchico) di farsi ragione da sé (naturalmente secondo diritto), con i mezzi amministrativi a sua disposizione (e salvo ogni sindacato giurisdizionale): vedi par. 9.5.1.

1.2.3.3.3. L'autonomia.

L'a u t o n o m i a (il termine deriva dal greco e significa "darsi le proprie leggi") è la particolare capacità di tutti gli enti pubblici di dettare essi stessi le regole che disciplinano le materie di loro competenza, e che sono vincolanti per tutti coloro i quali entrano in rapporto con essi. Si tratta di norme che hanno le stesse proprietà di quelle statali.

Tale capacità, che va ovviamente esercitata nei rigorosi limiti previsti dalla legge, può variamente atteggiarsi a seconda degli atti in cui si estrinseca; abbiamo così:

- l'a u t o n o m i a p o l i t i c a : indica l'indipendenza e la libertà di un soggetto nelle scelte c.d. politiche, ovvero nell'individuazione dei fini che la comunità sociale, dei cui interessi l'ente è portatore, intende perseguire. Essa è riconosciuta alle Regioni, oltre che allo Stato;
- l'a u t o n o m i a g i u r i d i c a : indica la capacità dell'ente o dell'organo di agire nel campo giuridico (per il raggiungimento delle proprie finalità, prefissate in un momento diverso) con un certo grado di libertà. Essa può assumere varie configurazioni;
- a u t o n o m i a n o r m a t i v a , che è la capacità di un ente di costituire il proprio ordinamento mediante norme aventi la stessa natura ed efficacia delle norme statali, anche se ad esse sottordinate. Posto che le norme emanate dal soggetto dotato di autonomia possono assumere la forma di leggi, Statuti o regolamenti, l'autonomia normativa può a sua volta ulteriormente distinguersi in:
 - a u t o n o m i a l e g i s l a t i v a : tutte le Regioni, sia a Statuto ordinario che a Statuto speciale, e le Province di Trento e Bolzano;



- **autonomia statutaria**: oltre alle Regioni a Statuto speciale e ordinario, anche i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Camere di commercio etc.;
- **autonomia regolamentare**: tutti gli enti territoriali (Regioni, Comuni, Province e Città metropolitane), nonché gli altri enti ed organi (es.: ordini professionali) cui la legge espressamente la conferisce;
- **autonomia organizzativa o amministrativa**, che è la capacità di un ente o di un organo di dotarsi (o contribuire a dotarsi) di una propria struttura organizzativa alla quale normalmente si accompagna anche una autonomia regolamentare. Difatti è mediante l’emanazione di regolamenti (interni, ma talora anche esterni) che si estrinseca la capacità di autorganizzarsi;
- **autonomia finanziaria**, ovvero la capacità dell’ente di imporre propri tributi;
- **autonomia di gestione**, che consiste nella capacità dell’ente di avere un proprio bilancio, diverso da quello dello Stato.

1.2.3.3.4. L’autogoverno.

Il termine **autogoverno** deriva da un istituto proprio degli ordinamenti di tipo anglosassone (c.d. *self-government*) e si realizza quando gli organi locali di governo sono composti da elementi scelti dagli stessi governati.

1.2.3.3.4. Gli enti pubblici economici.

Sono denominati **enti pubblici economici** (E.P.E.) quegli enti che operano nel campo della produzione e dello scambio di beni e servizi svolgendo attività prevalentemente o esclusivamente economiche.

Essi si pongono in concorrenza coi soggetti privati economici, ma realizzano fini pubblici che spesso non si identificano con i fini di lucro propri delle imprese private⁹.

1.2.3.3.4.1. Regime giuridico.

Riguardo al regime giuridico degli E.P.E., occorre rilevare che:

- sono soggetti all’iscrizione nel registro delle imprese *ex art. 2201 c.c.*;
- non sono assoggettabili al fallimento;
- a secondo dell’oggetto sociale dell’impresa, stipulano con l’utenza contratti disciplinati dal codice civile;
- operano in regime di concorrenza con gli altri imprenditori privati.

⁹ Gli scopi che determinano lo Stato a creare E.P.E. sono diversi: operare interventi economici di controllo (ad es.: calmierare il prezzo di una merce sul mercato producendola e vendendola ad un costo inferiore a quello dei beni analoghi prodotti da imprenditori privati); realizzare interventi promozionali (aiutando economicamente un settore in crisi di un’industria che riveste interesse nazionale), ciò al fine di assicurare servizi pubblici essenziali non adeguatamente coperti da imprese private, o evitare formazioni di monopolio di “fatto”.



Capitolo 2°

La pubblica amministrazione in senso oggettivo

2.1. L'attività amministrativa

2.1.1. Nozione.

Con la locuzione “attività amministrativa”, si intende fare riferimento al complesso di tutte le attività (comportamenti ovvero atti) poste in essere da una pubblica amministrazione, nell'esercizio della propria funzione, per la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge; laddove con la locuzione interessi pubblici deve farsi riferimento a quegli “interessi di cui sono titolari le collettività di riferimento degli apparati amministrativi che li hanno in cura; e in ultima analisi, il popolo, al quale viene riferita la sovranità”

Da tale definizione si evince che l'attività amministrativa è qualificata dal fatto di essere vincolata nel fine, nel senso che la P.A. è tenuta a perseguire quel determinato (e prestabilito) fine pubblico alla cui cura essa è preposta.

Tale vincolo finalistico è stato interpretato dalla dottrina più recente sia come garanzia del perseguimento di interessi propri dell'intera collettività che quale parametro di legittimità per verificare ex post l'attività posta in essere.

Da un altro punto di vista può osservarsi che l'attività amministrativa è caratterizzata da una discrezionalità più limitata rispetto a quella che contrassegna la funzione politica, la quale incontra l'unico limite delle previsioni costituzionali; infatti, la funzione amministrativa deve essere svolta non solo nel rispetto dei principi costituzionali, ma anche in armonia con la legge ordinaria e gli atti ad essa equiparati, e nell'esercizio di tale funzione i soggetti pubblici emanano gli atti amministrativi. La funzione politica, invece, viene realizzata attraverso atti politici o di governo, che, per la loro natura, sono gli atti di suprema direzione dello Stato, liberi nel fine e non assimilabili alla categoria degli atti amministrativi

2.1.2. Attività amministrativa di diritto pubblico e privato.

La pubblica amministrazione può operare su due piani giuridici distinti a secondo del tipo di attività che è chiamata a svolgere. In alcuni casi essa agisce in qualità di soggetto di diritto pubblico, mentre in altri casi opera quale soggetto di diritto privato.

Nel primo caso (come soggetto pubblico), esso si pone su di un piano di supremazia rispetto al cittadino esercitando il suo potere (il c.d. potere amministrativo, vedi *infra*) attraverso atti unilaterali che il cittadino non può che subire. Gli atti che la pubblica Amministrazione emana in tale veste prendono il nome di atti amministrativi (in senso lato).

Nel secondo caso (come soggetto privato), la Pubblica Amministrazione agisce ponendosi sullo stesso piano giuridico dei privati contrattando con essi. In questa ipotesi lo schema del rapporto è tipicamente privatistico, per cui non sarà più il diritto pubblico, bensì il diritto privato a regolare il rapporto Pubblica Amministrazione - privati.



Va ribadito che nonostante in alcuni casi la P.A. operi nelle forme del diritto privato, il fine dell'attività amministrativa è sempre pubblico; ciò che cambia è solo il mezzo attraverso cui quel fine è raggiunto.

Rispetto, al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, l'art. 1, co. 1bis (introdotto dalla L. 15/2005) della L. 241/90, recita che: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Ciò da un punto di vista sistematico vuol significare un'inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione e in caso di dubbio interpretativo sono sempre le norme di diritto pubblico a doversi applicare da parte delle pubbliche Amministrazioni e non quelle di diritto comune.

In definitiva, è il ricorso alle norme di diritto privato che, al di fuori dei casi espressamente previsti da norme di diritto pubblico e dai casi in cui la pubblica amministrazione esercita i propri poteri di imperio, è previsto come principio generale dell'azione amministrativa.

Va peraltro aggiunto che l'art. 21sexies L.241/1990 prevede che il recesso unilaterale dei contratti da parte della P.A., sia ammesso nei soli casi previsti dalla legge o dal contratto¹. La disposizione è volta ad estendere all'attività negoziali dell'amministrazione il principio di stabilità degli obblighi contrattuali, per salvaguardare l'affidamento dei terzi che stipulano contratto con la pubblica amministrazione e assicurare, in tal modo, l'affidabilità del contraente pubblico.

2.2. Il potere amministrativo.

2.2.1. Nozione.

L'amministrazione, nel momento in cui agisce per la tutela di interessi pubblici, esercita un potere amministrativo, il quale è un tipo particolare di capacità (capacità speciale) che la legge imputa a una determinata autorità amministrativa, come quella che ad essa consente, e nello stesso tempo impone, di porre in essere determinati atti giuridici, produttivi di determinati effetti, al fine di curare interessi pubblici.

2.2.2. Caratteristiche.

Sono caratteristiche del potere amministrativo:

- innanzitutto il "potere" è una situazione esclusiva di diritto pubblico, di conseguenza non si è in presenza di potere quando gli atti unilaterali della P.A. sono riconducibili al diritto privato (si pensi alla c.d. rescissione o risoluzione unilaterale di un contratto di appalto di lavori pubblici);
- inoltre il potere non può essere esercitato per il soddisfacimento di interessi diversi da quelli per la cui cura è stato attribuito a quella determinata autorità, si parla al

¹ Mentre riguardo ai contratti di diritto pubblico (contratti integrativi e sostitutivi) la P.A. può anche recedere per sopravvenuti motivi di interesse pubblico (vedi par. 14.3.1.1.4).



riguardo della imperatività del potere amministrativo. In altri termini, sul piano strutturale, il contenuto dispositivo degli atti d'esercizio di poteri amministrativi, e quindi i loro effetti in quanto modificativi della sfera soggettiva altrui, è determinato unilateralmente dall'autorità, e non è quindi il risultato della convergenza della volontà di tutti i soggetti interessati²;

- l'autoritarità o autoritatività, nel senso che di fronte a un "potere" autoritativo dell'Amministrazione il cittadino non può opporre un diritto soggettivo, perché l'Amministrazione, attraverso i propri provvedimenti, può estinguere i diritti dei terzi³;
- la sua funzionalità alla realizzazione dell'interesse pubblico. Di conseguenza non si ha "potere" quando l'attività amministrativa sia diretta istituzionalmente a soddisfare un interesse privato: è il caso, per esempio, della determinazione dell'indennità di esproprio;
- l'infungibilità, nel senso che mentre l'adempimento di un'obbligazione di regola è sempre fungibile, cosicché all'inadempimento del debitore si può porre rimedio con una prestazione equivalente di un terzo, il "potere" dell'Amministrazione è riservato a un apparato amministrativo, e solo a tale apparato è consentito l'esercizio di esso (si pensi, per esempio, al rilascio di un'autorizzazione amministrativa, di una concessione di beni pubblici, ecc.). Da ciò si evince che il suo acquisto non può che essere a titolo originario, e non può essere oggetto di disposizione da parte del loro titolare, né può essere trasferito, ma solo temporaneamente esercitato da altre autorità nei casi tipici previsti dalla legge (delegazione, avocazione, sostituzione: *vedi infra*).

2.2.3. I poteri discrezionali e vincolati.

I poteri amministrativi a loro volta si distinguono in poteri discrezionali e poteri non discrezionali.

2.2.3.1. Poteri discrezionali.

L'attività dell'Amministrazione è discrezionale nell'ipotesi in cui, la legge attribuisce ad essa l'effettuazione di valutazioni, ai fini dell'adozione del provvedimento o dell'individuazione del suo contenuto.

Quindi nell'ipotesi di esercizio di potere discrezionale, l'Amministrazione non si limita ad applicare una regola già presente nell'ordinamento, ma ha la possibilità di introdurre elementi (regole) nuovi, rispetto a quelli compiutamente determinati nella previsione normativa, sulla base di una effettiva valutazione dell'assetto degli interessi in gioco nel caso concreto.

² In verità l'apporto degli altri soggetti interessati, è limitato a ciò, che di esso l'autorità medesima deve tener conto, nella complessa operazione intesa alla individuazione in concreto dell'esigenza di cura dell'interesse pubblico.

³ I diritti sui quali l'amministrazione (per definizione) non può incidere (perché non è titolare di un potere) sono i diritti cosiddetti personalissimi (diritto all'integrità personale, al nome, ecc.). In questo caso la rilevanza della posizione soggettiva implicherebbe una sorta di rigidità originaria della stessa, tale da precludere qualsiasi "compressione" determinata dal potere dell'Amministrazione (c.d. *diritti incompressibili*).



Da ciò si evince, che i risultati dell'attività amministrativa discrezionale, a differenza di quella vincolata non possono essere definiti previamente sulla scorta di quanto previsto dalla legge.

2.2.3.1.1. I punti su cui può vertere l'attività discrezionale.

L'attività discrezionale, come viene tradizionalmente insegnato, può vertere:

- sull'*an* e cioè vertere sul punto se adottare o meno un determinato provvedimento (approvare o non approvare un'opera pubblica da realizzare su un terreno che è di notevole valore ambientale?);
- sul *quid* laddove verte, una volta deciso di adottare il provvedimento, sul contenuto concreto e sulle modalità applicative ed esecutive dello stesso (individuazione del tracciato dell'opera pubblica tale da non "rovinare" il carattere del sito, imposizione di prescrizioni progettuali ed esecutive che consentano il ripristino ambientale, e così via);
- sul *quando*, laddove verte intorno al momento nel quale adottare il provvedimento (la scelta dell'uno o dell'altro momento può avere riflessi su una serie di interessi pubblici) o nel quale (o dal quale) farne verificare gli effetti.

2.2.3.1.2. L'interesse pubblico concreto come elemento vincolativo dell'attività amministrativa discrezionale.

Va comunque precisato che l'attività amministrativa discrezionale, negli spazi liberi lasciati dalla previsione di legge, non è totalmente arbitraria, in quanto è sempre vincolata nel fine⁴, identificato nell'interesse pubblico concreto (che è differente dal mero interesse pubblico).

L'individuazione dell'interesse pubblico concreto comporta due tipi di operazioni:

- individuazione dell'interesse primario, ossia dell'interesse pubblico alla cui cura è finalizzato il relativo potere. Esso non si ricava dalla norma attributiva del potere ma da tutto il contesto normativo nel quale la norma è inserita⁵;
- un volta individuato l'interesse primario, esso va calibrato con i diversi interessi secondari (pubblici, collettivi, privati) che sono presenti nella situazione di fatto nella quale va ad incidere il potere amministrativo (principio della necessaria acquisizione degli interessi).

2.2.3.1.2.1. Il criterio di ragionevolezza.

A questo punto si pone il problema di stabilire quali criteri deve utilizzare l'amministrazione, per individuare l'interesse pubblico concreto.

⁴ Come si evince dall'art. 1, 1° co. della l. proc. Amm. il quale afferma che: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge".

⁵ Ad esempio il fine primario del potere di concessione mineraria è nell'interesse allo sviluppo industriale del Paese. Inoltre nei poteri a contenuto molto complesso il fine primario si articola invero in fine plurimi, egualmente primari che debbano coesistere (con il piano regolatore, ad esempio, si deve governare lo sviluppo edilizio e produttivo della città ma anche le condizioni di vita salubre dei cittadini).



La dottrina afferma che tale individuazione va effettuata secondo il criterio di ragionevolezza, il quale costituisce, anche alla luce della L. 241/1990, un criterio in cui confluiscono i principi di eguaglianza, di imparzialità e di buon andamento.

In forza di tale principio l'azione amministrativa, al di là del rispetto delle prescrizioni normative, deve adeguarsi ad un canone di razionalità operativa, al fine di evitare decisioni arbitrarie ed irrazionali, in piena adesione ai dati di fatto ed agli interessi emersi nel corso dell'istruttoria ed in coerenza con le premesse ed i criteri fissati dalla stessa P.A.⁶

In base al criterio di ragionevolezza, l'amministrazione, quindi, una volta individuato l'interesse primario, e gli interessi secondari in gioco, deve determinare le modalità della soddisfazione dell'interesse primario, in modo tale che detta soddisfazione non sacrifichi, ovvero non sacrifichi al di là di certi limiti, gli altri interessi in gioco, che siano da ritenere, secondo, ancora, criteri di ragionevolezza, eventualmente prevalenti⁷.

L'interesse pubblico concreto rappresenta dunque la massimizzazione dell'interesse primario a fronte degli interessi secondari emersi nella situazione concreta sui cui va incidere l'esercizio del potere discrezionale.

Una volta individuato l'interesse pubblico concreto, va analizzata a fronte di esso (delle esigenze poste per il suo soddisfacimento) la posizione dei diversi richiedenti⁸.

⁶ La violazione di detto principio di ragionevolezza comporta un vizio di eccesso di potere, in particolare in relazione alle figure sintomatiche del difetto di motivazione (es.: si disattende immotivatamente il tenore di un parere precedentemente acquisito), o di ingiustificata disparità di trattamento (ove ci si comporti in maniera diversa dinanzi a situazioni analoghe) o di contraddittorietà della motivazione stessa.

⁷ Per stare agli esempi. Il ministro dell'industria deve determinare in concreto, tra più ditte richiedenti la concessione mineraria, quella dotata della idoneità tecnica ed economica necessaria per l'intrapresa; a fronte dell'interesse pubblico (primario) dato dallo sviluppo dell'industria estrattiva del Paese, e in presenza dei differenti interessi secondari (ad esempio, esigenze di rispetto ambientale, salvaguardia di coltivazioni agricole pregiate che si trovano sullo stesso luogo, ecc.). Quale può essere un itinerario di scelta ragionevole? Circa l'individuazione dell'interesse pubblico concreto, l'Amministrazione, dopo aver acquisito tutti gli interessi secondari (pubblici, collettivi, privati) presenti nella situazione concreta (e così, la situazione ambientale, il carattere pregiato o meno delle coltivazioni in essere, ecc.), attraverso vari strumenti procedurali stabilirà il grado di massimizzazione dell'interesse primario a fronte di questi: la miniera potrà essere sfruttata in questi limiti, tali da non danneggiare queste colture, il futuro concessionario necessariamente dovrà essere obbligato a porre in essere una serie di cautele (ad esempio, opere di immediato ripristino) al fine di salvaguardare un equilibrio ambientale particolarmente delicato quale è emerso dalle risultanze istruttorie, ecc.

⁸ E quindi sarà legittimamente preferito Tizio in luogo di Caio, o di Mevio, perché Tizio presenta una struttura aziendale e produttiva più adatta rispetto a quelle di Caio e di Mevio (che possono anche essere migliori, sotto altri profili) per le particolari esigenze della coltivazione mineraria di che trattasi quale deve svolgersi con riferimento all'interesse pubblico concreto che è stato determinato. E così ad esempio, dato che le particolari esigenze di tutela ambientale della zona impongono determinate opere di ripristino (rifacimento di un determinato manto pedologico) la ditta prescelta potrà risultare economicamente più esigua delle altre e magari dotata di attrezzature tecnologiche meno avanzate, ma tuttavia l'unica ad avere una documentata esperienza in quella determinata lavorazione di ripristino. In tal caso, la scelta risulta ragionevole, cioè consequenziale rispetto alle premesse. E tale ad esempio, non sarebbe la scelta di Tizio effettuata sulla sola base della potenza economica relativa senza tenere alcun conto del fatto, documentato, che Tizio nessuna esperienza abbia maturato (a differenza ad esempio, di Caio) in detta lavorazione.



2.2.3.1.3. Merito amministrativo.

Spesso dopo l'individuazione dell'interesse pubblico concreto, si pongono dinnanzi all'amministrazione una serie di alternative che soddisfano tutte il criterio della ragionevolezza⁹.

In tale ambito, detto *merito amministrativo*, l'Amministrazione, nonostante stia esercitando un'attività discrezionale e quindi vincolata nei fini, può muoversi in libertà scegliendo tra una serie di alternative una a posto dell'altra, senza che tal scelta possa essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale.

Si badi bene, anche questa scelta finale tra più possibili e tutte ragionevoli, è una scelta che deve essere motivata, che non può essere senz'altro arbitraria, ma tale motivo attiene al merito, cioè non può essere oggetto di sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (sempre che ovviamente non si tratti di sindacato di merito)

Infatti, la violazione delle regole di convenienza ed opportunità in cui si sostanzia il merito non è per legge sindacabile dal G.A. (salvi sempre i casi di giurisdizione di merito), ove sia stato rispettato il criterio di ragionevolezza di cui sopra. Per contro qualora tale criterio non venga rispettato, l'atto discrezionale sarà sindacabile in sede giurisdizionale, in quanto affetto da vizio di eccesso di potere.

2.2.3.1.4. Discrezionalità tecnica.

La *discrezionalità tecnica* consiste nell'esame di fatti o situazioni sulla base di cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico (discipline mediche, ingegneristiche, biologiche, etc.)

Secondo l'impostazione tradizionale, la discrezionalità tecnica, al pari di quella amministrativa, afferirebbe al merito e non già alla legittimità, con la conseguente impossibilità di un sindacato giurisdizionale sul suo esercizio.

2.2.3.1.5. Discrezionalità mista.

Con l'espressione *discrezionalità mista* si è soliti fare riferimento a quelle ipotesi in cui la P.A. risulti disporre al contempo di discrezionalità tecnica e di discrezionalità amministrativa.

In tal caso, effettuata la verifica tecnica (es. valutazione in termini di pericolosità di una certa infezione, quale l'influenza aviaria); l'autorità procedente non è vincolata all'atto da adottare, ma ha il potere di scegliere l'atto più idoneo alla cura dell'interesse pubblico (es.: isolamento o abbattimento degli animali infetti).

Quanto ai profili di tutela dei privati, l'orientamento tradizionale riconduce la discrezionalità mista, al pari di quella tecnica, nell'ambito del merito amministrativo, con conseguenza di affermare la insindacabilità.

⁹ La collocazione di impianto pubblico in questo o in quel sito del territorio comunale, tutti equidistanti dal centro, tutti egualmente idonei a non presentare rischi ambientali, ecc.



2.2.3.2. Poteri non discrezionali o vincolati.

2.2.3.2.1. Nozione.

I poteri non discrezionali sono caratterizzati dal fatto che il loro esercizio in concreto non comporta esercizio di discrezionalità da parte dell'amministrazione, la quale è vincolata non solo nel fine ma anche negli strumenti operativi.

In questo caso l'Amministrazione si limita a conoscere una realtà e a versarne il risultato in un atto cui la legge ricollega la produzione di determinati effetti. Dunque l'autorità amministrativa è dotata di un potere di mero acclaramento di elementi della realtà secondo modalità e con effetti prefissati dalla legge.

2.2.3.2.2. Disciplina.

Orbene i poteri amministrativi non discrezionali sono assoggettati alla medesima disciplina dettata per i poteri discrezionali (poteri amministrativi tipici) nella parte applicabile, cioè nella parte non attinente all'esercizio della discrezionalità (che investe una parte della disciplina del procedimento) e ai vizi che di essa sono propri (quelli accomunati nella nozione di eccesso di potere).



Capitolo 3°

Le posizioni giuridiche soggettive rilevanti nei confronti della P.A.

3.1. Introduzione.

L'espressione "posizioni giuridiche soggettive" o "situazioni giuridiche soggettive" indica il complesso dei diritti, poteri, obblighi etc. di cui un soggetto giuridico può potenzialmente essere titolare.

Le posizioni soggettive si distinguono in attive (o di vantaggio) e passive (o di svantaggio). Le situazioni di vantaggio costituiscono esercizio di libertà o di discrezionalità, mentre le situazioni di svantaggio danno luogo a posizioni di assoggettamento, limitative della libertà dell'individuo.

Le posizioni soggettive attive sono: I) il diritto soggettivo (vedi *infra*); II) il diritto potestativo¹; III) la potestà²; IV) l'interesse legittimo (vedi *infra*); V) l'aspettativa³; VI) l'interesse semplice (vedi *infra*)

Le posizioni soggettive passive sono: I) l'obbligo⁴; II) l'onere⁵; III) la soggezione⁶; IV) il dovere generico di astensione⁷.

Nel nostro ordinamento le posizioni giuridiche attive del cittadino nei confronti dell'Amministrazione vengono distinte in interessi legittimi e diritti soggettivi.

¹ I diritti potestativi sono situazioni giuridiche attive che consentono al titolare, mediante una manifestazione unilaterale di volontà, di incidere sulla sfera giuridica di un terzo, senza che questo possa opporsi (es.: diritto di affrancazione dell'enfiteuta, art. 971 c.c.; recesso unilaterale, art. 1373 c.c., diritto di chiedere lo scioglimento della comunione, art. 1111 c.c.). Il terzo quindi si trova in una posizione passiva di soggezione.

² La potestà rappresentano poteri attribuiti ad un soggetto per la realizzazione di interessi che non fanno capo direttamente a lui: come esempio di tale posizione soggettiva si ricordi il potere del rappresentante, che può agire e compiere atti giuridici in nome e per conto non proprio ma del soggetto che egli rappresenta (può, ad esempio, acquistare un bene per lui). La natura di tale posizione soggettiva comporta che chi ne è investito è vincolato alla tutela degli interessi per cui la potestà è attribuita: si parla perciò di potestà-dovere, o *munus*.

³ L'aspettativa è la posizione in cui si trova il soggetto a favore del quale viene maturando un diritto soggettivo. Può essere anche definita come una posizione di attesa cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo. Tanto è vero che l'art. 1356 c.c. concede al titolare di un'aspettativa il potere di compiere atti conservativi a tutela del diritto sotto condizione sospensiva (si pensi ad un'eredità lasciata ad un soggetto a condizione che si laurei: prima della laurea, questi potrà compiere atti conservativi e cautelari del suo diritto).

⁴ L'obbligo può definirsi come il dovere di tenere un comportamento di contenuto specifico che risulti funzionalmente rivolto alla realizzazione di un interesse particolare facente capo ad un determinato soggetto. Tale dovere è dunque correlato ad un diritto soggettivo altrui, nell'ambito di un rapporto giuridico.

⁵ Per onere si intende il comportamento, imposto ad un soggetto come condizione necessaria per l'esercizio di un proprio diritto. Ad esempio per poter partecipare ad un concorso pubblico gli interessati avranno l'onere di presentare la relativa domanda entro un certo termine, scaduto il quale il loro diritto decade.

⁶ La soggezione è una posizione giuridica soggettiva passiva, correlativa all'esercizio di un diritto potestativo di cui altro soggetto sia titolare. La soggezione è caratterizzata da un ruolo meramente passivo, in quanto, a differenza del dovere, non richiede una attività di cooperazione o di adempimento.

⁷ Il dovere generico di astensione consiste nella situazione giuridica di chi si deve limitare a rispettare una situazione di supremazia altrui.



3.2. I diritti soggettivi.

3.2.1. Nozione

Per diritto soggettivo, si intende il potere di agire (“*ágere-licéere*”) riconosciuto ad un soggetto al fine di soddisfare un interesse che l’ordinamento ritiene meritevole di tutela.

Il diritto soggettivo ha come contenuto facoltà, pretese e poteri di varia natura. In alcuni tipi di diritti il contenuto si sostanzia soprattutto in una pretesa ad un determinato comportamento da parte del soggetto obbligato, perché l’interesse del titolare si realizza appunto mediante tale comportamento (es. diritto di credito).

In altri casi, invece, come nel diritto di proprietà, assumono prevalente rilievo le facoltà, perché l’interesse tutelato e soddisfatto mediante l’utilizzazione indisturbata del bene (che ne è l’oggetto) da parte del titolare del diritto, mentre la pretesa verso altri soggetti è meramente strumentale rispetto alla facoltà di utilizzazione diretta.

3.2.2. Diritti soggettivi condizionati

Si distinguono due categorie di diritti soggettivi condizionati.

3.2.2.1. Diritto sospensivamente condizionati.

I diritti sospensivamente condizionati (detti anche “diritti in attesa di espansione”) sono quei diritti il cui esercizio è inizialmente limitato da un ostacolo giuridico, per la cui rimozione è necessario un provvedimento amministrativo permissivo (cd. autorizzazione) che, rimuovendo tale ostacolo, consenta al diritto di espandersi ed acquistare la sua pienezza.

È il caso del diritto di edificare sul proprio fondo, per il cui esercizio occorre il rilascio della licenza edilizia (atto autorizzativo) o del diritto all’esercizio della professione, per il cui espletamento occorre l’iscrizione nel relativo albo.

3.2.2.2. Diritto risolutivamente condizionati.

I diritti risolutivamente condizionati, sono quei diritti che potenzialmente potrebbero scontrarsi con l’esercizio unilaterale ed autoritativo di una potestà amministrativa, ed affievolire ad interessi legittimi.

La P.A., infatti, nel perseguimento dei suoi fini pubblici può essere, ostacolata dai diritti di privati; in questi casi la legge può attribuire alla P.A. il potere di sacrificare tali diritti individuali a vantaggio dell’interesse collettivo, per cui i diritti stessi, davanti a tale potere, “affievoliscono” ad interessi legittimi (cd. fenomeno dell’affievolimento dei diritti).

Così il diritto del proprietario espropriato affievolisce ad interesse legittimo qualora la P.A. eserciti legittimamente il potere di esproprio riconosciute dalla Costituzione (art. 42) e dalla legge⁸.

⁸ La teoria dell’affievolimento è oggetto di contestazione da parte di CERULLI IRELLI (autore da cui abbiamo tratto le nozioni di diritto amministrativo) secondo il quale essa è inaccettabile in toto, in quanto il “diritto a fronte dell’esercizio del potere amministrativo non degrada in alcunché”: non si pone come diritto soggettivo ma come interesse legittimo.



3.3. L'interesse legittimo.

3.3.1. Introduzione.

Nel momento in cui viene esercitato un potere amministrativo, si instaura un rapporto giuridico di diritto pubblico tra l'autorità amministrativa e il soggetto terzo portatore di interesse in ordine al singolo episodio di esercizio del potere.

A fronte dell'autorità amministrativa il soggetto terzo, può trovarsi rispettivamente in posizione di soggezione⁹ o di onere¹⁰. In qualunque situazione si trovi, il soggetto terzo sarà però sempre titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva nei confronti dell'autorità amministrativa, nel nostro sistema denominata *interesse legittimo*.

Pertanto in via di prima approssimazione, l'interesse legittimo può essere definito come una *posizione soggettiva "speculare al potere" dell'Amministrazione*.

Ogniquale volta la pubblica amministrazione esercita, o ha l'obbligo di esercitare un potere amministrativo¹¹, che si manifesterà all'esterno con l'emanazione di un provvedimento amministrativo, avente efficacia nei confronti di soggetti terzi, quest'ultimi vanteranno nei confronti della pubblica amministrazione un *interesse legittimo*.

In particolare se il soggetto interessato si trova nei confronti della P.A. in una posizione di onere allora sarà titolare di un *interesse legittimo pretensivo* che si sostanzia in una pretesa ad un dato comportamento della P.A.

Mentre se si trova in una situazione di soggezione allora sarà titolare di un *interesse legittimo oppositivo* che legittima l'interessato ad opporsi a provvedimenti amministrativi sostanzialmente pregiudizievoli della sua sfera giuridica.

3.3.2. Caratteri.

Vari sono i caratteri che differenziano un *interesse legittimo* rispetto ad un mero *interesse materiale*.

3.3.2.1. La relatività dell'interesse legittimo.

Un primo elemento è costituito dal *carattere relativo* (o relazionale) dell'*interesse legittimo*: l'*interesse legittimo* non è una *posizione soggettiva* di tipo assoluto (come sono invece, per esempio, i diritti reali, il cui esercizio non richiede il concorso di altri soggetti), ma è una *posizione correlata all'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione*.

⁹ È ascrivibile alla *soggezione* la situazione di colui che deve subire gli effetti dell'atto di esercizio del potere che si producono nella sfera giuridica prescindendo dalla sua volontà (come avviene quando si esercita una provvedimento ablatorio).

¹⁰ È ascrivibile all'*onere* la situazione del soggetto che dell'atto di esercizio del potere ha bisogno (in virtù di una determinata disposizione normativa) per il soddisfacimento di un suo interesse, che in genere si realizza mediante l'acquisto di un diritto, di uno status, di una facoltà o di altra situazione di vantaggio. Egli può non soddisfare il proprio interesse, ma se intende soddisfarlo, deve promuovere l'esercizio del potere, chiedendo all'autorità amministrativa competente l'emanazione del relativo atto.

¹¹ Dunque in realtà l'*interesse legittimo* nasce, ancor prima dell'esercizio del potere, in quanto per la sua esistenza è necessario che sussistano le condizioni in presenza delle quali l'esercizio del potere sia doveroso (si pensi all'obbligo di procedere).



Tuttavia non è sufficiente, la configurabilità di un “potere” dell’Amministrazione, perché si possa identificare anche un interesse legittimo; affinché un interesse materiale possa assurgere a rango di interesse legittimo, occorrono altre due elementi

3.3.2.2. La differenziazione.

Proprio perché l’interesse legittimo è una posizione “soggettiva”, esso presuppone in capo al titolare la sussistenza di una posizione di interesse “diversa” e più “intensa” rispetto a quella della generalità dei cittadini¹² (la d i f f e r e n z i a z i o n e).

3.3.2.3. La qualificazione.

L’interesse legittimo è inoltre una posizione che identifica un interesse proprio del cittadino: per questa ragione non può essere considerato come una posizione meramente “riflessa” rispetto al potere dell’Amministrazione. Pertanto affinché si possa avere un interesse legittimo è necessario che il potere dell’amministrazione coinvolga un soggetto che, rispetto a tale potere, sia titolare di un interesse non solo differenziato, ma anche sancito e riconosciuto dall’ordinamento¹³ (q u a l i f i c a z i o n e)¹⁴.

¹² Per esempio, la posizione del commerciante, riguardo al provvedimento con cui venga autorizzato un esercizio analogo nella medesima zona, è diversa rispetto alla posizione della generalità dei cittadini residenti in quella zona: l’interesse del commerciante è coinvolto in modo più specifico. Nell’esempio proposto, solo il commerciante è ritenuto dalla giurisprudenza titolare di un interesse legittimo.

¹³ Si pensi al caso della decisione di un’Amministrazione di realizzare una nuova strada. Essa coinvolge negativamente sia il proprietario, il cui suolo deve essere espropriato per la nuova strada, sia gli imprenditori (gestori di alberghi, ecc.) che svolgono attività economiche che saranno svantaggiate per il fatto che il traffico si indirizzerà particolarmente sul nuovo tracciato e diventerà minore sul vecchio. La giurisprudenza ritiene, però, che solo in capo al primo vi sia un interesse “qualificato”, perché solo la posizione del proprietario assume una rilevanza specifica nella disciplina dell’attività amministrativa di progettazione ed esecuzione della strada.

¹⁴ Distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi: Dottrina e giurisprudenza hanno proposto vari criteri distintivi fra interessi legittimi ed diritti soggettivi. Secondo parte della dottrina la differenza fra le due posizioni, va riferita alla natura della norma, operando tale distinzione:

- norme giuridiche di relazione: regolano i rapporti tra la P.A. ed i cittadini, attribuendo diritti ed obblighi reciproci; esse tracciano la linea di demarcazione tra la sfera della P.A. e quella del cittadino e la loro violazione da parte della P.A. comporta la lesione di un diritto soggetto del cittadino;
- norma giuridiche di azione: regola l’esercizio dei poteri della P.A., imponendole un determinato comportamento. Se la P.A. viene meno a tale comportamento esse lede un interesse (legittimo o semplice) del cittadino.

Un altro criterio di distinzione si fonda sulla natura vincolata o discrezionale dell’attività esercitata: nei confronti di un atto vincolato, il privato può vantare un diritto soggettivo perfetto; nei confronti di un atto discrezionale può vantare solo un interesse legittimo.

Un terzo criterio, largamente utilizzato in giurisprudenza, si fonda sulla distinzione tra carenza assoluta e cattivi esercizio del potere. In particolare:

- nel caso di cattivo uso da parte della P.A., del proprio potere discrezionale, sussistendo una norma di legge che attribuisce alla P.A., il potere di emanare l’atto, si avrà solo la lesione di un interesse legittimo, rappresentato dall’interesse del privato a che la P.A., nell’emanazione dell’atto, osservi i limiti le forme ed il procedimento stabiliti dalla norma attributiva del potere (interesse che può essere tutelato solo in sede di giurisdizione amministrativa);
- nell’ipotesi di carenza assoluta di potere, quando cioè manchi in radice il potere discrezionale della P.A. di interferire nella sfera giuridica del privato, ovvero non sussistano i presupposti di fatto che consentono l’esercizio di tale potere, l’atto amministrativo è considerato inidoneo ad incidere legittimamente sul diritto soggettivo del privato, che quindi sussiste nella sua integrità e può essere fatto valere solo davanti al giudice ordinario.

Pertanto tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell’amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la giurisdizione del G.A., mentre si ha questione di diritto soggettivo e la giurisdizione del G.O.



3.3.3. Classificazioni.

Gli interessi legittimi si distinguono, in base al criterio di un nesso giuridicamente rilevante tra l'interesse legittimo ed sottostante interesse materiale, in due gradi categorie:

- **interessi sostanziali:** considera il momento in cui l'interesse del privato, ad ottenere o a conservare un bene della vita, viene a confronto con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse o di sacrificarlo. Gli interessi sostanziali a loro volta, in base al contenuto del potere attribuito al titolare nei confronti di una potestà amministrativa si distinguono in:
- **interessi al procedimento (o partecipativi):** sono gli interessi del privata a far valere la sua posizione nel procedimento amministrativo e, quindi, ad esercitare quelle facoltà che sono attribuite dalla L. 241/90 nell'ambito del procedimento amministrativo;
- **interessi all'annullamento di un provvedimento lesivo di un interesse materiale giuridicamente protetto (o oppositivi):** sono quegli interessi che il privato oppone all'esercizio di un potere che potrebbe produrre una vicenda giuridica svantaggiosa ossia incidere negativamente nella propria sfera giuridica;
- **interessi ad un attività amministrativa (o pretensivi):** sono quegli interessi cui corrisponde il dovere da parte dell'amministrazione di erogare una prestazione patrimoniale, un pubblico servizio o un'attività; vengono, dunque, fatti valere dal soggetto che vuole ottenere un utilità dalla P.A. e vuole accrescere la propria sfera giuridica con l'emanazione di un provvedimento a suo favore.
- **interessi formali detti anche strumentali o indiretti:** nei quali rientrano i c.d. **interessi procedurali** che sono gli interessi del privato che emergono nel corso di un procedimento amministrativo. Tali interessi possono essere fatti valere in giudizio al fine di eliminare quegli atti e quei comportamenti preclusivi della prosecuzione del procedimento

Interesse procedimentale e sostanziale rappresentano due aspetti dell'interesse legittimo, in quanto il primo è strumentale alla tutela degli interessi sostanziali, rappresentandone la proiezione in giudizio.

3.4. Altre situazioni soggettive rilevanti nei confronti della P.A.

3.4.1. Gli interessi diffusi e collettivi.

3.4.1.1. Gli interessi diffusi.

Gli **interessi diffusi** sono quelli comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente.

Ad esempio sono diffusi gli interessi relativi alla c.d. sfera sociale come quelli attinenti alla qualità della vita (es. la tutela dall'inquinamento, la protezione del consumatore, la tutela dei beni ambientali).

quando si contesta la stessa esistenza del potere. In tal modo si è posto il collegamento seguente **carenza di potere-diritto soggettivo, cattivo uso del potere-interesse legittimo.**



3.4.1.2. Gli interessi collettivi.

Gli interessi collettivi, sono invece quelli che fanno capo a un ente esponenziale di un gruppo non occasionale e omogeneo di soggetti, della più varia natura giuridica (es. ordini professionali, associazioni private riconosciute, associazioni di fatto), autonomamente individuabile ed organizzato per la realizzazione dei fini propri della categoria o del gruppo (es. sindacato)¹⁵

Gli interesse collettivi, a differenza degli interessi diffusi (che sono sprovvisti di una specifica tutela) sono tutelabili sia sul piano amministrativo che su quello giurisdizionale. Si ricordi, inoltre e fin d'ora che sono solo gli interessi collettivi, e non anche gli interessi diffusi, a legittimare l'intervento all'interno del procedimento (vedi par. 12.4.2.1.3).

3.4.2. L'interesse semplice.

Mentre l'interesse legittimo è la pretesa che la P.A. eserciti in conformità della legge i suoi poteri discrezionali o vincolati, l'interesse semplice è invece la pretesa a che la P.A., nell'esercizio del suo potere discrezionale si attenga a quei criteri di opportunità e di convenienza che afferiscono al c.d. merito amministrativo, e che sono tutelati dalla norme giuridiche di azione (c.d. di buona amministrazione)

Tali interessi a differenza di quelli legittimi, non ricevono tutela se non a livello amministrativo; essi infatti, possono essere fatti valere solo con i ricorsi gerarchici: proprio per questo sono definiti anche *interessi amministrativamente protetti*¹⁶.

3.4.3. Interessi di fatto.

Vi sono dei doveri che la legge pone a carico della P.A. senza correlarli con una corrispondente posizione giuridica di vantaggio di uno o più soggetti: si pensi, ad esempio, all'obbligo di costruire e tenere in buono stato di manutenzione le strade, all'obbligo di illuminare le strade stesse, all'obbligo di organizzare i pubblici servizi, all'obbligo di curare i giardini pubblici ed, in genere, il decoro cittadino etc.

Si tratta, come appare evidente, di doveri che la legge pone a carico della P.A. a vantaggio dell'intera collettività indifferenziata e non del singolo individuo, il quale, alla loro osservanza, non può che vantare un interesse di mero fatto, qualificato pertanto, *interesse di fatto*.

L'interesse di fatto può, dunque, definirsi come "la pretesa che ha ogni cittadino a che la P.A. adempia a quei doveri che la legge le impone a vantaggio dell'intera collettività e non di un singolo individuo".

¹⁵ È ormai opinione comune, in dottrina, che gli interessi collettivi ben possono essere ricompresi, come specie, del più ampio genere degli interessi legittimi. In tale ottica l'interesse collettivo può quindi essere definito in linea generale come l'interesse al corretto esercizio del potere amministrativo da parte di un'organizzazione di tipo associativo. Tale interesse risulta differenziato sia rispetto a quello facente capo alla generalità dei cittadini, sia rispetto a quello proprio dei singoli appartenenti alla categoria.

¹⁶ Solo eccezionalmente, e per casi tassativamente previsti, è ammessa la tutela giurisdizionale avverso atti viziati nel merito (c.d. giurisdizione nel merito).



Tali interessi irrilevanti per il diritto non ricevono alcuna tutela dall'ordinamento: il privato, infatti, può farli valere solo mediante "e s p o s t i" che però, in quanto tali, non creano alcun obbligo a carico della P.A.

Solo in casi eccezionali (es.: azioni popolari) i cittadini, *uti singuli*, possono esperire azioni a tutela di interessi di fatto. Così, ciascun cittadino (non solo chi sia stato leso nel proprio diritto all'iscrizione nelle liste elettorali), purché elettore, può esperire ricorso (cd. azione popolare) contro i risultati delle operazioni di revisione delle liste.



Capitolo 4°

I principi dell'attività amministrativa

4.1. Introduzione.

Il diritto amministrativo, come disciplina dell'organizzazione e dell'azione concreta dei pubblici poteri consiste di un sistema assai articolato e complesso di norme, delle quali una parte assai cospicua, e segnatamente quella concernente la disciplina generale della materia si esprime attraverso principi a loro volta formulati in Costituzione¹; o in leggi ordinarie (tra

¹ La Costituzione prevede diversi principi in materia amministrativa. Essi sono:

- Il principio del decentramento amministrativo (inteso come trasferimento di competenze e poteri decisionali dagli organi centrali statali ad organi periferici o ad altri soggetti) e il principio della tutela delle autonomie locali. Art. 5 Cost.: “La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”;
- Il principio della riserva di legge per l'imposizione di prestazione coattive. Art. 23 Cost. “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”;
- Il principio del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'azione amministrativa. Art. 24 1° co. Cost.: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Art. 103 1° co. Cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”;
- Il principio del libero accesso dei cittadini ai pubblici impieghi per concorso. Art. 51 1° co. Cost.: “Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”. Art. 97 ult. co. Cost.: “Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”;
- Il principio di imparzialità e di buona andamento dell'azione amministrativa e il principio di riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici. Art. 97 1° co. Cost.: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”;
- Il principio delle espropriabilità della proprietà privata ai fini della pubblica utilità e salvo indennizzo. Art. 42 3° co. Cost.: “La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale”. Art. 43 Cost.: “A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”;
- Il principio della programmazione economica. Art. 41 3° co. Cost.: “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”;
- il principio dell'obbligo di tutti a concorrere alle spese pubbliche. Art. 53 Cost. 1° co. Cost. “Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”;
- Il principio della indipendenza dei giudici amministrativi. Art. 100 Cost.: “Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione. La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce



quali, adesso emergono quelli formulati nella l. proc. amm.); in parte inespressi è ricavabili dall'interprete, segnatamente in sede giurisdizionale, dal complesso dell'ordinamento positivo.

Va evidenziato che nel diritto amministrativo, mancando una disciplina legislativa, di portata generale (salvo le disposizioni, contenute nella l. proc. amm.) l'importanza dei principi generali nell'applicazione è decisamente prevalente.

4.1.1. Il rispetto dei principi da parte dei soggetti privati preposti all'attività amministrativa.

Coinvolti nell'applicazione dei principi generali che improntano e reggono l'esercizio dell'azione amministrativa sono anche i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa, così come previsto dal comma 1ter dell'art. 1 introdotto dalla L. 15/2005, e successivamente modificato: "I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge."

La norma vuole significare che nell'esigenza fondamentale di garantire il rispetto dei principi generali di trasparenza, efficienza, economicità e partecipazione, ciò che viene in rilievo è la natura e lo scopo dell'attività esercitata – che è amministrativa, pubblica – essendo secondario, il profilo della natura, pubblica o privata, del soggetto che quelle attività esercita.

Quei principi sono dettati cioè, non per sortire semplicemente un effetto nella condotta delle pubbliche amministrazioni in quanto tali, quanto piuttosto come regole generali cui deve uniformarsi chiunque svolga attività di taglio pubblicistico e nell'interesse della collettività.

in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito. La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo";

- **I principi di sussidiarietà, di adeguatezza, e di differenziazione.** Art. 118 Cost.: "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà";
- **Il principio di leale collaborazione.** Art. 120 Cost.: "La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale. Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione".



4.1.1.1. L'esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi.

Per esercizio privato di pubbliche funzioni o di pubblici servizi, si intende qualunque forma di attività, che comporti esercizio di pubblici poteri e dalla quale derivi l'attuazione di fini pubblici, esercitata da privati, ossia da soggetti che non abbiano la qualità di organi statali né facciano parte di enti pubblici.

Molteplici sono le fonti da cui può derivare al privato tale esercizio; può trattarsi, infatti:

- della stessa legge, che in determinati casi consente tale esercizio;
- di un apposito atto amministrativo, quale la concessione, con la quale si consente ai privati la gestione di pubblici servizi;
- dell'esercizio di una particolare professione (avvocato, medico, notaio);
- della titolarità di un particolare ufficio, come avviene nel caso del comandante di navi mercantili private, il quale svolge funzioni di stato civile e di polizia giudiziaria sulla nave e può ricevere testamento.

Quel che occorre evidenziare è che:

- la funzione è esercitata dal privato in nome proprio e nel proprio interesse, per cui gli atti compiuti dal privato sono sottratti alle regole proprie degli atti amministrativi e da essi nessuna responsabilità può derivare alla Pubblica Amministrazione, per cui degli eventuali danni a terzi risponde sempre e soltanto il privato esercente;
- il privato esercente, tuttavia, resta assoggettato a particolari controlli da parte della Pubblica Amministrazione e nell'esercizio delle funzioni pubbliche è considerato a tutti gli effetti un «pubblico ufficiale» benché non sia qualificabile come «organo» della P.A.

Risulta, pertanto, agevole distinguere la figura del soggetto privato esercente una pubblica funzione dall'organo della persona giuridica pubblica: l'organo, infatti, data la sua immedesimazione con l'ente, agisce come ente, per cui nel suo agire ben può vedersi l'agire dell'ente; il privato esercente una pubblica funzione, invece, agisce in nome proprio e dalla sua attività non possono derivare né diritti né obblighi per l'amministrazione.

4.2. Il principio di legalità.

Il principio di legalità si può intendere sia in senso formale che sostanziale.

4.2.1. In senso formale.

In senso formale, esso significa prevalenza della legge rispetto agli altri atti dei pubblici poteri; e quindi, segnatamente, che il rispetto della normativa di legge si impone all'amministrazione, dando luogo, in caso di contrasto dell'attività amministrativa con la legge, all'illegittimità della prima.

4.2.2. In senso sostanziale.

In senso sostanziale, esso significa che ogni provvedimento è espressione di un potere riconosciuto all'Amministrazione da una norma specifica (principio di tipicità e nominatività dei poteri amministrativi).



Conseguenze del principio di legalità in senso sostanziale – richiamato dallo stesso art. 1 della L.241/90, sul procedimento amministrativo, ove si statuisce che l'attività “amministrativa, persegue i fini determinata dalla legge – sono:

- la tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, in quanto a nessuna autorità amministrativa è consentito di porre in essere atti amministrativi che non siano previsti dalla legge, ad eccezione delle ordinanze di necessità e di urgenza che costituiscono una parziale deroga a tale principio (non sono cioè ammessi provvedimenti atipici o innominati);
- l'eccezionalità dell'esecutorietà degli atti stessi, ossia dei casi in cui gli atti possono essere coattivamente mandati in esecuzione in sede di autotutela della P.A.: secondo le modalità introdotte dall'art. 21ter della L. 241/90, così come disciplinata dalla L. 15/2005 in materia di imposizione coattiva degli obblighi;
- l'eccezionalità degli atti amministrativa destinati a formare certezza legale privilegiata.

4.3. Il principio di buona amministrazione o di buon andamento (art. 97 1° co. Cost.).

Il principio di buona amministrazione o di buon andamento (consacrato nella costituzione all'art. 97 1° co.), non codificato specificamente, obbliga tutti gli agenti dell'amministrazione pubblica, a svolgere i compiti loro attribuiti con diligenza e nel miglior modo, realizzando con solerzia, efficacia ed economicità gli obiettivi programmati ed impiegando le risorse giuste per quantità e qualità.

A seguito dell'entrata in vigore della L. 241/90, che ha dettato norme sullo snellimento del procedimento amministrativo, il principio di buon andamento, per anni rimasto solo sulla carta, è stato finalmente oggetto di una vera e propria disciplina positiva.

In particolare l'art. 1 prima comma della L. 241/90, così come novellato dalla L. 69/2009 afferma che: “L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario²”.

Costituiscono pertanto articolazioni del principio di buona amministrazione, i criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza³.

² Fondamentale appare il richiamo espresso ai principi dell'ordinamento comunitario la cui pervasività nell'ordinamento interno del nostro paese è un dato incontrovertibile ed in continua crescita. Una delle ragioni che stanno alla base del generico richiamo ai principi del diritto comunitario inserito nella novella, attiene all'esigenza di effettuare in modo organico ed esaustivo, ma al contempo sintetico, un rimando a tutta una serie di principi che sono già espressamente operativi nel *corpus* delle norme di diritto comunitario: si tratta di principi elaborati alla cospicua giurisprudenza della Corte di Giustizia, prevalentemente sulla base della tradizioni giuridiche comuni ai paesi membri, o di principi contenuti direttamente nella normazione di rango comunitario.

³ La violazione di tale criteri integra il vizio di “eccesso di potere”.



4.3.1. Il criterio dell'economicità.

In base al criterio dell'economicità l'azione amministrativa deve raggiungere i suoi scopi, con il minor dispendio o impiego di mezzi economici.

4.3.2. Il criterio dell'efficacia (in senso tecnico).

In base al criterio dell'efficacia (in senso tecnico⁴) l'azione amministrativa deve tendere a raggiungere il pieno conseguimento degli obiettivi programmati.

4.3.3. Il criterio (o principio) di imparzialità.

Il criterio o principio di imparzialità (consacrato nella costituzione all'art. 97 1° co.) obbliga gli agenti della pubblica amministrazione, nel disbrigo della loro attività, a non operare favoritismi, mantenendosi equidistanti tra i vari soggetti, pubblici e privati, con i quali vengono in contatto.

In altri termini, l'attività amministrativa deve essere libera da qualsiasi forma di condizionamento e deve svolgersi in modo da non prevaricare le posizioni dei privati preferendo indebitamente un soggetto ad un altro⁵.

Al principio di imparzialità si ricollega anche l'applicazione del principio di trasparenza, in quanto il controllo democratico, da parte dei cittadini, sull'azione amministrativa in cui si risolve tale principio, è per l'appunto diretto a verificarne e favorirne lo svolgimento imparziale⁶.

4.3.3.1. Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo.

La legge 190/2012 (c.d. legge anticorruzione), all'art. 1, co. 41, ha introdotto nella L. 241/90 il nuovo articolo 6-bis, ai sensi del quale il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale hanno un dovere di astensione in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Non sono indicate le conseguenze della violazione di tale disposizione da parte del dipendente.

La disposizione, che ha finalità di evitare l'insorgere di fenomeni di illegalità e di corruzione, pare esplicitazione del più generale dovere di imparzialità, sancito dall'articolo 97 della Carta costituzionale, nonché dalla stessa legge proc., in base al cui art. 1, l'attività amministrativa deve essere retta dal criterio di imparzialità.

⁴ L'efficacia in senso tecnico si differenzia dall'efficacia in senso giuridico, che designa invece l'attitudine di un atto o fatto giuridico, a produrre i propri effetti.

⁵ Tuttavia l'imparzialità va intesa non solo, e non tanto, come equidistanza tra più soggetti pubblici o privati che vengono in contatto con la P.A. ma anche, e soprattutto, come capacità della P.A., nell'espletamento delle proprie funzioni, di raggiungere un grado di astrazione tale da far prevalere l'interesse pubblico solo se necessario e dopo una attenta ponderazione delle posizioni e dei valori di cui si fanno portatori colori che si trovino in potenziale conflitto con essa. In questa prospettiva, il principio di imparzialità, oltre che la tradizionale connotazione negativa, quale divieto discriminazione, assume una valenza essenzialmente positiva, come obbligo di identificare e valutare, da parte della P.A. procedente, tutti gli interessi coinvolti si che la scelta finale si atteggi a risultato coerente e consapevole di una completa rappresentazione dei fatti degli interessi in gioco

⁶ La violazione del principio di imparzialità comporta l'illegittimità, sotto il profilo dell'eccesso di potere, degli atti amministrativi posti in essere senza un'adeguata ponderazione comparativa dei vari interessi, pubblici e privati, su cui l'atto *de quo* incide.



4.3.4. Il criterio (o principio) di trasparenza e il criterio di pubblicità.

In base al criterio o principio di trasparenza, deve essere consentito ai cittadini l'esercizio di un controllo democratico su tutti i momenti ed i passaggi in cui si esplica l'operato della pubblica amministrazione, al fine di verificarne la correttezza e l'imparzialità⁷.

In tale ottica gli atti e i documenti delle Amministrazioni pubbliche, salvo specifiche esigenze di riservatezza, devono essere pubblici (criterio di pubblicità) e devono essere accessibili a tutti gli interessati (c.d. diritto di accesso)⁸.

4.3.4.1. Il D.Lgs. 33/2013 (c.d. Decreto trasparenza)

4.3.4.1.1. Nozione di trasparenza

L'art. 1, comma 1, della legge D.Lgs. 33/2013 (c.d. Decreto trasparenza), così come modificato dalla D.Lgs. 97/2016 afferma che "La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche."

4.3.4.1.2. Come principio della pubblica amministrazione

L'art. 1, commi 2-3, della legge D.Lgs. 33/2013 afferma che: "La trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.

Le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di attuazione adottate ai sensi dell'articolo 48, integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione."

4.3.4.1.3. Accessibilità totale delle informazioni su procedimento e tempi.

Ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo n. 33 del 2013 e dell'art. 28 del decreto-legge n. 69 del 2013, le pubbliche amministrazioni, per ciascuna tipologia di procedimento, pubblicano sui propri siti istituzionali nella sezione «Amministrazione trasparente», sottosezione «Tipologie di procedimento» (liv. 2), le seguenti informazioni:

⁷ Tale principio ha trovato riconoscimento legislativo nell'art. 1 L. 241/1990 a seguito delle modifiche e delle integrazioni apportate dalla L. 15/2005.

⁸ Inoltre in base a tale principio sono stati introdotti i seguenti istituti: I) l'obbligo della motivazione dei provvedimenti amministrativi; II) l'obbligo di identificare il responsabile del procedimento.



- una breve descrizione del procedimento: a cosa serve, i soggetti interessati, tutte le altre amministrazioni coinvolte, ecc. (nel caso di procedure complesse è consigliabile utilizzare degli esempi pratici) e tutti i riferimenti normativi del procedimento stesso;
- i modi di conclusione del procedimento (provvedimento espresso, accordo tra gli interessati e l'amministrazione, silenzio assenso dell'amministrazione) ovvero i casi nei quali il rilascio del provvedimento può essere sostituito da una dichiarazione dell'interessato (segnalazione certificata di inizio di attività con asseverazione o senza asseverazione) o da una mera comunicazione, etc.;
- l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, il responsabile del procedimento, unitamente ai recapiti telefonici e alla casella di posta elettronica istituzionale nonché, ove diverso, l'ufficio competente all'adozione del provvedimento finale, con l'indicazione del nome del responsabile dell'ufficio, unitamente ai rispettivi recapiti telefonici e alla casella di posta elettronica istituzionale;
- gli atti e i documenti da allegare all'istanza e la modulistica necessaria, compresi i fac-simile per le autocertificazioni nonché, ove disponibile, il link di accesso al servizio on line o i tempi previsti per la sua attivazione;
- le modalità per l'effettuazione dei pagamenti eventualmente necessari, ivi compreso: il codice IBAN identificativo del conto di pagamento, ovvero dell'imputazione del versamento in Tesoreria, per effettuare i pagamenti mediante bonifico bancario o postale ovvero gli identificativi del conto corrente postale sul quale effettuare i pagamenti mediante bollettino postale; i codici identificativi del pagamento da indicare obbligatoriamente per il versamento (art. 5, comma 1, lettera a) decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82); le altre modalità di pagamento telematico, ove presenti, indicando sempre le condizioni, anche economiche, per il loro utilizzo (art. 5, comma 1, lettera b) decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82);
- il termine per la conclusione del procedimento e ogni altro termine procedimentale rilevante;
- gli strumenti di tutela, amministrativa e giurisdizionale, riconosciuti dalla legge in favore dell'interessato, nel corso del procedimento e nei confronti del provvedimento finale ovvero nei casi di adozione del provvedimento oltre il termine predeterminato per la sua conclusione e i modi per attivarli. Tra gli strumenti di tutela deve essere fatta espressa menzione del diritto all'indennizzo e delle modalità e dei termini per conseguirlo;
- gli uffici ai quali rivolgersi per informazioni, per avviare la procedura o per ulteriori adempimenti, gli orari e le modalità di accesso (indirizzi, recapiti telefonici, l'indirizzo PEC o di mail a cui presentare le istanze);
- il nome del soggetto a cui è attribuito, in caso di inerzia, il potere sostitutivo (art. 2, comma 9-bis, legge n. 241 del 1990) nonché le modalità e i recapiti per attivarlo e i



termini a questo assegnati per la conclusione del procedimento (art. 2, comma 9-ter, legge n. 241 del 1990).

4.3.5. L'informatizzazione dell'azione amministrativa.

Del canone del buon andamento di una pubblica amministrazione moderna, efficace, efficiente, trasparente nel dialogo con il cittadino, e partecipativa, costituisce oggi ulteriore espressione il principio generale tracciato dall'articolo 3bis della L. 241/90 (introdotto dalla L. 15/2005), il cui testo afferma che: "Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati".

L'espresso riferimento all'utilizzo delle nuove tecnologie, inteso come nuovo principio dedicato alla disciplina dell'azione amministrativa, trova nel varo di un apposito Codice delle Pubbliche Amministrazioni digitali, approvato il 4 marzo 2005, il suo momento principale.

4.4. Il principio del giusto procedimento.

In base al principio del giusto procedimento i soggetti portatori di interessi sui quali l'esito del procedimento andrà ad incidere, hanno diritto di partecipare al procedimento avanzando istanze, osservazioni e proposte a tutela dei loro interessi legittimi.

Il principio di partecipazione consente la soddisfazione dei criteri informatori dell'azione della P.A.: trasparenza (perché i destinatari dell'azione amministrativa ne hanno conoscenza e possono orientarla), economicità (in quanto si deflaziona il contenzioso, evitando i relativi sforzi e perdite di tempo), efficacia (perché ne deriva una più spiccata capacità di conseguire gli obiettivi pubblici, meglio chiariti grazie ai contributi del privato).

4.4.1. La disciplina della partecipazione contenuta nella L. 241/90.

La L. 241/90 dedica un intero capo, il capo III, alla "Partecipazione al procedimento amministrativo" (artt. 7-13).

Il legislatore ha delineato in tale capo, quali espressione del giusto procedimento i seguenti istituti:

- l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (art. 7-8);
- il diritto di intervento nel procedimento (art. 9);
- il diritto di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti (art. 10);
- la stipulazione di accordi procedurali e sostitutivi (art. 11);
- la predeterminazione dei criteri per l'attribuzione dei vantaggi economici (art. 12).

4.4.1.1. Ambito di applicazione di tale disciplina.

In virtù di quanto disposto dall'art. 13, la disciplina contenuta nel capo III della L. 241/90, e quindi i relativi istituti, non si applica nei confronti dei procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione di programmazione e ai procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che regolano la formazione.



4.5. Il principio di semplificazione.

Il principio di semplificazione, in forza del quale la pubblica amministrazione deve tendere:

- alla riduzione delle fasi e degli adempimenti procedurali. Al riguardo l'art. 1, 2° co., L. 241/90, afferma che: "La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria" (c.d. divieto di aggravamento del procedimento);
- la previsione di precisi tempi procedurali. Al riguardo l'art. 2, 2° co. l. 241/90 afferma che: "Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza.....";
- alla liberazione di attività private eliminando i controlli non necessari⁹.

4.5.1. La disciplina della semplificazione contenuta nella L. 241/90.

La L. 241/90 dedicato un intero capo, il capo IV, alla "semplificazione dell'area amministrativa" (art. 14-21).

In forza del principio di semplificazione sono stati introdotti o rafforzati taluni istituti diretti a snellire e rendere più celere l'azione amministrativa, quali:

- la conferenza di servizi (art. 14);
- gli accordi tra amministrazioni pubbliche (art. 15);
- la generalizzazione del c.d. silenzio-facoltativo (art. 16);
- la generalizzazione della figura del silenzio devolutivo (art. 17);
- l'attuazione dell'istituto dell'autocertificazione (art. 18);
- la S.C.I.A (art. 19);
- la generalizzazione del silenzio-assenso (art. 20).

⁹ Una ponderosa spinta semplificatrice promana dalla L. 59/1997 c.d. legge Bassanini, in punto di delegazione e contrazione di tempi e fasi procedurali; e della legge Bassanini *Bis*, L. 127/1997, in tema di potenziamento di istituti quali la conferenza di servizi, l'autocertificazione, gli accordi tra PP.AA.. Modifiche alla disciplina della conferenza dei servizi sono state, infine, anche della L. 191/1998, c.d. legge Bassanini *ter* e dalla L. 340/200 c.d. legge di semplificazione amministrativa.



Capitolo 5°

L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione

5.1. Introduzione: i diversi modi di accedere ai documenti della P.A.

In base al combinato disposto della L. 241/90 e del D.Lgs. 33/2013 (c.d. “decreto trasparenza”) così come novellato dal D.Lgs. 97/2016, possiamo individuare le seguenti tipologie di diritto di accesso:

- **diritto di accesso documentale** (detto anche accesso conoscitivo o informativo): disciplinato dal Capo V della L. 241/90, ha ad oggetto documenti amministrativi nei confronti dei quali l'istante ha un interesse diretto concreto e attuale. Tale diritto può essere esercitato anche al di fuori di un procedimento amministrativo in corso (in tal senso si parla anche di diritto di accesso extraprocedimentale);
- **diritto di accesso partecipativo**: disciplinato dall'art. 10 della legge 241/90, è il diritto dei destinatari della comunicazione dell'avvio del procedimento di prendere visione degli atti del procedimento al fine di presentare, all'interno di quel procedimento, memorie e documenti. Esso a differenza di quello precedente può essere esercitato solo nelle more di un procedimento amministrativo;
- **diritto di accesso civico** (o accesso civico semplice): previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto trasparenza, ha ad oggetto quei documenti che le PP.AA. sono obbligati a rendere pubblici a prescindere da un'apposita istanza di accesso;
- **diritto di accesso generalizzato** (o accesso civico generalizzato): introdotto dall'art. 5, comma 2, del decreto trasparenza, avente ad oggetto tutti quei dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazioni per i quali non sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione.

5.2. Diritto di accesso documentale

5.2.1. Nozione.

Ai sensi dell'art. 22, 1 co. lett a., si intende “per diritto di accesso, il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”.

5.2.2. Finalità.

La legge 7 agosto 1990, n. 241, in attuazione dei principi costituzionali che disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa (art. 97 Cost) ha delineato un ordinamento ispirato da un lato alla necessità di garantire un'azione amministrativa celere ed efficiente (art. 1), e dall'altro, ai principi di partecipazione dell'amministrazione e di conoscibilità dell'estrinsecarsi della funzione pubblica.

Per la concreta realizzazione di tali obiettivi la legge ha introdotto istituti (moduli di amministrazione per accordi, partecipazione procedimentale) e modalità di azione e dell'organizzazione amministrativa (motivazione, tempi procedurali, individuazione del responsabile) preordinati alla configurazione di un nuovo modello sia organizzativo che di relazione della P.A.



In tal contesto rilievo centrale assume il riconoscimento del diritto di accesso accordato dalla legge, oltre che ai fini di una diretta partecipazione dell'interessato al procedimento (art. 10), altresì in termini generali "al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza" (art. 22 2° co.¹).

In tal senso il diritto di accesso costituisce un aspetto fondamentale di quel (sempre più) paritario dialogo tra P.A. e privati, che prende il nome di partecipazione al procedimento amministrativo, ma è anche un vero e proprio istituto giuridico a sé stante, concernente i soggetti privati "interessati" ad accedere a documenti amministrativi

Con l'affermazione espressa del valore della trasparenza, di cui il riconoscimento dell'accesso costituisce espressione diretta, la legge 241 ha capovolto l'impostazione degli ordinamenti amministrativi fondati tradizionalmente sulla regola del "segreto" ed ha introdotto il generale principio della "conoscibilità" dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, rispetto al quale "segreto" recede a mero strumento di protezione di interessi determinati, pubblici e privati.

Diretti riflessi di tale inversione di tendenza si sono prodotti sul segreto amministrativo. Il dovere del dipendente pubblico di mantenere il segreto di ufficio, ne è uscito completamente riformulato. La sua forza precettiva si esplica infatti solo al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso².

L'accesso non viene peraltro a configurarsi come un generico ed illimitato diritto d'informazione, né come una sorta di azione popolare diretta a consentire un controllo diffuso e generalizzato sull'amministrazione pubblica (Cons. Stato sez V, 14.4.1997, n. 362)

La stessa legge infatti ne circoscrive l'ambito di esercizio, sia sotto il profilo soggettivo (riconoscendone la titolarità in diretta funzione di tutela di posizioni giuridicamente rilevanti), che sotto quello oggettivo (escludendone l'operatività per talune tipologie di atti)".

A ciò si aggiunga che la stessa legge 241/90 al 3° co. dell'art. 24 afferma esplicitamente che "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

5.2.3. Natura giuridica.

La migliore dottrina e la stessa giurisprudenza amministrativa, si spinge ad affermare che "il diritto di accesso ha natura di vero e proprio diritto soggettivo", sia perché inserito in una legge di settore che ne disciplina minutamente

¹ Il secondo comma dell'art. 22 della L. 241/90 così come novellato dalla L. 69/2009 afferma che: "L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza"

² Art. 15. comma 1 (Segreto d'ufficio) del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, così come sostituito dall'art. 28 l. 241/90: "L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento"



l'attribuzione e l'esercizio nell'esclusivo interesse del richiedente, sia perché può trovare un limite solo in specifiche e tassative esigenze di riservatezza (dei terzi o dell'amministrazione stessa) stabilite dalla legge, ma non anche in mere valutazioni di opportunità di chi detiene il documento.

5.2.4. Ambito oggettivo.

Come previsto dall'art. 22 4° comma³ l'oggetto del diritto di accesso è costituito dai documenti amministrativi.

Ai sensi dell'art. 22, 1° co. lett d., si intende “per documento amministrativo, ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad un specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”.

Dunque è possibile ricomprendere tra i documenti accessibili le rappresentazioni, sia concernenti atti formati dalla P.A., anche interni, sia gli atti che, pur formati dai privati, sono comunque utilizzati dalla P.A. ai fini dell'attività amministrativa.

Va evidenziato inoltre che, ai sensi dell'art. 2, 2° co. del D.P.R. 184/2006⁴, “il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta”, con la conseguenza che “la pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso”.

5.2.4.1. Limiti

L'art. 22, co. 3, pone il principio di generale accessibilità di tutti i documenti amministrativi, ad eccezione dei casi elencati dall'art. 24.

L'art. 24 della legge L. 241/90 prevede due ordini di limiti al diritto di accesso: tassativi e facoltativi.

5.2.4.1.1. Tassativi: documenti per i quali l'accesso è negato

I limiti tassativi sono sanciti direttamente dal legislatore, senza che in capo alla pubblica amministrazione residui alcun margine di discrezionalità in merito alla loro applicazione. Ove ricorra uno di tali limiti l'amministrazione è obbligata a negare la richiesta di accesso.

L'art. 24, co 1 L. 241/190 fissa oggi, in generale quattro fondamentali ipotesi di esclusione dal diritto *de quo*:

- in primo luogo sono sottratti dal diritto di accesso i documenti coperti da segreto di Stato e quelli sui cui la legge, il Governo (tramite il regolamento di cui al

³ “Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.”

⁴ Art. 2, 2° co. D.P.R. 184/2006: “Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso.”



successivo comma 6⁵), o le pubbliche amministrazioni (in base a quanto previsto dal comma 2⁶) impongano il segreto o il divieto di divulgazione;

- in secondo luogo, i documenti che attengono ai procedimenti tributari;
- in terzo luogo, i documenti che attengono all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali e di programmazione;
- infine, è escluso nei procedimenti selettivi, per quanto riguarda i documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relative a terze persone.

5.2.4.1.2. Facoltativi: documenti per i quali l'accesso può essere differito

Tutti i documenti che rientrano nella categoria delineata dall'art. 24 1° co., abbiamo detto, non possono formare oggetto di diritto di accesso. Ma il legislatore ha previsto che anche per i documenti semplicemente connessi agli interessi protetti nell'appena citato comma 1, possa essere impedito l'accesso, anche se in maniera temporanea: c.d. potere di differimento (art. 24 4° co.⁷).

Tali documenti sono segreti, ma solo nei limiti di tale connessione, ed è attribuito alla P.A. il compito di fissare, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale la sottrazione è destinata ad operare (art. 24 5° co.⁸).

La possibilità di differire l'accesso ai documenti consente ai soggetti passivi dello stesso di evitare l'ostensione sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente

⁵ Il comma 6 dell'art. 24 afferma che: "Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:

- a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;
- b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;
- c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;
- d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;
- e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

⁶ Per quanto attiene l'individuazione di tali tipi di documenti, l'art. 24, 2° co., afferma che: "Le singole pubbliche amministrazioni individuano categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1". Sui tali regolamenti esprime il proprio parere la Commissione per l'accesso.

⁷ Art. 24 4° co: "L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove si sufficiente fare ricorso al potere di differimento".

⁸ Art. 24 5° co.: "I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni, fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo per il quale essi sono sottratti dall'accesso".



ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa ovvero esporre a rischio gli interessi che le disposizioni concernenti gli atti sottoposti a segreto mirano salvaguardare.

5.2.5. Ambito soggettivi

5.2.5.1. Soggetti attivi

Il diritto di accesso può essere esercitato solo dagli interessati.

Ai sensi dell'art. 22, 1° co. lett b., si intende “per i n t e r e s s a t i , tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi⁹, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”.

Mentre l'art. 2 1° co. del D.P.R. 184/2006 in maniera meno puntuale afferma che il diritto di accesso è esercitabile “da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso”.

In particolare, l'interesse deve essere:

- **a t t u a l e** , non con riferimento all'interesse ad agire in giudizio per la tutela della posizione sostanziale vantata, bensì alla richiesta di accesso ai documenti;
- **d i r e t t o** , ossia personale, cioè deve appartenere alla sfera dell'interessato (e non ad altri soggetti, come ad es. alle associazioni sindacali che spesso pretendono di agire facendo valere diritti dei singoli);
- **c o n c r e t o** , con riferimento alla necessità di un collegamento tra il soggetto ed un bene della vita coinvolto dall'atto o documento; non basta, ad esempio, il generico interesse alla trasparenza amministrativa, occorrendo un 'quid pluris', consistente nel collegamento tra il soggetto ed un concreto bene della vita;

L'interesse all'accesso deve presentare, infine, un ulteriore requisito imprescindibile, ossia deve corrispondere ad una **s i t u a z i o n e giuridicamente tutelata e collegata al d o c u m e n t o** al quale è chiesto l'accesso.

Va in proposito rilevato che l'accesso è strumentale alla tutela di posizioni qualificate per le quali, già prima della legge n. 15/2005, si discuteva se dovessero avere la consistenza di diritto soggettivo, interesse legittimo o altro.

La legge n. 15/2005, nel richiedere espressamente che l'interesse corrisponda ad una situazione giuridicamente tutelata dall'ordinamento, non ha fatto altro che avallare i risultati ai quali era pervenuta la giurisprudenza più recente. Quest'ultima da un lato esclude il diritto di accesso per i titolari degli interessi di fatto ma dall'altro va oltre la sfera dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, purché venga in rilievo una posizione tutelata dall'ordinamento, quale ad esempio, le aspettative di diritto, ma anche posizioni di interesse procedimentale (si pensi alla situazione del legittimato a determinare l'apertura di un

⁹ Si noti che il diritto d'accesso è consentito anche ai portatori di interessi diffusi, i quali, di contro, come sappiamo, non possono intervenire nel procedimento fino a quando non si costituiscono in un ente esponenziale, cioè fino a quando i loro interessi diffusi non diventano interessi collettivi.



procedimento amministrativo ad istanza di parte, nella fase anteriore alla presentazione della domanda), nonché di interessi allo stato diffuso sia pure a certe condizioni.

Altro problema che si è posto ed è stato espressamente affrontato dalla legge n. 15/2005 ha riguardato le associazioni e comitati portatori di interessi diffusi. La legge 15/2005 all'art. 1 lett. b) ha espressamente esteso la qualifica di "interessati" (potenziali titolari del diritto di accesso) ai soggetti privati "portatori di interessi diffusi"¹⁰.

In ultima analisi il diritto di accesso deve ritenersi consentito solo a coloro ai quali gli atti, di cui si domanda l'esibizione o l'acquisizione, si riferiscono direttamente o indirettamente e che se ne possano avvalere per la tutela di una posizione giuridicamente rilevante, indipendentemente dal fatto che essa sia da qualificarsi come diritto soggettivo o come interesse legittimo.

5.2.5.1.1. Nel caso in cui la richiesta di accesso provenga da una pubblica amministrazione

L'art. 5 4° co. del D.P.R. 184/2006 afferma che "La richiesta, ove provenga da una pubblica amministrazione, é presentata dal titolare dell'ufficio interessato o dal responsabile del procedimento amministrativo ed é trattata ai sensi dell'articolo 22, comma 5, della legge" (indipendentemente se il procedimento adottato è formale o informale).

L'art. 22 5° co. L. 241/90 a sua volta afferma che: "L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale".

5.2.5.2. Soggetti passivi

Dal combinato disposto dell'art. 23¹¹ L. 241/1990 e dell'art. 2 1° co. D.P.R. 184/2006¹², si evince che, il diritto di accesso è esercitabile nei confronti:

- delle pubbliche amministrazioni: nell'ambito delle pubbliche amministrazioni vanno ricompresi ai sensi del novellato art. 22 L. 241/1990 tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario;
- degli enti pubblici: in via generale possiamo dire che gli enti pubblici sono le persone giuridiche attraverso cui la P.A. esplica l'attività amministrativa;
- delle aziende autonome: organismi atipici, di solito privi di personalità giuridica, ma dotati di una propria e distinta organizzazione amministrativa,

¹⁰ L'art. 4 D.P.R. 184/2006 specifica, che "Le disposizioni sulle modalità del diritto di accesso di cui al presente regolamento si applicano anche ai soggetti portatori di interessi diffusi o collettivi".

¹¹ Art. 23 "Il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24."

¹² Art. 2 1° co. 184/2006: "Il diritto di accesso ai documenti amministrativi é esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario,"



incardinati nell'amministrazione statale e adibiti all'esercizio di attività e alla gestione di servizi di natura tecnico-economica;

- delle aziende speciali: le aziende speciali, residuanti dalla trasformazione delle aziende municipalizzate, sono enti pubblici economici adibiti alla gestione di servizi di interesse comunale;
- dei gestori di pubblici servizi: l'originario art. 23 della legge 241/1990 parlava di concessionari di pubblici servizi, ossia quei soggetti privati legittimati, in virtù di un provvedimento concessorio, allo svolgimento di attività pubbliche;
- dell'autorità di garanzia e di vigilanza, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti;
- dell'amministrazione comunitaria;
- dell'impresе di assicurazione.

Le pubbliche amministrazioni obbligate devono adottare misure organizzative idonee a garantire l'accesso ai documenti.

5.2.6. Il procedimento di accesso.

In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 23 della L. 15/2005, il Governo con D.P.R. 184/2006 ha adottato il regolamento che disciplina le modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

5.2.6.1. Fase introduttiva.

5.2.6.1.1. Responsabile del procedimento

Responsabile del procedimento di accesso è il Dirigente o su sua designazione il funzionario preposto all'ufficio competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente o altro dipendente addetto a tale ufficio. (art 6 6° co. D.P.R. 184/2006¹³).

L'indicazione di un responsabile diverso, dovrà essere effettuata dal Dirigente o dal suo facente funzioni caso per caso, così come previsto dal 1° comma dell'art. 5 della L. 241/90.

5.2.6.1.2. L'istanza.

5.2.6.1.2.1. Termini entro cui può essere inoltrata l'istanza.

L'istanza di accesso documentale può essere inoltrata entro tali termini:

- **termine iniziale:** il diritto di accesso può essere esercitato (non ponendo la legge 241/90 e il D.P.R. 184/2006 nessun limite al riguardo), fin da quando, il documento di cui si chiede l'accesso è stato prodotto o acquisito dalla P.A. (salvo ovviamente casi di esclusione o di differimento);
- **termine finale:** l'art. 22, 6 co., afferma che: "il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere".

¹³ L'art 6 6° co. D.P.R. 184/2006 afferma che: "Responsabile del procedimento di accesso è il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente".



5.2.6.1.2.2. L'ufficio competente a riceverla

L'interessato deve inoltrare l'istanza di accesso all'ufficio che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente.

L'istanza di accesso può essere presentata anche per il tramite dell'URP (Ufficio relazione con il pubblico) qualora ovviamente sia esistente all'interno dell'amministrazione che ha formato il documento (5° co. dell'art. 5 del D.P.R. 184/2006).

Qualora la richiesta venga "presentata ad amministrazione diversa da quella nei cui confronti va esercitato il diritto è dalla stessa immediatamente trasmessa a quella competente. Di tale comunicazione è data comunicazione all'interessato" (art. 6 2° co. del D.P.R. 184/2006).

5.2.6.1.2.3. Modalità di inoltro

L'interessato può inoltrare l'istanza:

- tramite fax allegando alla stessa una fotocopia di un suo documento di riconoscimento valido;
- tramite PEC¹⁴;
- tramite posta allegando alla stessa una fotocopia di un suo documento di riconoscimento valido;
- di persona per iscritto;
- di persona verbalmente (questa modalità è possibile solo quando il procedimento può definirsi in via informale, vedi *infra*).

5.2.6.1.2.4. Contenuto

Nell'inoltrare la richiesta (anche verbale) l'interessato deve (art. 5 2° co. D.P.R. 184/2006):

- dimostrare la propria identità;
- indicare gli estremi dell'atto oggetto della richiesta, ovvero ogni utile notizia ed elemento che ne consentano l'individuazione univoca da parte dell'Addetto;
- specificare il motivo (obbligatorio ai sensi dell'art. 25 comma 2 della Legge 241/90) e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta;
- dimostrare, qualora sia un delegato o un rappresentante, i propri poteri di rappresentanza.

Nel caso di richiesta irregolare o incompleta l'addetto dell'Ufficio competente, ai sensi dell'art. 6 5° co. D.P.R. 184/2006, entro dieci giorni dalla ricezione provvederà a dare tempestiva comunicazione al richiedente a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento ovvero con altro mezzo idoneo a comprovarne la ricezione.

¹⁴ Art. 13 D.P.R. 184/2006 (Accesso per via telematica): "Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, assicurano che il diritto d'accesso possa essere esercitato anche in via telematica. Le modalità di invio delle domande e le relative sottoscrizioni sono disciplinate dall'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni, dagli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni".



In tal caso il termine del procedimento ricomincerà a decorrere dalla data di ricezione da parte dell'ufficio competente della richiesta regolarizzata o completata.

5.2.6.1.3. La comunicazione di avvio del procedimento all'interno del procedimento di accesso.

Si discute se, al procedimenti di accesso, sia applicabile l'art. 7 della legge 241/90 che impone di dare comunicazione dell'avvio del procedimento. La soluzione negativa appare preferibile perché la legge regola il particolare procedimento per l'accesso in ogni sua parte e non richiama l'art. 7; la legge, inoltre, privilegia il rapido svolgimento della procedura di accesso e tale finalità appare inconciliabile con l'obbligo di dare avviso dell'inizio del procedimento.

5.2.6.2. Modalità di definizione del procedimento.

Il D.P.R. 184/2006 prevede due modalità di definizione del procedimento, in via informale e in via formale, a seconda o meno se sia possibile l'accoglimento immediato dell'istanza.

Il responsabile del procedimento avrà la possibilità di scegliere tra i due sistemi solo nel caso in cui la domanda venga presentata personalmente dall'utente. Negli altri casi di presentazione è ovvio che la modalità di definizione sarà sempre quella formale.

5.2.6.2.1. Procedimento di accesso informale.

Come si evince dall'art. 6 1° co. D.P.R. 184/2006¹⁵, l'Addetto dell'ufficio competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenerlo stabilmente ricevuta la richiesta (anche verbale) inoltrata personalmente dall'interessato¹⁶, può, qualora in base alla natura del documento richiesto:

- non risulti l'esistenza di controinteressati¹⁷ o quantomeno non vi siano dubbi sulla loro esistenza¹⁸;
- non sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità e sui suoi poteri rappresentativi;
- non sorgano dubbi, alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sulla sussistenza dell'interesse concreto ed attuale;
- non sorgano dubbi generale sull'accessibilità del documento (ad esempio l'utente non è in possesso delle marche da bollo necessarie, oppure il documento richiesto non è ancora nelle disponibilità dell'ufficio).

¹⁵ L'art. 6 1° co. D.P.R. 184/2006 afferma che "Qualora non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sull'accessibilità del documento o sull'esistenza di controinteressati, il richiedente è invitato a presentare richiesta d'accesso formale, di cui l'ufficio rilascia ricevuta".

¹⁶ Ai sensi dell'art. 5 1° co. del D.P.R. 184/2006, "Qualora in base alla natura del documento richiesto non risulti l'esistenza di controinteressati il diritto di accesso può essere esercitato in via informale mediante richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenerlo stabilmente".

¹⁷ Art. 5 6° co. D.P.R. 184/2006: "La pubblica amministrazione, qualora in base al contenuto del documento richiesto riscontri l'esistenza di controinteressati, invita l'interessato a presentare richiesta formale di accesso".

¹⁸ L'art. 3 1° D.P.R. 184/2006 specifica che: "I soggetti controinteressati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi, di cui all'articolo 7, comma 2"; quindi anche rispetto ai documenti richiamati dai documenti oggetto della richiesta di accesso.



esaminarla immediatamente e senza formalità (nel senso che l'istanza non va protocollata), è accoglierla mediante indicazione della pubblicazione contenente le notizie, esibizione del documento, estrazione di copie, ovvero altra modalità idonea¹⁹.

5.2.6.2.2. Procedimento di accesso formale.

Qualora per uno o più dei motivi suddetti non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, il richiedente è invitato a presentare richiesta d'accesso formale (e pertanto per iscritto qualora sia stata presentata verbalmente), di cui l'ufficio rilascia ricevuta.

In particolare quando, in base al contenuto del documento richiesto si riscontri (ossia si ha la certezza e non semplicemente il dubbio) l'esistenza di controinteressati, la P.A. è tenuta a dare comunicazione (mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione) ai controinteressati individuati²⁰ (art. 3 1° co. D.P.R. 184/2006²¹). Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possono presentare (anche per via telematica) una motivata opposizione. Decorso tale termine la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta (art. 3 2° co. D.P.R. 184/2006²²).

Il procedimento di accesso formale deve concludersi entro 30 giorni (art. 25 4° co. L. 241/90), decorrenti dalla presentazione della richiesta (regolare e completa) all'ufficio competente o dalla ricezione della medesima, nel caso in cui la richiesta sia stata presentata ad amministrazione diversa (art. 6 4° co. D.P.R. 184/2006²³).

Trascorsi inutilmente i 30 giorni senza l'intervento di un provvedimento esplicito la richiesta di accesso si intende respinta (silenzio rigetto).

In particolare il procedimento di accesso formale può terminare con uno dei seguenti provvedimenti:

- accoglimento;
- accoglimento parziale;
- differimento;
- diniego.

¹⁹ L'art. 5 3° co. del D.P.R. 184/2006 afferma che: "La richiesta esaminata immediatamente e senza formalità, è accolta mediante indicazione della pubblicazione contenente le notizie, esibizione del documento, estrazione di copie, ovvero altra modalità idonea".

²⁰ Rientrando la comunicazione in esame fra gli atti del "procedimento di accesso" si deve ritenere che dal difetto della medesima consegue l'illegittimità dell'eventuale atto di assenso all'accesso operato dalla amministrazione, con eventuale diritto al risarcimento del danno in favore del terzo (controinteressato) leso.

²¹ Art. 3 1° co. D.P.R. 184/2006: "Fermo quanto previsto dall'articolo 5, la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione ...".

²² Art. 3 2° co. D.P.R. 184/2006: "Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione di cui al comma 1".

²³ Art. 6 4° co. D.P.R. 184/2006: "Il procedimento di accesso deve concludersi nel termine di trenta giorni, ai sensi dell'articolo 25, comma 4, della legge, decorrenti dalla presentazione della richiesta all'ufficio competente o dalla ricezione della medesima nell'ipotesi disciplinata dal comma 2".



5.2.6.2.1. Accoglimento.

Il provvedimento di accoglimento della richiesta di accesso deve contenere l'indicazione dell'ufficio, completa della sede, presso cui rivolgersi, nonché di un congruo periodo di tempo, comunque non inferiore a quindici giorni, per prenderne visione o per ottenerne copia.

Nel momento in cui la domanda di accesso viene accolta, l'interessato potrà consultare ed estrarre copia oltre che del documento dichiarato accessibile anche di tutti gli altri documenti nello stesso richiamati e appartenenti al medesimo procedimento, fatte salve le eccezioni di legge o di regolamento.

L'esame dei documenti, che è gratuito, avviene presso l'ufficio indicato nell'atto di accoglimento della richiesta, nelle ore di ufficio, alla presenza, ove necessaria, di personale addetto.

L'esame dei documenti è effettuato dal richiedente o da persona da lui incaricata, con l'eventuale accompagnamento di altra persona di cui vanno specificate le generalità, che devono essere poi registrate in calce alla richiesta. L'interessato può prendere appunti e trascrivere in tutto o in parte i documenti presi in visione.

Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura. Su richiesta dell'interessato, le copie possono essere autenticate. Le modalità di rilascio delle copia sono determinate dalle singole amministrazioni.

I documenti sui quali è consentito l'accesso non possono essere asportati dal luogo presso cui sono dati in visione, o comunque alterati in qualsiasi modo.

5.2.6.2.2. Accoglimento parziale.

Qualora l'istanza abbia ad oggetto più documenti e alcuni di essi non siano accessibili alla stregua dello stesso art. 24, l'amministrazione emanerà un provvedimento di accoglimento parziale, opportunamente motivato dal responsabile del procedimento, con riferimento specifico alla normativa vigente, alla individuazione delle categorie di cui all'articolo 24 della legge, ed alle circostanze di fatto per cui la richiesta non può essere accolta così come proposta.

5.2.6.2.3. Differimento.

Il differimento dell'accesso è disposto ove sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge (in quanto i documenti richiesti sono connessi a quest'ultimi), o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa.

Anche in questo caso il responsabile del procedimento deve opportunamente motivare il provvedimento con riferimento specifico alla normativa vigente, alla individuazione delle categorie di cui all'articolo 24 della legge, ed alle circostanze di fatto per cui la richiesta non può essere accolta così come proposta.



L'atto che dispone il differimento dell'accesso ne indica la durata (art. 9 2° - 3° co. D.P.R. 184/2006)

5.2.6.2.4. Diniego.

Qualora la richiesta attenga ai documenti esclusi dal diritto di accesso *ex art. 24*, l'amministrazione emanerà un provvedimento di diniego, opportunamente motivato dal responsabile del procedimento, con riferimento specifico alla normativa vigente, alla individuazione delle categorie di cui all'articolo 24 della legge, ed alle circostanze di fatto per cui la richiesta non può essere accolta così come proposta.

5.2.7. I mezzi di tutela del diritto di accesso documentale.

Al soggetto che si è visto rigettare (esplicitamente o tacitamente) l'istanza d'accesso, la L. 241/1990 mette a disposizione in prima istanza la possibilità di esperire un ricorso giurisdizionale amministrativo e in alternativa ad esso, e in relazione al tipo di atto di cui si è chiesto l'accesso, la possibilità di adire il Difensore civico o la Commissione per l'accesso.

Dunque al soggetto che si è visto rigettare l'istanza d'accesso è riservata, in maniera alternativa, sia una tutela giurisdizionale che amministrativa.

Si ricordi che l'utilizzo di tali strumenti di tutela, dovrà essere sempre comunicato (da parte dell'autorità adita) ai controinteressati (ove ovviamente ve ne siano), ossia ai soggetti interessati alla non divulgazione degli atti per motivi di riservatezza, in modo da consentirgli di partecipare al contraddittorio.

5.2.7.1. Tutela giurisdizionale: ricorso giurisdizionale amministrativo.

La tutela giurisdizionale del diritto di accesso nel nostro ordinamento risulta dal combinato disposto degli articoli 25 L. 241/1990 e 116 D.Lgs 104/2010 (Codice del processo amministrativo).

Il relativo giudizio, ai sensi dell'art. 133 D.lgs. 104/2010, è affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'odierna codificazione, dunque, nel ricondurre nel suo alveo le controversie inerenti l'accesso ai documenti amministrativi, detta all'art. 116, comma 1, una specifica disciplina che a bene vedere, ripropone, quanto già disposto dall'abrogato comma 5 dell'art. 25 della legge 241/90 (Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono disciplinate dal codice del processo amministrativo).

In particolare il comma 1 dell'art. 116 del D.Lgs 104/2010 afferma che: "Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati...".

L'amministrazione, secondo quanto disposto dal successione comma 3 dell'articolo in esame, può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato.

Il giudizio incardinato *ex art 116, comma 1, D.Lgs 104/2010*, che si svolge ai sensi dell'art. 87 del Codice, con rito camerale, si conclude con una sentenza in forma semplificata che può, pertanto, essere di rigetto del ricorso o di accoglimento dello stesso. In tale ultimo caso il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei



documenti richiesti, entro un termine non superiore, a 30 giorni, dettando ove occorra, le relative modalità (art. 166, comma 4).

Mentre nell'ipotesi, di rigetto del ricorso, la decisione del tribunale è appellabile entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini.

5.2.7.1.1. Ricorso giurisdizione in pendenza di un giudizio amministrativo.

La proposizione di un ricorso avverso determinazioni amministrative concernenti l'accesso nel caso in cui già pendente un giudizio amministrativo, è disciplinata dal comma 2 dell'art. 116 del D.Lgs. 104/2010.

Anche in tal caso, il legislatore ha confermato la disciplina di cui all'art. 25, comma 5, L. 241/90 senza apporvi novità di rilievo.

In particolare, dunque, il ricorso può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati.

L'istanza può essere decisa con un'ordinanza separatamente dal giudizio principale, oppure con la sentenza che definisce quest'ultimo.

La finalità della previsione di tale ricorso incidentale è da rinvenirsi nell'esigenza di economia processuale, potendo uno stesso giudice valutare sia la legittimità del provvedimento impugnato in via principale che del diniego di accesso, e costituisce la principale dimostrazione del fatto che vi è autonomia tra la legittimazione dell'accesso e la legittimazione al ricorso giurisdizionale avverso il diniego di accesso medesimo

5.2.7.2. Tutela amministrativa: ricorso al difensore civico o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

L'art. 25, comma 4²⁴, prevede per il soggetto interessato all'accesso, che si sia visto respingere la domanda, la possibilità, nel termine di trenta giorni, in alternativa al ricorso

²⁴ Art. 25, co. 4 così come modificato dalla L. 169/2009: "Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 nonché presso l'amministrazione resistente. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa. Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte



giurisdizionale al T.A.R., di rivolgersi al difensore civico competente per territorio²⁵ quando trattasi di atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali.

Sempre l'art. 25, comma 4, prevede per il soggetto interessato all'accesso, che si sia visto respingere la domanda, la possibilità, nel termine di trenta giorni, in alternativa al ricorso giurisdizionale al T.A.R., di rivolgersi alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nel caso di atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato. Si evidenzia che in tale ipotesi il ricorso va inoltrato anche presso l'amministrazione resistente.

5.2.7.2.1. Procedimento.

Ove il difensore civico o la Commissione per l'accesso non si pronuncino entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, il ricorso si intende respinto (silenzio rigetto)²⁶.

Se il difensore civico o la Commissione ritengono illegittimo il diniego o il differimento²⁷, ne informano il richiedente o lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, l'accesso è consentito.

5.2.8. Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Al fine di vigilare sulla effettiva attuazione del diritto di accesso è stata istituita, presso la Presidenza del Consiglio, la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (art. 27 l co.).

5.2.8.1. Nomina.

La commissione è nominata con decreto del Presidente del consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio dei ministri

5.2.8.2. Presidenza e composizione.

Essa è presieduta dal sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è composta da dieci membri (in precedenza erano sedici, poi sono stati ridotti a dodici, ed infine a dieci), dei quali:

- due senatori e due deputati, designati dai Presidenti delle rispettive Camere;
- quattro componenti scelti fra i magistrati e gli avvocati di Stato, su designazione dei rispettivi organi di autogoverno;
- uno fra i professori di ruolo in materie giuridiche;

di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione²⁷.

²⁵ Qualora, tuttavia, tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico per l'ambito territoriale immediatamente superiore.

²⁶ Contro il silenzio rigetto o contro il diniego, il richiedente l'accesso potrà esperire ricorso al T.A.R. nel termine di 30 giorni dal ricevimento dell'esito dell'istanza.

²⁷ In particolare se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso.



- infine è membro di diritto della Commissione il capo della struttura della Presidenza del consiglio dei ministri che costituisce il supporto per il funzione della Commissione.

Inoltre la commissione può anche avvalersi di un numero di esperti non superiore a cinque.

5.2.8.3. Durata in carica.

Ai sensi dell'art. 27, 3 co.: “La Commissione è rinnovata ogni tre anni. Per i membri del parlamentari si procede a nuova nomina in caso di scadenza o scioglimento anticipato delle Camere nel corso del triennio.”

5.2.8.4. Funzionamento

La Commissione delibera a maggioranza dei presenti. L'assenza dei componenti per tre sedute consecutive ne determina la decadenza.

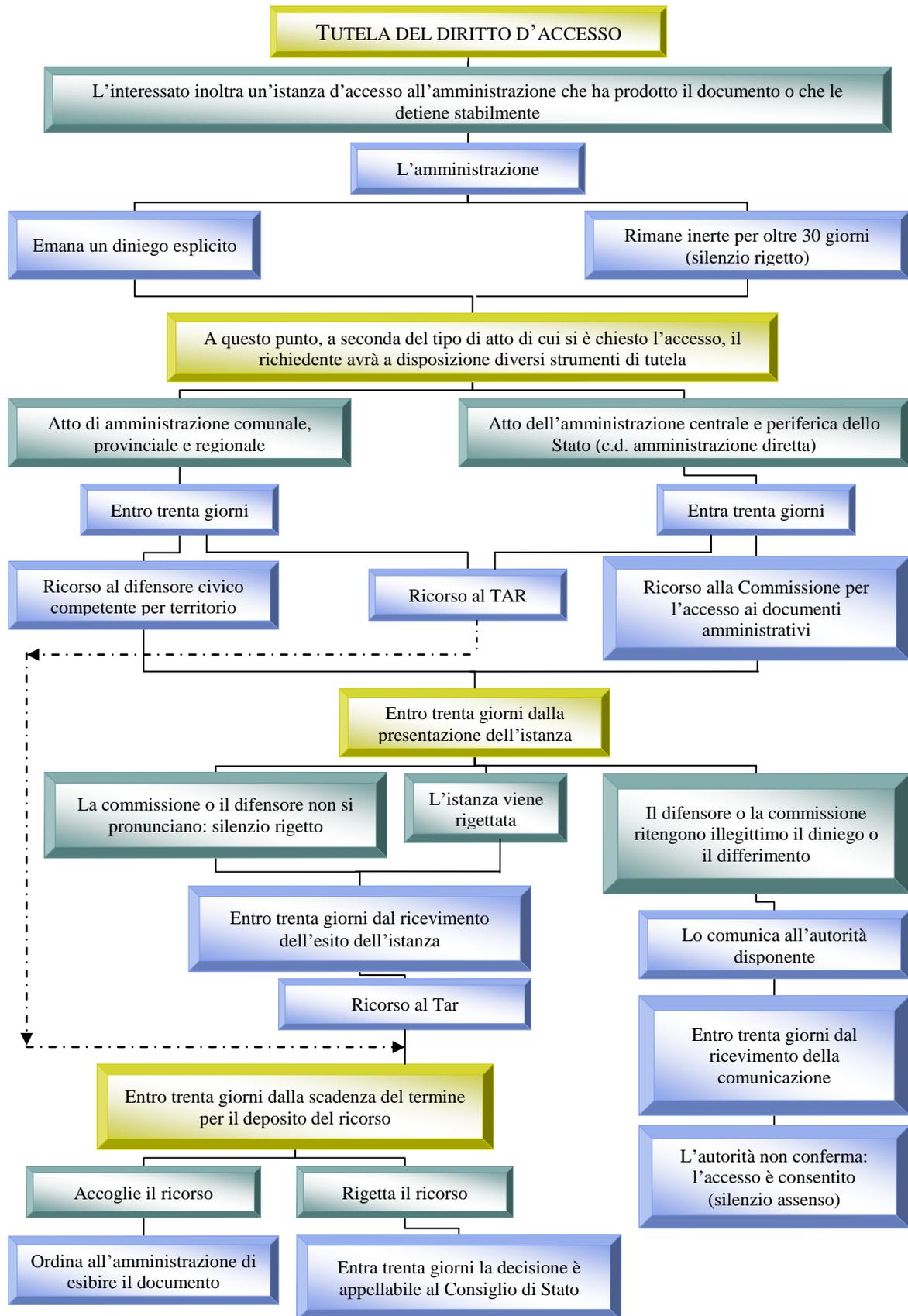
5.2.8.5. I compiti.

La Commissione ha i seguenti compiti (art. 27, co. 5):

- decide i ricorsi in tema di diritto d'accesso, che gli sono rivolti ai sensi dell'art. 25, comma 4;
- vigila affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione con il rispetto dei limiti fissati dalla L. 241/90;
- redige una relazione annuale sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, che comunica alle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri;
- propone al Governo modifiche dei testi legislativi e regolamentari che siano utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso di cui all'articolo 22.

Infine l'art. 27, 6 co., afferma che: “Tutte le amministrazioni sono tenute a comunicare alla Commissione, nel termine assegnato dalla medesima, le informazioni ed i documenti da essa richiesti, ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato”.





5.2.9. Il rapporto tra il diritto di accesso e il diritto alla riservatezza.

Il riconoscimento giuridico del diritto alla riservatezza, ha avuto, nell'ambito del diritto amministrativo, due ordini di conseguenze:

- da un lato, art. 22 co. 4²⁸, si è introdotto il principio del “diritto all'autodeterminazione informativa” prevedendo che tutte le informazioni in possesso di una P.A., anche se non abbia forma di documento amministrativo, sono accessibili da parte della persona cui esse si riferiscono, ai sensi del codice della privacy (d.lgs. n. 196/2003). In tal modo il legislatore fissa un principio fondamentale per la tutela dei dati personali, secondo le indicazioni offerte dallo stesso Garante della Privacy. La riservatezza, infatti deve essere salvaguardata come diritto fondamentale della persona anche (e forse soprattutto) nei confronti delle pubbliche amministrazioni, le quali ottengono moltissimi dati personali, i quali potrebbero ben costituire oggetto del diritto di accesso da parte dei diretti interessati, per prevenire violazione delle loro intimità ed indebite intrusioni nella sfera personale;
- dall'altro, si è attuata un'attenta opera di mediazione tra il diritto di accesso e l'aspirazione del singolo a non subire intrusioni nella propria sfera di *privacy*.

Rispetto a quest'ultima conseguenza, si è sentita quindi l'esigenza non solo di definire la figura dell'“interessato” ad accedere al documento, ma anche la figura del “controinteressato” ossia di quel soggetto che dall'esercizio del diritto d'accesso vedrebbe compromesso il suo diritto alla riservatezza; diritto quest'ultimo che funge quindi da virtuale contrappeso all'accesso, in un gioco di reciproco e delicato bilanciamento (art. 22 1° lett b.)²⁹.

Al di là dei casi specifici, il principio generale che si è imposto al riguardo, è quello di conciliare le due esigenze, ammettere sì l'accesso, ma con modalità ed accorgimenti tecnici tali da non frustrare l'esigenza di riservatezza.

Laddove, invece, tali accorgimenti non siano praticabili, muovendo dal presupposto secondo cui la legge n. 241, nel sancire come regola la trasparenza dell'azione amministrativa, capovolge i principi di segretezza, tra accesso e riservatezza è data prevalenza al primo ove necessario per la cura o la difesa di interessi giuridici, sebbene limitatamente alla possibilità di mera visione.

Tendenza, questa recepita dal revisore che al nuovo comma 7 del novellato art. 24 stabilisce che: “deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici”.

²⁸ Art. 22, co. 4: “Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona i cui dati si riferiscono”.

²⁹ Art. 22, 1° co. lett b., si intende “per controinteressati, tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza”.



Il comma in esame dispone però, subito dopo, che l'accesso ai documenti sensibili e giudiziari e in ogni caso consentito nei limiti in cui strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del codice della *privacy*³⁰, in caso di dati idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale (c.d. dati supersensibili).

5.3. Diritto di accesso civico

5.3.1. Nozione

La nozione di diritto di accesso civico (o accesso civico) è contenuta nel comma 1 dell'art. 5 del D.Lgs. 33/2013 (c.d. “decreto trasparenza”) così come novellato dal D.Lgs. 97/2016 in forza del quale: “L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.”

Pertanto, l'accesso civico si configura come rimedio alla mancata pubblicazione, obbligatoria per legge, di documenti, informazioni o dati sul sito istituzionale.

In altri termini, chiunque - cittadini, imprese, associazioni, etc. - rilevi, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti indicati nell'art. 11 del d.lgs. n. 33/2013, l'omessa pubblicazione di documenti, informazioni e dati previsti dalla normativa vigente in materia di trasparenza, utilizzando l'istituto dell'accesso civico può, dunque, segnalare l'inosservanza direttamente all'amministrazione inadempiente per ottenere rapidamente soddisfazione alla richiesta di dati e informazioni.

5.3.2. Differenza con l'accesso documentale

L'accesso civico di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 introduce una legittimazione generalizzata a richiedere la pubblicazione di documenti, informazioni o dati per i quali sussiste l'obbligo di pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni ai sensi della normativa vigente. Secondo quanto previsto dall'art. 3 del d.lgs. n. 33/2013, tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli.

Il diritto di accesso agli atti di cui alla legge n. 241/1990, invece, è finalizzato alla protezione di un interesse giuridico particolare, può essere esercitato solo da soggetti portatori di tali interessi e ha per oggetto atti e documenti individuati.

5.3.3. Ambiti soggettivi

5.3.3.1. Soggetti attivi

Chiunque può esercitare l'accesso civico. Infatti, la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente

³⁰ “Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.”



In altri termini chiunque può esercitare l'accesso civico, a prescindere se rispetto agli atti di cui si chiede la pubblicazione, si abbia o meno un interesse diretto concreto e attuale (come avviene per l'accesso documentale).

5.3.3.2. Soggetti passivi

Le pubbliche amministrazioni e, più in generale tutti i soggetti indicati nell'art. 11 del d.lgs.33/2013, hanno la responsabilità di organizzare, al proprio interno, sistemi che forniscano risposte tempestive alle richieste di accesso civico da parte dei cittadini e delle imprese, e di pubblicare, sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente":

- il nominativo del responsabile della trasparenza a cui presentare la richiesta di accesso civico, nonché il nominativo del titolare del potere sostitutivo con l'indicazione dei relativi recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale;
- le modalità per l'esercizio di tale diritto, avendo cura di assicurare un'adeguata evidenza alla comprensibilità delle informazioni fornite e mettendo eventualmente a disposizione modelli per le richieste di accesso civico.

E' compito del Responsabile della trasparenza, individuato all'interno di ciascuna pubblica amministrazione, controllare e assicurare la regolare attuazione dell'istituto dell'accesso civico (cfr. comma 4 dell'art. 43 del d.lgs. 33/2013).

5.3.4. Procedimento di accesso

5.3.4.1. Fase introduttiva

5.3.4.1.1. Organo competente a ricevere l'istanza

L'istanza di accesso civico va presentata al Responsabile della trasparenza³¹ dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione, che si pronuncia sulla stessa.

Ogni amministrazione adotta autonomamente le misure organizzative necessarie al fine di assicurare l'efficacia di tale istituto e a pubblicare, nella sezione "Amministrazione trasparente", gli indirizzi di posta elettronica cui inoltrare le richieste di accesso civico e di attivazione del potere sostitutivo, corredate dalle informazioni relative alle modalità di esercizio di tale diritto.

5.3.4.1.2. L'istanza

L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione.

L'istanza può essere trasmessa anche per via telematica

³¹ Si ricordi che il Responsabile della trasparenza competente per l'accesso civico non può essere anche titolare del potere sostitutivo. Ciò, in quanto il soggetto titolare del potere sostitutivo non dovrebbe rivestire una qualifica inferiore o equivalente rispetto al soggetto sostituito. Pertanto, ai fini della migliore tutela dell'esercizio dell'accesso civico soprattutto nei casi in cui vi sia un unico dirigente a cui attribuire le funzioni di Responsabile della trasparenza e di prevenzione della corruzione, le funzioni relative all'accesso civico di cui all'art. 5, c. 2, del d.lgs. n. 33/2013 possono essere delegate dal Responsabile della trasparenza ad altro dipendente, in modo che il potere sostitutivo possa rimanere in capo al Responsabile stesso. Questa soluzione è rimessa, in ogni caso, all'autonomia organizzativa degli enti.



5.3.4.2. Fase decisoria

L'amministrazione, entro trenta giorni, procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto.

Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

5.3.5. Mezzi di tutela

Nei casi di ritardo o di mancata risposta da parte dell'amministrazione, il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo, fatta salva la possibilità di rivolgersi comunque all'organo giurisdizionale amministrativo (TAR).

5.3.5.1. Segnalazione all'ANAC

Solo in caso di mancata presenza nei siti istituzionali delle amministrazioni delle necessarie indicazioni relative all'istituto dell'accesso civico ovvero in ipotesi di mancata risposta anche del titolare del potere sostitutivo, entro i termini previsti, da parte delle pubbliche amministrazioni cui è stata inoltrata la richiesta di accesso civico, sarà possibile inoltrare segnalazioni all'ANAC. sull'omessa pubblicazione di dati ai sensi della normativa vigente

5.4. Diritto di accesso generalizzato

Nel trattare il diritto di accesso generalizzato (o diritto di accesso civico generalizzato) non si può prescindere dal prendere in considerazione la *Delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016*, di cui in seguito riporteremo anche interi passi.

5.4.1. Nozione

La nozione di diritto di accesso generalizzato è contenuta nel comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. 33/2013 (c.d. "decreto trasparenza") così come novellato dal D.Lgs. 97/2016 ai sensi del quale "chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5-bis".

Il diritto di accesso generalizzato si traduce, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione.

5.4.2. Finalità

La *ratio* dell'istituto risiede nella dichiarata finalità di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza).



Ciò in attuazione del principio di trasparenza che il novellato articolo 1, comma 1, del decreto trasparenza ridefinisce come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni non più solo finalizzata a “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”, ma soprattutto, e con una modifica assai significativa, come strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa.

L'intento del legislatore è ancor più valorizzato in considerazione di quanto già previsto nel co. 2 dell'art. 1 del decreto trasparenza secondo cui la trasparenza è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, e integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.

La trasparenza diviene, quindi, principio cardine e fondamentale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei loro rapporti con i cittadini³².

5.4.3. Distinzione con l'accesso civico (semplice)

L'accesso generalizzato non sostituisce l'accesso civico (semplice) previsto dall'art. 5, comma 1 del decreto trasparenza, e disciplinato nel citato decreto già prima delle modifiche ad opera del d.lgs. 97/2016. L'accesso civico rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza.

³² Anche nell'ordinamento dell'Unione Europea, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr. art. 15 TFUE e capo V della Carta dei diritti fondamentali) il diritto di accesso non è preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, quindi non richiede la prova di un interesse specifico, ma risponde ad un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione ed è uno strumento di controllo democratico sull'operato dell'amministrazione europea, volto a promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile. Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha qualificato il diritto di accesso alle informazioni quale specifica manifestazione della libertà di informazione, ed in quanto tale protetto dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Come previsto nella legge 190/2012, il principio della trasparenza costituisce, inoltre, misura fondamentale per le azioni di prevenzione e contrasto anticipato della corruzione.

A questa impostazione consegue, nel novellato decreto 33/2013, il rovesciamento della precedente prospettiva che comportava l'attivazione del diritto di accesso civico solo strumentalmente all'adempimento degli obblighi di pubblicazione; ora è proprio la libertà di accedere ai dati e ai documenti, cui corrisponde una diversa versione dell'accesso civico, a divenire centrale nel nuovo sistema, in analogia agli ordinamenti aventi il Freedom of Information Act (FOIA), ove il diritto all'informazione è generalizzato e la regola generale è la trasparenza mentre la riservatezza e il segreto eccezioni.

In coerenza con il quadro normativo, il diritto di accesso civico generalizzato si configura - come il diritto di accesso civico disciplinato dall'art. 5, comma 1 - come diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato “da chiunque” e non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente (comma 3). A ciò si aggiunge un ulteriore elemento, ossia che l'istanza “non richiede motivazione”. In altri termini, tale nuova tipologia di accesso civico risponde all'interesse dell'ordinamento di assicurare ai cittadini (a “chiunque”), indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive, un accesso a dati, documenti e informazioni detenute da pubbliche amministrazioni e dai soggetti indicati nell'art. art. 2-bis del d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016.



I due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a “chiunque”, indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono quindi destinati a muoversi su binari differenti, come si ricava anche dall'inciso inserito all'inizio del comma 5 dell'art. 5, “fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria”, nel quale viene disposta l'attivazione del contraddittorio in presenza di controinteressati per l'accesso generalizzato.

L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3).

5.4.4. Distinzione con l'accesso documentale

L'accesso generalizzato deve essere anche tenuto distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in poi “accesso documentale”).

La finalità dell'accesso documentale ex l. 241/90 è, in effetti, ben differente da quella sottesa all'accesso generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive – che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari.

Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso ex lege 241 il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».

Mentre la legge 241/90 esclude, inoltre, perentoriamente l'utilizzo del diritto di accesso ivi disciplinato al fine di sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato, oltre che quello “semplice”, è riconosciuto proprio “allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”.

Dunque, l'accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi.

Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.

In sostanza, come già evidenziato, essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a



tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni

Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato.

Si consideri, d'altra parte, che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla legge 241/1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso ex l. 241/1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta.

Si intende dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti.

Tali esigenze dovranno essere comunque motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco. Per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale.

5.4.5. Ambito soggettivi

5.4.5.1. Soggetti attivi

L'accesso generalizzato può essere esercitato da chiunque. Infatti, non occorre possedere, né dimostrare, una specifica legittimazione soggettiva, e chiunque può presentare richiesta, anche indipendentemente dall'essere cittadino italiano o residente nel territorio dello Stato.

5.4.5.2. Soggetti passivi

Il diritto di accesso generalizzato è esercitabile nei confronti:

- 1) a tutte le amministrazioni pubbliche, come esemplificate all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione
- 2) agli enti pubblici economici e ordini professionali;
- 3) alle società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (d.lgs. 175/2016 c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica);
- 4) alle associazioni, fondazioni e enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari



consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni;

Il diritto di accesso generalizzato si applica, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, anche:

- 1) alle società in sola partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (d.lgs. 175/2016 c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica);
- 2) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

5.4.6. Ambito oggettivo

L'accesso generalizzato può avere ad oggetto documenti, dati e informazioni in possesso dell'amministrazione. Ciò significa:

- che l'amministrazione non è tenuta a raccogliere informazioni che non sono in suo possesso per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, ma deve limitarsi a rispondere sulla base dei documenti e delle informazioni che sono già in suo possesso
- che l'amministrazione non è tenuta a rielaborare informazioni in suo possesso, per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato: deve consentire l'accesso ai documenti, ai dati ed alle informazioni così come sono già detenuti, organizzati, gestiti e fruiti.
- che sono ammissibili, invece, le operazioni di elaborazione che consistono nell'oscuramento dei dati personali presenti nel documento o nell'informazione richiesta, e più in generale nella loro anonimizzazione, qualora ciò sia funzionale a rendere possibile l'accesso

L'amministrazione è tenuta a consentire l'accesso generalizzato anche quando riguarda un numero cospicuo di documenti ed informazioni, a meno che la richiesta risulti manifestamente irragionevole, tale cioè da comportare un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione. Tali circostanze, adeguatamente motivate nel provvedimento di rifiuto, devono essere individuate secondo un criterio di stretta interpretazione, ed in presenza di oggettive condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell'amministrazione.

5.4.6.1. Le eccezioni all'accesso

La regola della generale accessibilità è temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni.



Dalla lettura dell'art. 5 bis, co. 1, 2 e 3 del decreto trasparenza si possono distinguere due tipi di eccezioni, assolute o relative.

Al ricorrere di queste eccezioni, le amministrazioni, rispettivamente, devono o possono rifiutare l'accesso generalizzato. La chiara identificazione di tali eccezioni rappresenta un elemento decisivo per consentire la corretta applicazione del diritto di accesso generalizzato.

5.4.6.1.1. Eccezioni assolute

L'accesso generalizzato è escluso nei casi indicati al co. 3 dell'art. 5 bis, nei casi cioè in cui una norma di legge, sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, dispone sicuramente la non ostensibilità di dati, documenti e informazioni ovvero la consente secondo particolari condizioni, modalità e/o limiti.

Solo una fonte di rango legislativo può giustificare la compressione del diritto a conoscere cui ora il nostro ordinamento è improntato.

Dette esclusioni (eccezioni assolute) ricorrono in caso di:

- segreto di Stato³³;
- negli altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge³⁴, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di

³³ La definizione di Segreto di Stato è contenuta nell'art. 39 della legge 3 agosto 2007, n. 124, che ha abrogato la previgente legge 24 ottobre 1977, n. 801, secondo il quale "sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato". Il Segreto di Stato è finalizzato alla salvaguardia di supremi e imprescindibili interessi dello Stato, quali l'integrità della Repubblica, la difesa delle istituzioni, l'indipendenza dello Stato, la preparazione e la difesa militare dello Stato (art. 3, comma 1, D.P.C.M. 8 aprile 2008 attuativo del citato art. 39, comma 5 della l. n. 124/2007) e trova legittimazione costituzionale proprio in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere tale finalità (Corte Costituzionale, sentenza 24 maggio 1977 n. 86). Inoltre, la medesima legge prevede che il Segreto di Stato si estenda anche a cose e attività che non sono necessariamente riconducibili alla categoria di "documento amministrativo". Il potere di disporre il vincolo derivante dal Segreto di Stato è attribuito in via esclusiva al Presidente del Consiglio dei ministri (art. 39, comma 4) ed è stabilito un limite temporale al vincolo stesso, in quanto, decorsi quindici anni dall'apposizione del Segreto di Stato o, in mancanza di questa, dalla sua opposizione confermata, chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di avere accesso alle informazioni, ai documenti, agli atti, alle attività, alle cose e ai luoghi coperti dal Segreto di Stato (art. 39, comma 7). Il Segreto in parola è opponibile anche all'autorità giudiziaria, eccetto la Corte Costituzionale. Il Segreto di Stato va tenuto distinto dalle classifiche di segretezza, disciplinate dall'art. 42 della legge n. 124/2007, che sono apposte dalle singole amministrazioni per circoscrivere la conoscenza delle informazioni per i soggetti che abbiano necessità di accedervi o a ciò abilitati in ragione delle loro funzioni istituzionali.

³⁴ Nell'ordinamento esistono altre diverse disposizioni che prevedono espressamente casi di segreto o di divieto di divulgazione. Si ricorda, ad esempio, il segreto statistico, regolamentato dal d.lgs. del 6 settembre 1989 n. 322 all'art. 9; il Segreto militare disciplinato dal RD 11 luglio 1941 n. 161; le classifiche di segretezza di atti e documenti di cui all'art. 42 della l. 124/2007; il segreto bancario previsto dall'art. 7 del d.lgs. 385/1993; i limiti alla divulgazione delle informazioni e dei dati conservati negli archivi automatizzati del Centro elaborazione dati in materia di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ai sensi dell'art. 9 della l. 121/1981; le disposizioni sui contratti secretati previste dall'art. 162 del d.lgs. 50/2016; il segreto scientifico e il segreto industriale di cui all'art. 623 del c.p.; il segreto sul contenuto della corrispondenza (art. 616 ss. c.p.); il segreto professionale (art. 622 c.p. e 200 c.p.p.) e i "pareri legali" che attengono al diritto di difesa in un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale o amministrativa) come confermato anche dagli artt. 2 e 5 del dPCM 26.1.1996, n. 200; i divieti di divulgazione connessi al segreto d'ufficio come disciplinato dall'art. 15 del d.P.R. n. 3/1957. Tra i casi di segreto previsti dall'ordinamento, rientra quello istruttorio in sede penale, delineato dall'art. 329 c.p.p., a tenore del quale "gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti da



specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990³⁵.

segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari". In questo caso la disciplina sull'accessibilità è regolata direttamente dal codice di procedura penale e a essa è necessario fare esclusivo riferimento. Regolata dalla disciplina particolare della legge 124/2007, è anche la trasmissione di informazioni e analisi a enti esterni al Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica che può essere effettuata solo su autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri o dell'Autorità delegata, sentito il CISR (art. 4, co. 3 lett. f) l. 124/2007). Salvo che non sia possibile un accesso parziale, con oscuramento dei dati, alcuni divieti di divulgazione sono previsti dalla normativa vigente in materia di tutela della riservatezza con riferimento a: dati idonei a rivelare lo stato di salute, ossia a qualsiasi informazione da cui si possa desumere, anche indirettamente, lo stato di malattia o l'esistenza di patologie dei soggetti interessati, compreso qualsiasi riferimento alle condizioni di invalidità, disabilità o handicap fisici e/o psichici (art. 22, comma 8, del Codice; art. 7-bis, comma 6, d. lgs. n. 33/2013); dati idonei a rivelare la vita sessuale (art. 7-bis, comma 6, d. lgs. n. 33/2013); dati identificativi di persone fisiche beneficiarie di aiuti economici da cui è possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati (limite alla pubblicazione previsto dall'art. 26, comma 4, d. lgs. n. 33/2013) Resta, in ogni caso, ferma la possibilità che i dati personali per i quali sia stato negato l'accesso generalizzato possano essere resi ostensibili al soggetto che abbia comunque motivato nell'istanza l'esistenza di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», trasformando di fatto, con riferimento alla conoscenza dei dati personali, l'istanza di accesso generalizzato in un'istanza di accesso ai sensi della l. 241/1990. Il diritto di accesso ai propri dati personali rimane, invece, regolato dagli artt. 7 ss. del d. lgs. n. 196/2003 e dal procedimento ivi previsto per la relativa tutela, inclusi i limiti di conoscibilità espressamente previsti anche nei confronti dell'interessato medesimo (art. 8 del d.lgs. n. 196/2003).

³⁵ Il co. 3 dell'art. 5-bis prevede nei casi di esclusione dell'accesso generalizzato anche quelli in cui l'accesso è subordinato dalla "disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24 c. 1 della legge 241/1990". Si tratta, a ben vedere, nella maggior parte, di ipotesi in cui l'accesso non è escluso assolutamente, ma è subordinato a condizioni particolari o al possibile uso del potere di differimento da parte delle p.a.. Si consideri la disciplina sugli atti dello stato civile e quella sulle informazioni contenute nelle anagrafi della popolazione conoscibili nelle modalità previste dalle relative discipline di settore², agli Archivi di Stato e altri Archivi disciplinati dagli artt. 122 ss. del D. Lgs. 22/01/2004, n. 42 «Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137, che ne regolano le forme di consultazione; agli elenchi dei contribuenti e alle relative dichiarazioni dei redditi la cui visione ed estrazione di copia è ammessa nelle forme stabili dall'art. 69, comma 6, del d.P.R. n. 600/1973. Relativamente al rinvio all'art. 24 co. 1 della legge 241/1990, riferita al diverso istituto dell'accesso agli atti, detta norma contiene alcune esclusioni espressamente previste anche nella disciplina dell'accesso generalizzato per i casi di segreto di Stato e di divieto di divulgazione previsti dalla legge. Al riguardo non può che rinviarsi alle considerazioni sopra espresse. Gli altri casi indicati dall'art. 24 c. 1 della l. 241/1990 attengono: a) ai divieti di divulgazione espressamente previsti dal regolamento governativo di cui al co. 6 dell'art. 24 della legge 241/1990 e dai regolamenti delle pubbliche amministrazioni adottati ai sensi del co. 2 del medesimo articolo 24; b) nei procedimenti tributari, alle particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, alle particolari disposizioni che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, alle esclusioni dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi. Con riferimento ai casi di cui alla lett. a) dell'art. 24, co. 1, legge 241/1990 si sottolinea che il regolamento governativo di cui all'art. 24 co. 6 della medesima legge 241/1990 ancora non è stato adottato né la maggior parte delle amministrazioni risulta abbia adottato i regolamenti ai sensi dell'art. 24 co. 2 che devono individuare le categorie di documenti formati o rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del co. 1 dello stesso articolo 24 e cioè relativi alle stesse categorie di casi o procedimenti previsti in detto comma. Giova evidenziare che il regolamento governativo di cui al co. 6 dell'art. 24 della legge 241/1990 deve disciplinare i casi di sottrazione all'accesso con riferimento alle stesse categorie di interessi che la normativa sull'accesso generalizzato identifica come casi di esclusioni "relative" all'accesso generalizzato stesso. Si profila, dunque, una potenziale sovrapposizione fra le due normative. Ad avviso dell'Autorità tale potenziale sovrapposizione, è necessario sia interpretata tenendo conto della parziale coincidenza tra le categorie di interessi che, ai sensi dell'art. 24, comma 6, della l. 241/1990, giustificano l'esclusione del diritto di accesso documentale, mentre, ai sensi dell'art. 5 bis, co. 1 e 2 del decreto trasparenza, comportano eccezioni solo relative all'accesso generalizzato. In tutti questi casi le amministrazioni, non potendo applicare le esclusioni generali del regime



5.4.6.1.2. Eccezioni relative o qualificate

Al di fuori dei casi sopra indicati, possono ricorrere, invece, limiti (eccezioni relative o qualificate) posti a tutela di interessi pubblici e privati di particolare rilievo giuridico elencati ai commi 1³⁶ e 2³⁷ dell'art. 5-bis del decreto trasparenza.

In questo caso dunque il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento.

L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore.

dell'accesso documentale, devono tenere in adeguata considerazione il grado di maggiore trasparenza al quale deve essere assoggettata l'attività istituzionale a seguito dell'intervento novellatore di cui al d.lgs. 97/16, valutando caso per caso le istanze di accesso a dati, documenti o informazioni detenute dalle medesime. Tale interpretazione è conforme all'evoluzione sostanziale del principio di trasparenza nel nostro ordinamento, è sorretta dal principio della successione delle leggi nel tempo e della specialità della disciplina, ed è coerente con lo scopo della norma, che è quello di garantire un'ampia libertà di accesso ai dati e documenti delle pubbliche amministrazioni. In considerazione di quanto sopra e tenuto conto della diversa ratio dell'accesso 241 e dell'accesso generalizzato, sarebbe comunque auspicabile che il governo, nel predisporre il regolamento ex art. 24 co. 6, valuti attentamente l'evidenziata sovrapposizione fra le due normative e individui soluzioni compatibili con la disciplina dell'accesso generalizzato e con l'evoluzione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento, salvaguardando il favor per la trasparenza stabilito dal legislatore. Per quanto riguarda le eccezioni all'accesso che operano nei procedimenti tributari, il legislatore rinvia alle specifiche norme che regolano detti procedimenti. Si rammenta, a titolo esemplificativo, quanto previsto dall'art. 68 del d.P.R. n. 600/1973 in relazione al segreto di ufficio in materia di accertamenti tributari. Ciò comporta, da una parte che gli atti definitivi sono accessibili anche ai fini dell'accesso generalizzato e che, di conseguenza, l'amministrazione deve, semmai, usare il potere di differimento dell'accesso come previsto al co. 5 dell'art. 5 bis; d'altra parte, l'ostensione di tali atti, data la loro peculiare natura, è opportuno avvenga nei limiti derivanti dall'applicazione della normativa in materia di tutela della riservatezza, eventualmente anche con un accesso parziale ai sensi del co. 4 dell'art. 5 bis. Una volta divenuti accessibili, anche i dati ed documenti dei procedimenti tributari saranno poi soggetti all'applicazione dei limiti di cui all'art. 5 bis, co. 1 e 2. Analogamente ai procedimenti tributari, per quanto concerne l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione per i quali il legislatore tiene ferme le particolari disposizioni che ne regolano la formazione, l'accesso agli atti prodromici è di norma escluso. Si tratta, in realtà, di un'esclusione non assoluta, perché in qualche caso, una volta definito il procedimento con l'adozione dell'atto finale, può essere consentito l'accesso agli atti. Anche in queste ipotesi, l'amministrazione può fare uso del potere di differimento. Diversamente, invece, l'eccezione opera in modo assoluto nei procedimenti selettivi con riferimento a documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi, data la natura di tali informazioni riconducibili all'area dei dati personali cd. "supersensibili". Si tratta, di atti che possono essere presenti in procedimenti relativi, ad esempio, a concorsi pubblici, trasferimenti di personale, procedure per nomine ad incarichi particolari o per il conferimento di mansioni superiori.

³⁶ L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

³⁷ L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.



Affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio. L'amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà:

- a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato;
- b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta;
- c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.

Detta valutazione, proprio perché relativa alla identificazione di un pregiudizio in concreto, non può essere compiuta che con riferimento al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso: il pregiudizio concreto, in altri termini, va valutato rispetto al momento ed al contesto in cui l'informazione viene resa accessibile, e non in termini assoluti ed atemporali.

Tale processo logico è confermato dalle previsioni dei commi 4 e 5 dell'art. 5-bis del decreto trasparenza: da una parte, il diniego dell'accesso non è giustificato, se ai fini della protezione di tale interesse è sufficiente il differimento dello stesso per la tutela degli interessi considerati dalla norma (art. 5-bis, comma 5). I limiti, cioè, operano nell'arco temporale nel quale la tutela è giustificata in relazione alla natura del dato, del documento o dell'informazione di cui si chiede l'accesso (art. 5-bis co. 5).

Allo stesso modo, l'amministrazione dovrà consentire l'accesso parziale utilizzando, se del caso, la tecnica dell'oscuramento di alcuni dati, qualora la protezione dell'interesse sotteso alla eccezione sia invece assicurato dal diniego di accesso di una parte soltanto di esso. In questo caso, l'amministrazione è tenuta a consentire l'accesso alle parti restanti (art. 5-bis, comma 4, secondo alinea).

5.4.6.1.2.1. Le ipotesi previste dal primo comma

L'accesso civico generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico³⁸;

³⁸ La sicurezza pubblica è funzione inerente alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell'ordine pubblico e comprende la tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone, e quindi la salvaguardia di un bene che abbisogna di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale (Corte Cost. 21/2010). Essa concerne la tutela di quei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si fonda la ordinata e civile convivenza degli appartenenti alla comunità nazionale e ricomprende l'insieme di tutte le misure preventive e repressive finalizzate alla salvaguardia delle istituzioni, delle libertà costituzionali e dell'incolumità dei cittadini. Il nucleo della funzione inerente alla pubblica sicurezza ha dunque ad oggetto le attività volte ad assicurare l'incolumità, con riferimento alla integrità fisica e psichica, delle persone, la sicurezza dei possessi e il rispetto di ogni altro bene giuridico di fondamentale importanza per l'esistenza e lo svolgimento dell'ordinamento. La nozione, elaborata soprattutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (C. Cost. n. 77/1987; n. 218/1988; n. 115/1995; 169/2006), sulla base delle attribuzioni conferite all'autorità di pubblica sicurezza dal T.U. delle leggi di Pubblica Sicurezza (r.d. n. 773/1931, art. 1), ha trovato una conferma nel diritto positivo nell'art. 159, co. 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.112 secondo cui: "le funzioni ed i compiti amministrativi relativi

- b) la sicurezza nazionale³⁹;
- c) la difesa e le questioni militari⁴⁰;

all'ordine pubblico e sicurezza pubblica di cui all'articolo 1, comma 3, lettera l) della legge 15 marzo 1997, n. 59, concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni"(C. Cost. n. 290/2001). L'esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico coinvolgono non solo l'apparato statale e i suoi organi periferici quali Autorità di Pubblica Sicurezza ma anche gli enti territoriali attraverso le autorità locali di pubblica sicurezza e di governo (art. 54 del TUEL). I concetti di ordine e sicurezza pubblica e gli interessi ad essi sottesi sono riconducibili ad altri concetti individuati dal legislatore. Ad esempio, l'interesse pubblico inerente alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico viene in rilievo anche nell'adozione di misure preventive e repressive da parte degli enti locali riconducibili all'ambito della sicurezza urbana (quali, ad esempio, quelle previste all'art. 54, co. 4, del d. lgs. 267/2000, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali; cfr. C. Cost. n. 115/2011). Da tale concetto va escluso quanto attiene, invece, alle attività volte a mitigare il disagio sociale (corte Cost n. 222/2010). Diversa dalla sicurezza e dell'ordine pubblico, è, invece, l'attività di polizia amministrativa. Non tutte le attività di polizia amministrativa, infatti, sono relative alla sicurezza e all'ordine pubblico. L'attività di contrasto al crimine e di tutela della sicurezza pubblica, pertanto, non possono essere divulgate per evitare che venga vanificata l'azione delle forze di polizia. Il pregiudizio concreto alla tutela degli interessi inerenti alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico, può derivare, a titolo esemplificativo, dalla conoscibilità di documenti, dati o informazioni attinenti le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riguardo alle tecniche investigative, all'identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni, delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini. Un limite all'accesso potrebbe configurarsi, inoltre, nel caso in cui le informazioni richieste riguardino l'organizzazione e il funzionamento dei servizi di polizia e del personale delle forze armate messe a disposizione dell'autorità di pubblica sicurezza, la detenzione e custodia di armi ed esplosivi. Sempre a titolo di esempio, nel caso di istanze di accesso alla documentazione relativa alla descrizione progettuale e funzionale di impianti industriali a rischio, è meritevole di apprezzamento la necessità di evitare atti di sabotaggio.

³⁹ La Sicurezza nazionale è un bene costituzionale che gode di tutela prioritaria e costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro in quanto tocca la esistenza stessa dello Stato. La Corte Costituzionale con orientamento consolidato ha definito la Sicurezza nazionale quale "interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla stessa sua sopravvivenza" (C. Cost. sent. n. 86/1977, n. 82/1976, n. 110/1998, n. 106/2009, n. 40/2012, n. 24/2014). Ci si è anche riferiti alla "sicurezza esterna ed interna dello Stato e della necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato e possono coinvolgere la esistenza stessa dello Stato" (C. Cost. sent. n. 86 del 24 maggio 1977) Il concetto di sicurezza esterna ed interna dello Stato si può desumere a livello normativo dagli articoli 6 e 7 della legge 3 agosto 2007, n. 124, istitutiva del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, che nel declinare i compiti delle Agenzie di informazioni e sicurezza definisce la sicurezza esterna "la difesa dell'indipendenza, dell'integrità e della sicurezza della Repubblica – anche in attuazione di accordi internazionali - dalle minacce provenienti dall'estero" e richiama la difesa della "sicurezza interna della Repubblica e le istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento da ogni minaccia, da ogni attività eversiva e da ogni forma di aggressione criminale o terroristica". La nozione di sicurezza nazionale evoca, in ogni caso, un concetto dinamico e risulta legata "tanto al grado di maturità del paese cui si riferisce quanto al contesto storico: ne costituisce esempio la rilevanza strategica assunta dai concetti di sicurezza economico-finanziaria e di sicurezza ambientale". ("Glossario Intelligence 2013"). Ai fini dell'accesso generalizzato, l'identificazione degli interessi connessi alla sicurezza nazionale è frequentemente collegata con la difesa del segreto di Stato ma riguarda la possibilità di accesso ad atti, dati e documenti che non compromettono il Segreto di Stato in quanto tale.

⁴⁰ Il concetto di "difesa" trova fondamento nella individuazione di un interesse costituzionale superiore espressamente riconosciuto all'art. 52, co.1, della Costituzione e declinato con riferimento alla difesa della Patria. La Corte costituzionale ha rilevato che il dovere di difesa, nella sua ampia accezione, contempla in primo luogo il dovere militare, organizzato nelle Forze armate. In merito la Corte costituzionale ha ritenuto che sia "esclusivo" interesse dello Stato, con carattere unitario ed indivisibile, la difesa della integrità territoriale, della indipendenza e della sopravvivenza. L'impianto normativo riconosce alla funzione difesa quella specificità insita nella natura delle Forze armate, codificata a livello ordinamentale dal decreto legislativo n. 66 del 2010 e del



- d) le relazioni internazionali⁴¹;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato⁴²;

relativo T.U. regolamentare (d.PR 90 del 2010) riguardanti l'organizzazione, le funzioni, le attività della Difesa. La difesa del territorio nazionale è oggetto di accordi di cooperazione e di trattati con la conseguente responsabilità dello Stato anche in sede internazionale. Così è oggetto di accordi internazionali tra Stati la installazione di opere difensive, di basi militari terrestri, marittime e aeronautiche che tiene conto di situazioni complessive che spesso esigono anche il segreto militare. Si tratta di attività che implicano decisioni esclusivamente statali quali la individuazione dei mezzi di difesa, delle linee generali di conservazione, di sviluppo e di capacità difensiva delle Forze Armate e tutto quanto ciò che, nei piani strategici, è diretto a garantire la sicurezza interna ed esterna dello Stato. La natura delle attività e dell'organizzazione del sistema difesa implica particolare attenzione ai fini dell'accesso circa alcune attività relative sia all'area tecnico operativa, connesse con la pianificazione, l'impiego e l'addestramento delle Forze armate, sia all'area tecnico industriale, strettamente correlata al funzionamento della precedente area. Si ricorda, in ogni caso, che una parte dell'attività relativa alla difesa e alle questioni militari è sottoposta a vincoli di particolare riservatezza o segretezza.

⁴¹ Per "relazioni internazionali" si intendono i rapporti intercorrenti tra Stati sovrani e, per estensione, ai rapporti tra i vari soggetti internazionali. In tal senso per Relazioni internazionali non si intende solo la politica estera di uno Stato, ma il "sistema internazionale", nel quale operano vari attori a diversi livelli. Con l'espressione "politica estera" ci si riferisce, infatti, specificamente all'insieme dei programmi d'azione e dei comportamenti di un determinato attore internazionale nei confronti degli altri. Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. sentenze n. 211/2006 e n. 131/2008), mentre i "rapporti internazionali", sono astrattamente riferibili a singole relazioni, dotate di elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, la "politica estera" concerne l'attività internazionale dello Stato unitariamente considerata in rapporto alle sue finalità ed al suo indirizzo. A titolo esemplificativo si riportano alcuni atti relativi all'ambito delle relazioni internazionali meritevoli di attenzione ai fini dell'accesso generalizzato: - i documenti concernenti le procedure relative alla negoziazione ed alla stipula di accordi ed atti internazionali con altri Stati, ove vi sia la necessità non solo di tutelare la necessaria riservatezza degli atti inerenti i negoziati, ma anche per salvaguardare l'integrità degli stessi rapporti diplomatici con i Paesi interessati, che potrebbero essere pregiudicati se tali atti fossero resi accessibili; ciò sempre che gli stessi documenti od atti non siano stati pubblicati nel corso di conferenze internazionali; - i lavori preparatori e la documentazione predisposta in vista di incontri bilaterali e multilaterali; - i documenti di posizione interni ai negoziati UE, laddove siano suscettibili di compromettere la posizione italiana nei negoziati in corso, a meno che non vi sia un interesse prevalente alla divulgazione; - le comunicazioni, i rapporti ed i documenti provenienti dalle rappresentanze ed uffici consolari all'estero sulla situazione politica ed economica dei Paesi di accreditamento, nonché comunicazioni, rapporti e documenti provenienti dalle rappresentanze o delegazioni presso organizzazioni internazionali e fori multilaterali riguardanti l'attività di detti organismi; - i carteggi scambiati dall'amministrazione con i rappresentanti degli Stati esteri in Italia ed esponenti dei Governi e delle amministrazioni degli Stati esteri. Al fine dell'identificazione dell'interesse alla tutela delle relazioni internazionali possono rilevare anche: - la tutela della sicurezza delle Rappresentanze diplomatico-consolari e delle OO.II, della sicurezza delle Alte Personalità in visita, il libero espletamento della sovranità degli altri Stati ma anche della sovranità nazionale come disciplinati nelle norme di diritto internazionale e da norme interne, quali ad esempio: Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche (in particolare gli artt. 22-37) e relativa legge nazionale di ratifica; Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari (in particolare gli artt. 31-41 e 49-50) e relativa legge nazionale di ratifica; Accordi di Sede con le Organizzazioni Internazionali che hanno sede in Italia - con particolare riguardo alle norme sulla sicurezza e inviolabilità della Sede, delle comunicazioni, dei vertici delle organizzazioni e dei loro funzionari nonché ai privilegi e immunità - e relative leggi nazionali di ratifica.

⁴² La definizione del concetto di politica e stabilità finanziaria evoca quanto già previsto dall'art. 24 comma 6 lett. b) legge 241/1990 relativamente ai "processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria". Il concetto è contiguo anche a quello delineato dall' art. 4 comma 1 lett. a) del Regolamento Ce 1049/2001 relativamente alla tutela della "politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro". Si ritiene quindi che meritino particolare attenzione ai fini dell'accesso generalizzato gli atti relativi ai processi di formazione e determinazione della politica monetaria e valutaria la cui pubblicazione possa comportare turbative sui mercati valutari e dei capitali nonché gli atti relativi al fabbisogno del bilancio dello Stato, alla politica fiscale ed all'emissione dei titoli di debito pubblico, materie interconnesse con la politica finanziaria ed economica dello Stato. L'eventuale esigenza di riservatezza, in tali casi, è connessa alla necessità di evitare che la conoscenza di taluni documenti possa creare situazioni di vantaggio a favore di alcuni o causare turbamenti dei mercati finanziari; a tale proposito si ricorda che la manipolazione dei mercati,



- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento⁴³;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive⁴⁴.

anche finanziari, è condotta illecita disciplinata dal codice penale (art. 501 reato di agiotaggio) e dal codice civile (art. 2637). Il nucleo degli interessi sottesi a tale limitazione all'accesso assurge a carattere costituzionale e sovranazionale: infatti gli equilibri di finanza pubblica della Repubblica, in tutte le sue componenti ai sensi dell'art. 114 della Costituzione, sono tutelati dagli artt. 81, 97, 117 commi 2 e 3 e 119 Costituzione, ove, peraltro, sono espressamente indicati le regioni e gli enti territoriali; contestualmente alla crescita dell'Europa quale entità volta anche all'armonizzazione ed al coordinamento delle politiche finanziarie, il concetto di equilibrio di finanza pubblica si è evoluto, con la codificazione in sede di Trattato, del concetto di stabilità economica-finanziaria, rispetto al quale lo Stato ha poteri di disciplina generale e di coordinamento. Nel concetto di politica economica rientrano le scelte di bilancio, gli atti relativi al fabbisogno del bilancio dello Stato, alla politica fiscale ed all'emissione dei titoli di debito pubblico. Nel concetto di stabilità finanziaria rientra la gestione delle finanze pubbliche, la sostenibilità del debito pubblico, la capitalizzazione delle istituzioni finanziarie; andrà prestata particolare attenzione quindi, a tutte le informazioni (precipuamente in possesso di Banca d'Italia, Mef, Consob, Isvap) per la salvaguardia della stabilità del sistema finanziario italiano, la prevenzione e la gestione delle crisi finanziarie con potenziale effetto di natura sistemica, incluse quelle con ripercussioni rilevanti in altri paesi, attinenti a singole banche o imprese assicurative, gruppi bancari o assicurativi, conglomerati finanziari o altre istituzioni finanziarie in grado di avere effetti di contagio sul sistema finanziario italiano

⁴³ L'interesse pubblico sotteso alla conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento è strettamente connesso alla sicurezza e all'ordine pubblico e all'esercizio di attività giudiziaria. Quanto alla sicurezza e all'ordine pubblico si rinvia a quanto indicato in precedenza. Con riferimento alle possibili sovrapposizioni con l'esercizio dell'attività giudiziaria, occorre chiarire che l'accesso generalizzato riguarda, atti, dati e informazioni che siano riconducibili a un'attività amministrativa, in senso oggettivo e funzionale. Esulano, pertanto, dall'accesso generalizzato gli atti giudiziari, cioè gli atti processuali o quelli che siano espressione della funzione giurisdizionale, ancorché non immediatamente collegati a provvedimenti che siano espressione dello "ius dicere", purché intimamente e strumentalmente connessi a questi ultimi. L'accesso e i limiti alla conoscenza degli atti giudiziari, ovvero di tutti gli atti che sono espressione della funzione giurisdizionale, anche se acquisiti in un procedimento amministrativo, sono infatti disciplinati da regole autonome previste dai rispettivi codici di rito. Si consideri, al riguardo, la speciale disciplina del segreto istruttorio, ai sensi dell'art. 329 c.p.p.; il divieto di pubblicazione di atti (art. 114 c.p.p.) e il rilascio di copia di atti del procedimento a chiunque vi abbia interesse, previa autorizzazione del pubblico ministero o del giudice che procede (art. 116 c.p.p.). Per i giudizi civili, ad esempio, l'art. 76 disp. att. c.p.c., che stabilisce che le parti e i loro difensori possono esaminare gli atti e i documenti inseriti nel fascicolo d'ufficio e in quelli delle altre parti e ottenere copia dal cancelliere; pertanto l'accesso è consentito solo alle parti e ai loro difensori. Per le procedure concorsuali la legge fallimentare che riconosce al comitato dei creditori e al fallito il diritto di prendere visione di ogni atto contenuto nel fascicolo, mentre per gli altri creditori e i terzi l'accesso è consentito purché gli stessi abbiano un interesse specifico e attuale, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 90). La possibilità di consentire l'accesso alla documentazione inerente le indagini sui reati e sul loro perseguimento senza che ciò comporti un pregiudizio al corretto svolgimento delle stesse va valutata in relazione alla peculiarità della fattispecie e dello stato del procedimento penale. In merito all'accesso a documenti detenuti dalle amministrazioni che siano afferenti a un procedimento penale, occorre considerare che potrebbe non esservi una preclusione automatica e assoluta alla loro conoscibilità e che l'esistenza di un'indagine penale non è di per sé causa ostativa all'accesso a documenti che siano confluiti nel fascicolo del procedimento penale o che in qualsiasi modo possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine. Resta, comunque, ferma la disciplina in materia di tutela dei dati personali. Al riguardo, si fa presente che, secondo un prevalente orientamento giurisprudenziale, non ogni denuncia di reato presentata dalla pubblica amministrazione all'autorità giudiziaria costituisce atto coperto da segreto istruttorio penale e come tale sottratto all'accesso; laddove, infatti, la denuncia sia riconducibile all'esercizio delle istituzionali funzioni amministrative, l'atto non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 329 c.p.p. e non può ritenersi coperto dal segreto istruttorio. Diversamente, se la pubblica amministrazione trasmette all'autorità giudiziaria una notizia di reato nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall'ordinamento, si è in presenza di atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria, che, come tali, sono soggetti a segreto istruttorio ai sensi dell'art. 329 c.p.p. (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 547).

⁴⁴ L'attività ispettiva è preordinata ad acquisire elementi conoscitivi necessari per lo svolgimento delle funzioni di competenza delle pubbliche amministrazioni. Le attività ispettive, che, come chiarito dalla Corte costituzionale, rappresentano la più rilevante modalità di svolgimento dell'attività di vigilanza, possono essere



5.4.6.1.2.2. Le ipotesi previste dal secondo comma

L'accesso civico generalizzato è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia⁴⁵;

disposte a fini generalmente conoscitivi, ovvero al fine di acquisire dati conoscitivi strettamente connessi alla valutazione dell'interesse pubblico all'interno di un procedimento volto all'adozione di un atto amministrativo. Solo nei casi di stretta strumentalità della attività ispettive rispetto all'adozione di un provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento principale, in linea generale l'accessibilità ai documenti ispettivi può concretizzarsi solo dopo che gli atti conclusivi del procedimento abbiano assunto il carattere di definitività. Ne consegue che le restrizioni all'accesso si applicano di norma unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata dall'esigenza di non compromettere la decisione finale da valutarsi anche in relazione alla necessità di non pregiudicare attività ispettive collegate a quelle oggetto dell'accesso o quelle, ad esse connesse, che l'amministrazione abbia già programmato di realizzare. In questi casi, le amministrazioni possono fare uso del potere di differimento dell'accesso Limitazioni all'accesso nella fase endoprocedimentale ispettiva, che possono essere motivate dall'evitare il pregiudizio al regolare svolgimento della stessa, possono riguardare a mero titolo di esempio le notizie sulla programmazione dell'attività di vigilanza, sulle modalità e i tempi del suo svolgimento, le indagini sull'attività degli uffici, dei singoli dipendenti, o sull'attività di enti pubblici e privati su cui l'amministrazione esercita forme di vigilanza. Ciò vale sia per le richieste e le indagini condotte d'ufficio, sia per quelle avviate su segnalazione di privati, di organizzazioni di categoria o sindacali e similari. Sono riconducibili alle limitazioni soprarichiamate anche le attività ispettive presso istituti di patronato, enti previdenziali e assistenziali, anche in sedi estere. Le attività ispettive disposte e realizzate al di fuori di uno stretto collegamento con un determinato procedimento amministrativo, possono porre esigenze di tutela in caso di accesso generalizzato diverse dalle prime. L'eventuale differimento, quindi, non sarà funzionale a garantire la riservatezza nel procedimento, ma ad altre esigenze di riservatezza dei dati raccolti, che ne sconsigliano la diffusione. Essendo l'attività ispettiva di carattere trasversale rispetto alle attività svolte dalle pubbliche amministrazioni e dai soggetti tenuti a garantire l'accesso generalizzato, occorre anche porre in evidenza le possibili ricadute che l'accesso anche differito alle attività ispettive può comportare rispetto alla tutela degli altri interessi protetti nella stessa norma sull'accesso generalizzato. Si considerino, a mero titolo di esempio e sempre fatta salva la necessità di una attenta valutazione nel caso specifico, i documenti relativi all'attività ispettiva dalla cui diffusione possa comunque derivare pregiudizio alla prevenzione e repressione della criminalità nei settori di competenza anche attraverso la conoscenza delle tecniche informative ed operative nonché degli atti di organizzazione interna, quando questa possa pregiudicare le singole attività di indagine; a documenti relativi ad attività ispettiva la cui diffusione può pregiudicare l'attività di organismi nazionali ed esteri, ovvero incidere sulla correttezza delle relazioni internazionali; a documenti acquisiti nel corso di attività ispettive la cui diffusione potrebbe ledere la proprietà intellettuale, il diritto di autore o segreti commerciali di soggetti pubblici o privati. Ancora, laddove l'attività ispettiva possa comportare l'acquisizione di documentazione processuale anche penale, la richiesta di accesso generalizzato potrà trovare accoglimento purchè non comporti, tra gli altri, un pregiudizio al corretto svolgimento dell'attività di indagine

⁴⁵ L'art. 5-bis, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 33/2013 prevede che l'accesso generalizzato deve essere rifiutato laddove possa recare un pregiudizio concreto «alla protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia». Occorre in primo luogo rilevare che per «dato personale» si intende «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale» (art. 4, comma 1, lett. b, del Codice in materia di protezione dei dati personali - d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, di seguito "Codice"). Le informazioni riferite a persone giuridiche, enti e associazioni non rientrano, quindi, in tale nozione. In proposito, con riferimento alle istanze di accesso generalizzato aventi a oggetto dati e documenti relativi a (o contenenti) dati personali, l'ente destinatario dell'istanza deve valutare, nel fornire riscontro motivato a richieste di accesso generalizzato, se la conoscenza da parte di chiunque del dato personale richiesto arreca (o possa arrecare) un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali, in conformità alla disciplina legislativa in materia. La ritenuta sussistenza di tale pregiudizio comporta il rigetto dell'istanza, a meno che non si consideri di poterla accogliere, oscurando i dati personali eventualmente presenti e le altre informazioni che possono consentire l'identificazione, anche indiretta, del soggetto interessato. In tale contesto, devono essere tenute in considerazione le motivazioni addotte dal soggetto controinteressato, che deve essere obbligatoriamente interpellato dall'ente destinatario della richiesta di accesso generalizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d. lgs.



n. 33/2013. Tali motivazioni costituiscono un indice della sussistenza di un pregiudizio concreto, la cui valutazione però spetta all'ente e va condotta anche in caso di silenzio del controinteressato, tenendo, altresì, in considerazione gli altri elementi illustrati di seguito. La disciplina in materia di protezione dei dati personali prevede che ogni trattamento – quindi anche una comunicazione di dati personali a un terzo tramite l'accesso generalizzato – deve essere effettuato «nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale [...]», ivi inclusi il diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, all'oblio, nonché i diritti inviolabili della persona di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione. Nel quadro descritto, anche le comunicazioni di dati personali nell'ambito del procedimento di accesso generalizzato non devono determinare un'interferenza ingiustificata e sproporzionata nei diritti e libertà delle persone cui si riferiscono tali dati ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della giurisprudenza europea in materia. Il richiamo espresso alla disciplina legislativa sulla protezione dei dati personali da parte dell'art. 5-bis, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 33/2013 comporta, quindi, che nella valutazione del pregiudizio concreto, si faccia, altresì, riferimento ai principi generali sul trattamento e, in particolare, a quelli di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea⁶, del Consiglio di Stato, nonché al nuovo quadro normativo in materia di protezione dei dati introdotto dal Regolamento (UE) n. 679/2016. In attuazione dei predetti principi, il soggetto destinatario dell'istanza, nel dare riscontro alla richiesta di accesso generalizzato, dovrebbe in linea generale scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell'interessato, privilegiando l'ostensione di documenti con l'omissione dei «dati personali» in esso presenti, laddove l'esigenza informativa, alla base dell'accesso generalizzato, possa essere raggiunta senza implicare il trattamento dei dati personali. In tal modo, tra l'altro, si soddisfa anche la finalità di rendere più celere il procedimento relativo alla richiesta di accesso generalizzato, potendo accogliere l'istanza senza dover attivare l'onerosa procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato» (art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013). Al riguardo, deve essere ancora evidenziato che l'accesso generalizzato è servente rispetto alla conoscenza di dati e documenti detenuti dalla p.a. «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33/2013). Di conseguenza, quando l'oggetto della richiesta di accesso riguarda documenti contenenti informazioni relative a persone fisiche (e in quanto tali «dati personali») non necessarie al raggiungimento del predetto scopo, oppure informazioni personali di dettaglio che risultino comunque sproporzionate, eccedenti e non pertinenti, l'ente destinatario della richiesta dovrebbe accordare l'accesso parziale ai documenti, oscurando i dati personali ivi presenti. Ai fini della valutazione del pregiudizio concreto, vanno prese in considerazione le conseguenze – anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale – che potrebbero derivare all'interessato (o ad altre persone alle quali esso è legato da un vincolo affettivo) dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del dato o del documento richiesto, tenuto conto delle implicazioni derivanti dalla previsione di cui all'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 33/2013, in base alla quale i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati come «pubblici», sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 7 del d. lgs. n. 33/2013). Tali conseguenze potrebbero riguardare, ad esempio, future azioni da parte di terzi nei confronti dell'interessato, o situazioni che potrebbero determinare l'estromissione o la discriminazione dello stesso individuo, oppure altri svantaggi personali e/o sociali. In questo quadro, può essere valutata, ad esempio, l'eventualità che l'interessato possa essere esposto a minacce, intimidazioni, ritorsioni o turbative al regolare svolgimento delle funzioni pubbliche o delle attività di pubblico interesse esercitate, che potrebbero derivare, a seconda delle particolari circostanze del caso, dalla conoscibilità di determinati dati. Analogamente, vanno tenuti in debito conto i casi in cui la conoscibilità di determinati dati personali da parte di chiunque possa favorire il verificarsi di eventuali furti di identità o di creazione di identità fittizie attraverso le quali esercitare attività fraudolente¹². Nel valutare l'impatto nei riguardi dell'interessato, vanno tenute in debito conto anche le ragionevoli aspettative di quest'ultimo riguardo al trattamento dei propri dati personali al momento in cui questi sono stati raccolti, ad esempio nel caso in cui le predette conseguenze non erano prevedibili al momento della raccolta dei dati. Per verificare l'impatto sfavorevole che potrebbe derivare all'interessato dalla conoscibilità da parte di chiunque delle informazioni richieste, l'ente destinatario della richiesta di accesso generalizzato deve far riferimento a diversi parametri, tra i quali, anche la natura dei dati personali oggetto della richiesta di accesso o contenuti nei documenti ai quali si chiede di accedere, nonché il ruolo ricoperto nella vita pubblica, la funzione pubblica esercitata o l'attività di pubblico interesse svolta dalla persona cui si riferiscono i predetti dati. Riguardo al primo profilo, la presenza di dati sensibili e/o giudiziari può rappresentare un indice della sussistenza del predetto pregiudizio, laddove la conoscenza da parte di chiunque che deriverebbe dall'ostensione di tali informazioni – anche in contesti diversi (familiari e/o sociali) – possa essere fonte di discriminazione o foriera di rischi specifici per l'interessato. In linea di principio, quindi, andrebbe rifiutato l'accesso generalizzato a tali informazioni,



b) la libertà e la segretezza della corrispondenza⁴⁶;

potendo invece valutare diversamente, caso per caso, situazioni particolari quali, ad esempio, quelle in cui le predette informazioni siano state deliberatamente rese note dagli interessati, anche attraverso loro comportamenti in pubblico. Analoghe considerazioni sull'esistenza del pregiudizio concreto possono essere fatte per quelle categorie di dati personali che, pur non rientrando nella definizione di dati sensibili e giudiziari, richiedono una specifica protezione quando dal loro utilizzo, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, possano derivare rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati (si pensi, ad esempio, ai dati genetici, biometrici, di profilazione, sulla localizzazione o sulla solvibilità economica, di cui agli artt. 17 e 37 del Codice). Tra gli altri fattori da tenere in considerazione ai fini della valutazione della sussistenza del pregiudizio in esame, merita rilievo anche la circostanza che la richiesta di accesso generalizzato riguardi dati o documenti contenenti dati personali di soggetti minori, la cui conoscenza può ostacolare il libero sviluppo della loro personalità, in considerazione della particolare tutela dovuta alle fasce deboli. Riguardo al secondo profilo, va considerato altresì che la sussistenza di un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali può verificarsi con più probabilità per talune particolari informazioni – come ad esempio situazioni personali, familiari, professionali, patrimoniali – di persone fisiche destinatarie dell'attività amministrativa o intervenute a vario titolo nella stessa e che, quindi, non ricoprono necessariamente un ruolo nella vita pubblica o non esercitano funzioni pubbliche o attività di pubblico interesse. Ciò anche pensando, come già visto, alle ragionevoli aspettative di confidenzialità degli interessati riguardo a talune informazioni in possesso dei soggetti destinatari delle istanze di accesso generalizzato o la non prevedibilità delle conseguenze derivanti a questi ultimi dalla conoscibilità da parte di chiunque di tali dati. Tale ragionevole aspettativa di confidenzialità è un elemento che va valutato in ordine a richieste di accesso generalizzato che possono coinvolgere dati personali riferiti a lavoratori o a altri soggetti impiegati a vario titolo presso l'ente destinatario della predetta istanza

⁴⁶ L'accesso generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela della «libertà e la segretezza della corrispondenza» (art. 5, comma 2-bis, d. lgs. n. 33/2013). Si tratta di una esclusione diretta a garantire la libertà costituzionalmente tutelata dall'art. 15 Cost. che prevede espressamente come «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge»²⁰. Tale tutela – che si estende non solo alle persone fisiche, ma anche alle persone giuridiche, enti, associazioni, comitati ecc. – copre le comunicazioni che hanno carattere confidenziale o si riferiscono alla intimità della vita privata ed è volta a garantire non solo la segretezza del contenuto della corrispondenza fra soggetti predeterminati, ma anche la più ampia libertà di comunicare reciprocamente, che verrebbe pregiudicata dalla possibilità che soggetti diversi dai destinatari individuati dal mittente possano prendere conoscenza del contenuto della relativa corrispondenza. Tenuto conto che «la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo», la nozione di corrispondenza va intesa in senso estensivo a prescindere dal mezzo di trasmissione utilizzato, stante la diffusione delle nuove tecnologie della comunicazione. Tale interpretazione è suffragata anche dalle norme penali a tutela dell'invulnerabilità dei segreti che considerano come «corrispondenza» non solo quella epistolare, ma anche quella telegrafica, telefonica, informatica o telematica, ovvero quella effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza (art. 616, comma 4, codice penale). La predetta nozione di corrispondenza comprende, inoltre, sia il contenuto del messaggio, che gli eventuali file allegati, nonché i dati esteriori della comunicazione, quali, ad esempio, l'identità del mittente e del destinatario, l'oggetto, l'ora e la data di spedizione. Ciò premesso occorre precisare che, ai fini delle valutazioni in ordine all'individuazione dei casi in cui il diniego all'accesso generalizzato è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela della «libertà e la segretezza della corrispondenza», l'ente destinatario dell'istanza di accesso generalizzato dovrà tenere in considerazione la natura della stessa, le intenzioni dei soggetti coinvolti nello scambio della corrispondenza e la legittima aspettativa di confidenzialità degli interessati ivi compresi eventuali soggetti terzi citati all'interno della comunicazione. In questa valutazione, poiché nel contesto dello svolgimento delle attività amministrative e di pubblico interesse degli enti destinatari delle richieste di accesso generalizzato, l'utilizzo della corrispondenza (posta, e-mail, fax, ecc.) costituisce la modalità ordinaria di comunicazione, non solo tra i diversi enti, ma anche fra questi e i terzi, per la corretta applicazione del limite previsto dall'art. 5, comma 2-bis, d. lgs. n. 33/2013 non si dovrà necessariamente escludere l'accesso a tutte queste comunicazioni ma soltanto a quelle che, secondo una verifica da operare caso per caso, abbiano effettivamente un carattere confidenziale e privato. Tali caratteristiche, ad esempio, possono essere rinvenute nel caso in cui venga utilizzato l'indirizzo di posta elettronica individuale fornito al personale dall'ente presso il quale svolge la propria attività lavorativa, allorché l'individualità dell'indirizzo e-mail attribuito al lavoratore e la sua veste esteriore, o altre circostanze del caso, possano essere



- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali⁴⁷.

5.4.7. Il procedimento di accesso

5.4.7.1. Fase introduttiva

5.4.7.1.1. Ufficio competente a ricevere l'istanza

La richiesta di accesso generalizzato può essere presentata, alternativamente:

- 1) all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;

ritenute tali da determinare una legittima aspettativa di confidenzialità – del mittente, del destinatario o di terzi – rispetto a talune forme di comunicazione (estranee o meno all'attività lavorativa).

⁴⁷ La previsione dell'art. 5 bis co.2 lett. c) del decreto trasparenza include nella generica definizione di "interessi economici e commerciali", tre specifici ambiti tutelati dall'ordinamento e tutti collegati con l'interesse generale di garantire il buon funzionamento delle regole del mercato e della libera concorrenza. Il termine "proprietà intellettuale" indica un sistema di tutela giuridica – che si basa sul riconoscimento di diritti esclusivi - di beni immateriali, ossia le creazioni intellettuali, aventi anche rilevanza economica: si tratta dei frutti dell'attività creativa e inventiva umana come, ad esempio, le opere artistiche e letterarie, le invenzioni industriali e i modelli di utilità, il design, i marchi. Al concetto di proprietà intellettuale fanno capo le tre grandi aree del diritto d'autore, del diritto dei brevetti e del diritto dei marchi, questi ultimi ricompresi nel più ampio concetto di proprietà industriale. Il diritto d'autore tutela le opere dell'ingegno di carattere creativo riguardanti le scienze, la letteratura, la musica, le arti figurative, l'architettura, il teatro, la cinematografia, la radiodiffusione e, da ultimo, i programmi per elaboratore e le banche dati, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. La tutela autoriale non soggiace ad alcun onere di deposito, come invece si richiede per le invenzioni industriali. Il contenuto del diritto d'autore si articola in diritto morale e diritto patrimoniale d'autore, disciplinati entrambi dalla l. 633/1941 e successive modifiche e integrazioni (da ultimo, la l. 208/2015 ed il d.lgs. 8/2016); la tutela dei diritti d'autore rientra fra le attività della SIAE, ed è stata oggetto di una serie di convenzioni internazionali, volte a conseguire un regolamento uniforme in materia. L'Unione europea conduce da diversi anni una politica attiva nel campo della proprietà intellettuale finalizzata all'armonizzazione delle legislazioni nazionali: numerosissime le Convenzioni e le Direttive in materia. Il diritto di proprietà intellettuale (diritto d'autore) e quello di proprietà industriale (brevetti, know-how, marchi e modelli) e costituiscono risorse fondamentali per qualunque impresa. Il tema del segreto industriale è spesso strettamente collegato con quello del segreto commerciale dal quale non sempre è nettamente distinguibile, sia perché simili sono i problemi che li coinvolgono, sia perché la disciplina ad essi applicabile è comune: infatti, possono essere presenti, nel know-how specifico dell'impresa, aspetti inventivi, tutelabili anche come brevetti. L'idea innovativa può riguardare le diverse fasi dell'attività dell'impresa, la produzione industriale (per esempio un nuovo tipo di procedimento di fabbricazione che consenta l'uso di un prodotto preesistente ma a costi molto inferiori), l'organizzazione aziendale, il modo di effettuare la commercializzazione di un bene o di un servizio e così via. E' chiaro che l'imprenditore ha interesse non solo ad innovare ma anche a mantenere in suo possesso tale innovazione ossia ad evitare che imprese concorrenti possano copiare la sua invenzione. Egli può assicurarsene l'esclusiva attraverso lo speciale strumento del brevetto industriale o lasciare che la sua invenzione rimanga segreta, magari per un certo lasso di tempo (segreto aziendale). Costituiscono oggetto di tutela (segreti commerciali) le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, quelle relative all'organizzazione, quelle finanziarie, ossia il know-how aziendale, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; abbiano valore economico in quanto segrete; siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete; riguardino dati relativi a ricerche, prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di sostanze chimiche. Con la recente Direttiva UE 2016/943 dell'8 giugno 2016, sono state emanate disposizioni sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti. La direttiva è volta a garantire il buon funzionamento del mercato interno, e a svolgere un effetto deterrente contro la divulgazione illecita di segreti commerciali, senza minare i diritti e le libertà fondamentali o l'interesse pubblico, in particolare la pubblica sicurezza, la tutela dei consumatori, la sanità pubblica, la tutela dell'ambiente e la mobilità dei lavoratori.



- 2) all'Ufficio relazioni con il pubblico;
- 3) ad altro ufficio, che l'amministrazione abbia indicato nella sezione "Amministrazione trasparente" – "Altri contenuti – Accesso civico" del sito istituzionale.

5.4.7.1.2. L'istanza di accesso

5.4.7.1.2.1. Contenuto

La richiesta di accesso generalizzato deve identificare i documenti e i dati richiesti. Ciò significa:

- che la richiesta indica i documenti o i dati richiesti, ovvero
- che la richiesta consente all'amministrazione di identificare agevolmente i documenti o i dati richiesti.

Devono essere ritenute inammissibili le richieste formulate in modo così vago da non permettere all'amministrazione di identificare i documenti o le informazioni richieste. In questi casi, l'amministrazione destinataria della domanda dovrebbe chiedere di precisare l'oggetto della richiesta.

Si ricordi infine che l'istanza non deve necessariamente contenere una motivazione: tutti i soggetti cui si applica il diritto di accesso generalizzato sono tenuti a prendere in considerazione le richieste di accesso generalizzato, a prescindere dal fatto che queste rechino o meno una motivazione o una giustificazione a sostegno della richiesta.

5.4.7.1.2.2. Modalità di inoltro

Ai sensi del comma 3 dell'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, l'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 recante il «Codice dell'amministrazione digitale» (CAD). Tra queste modalità, l'amministrazione o l'ente è opportuno privilegi quella meno onerosa per chi presenta l'istanza.

Ai sensi dell'art. 65, co. 1 lett. c) del CAD, le richieste presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici sono valide anche se sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento d'identità.

Resta fermo che l'istanza può essere presentata anche a mezzo posta, fax o direttamente presso gli uffici indicati dall'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 33/2013, e che laddove la richiesta di accesso generalizzato non sia sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, la stessa debba essere sottoscritta e presentata unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore, che va inserita nel fascicolo (cfr. art. 38, commi 1 e 3, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445).

5.4.7.2. Fase istruttoria

5.4.7.2.1. Comunicazione ai controinteressati

Laddove la richiesta di accesso generalizzato possa incidere su interessi connessi alla protezione dei dati personali, o alla libertà e segretezza della corrispondenza oppure agli interessi economici e commerciali (ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali), l'ente destinatario della richiesta di accesso deve darne comunicazione ai soggetti titolari di tali interessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento (o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione).



Il soggetto controinteressato può presentare (anche per via telematica) una eventuale e motivata opposizione all'istanza di accesso generalizzato, entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione della richiesta di accesso generalizzato. Decorso tale termine, l'amministrazione provvede sulla richiesta di accesso generalizzato, accertata la ricezione della comunicazione da parte del controinteressato.

5.4.7.2.1.1. I mezzi di tutela dei controinteressati

Qualora venga accolta un'istanza nonostante l'opposizione dei controinteressati, quest'ultimi ai sensi del co. 9 dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013, possono presentare richiesta di riesame al Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) e, per i soli atti di Regioni ed enti locali, ricorso al difensore civico.

Avverso la decisione dell'ente o dell'amministrazione ovvero a quella del RPCT dell'amministrazione o dell'ente o a quella del difensore civico, il controinteressato può proporre ricorso al TAR ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. 104/2010 sul codice del processo amministrativo.

5.4.7.3. Fase decisoria

5.4.7.3.1. Termine di conclusione

Il procedimento di accesso generalizzato deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, con la comunicazione dell'esito al richiedente e agli eventuali controinteressati.

Tali termini sono sospesi (fino ad un massimo di dieci giorni) nel caso di comunicazione della richiesta al controinteressato.

5.4.7.3.2. Accoglimento dell'istanza

In caso di accoglimento, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti.

Nel caso in cui l'accesso sia consentito nonostante l'opposizione del controinteressato, i dati o i documenti richiesti possono essere trasmessi al richiedente non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione da parte del controinteressato.

5.4.7.3.2.1. La motivazione

Anche il provvedimento di accoglimento, al pari del provvedimento di diniego, contiene una adeguata motivazione che dà conto della insussistenza di uno o più elementi che integrano l'esistenza del pregiudizio concreto, specie quando è adottato nonostante l'opposizione del controinteressato.

5.4.7.3.2.2. Rimborso dei costi

Il rilascio di dati o documenti in formato elettronico, in risposta alla richiesta di accesso generalizzato, è gratuito.

Quando l'amministrazione risponde alla richiesta di accesso generalizzato mediante il rilascio di documenti ed informazioni in formato cartaceo, può richiedere il rimborso dei soli costi effettivamente sostenuti e documentati per la riproduzione su supporti materiali.

5.4.7.3.3. Diniego all'accesso

Il provvedimento di rifiuto adottato in applicazione dei limiti di cui all'art. 5 bis, commi 1 e 2 contiene una adeguata motivazione che dà conto della sussistenza degli elementi che



integrano l'esistenza del pregiudizio concreto. Va parimenti motivato adeguatamente il provvedimento di rifiuto adottato in applicazione delle esclusioni di cui all'art. 5-bis, co. 3.

5.4.8. I mezzi di tutela del diritto di accesso generalizzato

In caso di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato dal comma 6 del d. lgs. n. 33/2013, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni⁴⁸.

In alternativa, laddove si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale (qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente, per l'ambito territoriale immediatamente superiore, se presente). In tal caso, il ricorso deve comunque essere notificato anche all'amministrazione interessata. È previsto che il difensore civico si pronunci entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso e che se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne debba informare il richiedente e comunicarlo all'amministrazione competente. Se questa non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito⁴⁹.

In ogni caso, a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione, il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo.

⁴⁸ Il RPCT decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni dall'istanza di riesame. Il termine è sospeso qualora il RPCT senta il Garante per la protezione dei dati personali se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'art. 5 bis co. 2 lett. a) (relativi alla protezione dei dati personali). Il Garante si pronuncia entro 10 giorni dalla richiesta. Gli stessi termini valgono nel caso la richiesta di riesame sia avanzata dal controinteressato in caso di accoglimento dell'istanza nonostante la sua opposizione

⁴⁹ Laddove si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente o il controinteressato può presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale (qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore). In tal caso, il ricorso deve comunque essere notificato anche all'amministrazione interessata. La norma (art. 5 co 8) prevede che il difensore civico si pronunci entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso. Il termine è sospeso qualora il difensore civico senta il Garante per la protezione dei dati personali se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'art. 5 bis co. 2 lett. a) (relativi alla protezione dei dati personali). Il Garante si pronuncia entro 10 giorni dalla richiesta. Se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, deve informarne il richiedente e darne comunicazione all'amministrazione competente. Se questa non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito.

Capitolo 6°

Atti amministrativi

6.1. L'atto amministrativo (in senso lato).

Per atto amministrativo si intende un atto giuridico di diritto pubblico compiuto da un soggetto attivo della P.A. nell'esercizio di potestà amministrativa e volto alla realizzazione di un interesse pubblico.

L'atto amministrativo, che sia o meno "provvedimento" (atto amministrativo in senso lato), presenta sempre una "realtà oggettiva e formale", composta da elementi (essenziali, accidentali e naturali), requisiti di legittimità (la cui mancanza ne determina l'annullabilità), requisiti di efficacia (la cui mancanza ne determina l'inefficacia), e da una determinata struttura formale.

6.1.1. Gli elementi dell'atto amministrativo.

Gli elementi dell'atto amministrativo si distinguono in:

- **essenziali**: se giuridicamente necessari per l'esistenza dell'atto;
- **accidentali**: sono quelli che non sono necessari per l'esistenza dell'atto ma che possono essere apposti eventualmente dall'autorità amministrativa affinché l'atto realizzi meglio l'interesse pubblico. Posso essere apposti solo agli atti amministrativi discrezionali, e non devono essere *contra legem*;
- **naturali**: sono quegli elementi che, in quanto previsti dalla legge per il tipo "astratto" di atto, si considerano sempre inseriti in esso, anche non se non vi appaiono espressamente.

6.1.1.1. Essenziali

Sono elementi essenziali dell'atto amministrativo secondo la dottrina prevalente: I) l'agente; II) il destinatario; III) l'oggetto; IV) il contenuto; IV) la forma; V) la volontà.

6.1.1.1.1. L'agente.

L'agente è il centro di imputazione giuridica che pone in essere l'atto. Deve essere necessariamente un organo della P.A. competente a compiere l'atto e deve essere legittimamente investito della funzione che egli esercita o, in via eccezionale, un soggetto privato all'uopo deputato.

6.1.1.1.1.1. Concetto di organo e di rapporto organico.

Organo dell'ente pubblico è la persona fisica titolare di una certa funzione o carica all'interno dell'ente e destinata ad esercitarla, agendo all'esterno per l'ente ed impegnandolo validamente nei confronti dei terzi¹.

Dal punto di vista interno, si dice che l'organo è legato all'ente da una particolare relazione che va sotto il nome di rapporto organico. Secondo la dottrina prevalente, il c.d.

¹ Dall'organo va tenuto, invece, distinto l'ufficio, che è il complesso degli individui e di mezzi e beni materiali (arredi, locali, strumenti etc.) destinato ad assolvere compiti ausiliari e strumentali rispetto alle funzioni degli organi. Quindi ad esempio la prefettura è l'ufficio, e il prefetto è l'organo



rapporto organico non è un rapporto giuridico, ossia una relazione intersoggettiva, né un rapporto sui generis, ma indica piuttosto quel fenomeno per cui si ha l'immedesimazione del soggetto, quale "organo", con l'ente ed esprime la relazione interna "organizzatoria" tra preposto o titolare dell'organo e l'Ente².

La configurazione del rapporto organico, quale rapporto non giuridico, è rilevante ai fini della diretta imputazione dell'attività svolta dal titolare dell'organo dell'ente di cui costituisce elemento strutturale. Infatti, l'atto compiuto dal titolare dell'organo risulta essere atto dell'ufficio o dell'organo e, in quest'ultimo caso, viene direttamente imputato all'ente, con conseguente assunzione, in capo a questo, dei vizi dell'atto e della responsabilità (diretta, ex art. 2043 c.c.) per danni a terzi.

6.1.1.1.2. Rapporti interorganici.

Sotto il profilo della relazione tra gli organi sono possibili i seguenti rapporti:

- rapporto di gerarchia: è il rapporto esterno intercorrente tra organi individuali di grado diverso all'interno, in genere, di uno stesso ramo di amministrazione³. L'organo gerarchicamente superiore è investito, nei confronti dell'organo inferiore, di una serie di poteri: I) posizione di supremazia generale rispetto all'organo subordinato; II) potere di direzione dell'attività dell'organo inferiore, che si esercita con l'emanazione di ordini amministrativi, sotto forma di circolari o istruzioni o direttive; III) potere di delegare all'organo inferiore l'esercizio di propri poteri, nei casi consentiti dalla legge; IV) potere di risolvere i conflitti di competenza tra organi gerarchicamente inferiori; V) potere di vigilanza, che importa un controllo sull'attività dell'inferiore mediante ispezioni o inchieste, dirette ad accertare l'adempimento di tutti gli obblighi ad esso imposti dalle norme generali e, in particolare, a sorvegliare sull'osservanza delle disposizioni di servizio impartite al superiore. Tale modello di gerarchia (gerarchia in senso stretto) è chiaramente in fase recessiva, permanendo solo nelle amministrazioni militari, paramilitari o deputate a compiti di sicurezza pubblica. Nella attuale struttura amministrativa si è invece sviluppato un modello di gerarchia in senso lato, caratterizzato dalla presenza solo di alcuni dei poteri prima evidenziati, accanto al potere d'ordine⁴;

² Il rapporto organico "di diritto" sorge, in generale, con un atto di assegnazione (o incardinazione) del soggetto all'ufficio o all'organo che presuppone, di regola l'esistenza di un rapporto di servizio. Tuttavia, può verificarsi l'ipotesi che un soggetto sia assegnato ad una funzione ma la sua assunzione in servizio sia invalida. In tal caso, anche se l'atto di assunzione (nomina) venga successivamente annullato, gli atti compiuti da quel soggetto come organo della P.A. restano salvi e sono direttamente imputabili alla P.A.

³ Dalla definizione data di gerarchia che: I) il rapporto di gerarchia solo fra organo individuali; II) tale rapporto intercorre, in genere, solo fra organi appartenenti allo stesso ramo di amministrazione, ma può in qualche caso ricorrere fra organi appartenenti, a rami diversi (es.: il Prefetto riguardo ad altri Ministri diversi da quello dell'Interno).

⁴ In particolare: I) il potere di direzione: il superiore gerarchico stabilisce criteri ed obiettivi dell'azione amministrativa. L'inferiore gerarchico deve considerare quanto stabilito dal superiore come criterio di riferimento della propria azione e deve motivare le ragioni se agisce in maniera difforme. Tale potere si esprime nelle direttive o circolari; II) il potere di sostituzione non sussiste se non laddove espressamente previsto dalla legge; III) il potere di controllo è come nella gerarchia in senso stretto.



- **rapporto di direzione:** è il rapporto in cui l'organo sovraordinato non impartisce ordini puntuali, ma direttive, ossia indica gli obiettivi da raggiungere lasciando libertà di azione all'organo sottostante, circa le modalità di perseguimento degli stessi;
- **rapporto di coordinamento:** è il rapporto che lega due o più organi posti in posizione di equiordinazione, dove appunto non c'è un organo sovraordinato. In tal caso o viene costituito un organo collegiale nel quale tutti gli organi sono rappresentati (ad esempio si pensi alla conferenza di servizi) oppure ad uno degli organi viene espressamente conferito dalla legge il compito di coordinamento. Tale organo non avrà poteri di direttiva ma semplicemente poteri di armonizzazione dell'azione di diversi organi;
- **rapporto di controllo:** è il rapporto in base al quale l'attività svolta da un organo viene vagliata da un altro organo, a salvaguardia degli interessi sui cui quest'ultimo è chiamato a vigilare.

6.1.1.1.3. Classificazione degli organi.

In base alla funzione svolta si distinguono:

- **organi con funzioni amministrative attive:** hanno il compito di prendere decisioni (attività deliberativa) e di portare a termine (attività esecutiva) o farle portare a termine (per esempio i Ministri);
- **organi con funzioni amministrative consultive:** hanno il compito di fornire pareri e consulenze agli organi attivi (per esempio il Consiglio di Stato);
- **organi con funzioni amministrative di controllo:** hanno il compito di vigilare in preventiva o successiva, sull'attività svolta dagli organi amministrativi attivi⁵.

In base alla composizione si distinguono:

- **organi individuali o monocratici,** ove l'esercizio delle funzioni è demandato ad una sola persona fisica;
- **organi collegiali:** ove l'esercizio delle funzioni è demandato a più persone costituenti un collegio, dotate tutti di pari potere (Consigli, Giunte, Commissioni, Comitati). Le deliberazioni vanno adottate secondo le regole comuni dell'organo. Gli organi collegiali si distinguono, poi in collegi perfetti o imperfetti, a seconda che il quorum strutturale – ossia il numero di componenti necessari per la costituzione – sia pari alla totalità o meno dei suoi membri⁶.

⁵ Gli organi di controllo e quelli consultivi, possono a loro volta essere definiti come organi ausiliari in quanto attività sussidiarie rispetto a quelle degli organi di amministrazione attiva.

⁶ Dal quorum strutturale si distingue il quorum funzionale, ossia il numero di voti necessari per l'approvazione della deliberazione messa ai voti. In mancanza di espressa previsione si presume necessaria la



In base alla durata si distinguono organi permanenti, che sono quelli che assolvono compiti di carattere stabile e continuativo, ed organi temporanei che assolvono compiti circoscritti ed occasionali (es.: commissione di esame).

In base alla normalità della loro esistenza, si distinguono organi ordinari che sono quelli che assolvono alla normale attività amministrativa, ed organi straordinari, che sono quelli destinati a far fronte a situazioni straordinarie ed eccezionali.

Secondo l'attribuzione si distinguono organi primari e secondari. I primari sono quelli dotati di proprie competenze direttamente attribuite da una norma, come il Prefetto, il Sindaco, il Ministro, ecc. I secondari sono quelli dotati di competenze delegate da altri organi ovvero si sostituiscono ad altri organi in caso di assenza o impedimento, come il sottosegretario di Stato, l'assessore comunale, il vice Sindaco.

Infine gli organi si distinguono in interni ed esterni a seconda che siano o meno, legittimati ad emanare atti con efficacia esterna o solamente endoprocedimentale⁷.

6.1.1.1.2. Il destinatario.

Il destinatario è l'organo pubblico o il soggetto privato nei cui confronti si producono gli effetti del provvedimento. Il destinatario deve essere determinato o determinabile⁸.

6.1.1.1.3. La volontà.

Secondo alcuni autori, la volontà costituisce un elemento essenziale del provvedimento, perché anche nel diritto pubblico vige il principio fondamentale, secondo il quale nessun atto può considerarsi riferibile al soggetto che lo ha compiuto, se non è stato da esso consapevolmente voluto.

6.1.1.1.4. L'oggetto.

L'oggetto è il bene, il comportamento, il rapporto o il fatto di cui si occupa l'atto amministrativo. L'oggetto deve essere determinato, possibile e lecito.

6.1.1.1.5. Il contenuto.

Per contenuto sta ad indicare la parte cd. precettiva dell'atto, e consiste in ciò che con esso si intende autorizzare, disporre, ordinare, concedere, attestare etc. il contenuto muta col variare dell'atto essendo ogni atto caratterizzato dal proprio contenuto.

Anche il contenuto, come l'oggetto, deve essere possibile, lecito e determinato o determinabile; esso, in ogni caso, deve essere espressione di una

maggioranza relativa: metà più dei presenti. In tale caso si parla di collegi virtuali. Laddove sia invece necessaria l'unanimità, si parla di collegi reali.

⁷ In realtà tale distinzione è totalmente pleonastica, in quanto l'organo per essere tale, come abbiamo evidenziato in precedenza, deve essere legittimato ad emanare atti con efficacia esterna, pertanto quanto tale possibilità è assente non siamo in presenza di organi ma di uffici in senso stretto (cioè senza rilevanza esterna).

⁸ La mancanza di destinatario comporta la nullità dell'atto, l'errata individuazione di esso comporta, invece "annullabilità".



potestà amministrativa e perciò, quando sia posto in essere da un agente che manchi di tale potestà (c.d. potestà di fatto), l'atto sarà inesistente⁹.

6.1.1.1.6. La finalità.

La finalità attiene all'aspetto funzionale dell'atto, allo scopo che esso persegue. Ciascuno atto amministrativo è caratterizzato dalla propria funzione istituzionale, e ad essa deve corrispondere.

6.1.1.1.7. La forma.

In via di principio si ritiene che in relazione ai provvedimenti amministrativi valga il principio della libertà di forma. Tuttavia la maggior parte delle leggi, prevedono la forma scritta, come forma *ad substantiam*, la cui mancanza pertanto comporta la nullità dell'atto.

6.1.1.2. Accidentali.

Anche nel campo del diritto amministrativo sono contemplati i cd. elementi accidentali che possono essere apposti ad atti discrezionali regolati da norme non cogenti, solo se ed in quanto non alterino il contenuto tipico. Sono elementi accidentali dell'atto:

- il termine: mediante il quale si fa dipendere l'inizio (termine iniziale) o la fine (termine finale) degli effetti di un provvedimento dal verificarsi di un evento futuro certo;
- la condizione: mediante la quale sia fa dipendere l'inizio (condizione sospensiva) o la fine (condizione risolutiva) degli effetti di un provvedimento dal verificarsi di un evento futuro e incerto;
- l'onere: costituisce un peso imposto al destinatario del provvedimento (es.: ti concedo la concessione del lido con l'obbligo di pulire l'intera spiaggia adiacente);
- le riserve, che sono con cui la P.A. si riserva di adottare futuri provvedimenti in relazione all'oggetto stesso dell'atto emanato.

6.1.2. I requisiti di legittimità dell'atto amministrativo.

I requisiti di legittimità sono quei requisiti richiesti dalla legge affinché l'atto, oltre che esistente, sia anche valido (cioè legittimo). Essi riguardano all'agente, l'oggetto e il contenuto.

6.1.2.1. Inerenti all'agente.

I requisiti inerenti all'agente. Si distinguono in:

- la compatibilità, cioè la mancanza di una di quelle cause che possono importare astensione o ricusazione;
- la legittimazione, ossia l'esistenza di una investitura effettuata nei modi di legge (fa eccezione il caso delle funzioni di fatto);
- la competenza (per territorio, grado e materia) a emanare l'atto.

⁹ Si può distinguere un contenuto naturale che consegue all'emanazione dell'atto per ciò che l'atto dispone; un contenuto implicito che deriva, anche se l'atto non via faccia riferimento, dall'ordinamento; un contenuto eventuale, determinata dalla presenza di elementi accidentali.



6.1.2.1.1. La competenza.

La **competenza** di un organo designa il complesso di poteri e di funzioni che esso può, per legge, esercitare per perseguire fini di pubblico interesse. Essa ha pertanto, anche una funzione delimitativa in quanto individua il “*quantum*”, ossia la misura di attribuzione di spettanza all’organo.

In altri termini ad ogni organizzazione amministrativa pubblica è affidata dall’ordinamento la cura di determinati interessi pubblici, il cui ambito è definito **attribuzione**. La competenza è appunto, la misura dell’esercizio dell’attribuzione che spetta a ciascun organo.

Tradizionalmente la competenza viene distinta in tre categorie:

- **per materia**, quando la ripartizione fra gli organi avviene per compiti (si pensi alla distribuzioni dei compiti fra i diversi Ministeri);
- **per territorio**, quando, ferma restando l’identità di competenza per materia, la ripartizione fra gli organi avviene con riferimento all’ambito territoriale di esercizio delle attribuzioni;
- **per grado**, quando, ferma restando l’identità di competenza per materia e territorio, la ripartizione fra gli organi avviene con riferimento al livello che l’organo occupa all’interno di uno stesso ramo d’amministrazione. La competenza per grado presuppone, quindi, un rapporto di gerarchia, per cui certe funzioni sono affidate all’organo superiore e altre all’organo inferiore.

6.1.2.1.1.1. Trasferimento della competenza.

La competenza amministrativa è retta dal principio della inderogabilità in quanto le sfere di attribuzione e le competenze sono rimesse alla volontà del legislatore (ex art. 97 Cost.). Tuttavia esistono determinati istituti mediante i quali, con provvedimenti amministrativi, nei casi previsti dalla legge, si può operare un **trasferimento della titolarità della competenza o lo spostamento dell’esercizio di essa**. Tali istituti giuridici sono:

- **l’avvocazione**: si ha avvocazione quando l’organo gerarchicamente superiore, per motivi di interesse pubblico, attribuisce a sé la competenza a compiere un determinato atto di competenza dell’organo inferiore¹⁰. Il potere di avvocazione esiste solo in presenza di un rapporto di gerarchia e non può mai essere esercitato quando l’atto è rimesso dalla legge alla competenza esclusiva dell’organo inferiore. L’avvocazione comporta che l’organo inferiore non può più esercitare la propria competenza in ordine all’affare avvocato, a meno che non intervenga un atto di restituzione della potestà di esercizio della competenza da parte dell’organo avvocante.
- **la delega dei poteri o delegazione** è l’atto amministrativo con il quale un organo o un ente, investito in via originaria della competenza a provvedere in una determinata materia, conferisce ad un altro organo dello stesso

¹⁰ Si noti che per aversi avvocazione non è necessario l’inadempimento dell’organo inferiore come avviene per la sostituzione.



ente pubblico (delegazione *interorganica*) o ad un ente pubblico distinto (delegazione *intersoggettiva*) l'esercizio di un potere di cui resta titolare¹¹. Quanto agli effetti, la delega trasferisce dal delegante al delegato non già la titolarità del potere (ossia l'intera competenza come avviene con l'avocazione) bensì soltanto l'esercizio di esso, mentre titolare ne resta il delegante; ciò comporta che il delegante può sempre modificare o revocare la delegazione¹².

- la *sostituzione*, quando in caso di inerzia di un organo gerarchicamente inferiore, l'organo superiore si sostituisce ad esso nel compiere un atto vincolato¹³.

6.1.2.2. Inerenti all'oggetto.

I requisiti *inerenti all'oggetto* sono quei requisiti dell'oggetto la cui mancanza non è considerata tanto grave dall'ordinamento da determinare l'inesistenza, ma solo l'invalidità dell'atto (es.: la regolare condotta civile e morale, l'idoneità fisica o il titolo di studio).

6.1.2.3. Inerenti alla forma.

Per quanto attiene i requisiti *inerenti alla forma*, va detto che nel concetto di forma rientrano, oltre al modo di estrinsecazione dell'atto, anche le condizioni di tempo e di luogo e le modalità prescritte per il suo compimento¹⁴.

6.1.2.4. Inerenti al contenuto.

Rientrano tra i requisiti *inerenti al contenuto* la conformità dell'atto ai precetti legislativi previsti per il suo tipo e il rispetto delle norme sulla sua emanazione.

6.1.3. Classificazioni operanti in seno alla categoria degli atti amministrativi in senso lato.

Degli atti amministrativi in senso lato (categoria che comprende sia i provvedimenti amministrativi sia gli atti amministrativi in senso stretto) si operano in dottrina varie classificazioni. È chiaro che queste classificazioni possono incrociarsi tra loro, nel senso che il medesimo atto amministrativo può appartenere contemporaneamente a più categorie.

Ad esempio l'atto amministrativo "parere", è sia una manifestazione di giudizio, se l'osserviamo dal punto di vista dell'elemento psichico, sia un atto di amministrazione consultiva, se l'osserviamo dal punto di vista della natura della attività esercitata, e così via.

6.1.3.1. In relazione alla natura dell'attività esercitata.

In relazione alla natura dell'attività esercitata si distinguono atti di:

¹¹ Quindi il potere viene esercitato dal delegato in nome proprio (che per conseguenza ne è direttamente responsabile) ma nell'interesse del delegante.

¹² Si ricordi che la delegazione è ammissibile solo nel caso in cui sia espressamente prevista dalla legge, comportando una deroga all'ordine delle competenze che è disciplinato dalla legge in via riservata.

¹³ Affinché, possa farsi luogo a sostituzione occorre, che: I) esista un rapporto di gerarchia tra il sostituto (superiore) ed il sostituito (inferiore); II) l'organo inferiore abbia ingiustificatamente ommesso di provvedere alla emanazione di un provvedimento; III) il provvedimento da emettere sia un atto vincolato nell'emanazione; IV) l'inferiore sia rimasto inerte anche dopo la formale diffida ad adempiere fattagli dal superiore; V) vi sia una previsione di legge. Verificatisi tali presupposti il superiore si sostituisce direttamente o tramite "commissari" "ad acta" all'inferiore nell'emanazione dell'atto.

¹⁴ Si noti che, mentre la mancanza o la erronea indicazione dell'intestazione, della data o del luogo producono solo irregolarità, la mancanza del preambolo e – *a fortiori* – della motivazione produce illegittimità.



amministrazione attiva: diretti a soddisfare immediatamente gli interessi propri della P.A.: tali sono i provvedimenti.

- amministrazione consultiva: tendenti ad illuminare, mediante consigli tecnici, giuridici ed economici gli organi di amministrazione attiva: tali sono i pareri;
- amministrazione di controllo: sono diretti a sindacare, sotto il profilo della legittimità o del merito. l'operato dell'amministrazione attiva: tali sono i controlli.

6.1.3.2. In relazione all'elemento psichico.

In relazione all'elemento psichico di cui sono manifestazione, abbiamo atti consistenti in:

- manifestazioni di volontà;
- manifestazioni di conoscenza o di scienza (o atti ricognitivi).
Appartengono a questa categoria:
- acclaramenti: sono acquisizioni di scienza concernenti l'esistenza, la misurazione e l'analisi tecnica o amministrativa dei dati fattuali del mondo reale;
- accertamenti: trattasi di atti di scienza al pari degli acclaramenti, con in più la caratteristica di poter attribuire una qualità giuridica ad una persona (ad es. accertamenti di attitudini), ad una cosa, ad un rapporto;
- certazioni: sono accertamenti che non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad altra entità giuridica esistente, ma creano esse stesse delle qualificazioni (ad es. la dichiarazione di perdita della cittadinanza);
- ispezioni: costituiscono acquisizioni di scienza espletate dagli organi ordinari dell'amministrazione, che possono culminare in un atto ricognitivo o esaurirsi in sé stesse, e comportanti potenzialmente l'ingerenza nella sfera giuridica di altri che si trovano in posizione di soggezione;
- inchieste: sono ispezioni particolarmente qualificate in ordine all'oggetto dell'acquisizione che, presentando il carattere di accadimento straordinario, comporta che le stesse siano affidate ad uffici particolari costituiti ad hoc, e talvolta estranei all'amministrazione.
- verbalizzazioni: sono atti di scienza con i quali si narrano e si documentano atti giuridici, operazioni o anche meri comportamenti di altre figure soggettive;
- certificazioni: sono dichiarazioni di scienza esterne in un documento in funzione partecipativa e concernenti fatti precedentemente acquisito dall'ufficio pubblico (si distinguono in proprie ed improprie a seconda che la legge ne sancisca o meno l'obbligo di emissione);
- registri pubblici: strumenti costituiti da materiali idonei a ricevere e conservare atti forniti dai privati o relativi a fatti accertati dalla stessa amministrazione, a fini di esibizione;



- **registrazioni**: sono dichiarazioni di scienza aventi lo scopo di attestare fatti accertati dalla pubblica autorità o risultanti dalle dichiarazioni o dai documenti forniti dagli interessati, attraverso l'inserzione in appositi registri.
- **notificazioni**: misure individuali con cui si porta a conoscenza del destinatario l'atto, attraverso un procedimento che mira a dare certezza legale dell'invio e del ricevimento dell'atto stesso;
- **comunicazioni**: atti di conoscenza mediante i quali la P.A. informa uno o più soggetti dell'emanazione di un atto o del verificarsi di un fatto;
- **manifestazioni di giudizio**: presuppongono un procedimento di apprendimento e si risolvono nell'enunciazione di un giudizio valutativo, per cui sono designati come atti di valutazione. Appartengono a questa categoria: I) giudizio sull'idoneità dei candidati; II) relazioni delle commissioni d'inchiesta; III) proposte; IV) pareri;

atti di natura mista.

6.1.3.3. In relazione al tipo di efficacia.

In relazione al tipo di efficacia, si distinguono atti:

- **costitutivi**: creano, modificano o estinguono una situazione giuridica. Tali sono i provvedimenti;
- **dichiarativi**: si limitano ad accertare una determinata situazione, senza influire su di essa, tutti gli atti dichiarativi non sono provvedimenti;
- **di accertamento** (o accertamenti costitutivi): rendono incontestabile, una situazione accertata.

6.1.3.4. In relazione ai destinatari.

In relazione ai destinatari, abbiamo

- **atti particolari**, se destinati ad un solo soggetto;
- **atti con pluralità di destinatari**: che possono essere:
- **atti plurimi**: formalmente unici, ma scindibili in tanti provvedimenti quanti sono i destinatari (es.: l'unico decreto con cui si nominano i vari vincitori di concorso). In singoli atti sono fra loro indipendenti e l'annullamento di uno di essi non travolge anche gli altri;
- **atti collettivi**: con essi la P.A. manifesta la propria volontà, unitariamente ed inscindibilmente, verso un complesso di individui unitariamente considerati (es. l'ordine di scioglimento di un Consiglio comunale). Conseguenza della natura dell'atto unitario, che ogni vizio inficia l'atto nella sua totalità (a differenza dell'atto plurimo).
- **atti generali**: si rivolgono a destinatari non determinati al momento dell'emanazione dell'atto, ma determinabili in un momento successivo, e cioè al momento della loro esecuzione (es. i bandi di concorso e di gare, gli ordini di mobilitazione, i piani, i programmi, etc.).



6.1.3.5. In relazione alla reciproca interdipendenza.

In relazione alla **reciproca interdipendenza**, si distingue tra:

- **atti composti**: sono formati da più manifestazioni di volontà così strettamente unite che si considerano un solo atto, per cui il difetto di uno di esse si risolve nel difetto di tutto l'atto. Sono ad esempio atti composti gli atti complessi (vedi *infra*);
- **atti contestuali**: risultano dalla riunione (si noti: riunione e non fusione) di più atti autonomi in un'unica manifestazione esteriore. Sono più atti che conservano la propria autonomia funzionale¹⁵;

6.1.3.6. In relazione agli agenti.

In relazione agli **agenti**, abbiamo:

- **atti di un solo organo**: posti in essere da un solo soggetto, sia esso individuale (atti semplici) che collettivo (atti collegiali, che rientrano in questa categoria, essendo il collegio un organo unitario, anche se composto da più persone);
- **atti di più organi**: che possono essere a loro volta:
- **atti complessi**: risultato del concorso di volontà di più organi diretti allo stesso fine e mossi dallo stesso interesse. Sono anche detti **codecisioni**, e si caratterizzano per il fatto che l'assenza del contributo anche di uno solo degli organi coinvolti per la loro formazione, non ne consente la perfezione¹⁶;
- **atti di concerto**: che sono adottati da un solo organo, ma previo concerto, e cioè d'intesa con altri organi;
- **contratti**: risultanti dalle manifestazioni di volontà di due o più parti e destinata alla composizione dei relativi interessi contrapposti.

6.1.3.7. In relazione al procedimento amministrativo.

In relazione al procedimento amministrativo abbiamo:

- **atti procedurali**, che si inseriscono in un procedimento amministrativo e sono tra loro coordinati e preordinati all'adozione di un provvedimento amministrativo (il c.d. atto finale del procedimento): tali sono gli **atti propulsivi** (come le istanze, le richieste i ricorsi) e gli **atti preparatori** (come i pareri, gli accordi preliminari, le designazioni). Caratteristica degli atti procedurali è che di regola essi possono essere impugnati soltanto insieme all'atto finale, al quale soltanto può essere collegato l'effetto giuridico finale;

¹⁵ Appartengono a tale categoria si gli atti **simultanei**, in quanto in unica manifestazione ricorrono atti dello stesso genere, ma rivolti in più direzioni (es.: un ordine dato da più Ministri, con un'unica dichiarazione, ai propri dipendenti), sia gli atti **plurimi**, che consistono nell'emanazione di più manifestazioni di volontà rivolte in unica direzione.

¹⁶ La complessità a sua volta può essere **uguale**, quando le varie manifestazione di volontà che concorrono alla formazione dell'atto hanno tutte lo stesso valore (es. decreti interministeriali); sia **ineguale**, quando ha valore preminente la volontà di uno solo degli organi che concorrono alla formazione dell'atto (esempio decreto del Presidente della Repubblica, formato dall'atto presidenziale e dalla sola controfirma del Ministro, che ha solo il requisiti di efficacia).



- **atti presupposti**, che pur rilevando ai fini della produzione dell'effetto giuridico finale, acquistano un rilievo autonomo in senso al procedimento amministrativo: Es. l'adozione del piano regolatore da parte del Consiglio comunale, è un atto presupposto rispetto alla successiva approvazione di esso da parte della Regione. Per il loro carattere autonomo, ali atti presupposti si applica un principio opposto a quello che vale per gli atti procedimentali: essi infatti essendo autonomi rispetto all'atto alla cui produzione concorrono, saranno autonomamente impugnabili;
- **provvedimenti amministrativi**, che sono gli atti finali del procedimento.

6.2. Gli atti amministrativi diversi dai provvedimenti: atti amministrativi in senso stretto.

6.2.1. Introduzione.

Le distinzioni che abbiamo operato nel par. 6.1.3, avevano come oggetto la categoria degli atti amministrativi in senso lato, ossia la categoria che comprende tanto gli atti amministrativi in senso stretto tanto i provvedimenti.

Ora soffermeremo la nostra attenzione, delineando le varie classificazioni che si effettuano al riguardo, solo sugli **atti amministrativi in senso stretto**, ossia solo su quegli atti amministrativi che non producendo effetti nei confronti dei terzi non sono e non possono essere qualificati come provvedimenti amministrativi.

Tanto è vero che oltre ai provvedimenti, esiste tutta una serie di atti amministrativi che per lo più assolvono funzioni strumentali, accessorie o quanto meno secondarie. Alcuni di essi rappresentano semplici momenti dei procedimenti preordinati all'emanazione e all'operatività dei provvedimenti (es. proposte, pareri, accertamenti preparatori, deliberazioni preliminari) ed altri assolvono compiti di mera testimonianza (es. certificazioni, registrazioni, verbalizzazioni).

Quella degli atti amministrativi non provvedimenti costituisce una categoria residuale che si caratterizza in quanto essi non sono di norma dotati di esecutorietà, non sono dotati di autoritarietà e non sono tutti tipici o nominati.

6.2.2. Classificazioni.

Gli atti amministrativi non provvedimenti possono essere raggruppati in due grandi categorie: I) atti consistenti in manifestazioni di volontà; II) e atti non consistenti in manifestazioni di volontà.

6.2.2.1. Atti consistenti in manifestazioni di volontà.

Gli atti consistenti in manifestazione di volontà si suddividono in: I) atti paritetici; II) atti facenti parte del procedimento amministrativo; III) e atti di controllo.

6.2.2.1.1. Atti paritetici.

Si chiamano **atti paritetici** quegli atti amministrativi (non provvedimenti) i quali la Pubblica Amministrazione, tenuta per legge a far fronte ad un obbligo posto a suo carico, in relazione ad un dato rapporto di diritto pubblico di natura patrimoniale, determina



unilateralmente il contenuto dell'obbligo stesso (es. determinazione di stipendi, assegni, emolumenti etc.) in base ad una mera attività accertativa.

6.2.2.1.2. Atti facenti parte del procedimento amministrativo.

Sono manifestazione di volontà anche taluni che si inseriscono nella fase preparatoria del procedimento per l'emanazione degli atti amministrativi. Tali sono:

- **la richiesta**: è un atto amministrativo mediante il quale un'autorità si rivolge ad un'altra per sollecitare l'emanazione di un atto amministrativo (vedi par. 11.2.2.2);
- **la designazione**: consiste nell'indicazione di uno o più nominativi all'autorità competente a provvedere ad un nomina;
- **le deliberazioni preliminari**: sostanzialmente non si distinguono dalla richieste preliminari;
- **gli accordi preliminari**: sono gli accordi che l'autorità competente all'emanazione di un determinato atto deve concludere previamente con altre autorità, tutte le volte in cui il provvedimento debba essere realizzato "di concerto" o "d'intesa" con esse.

6.2.2.2. Atti non consistenti in manifestazioni di volontà.

Gli atti non consistenti in manifestazioni di volontà si suddividono in

- **atti ricognitivi**: hanno ad oggetto una manifestazione di conoscenza.;
- **atti di valutazione**: hanno ad oggetto un manifestazione di giudizio;
- **intimidazioni**

6.3. Le norme interne della P.A.

6.3.1. Nozione.

Tutte le pubbliche amministrazioni emanano norme relative al funzionamento dei loro uffici o alle modalità di svolgimento della loro attività. Queste norme hanno come destinatari soltanto coloro che fanno parte di una data amministrazione e sono qualificate dalla dottrina **n o r m e i n t e r n e**.

Trovano il loro fondamento:

- nel potere di autorganizzazione proprio di ogni P.A. (es.: i regolamenti interni);
- nel potere di supremazia speciale dell' organo o ufficio, nei confronti organi o uffici inferiori (es.: gli ordini interni).

Le norme interne:

- non sono fonti del diritto;
- non possono essere in contrasto con norme di legge, né con regolamenti o ordinanze;
- la loro violazione da parte di un organo amministrativo può dar luogo a vizio di "eccesso di potere": in tal caso le "norme interne" violate assumono indirettamente rilevanza esterna (per i terzi);



- la loro inosservanza da parte di funzionari o impiegati della P.A. può dar luogo a seconda dei casi, a responsabilità civili, amministrative (disciplinari), contabili, o anche penali, nonché a forme di controllo repressivo-sostitutivo.

6.3.2. Le fonti delle norme interne

Le norme interne delle P.A. possono essere emanate attraverso diversi atti amministrativi:

- **regolamenti**: molte norme interne consistono in regolamenti interni disciplinanti il funzionamento interno dell'ufficio;
- **ordini**: si tratta di atti amministrativi emanati da una autorità gerarchicamente superiore, nei confronti di una inferiore, e contenenti un ad agire in un dato modo;
- **istruzioni**: sono atti contenenti regole di comportamento di carattere tecnico, a chiarimento di altre norme (di legge) generali o (amministrative) particolari, ed inviati da uffici superiori ad uffici inferiori, o talvolta da uffici tecnici ad uffici amministrativi;
- **circolari**: secondo parte della dottrina la circolare non è una figura autonoma di atto amministrativo, bensì un mezzo di notificazione o di comunicazione di un atto amministrativo avente la più disparata natura e contenuto. La dottrina ha individuato le seguenti tipi di circolare:
 - **circolare organizzativa**: contenente disposizioni sull'organizzazione degli uffici;
 - **circolare interpretativa**: recante l'interpretazione di leggi e regolamenti al fine di assicurare l'uniforme interpretazione nell'ambito dell'apparato amministrativo;
 - **circolare normativa**: recante precetti (norma di azione) vincolanti per le azioni successive dell'amministrazione. Si tratta di norme interne, come tali non vincolanti all'esterno e quindi prive di efficacia lesiva all'esterno;
 - **circolare di cortesia**: contenente voti augurali, saluti, attestati di stima;
 - **circolare informativa**: tesa a informare su determinati atti o problemi, come la situazione normativa o l'orientamento della giurisprudenza.



Capitolo 7°

I provvedimenti amministrativi

7.1. Nozione e caratteristiche.

I provvedimenti amministrativi sono manifestazioni di volontà aventi rilevanza esterna, provenienti da un P.A. nell'esercizio di un'attività amministrativa (discrezionale e non), indirizzate a soggetti determinati o determinabili in grado di apportare una modificazione unilaterale nella sfera giuridica degli stessi.

In ciò si differenziano dagli atti della fase istruttoria, dichiarazioni di scienza o di giudizio, non intese a produrre effetti in senso tecnico in capo a soggetti terzi.

Gli aspetti più rilevanti che essi presentano sono:

- **autoritarità o imperatività:** consiste nell'imporre unilateralmente modificazioni nella sfera giuridica dei destinatari¹;
- **esecutorietà:** accanto all'esecutività (che è l'astratta attitudine dell'atto ad essere eseguito), i provvedimenti amministrativi possono essere dotati anche di una particolare efficacia, che va sotto il nome di esecutorietà, consistente nella possibilità concessa alla pubblica amministrazione di dare immediata e diretta esecuzione all'atto amministrativo sfavorevole, anche contro il volere del destinatario, senza previa pronuncia giurisdizionale. Non tutti i provvedimenti sono esecutori, ma soltanto quelli la cui esecutorietà sia espressamente prevista dalla legge;
- **tipicità:** nel senso che i provvedimenti amministrativi sono solo quelli previsti dall'ordinamento e **nominatività**, nel senso che a ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrisponde un tipo di atto previsto e definito (esplicitamente o per implicito) dalla legge;
- **inoppugnabilità:** nel senso che i provvedimenti non sono più suscettibili di annullamento o revoca su ricorso dell'interessato, decorsi i termini perentori.

7.2. Struttura formale del provvedimento amministrativo.

Ciascun provvedimento amministrativo è generalmente composto dalle seguenti parti:

- **intestazione:** cioè l'indicazione dell'autorità da cui il provvedimento promana;

¹ L'autoritarità è propria di ogni provvedimento amministrativo, ed in particolare essa si sostanzia:

- per i provvedimenti positivi: nella costituzione, modificazione o estinzione dei poteri e delle facoltà del destinatario indipendentemente dal suo consenso e, quindi, anche contro la sua volontà. I **provvedimenti positivi**, dunque, purché efficaci, anche se illegittimi, sono **sempre imperativi ed esecutivi**;
- per i provvedimenti negativi: nelle c.d. non spettanza e cioè nella definizione autoritativa che quel determinato provvedimento non spetta al destinatario.

- **preambolo**: in cui sono indicate le norme di legge o i regolamenti in base ai quali l'atto stesso è stato adottato, nonché le attestazioni relative agli atti preparatori;
- **motivazione**: che consiste in una "parte descrittiva", nella quale la P.A. indica gli interessi coinvolti nel procedimento e una "parte valutativa", nella quale la P.A. valuta comparativamente gli interessi motivando le ragioni per le quali ha preferito soddisfare un interesse in luogo di un altro;
- **dispositivo**: che è la parte precettiva dell'atto e costituisce la dichiarazione di volontà vera e propria;
- **luogo e data di emanazione**;
- **sottoscrizione**: cioè la firma dell'autorità che emana l'atto o di quella delegata.

A ciò si aggiunge che, come previsto dall'art. 3 4° co. L. 241/90: "In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere"²⁶.



7.3. Classificazioni.

La principale distinzione che si opera in seno alla categoria dei provvedimenti amministrativi (oltre a quella tra provvedimenti discrezionali e vincolanti: vedi par. 2.2.3) è quella tra provvedimenti ablatori (o atti ablativi) e provvedimenti ampliativi.

²⁶ L'omissione di detta indicazione non determina l'illegittimità dell'atto ma può determinare al più la remissione in termini per il ricorso nella misura in cui comporti un errore scusabile.



7.4. I provvedimenti ablatori.

7.4.1. Nozione.

I provvedimenti ablatori sono atti con cui la pubblica amministrazione incide, in via unilaterale, sulla sfera giuridica di soggetti privati, sacrificandone un interesse, a vantaggio della collettività³.

Le forme e l'intensità del sacrificio imposto variano in relazione ai diversi provvedimenti: esso può consistere nella semplice limitazione di una facoltà (es.: divieto di transitare su di una strada), nell'imposizione di un obbligo (es.: servizio militare) od, ancora, nell'estinzione di un diritto del privato (es.: espropriazione). Trattasi, dunque, di una categoria eterogenea sia sotto il profilo strutturale che funzionale.

7.4.2. Caratteristica.

In questi tipi di provvedimenti si presenta al massimo grado la c.d. imperatività propria dell'attività amministrativa di diritto pubblico, e si evidenzia la massima deroga (se così può dirsi) al principio fondamentale di diritto comune secondo il quale nessuna modificazione giuridica (neanche vantaggiosa: v. ad esempio, donazione, art. 769 c.c.) si può produrre nella sfera giuridica di un soggetto senza l'apporto della sua volontà.

7.4.3. Tipologia.

I provvedimenti ablatori sono:

- **reali**: sono quei provvedimenti mediante i quali la P.A. priva il titolare di un determinato diritto reale, estinguendolo o trasferendolo coattivamente ad altro soggetto oppure limitandolo (es.: l'espropriazione)⁴, se hanno ad oggetto beni, cioè se sacrificano diritti reali;
- **personali (o ordini)**: sono quei provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del destinatario con i quali la P.A., a seguito di una scelta discrezionale o di un semplice accertamento, fa sorgere nuovi obblighi giuridici a carico dei destinatari, imponendo loro un determinato comportamento sulla base della propria potestà di supremazia (c.d. ordinanze: vedi *infra*)⁵. A secondo del loro contenuto, gli ordini si distinguono in **comandi**⁶, se hanno contenuto positivo (*dare, facere*); **divieti**⁷, se hanno contenuto negativo (*non facere*);

³ A fronte dei provvedimenti di tipo ablatorio l'interesse legittimo (dei soggetti nei cui confronti si produce l'effetto) si pone come interesse oppositivo; a fronte del quale l'azione amministrativa concreta è sottoposta (anche prescindendo dalla l. proc. amm.) a regole di particolare cautela sia in ordine alla partecipazione degli interessati al procedimento, e all'esigenza di prendere in considerazione le loro "osservazioni" e "opposizioni"; sia in ordine all'obbligo di motivazione.

⁴ Sono atti ablatori reali: I) l'espropriazione; II) occupazione d'urgenza; III) servitù coattive-

⁵ Per il principio di legalità, il potere della P.A., di impartire ordini deve essere espressamente previsto dalla legge (art. 23 Cost.).

⁶ In particolare il **comando** è un provvedimento amministrativo mediante il quale la P.A., a seguito di una scelta discrezionale o di un accertamento, fa sorgere nuovi obblighi giuridici a carico dei destinatari, imponendo loro determinati comportamenti a contenuto positivo.

⁷ In particolare il **divieto** è un provvedimento amministrativo mediante il quale la P.A., a seguito di una scelta discrezionale o di un accertamento, fa sorgere nuovi obblighi giuridici a carico dei destinatari, imponendo loro determinati comportamenti a contenuto negativo.



- **o b b l i g a t o r i**: sono quei provvedimenti che incidono su rapporti di obbligazione (es. imposizione tributaria o, fin quando è stata obbligatoria, la leva militare ed suo corrispondente sostitutivo civile).

7.4.4. I provvedimenti ablatori reali

7.4.4.1. Principi generali.

L'art. 42 3° co. Cost. afferma che: “La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale”.

Tale disposizione normativa è stata interpretata dalla dottrina e dalla Corte Costituzionale come relativa all'intera categoria dei provvedimenti ablatori reali e non allo sola espropriazione. Di tale norma si possono, pertanto, ricavare i seguenti principi generali:

- **p r i n c i p i o d e l l a r i s e r v a d i l e g g e**, in quanto solo una legge può riconosce alla P.A. caso per caso, il potere di sottrarre il bene al privato, fissando limiti, oggetto e condizioni dell'atto ablativo.
- **o b b l i g o d i i n d e n n i z z o**, in quanto in tutte le ipotesi di appropriazione di un bene o di una facoltà da parte dell'amministrazione è dovuta al proprietario un indennità, che si configura quale presupposto di legittimità dell'atto ablativo;
- **l a n e c e s s i t à d i m o t i v i d i i n t e r e s s e g e n e r a l e**, cioè pubblico, a fondamento dell'atto ablativo.

7.4.4.2. L'espropriazione.

7.4.4.2.1. Nozione.

In base all'art. 834 c.c.⁸, l'**e s p r o p r i a z i o n e** si può definire come quell'istituto di diritto pubblico in base al quale un soggetto, previa corresponsione di una giusta indennità, viene privato, in tutto o in parte, di uno o più beni immobili di sua proprietà per una causa di pubblico interesse legalmente dichiarata.

Dunque l'espropriazione ha l'effetto di costituire un diritto di proprietà sul bene espropriato in capo al soggetto espropriante. Si ricordi inoltre che l'espropriazione comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti vantati dai terzi, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata.

7.4.4.2.2. L'oggetto.

Oggetto dell'espropriazione può essere un diritto di proprietà o altro diritto reale su beni immobili.

7.4.4.2.3. Le parti del procedimento espropriativo.

Il testo unico in materia di espropriazione (D.P.R. 327/2001) definisce all'art. 3 i soggetti del procedimento espropriativo:

- **p e r e s p r o p r i a t o**, si intende il soggetto, pubblico o privato, titolare del diritto espropriato;

⁸ L'art. 834 c.c. afferma che: “Nessuna può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse legalmente dichiarata e contro il pagamento di una giusta indennità”.



- per **autorità espropriante**, si intende l'autorità amministrativa titolare del potere di espropriare e che cura il relativo procedimento (Stato, Regione o Comune, secondo le competenze delle opere da eseguire), ovvero il soggetto privato, al quale sia stato attribuito tale potere, in base ad una norma;
- per **beneficiario dell'espropriazione**, si intende il soggetto, pubblico o privato, in cui favore è emesso il decreto di esproprio;
- per **promotore dell'espropriazione**, si intende il soggetto, pubblico o privato, che chiede l'espropriazione.

7.4.4.2.4. L'indennizzo.

Questo elemento dell'espropriazione è tutelato direttamente dalla Costituzione e si pone, come nota la dottrina dominante, in relazione al provvedimento espropriativo come presupposto di legittimità di esso.

L'**indennità di espropriazione** non è un «prezzo» perché l'espropriazione non deve essere assimilata ad una vendita forzata, ed il relativo importo non corrisponde necessariamente al valore di mercato del bene espropriato.

Il fondamento politico dell'obbligo di indennizzo va invece ricercato nell'esigenza di ripartire tra tutta la collettività il sacrificio imposto al singolo soggetto che subisce l'espropriazione⁹. L'indennizzo deve essere:

- **unico**: cioè pagato solo al proprietario o all'enfiteuta se il fondo è gravato da enfiteusi. I titolari di diritti reali limitati (usufrutto, servitù etc.) sul bene oggetto di espropriazione possono far valere i loro diritti solo sull'indennità liquidata al proprietario o all'enfiteuta. Nel caso in cui si espropri, invece, solamente un diritto reale altrui l'indennizzo va pagato al titolare di tale diritto;
- **giusto**, secondo il dettato dell'art. 834 c.c.. in conformità ad una esigenza di giustizia sostanziale. Qualunque sia la natura dell'indennizzo, non vi è dubbio che attraverso la sua previsione si sia voluta attuare una sorta di ripristino (almeno parziale) dell'equilibrio patrimoniale alterato a danno del privato sia pure per motivi legittimi rappresentati dal raggiungimento di una finalità pubblicistica. Pertanto, l'indennizzo deve essere serio, congruo (cioè non simbolico, né aleatorio) ed adeguato.

7.4.4.2.5. Le competenze in materia di espropriazione.

L'art. 6 del T.U. sull'espropriazione ha sancito il principio, ispirato a chiare esigenze di efficienza e di razionalità dell'azione amministrativa, secondo cui la competenza all'emanazione di tutti gli atti del procedimento espropriativo spetta all'autorità competente alla realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità (è il c.d. principio di simmetria o di concentrazione).

⁹ Diversa è dunque la confisca, che essendo provvedimento tipicamente sanzionatorio, non ammette indennizzi.



7.4.4.2.6. La procedura di espropriazione in base al testo unico.

In base all' art. 8 del testo unico le fasi in cui deve essere suddiviso il procedimento di esproprio sono tre: I) l'apposizione al bene del vincolo preordinato all'esproprio, II) la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera; III) la determinazione dell'indennità di esproprio.

7.4.4.2.6.1. La fase di apposizione del vincolo.

L'apposizione al bene del vincolo preordinato all'esproprio si perfeziona nel momento in cui acquista efficacia l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, o di una sua variante, che preveda l'esecuzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità (art. 9, comma 1).

Si è in tal modo stabilito un rapporto inscindibile tra pianificazione ed espropriazione evidenziando che il procedimento espropriativo si inserisce in un più vasto programma di corretta utilizzazione del territorio.

Il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni: entro tale termine può essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera; se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell'opera, il vincolo preordinato all'esproprio decade¹⁰.

7.4.4.2.6.2. La fase di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

Nel tempo la regola della dichiarazione espressa di pubblica utilità è stata progressivamente sostituita da quella che in origine era l'eccezione costituita dalla dichiarazione implicita.

Il testo unico, prevedendo due distinte fattispecie di dichiarazione di pubblica utilità, a seconda che l'opera sia conforme alle previsioni dello strumento urbanistico generale o meno, che in ogni caso rappresentano fattispecie di dichiarazioni tacite, ha definitivamente escluso ogni ipotesi di dichiarazione espressa di pubblica utilità.

Se l'opera da realizzare è conforme alle previsioni dello strumento urbanistico, la dichiarazione di pubblica utilità è conseguente ai provvedimenti elencati nell' art. 12, così come modificato dal D.Lgs. 302/2002 (quali, ad esempio, l'approvazione del piano particolareggiato, del piano di lottizzazione etc.).

Se, invece, l'opera da realizzare non è conforme allo strumento urbanistico, la dichiarazione di pubblica utilità discende dall'approvazione del progetto (artt. 18 e 19).

Il provvedimento che dispone la pubblica utilità dell'opera può essere emanato fino a quando non è decaduto il vincolo preordinato all'esproprio.

Nel provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera può essere stabilito il termine entro il quale il decreto di esproprio va eseguito, se manca l'espressa determinazione il termine è di cinque anni e decorre dalla data in cui diventa efficace l'atto che dichiara la pubblica utilità¹¹.

¹⁰ Il vincolo preordinato all'esproprio, dopo la sua decadenza può essere motivatamente reiterato, attraverso l'approvazione di una variante di piano o di un nuovo strumento urbanistico.

¹¹ Sono previste delle proroghe e dei termini più lunghi (fino a 10 anni) per casi particolari (art. 13).



7.4.4.2.6.3. La fase della determinazione dell'indennità di esproprio.

La determinazione dell'indennità di esproprio rappresenta l'ultima fase dell'iter procedimentale che conduce all'emanazione del decreto di esproprio.

7.4.4.2.6.4. Il decreto di esproprio.

Effettuato il pagamento dell'indennità, l'autorità espropriante emana il decreto di esproprio con cui dispone il passaggio del diritto di proprietà, o del diritto oggetto dell'espropriazione¹².

Il decreto di esproprio è quindi trascritto presso l'ufficio dei registri immobiliari e un suo estratto pubblicato.

L'esecuzione del decreto si attua attraverso la immissione nel possesso del bene documentata con redazione di apposito verbale entro il termine perentorio di due anni dall'emanazione.

7.4.4.2.7. La partecipazione dell'interessato al procedimento.

I privati ottengono una comunicazione d'avviso del procedimento per ciascuna fase del procedimento (apposizione del vincolo, dichiarazione di pubblica utilità, determinazione dell'indennità d'esproprio).

Il testo unico, in linea con la legge 241/1990, detta disposizioni volte a rendere effettiva la partecipazione del proprietario, con temperando al tempo stesso le esigenze di celerità.

È in particolare nella fase di apposizione al bene del vincolo preordinato all'esproprio che il legislatore ha ulteriormente potenziato (con il D.Lgs. 302/2002) le garanzie partecipative poiché è in questa fase che la pubblica amministrazione svolge le valutazioni discrezionali che incidono sul diritto di proprietà.

7.4.4.2.8. La retrocessione.

La **retrocessione** è un istituto rilevante in tema di espropriazione e comporta l'attribuzione al proprietario del bene espropriato del diritto di rientrare nella piena titolarità e disponibilità del bene stesso nei casi in cui l'opera di pubblica utilità non venga più eseguita, oppure non tutto il fondo espropriato sia stato utilizzato.

La retrocessione è:

- **totale**: se l'opera pubblica o di pubblica utilità non è stata realizzata o cominciata entro il termine di dieci anni, decorrente dalla data in cui è stato eseguito il decreto di esproprio, ovvero se risulta anche in epoca anteriore l'impossibilità della sua esecuzione; in tal caso l'espropriato può chiedere che sia accertata la decadenza della dichiarazione di pubblica utilità e che siano disposti la restituzione del bene espropriato e il pagamento di una somma a titolo di indennità;

¹² Il decreto di esproprio è emanato entro il termine di scadenza dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità e indica gli estremi degli atti da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio e del provvedimento che ha approvato il progetto dell'opera; indica, inoltre, quale sia l'indennità determinata in via provvisoria o urgente e precisa se essa sia stata accettata dal proprietario o successivamente corrisposta, ovvero se essa sia stata depositata presso la Cassa depositi e prestiti, e dà atto della eventuale nomina dei tecnici incaricati di determinare in via definitiva l'indennità di espropriazione, precisando se essa sia stata accettata dal proprietario o successivamente corrisposta, ovvero se essa sia stata depositata presso la Cassa depositi e prestiti.



- **parziale**: se è stata realizzata l'opera pubblica o di pubblica utilità ma parte del bene non è stata utilizzata. Di questa parte l'espropriato che ne era proprietario può chiedere la restituzione.

7.4.4.3. La requisizione in proprietà.

La **requisizione in proprietà** è un provvedimento ablativo eccezionale e necessitato che ha luogo per esigenze di carattere militare.

Oggetto possono essere solo beni mobili, e fra essi solo quelli indicati dalla legge. Casi più comuni di requisizione riguardano mezzi di trasporto (veicoli, natanti etc).

L'indennità è dovuta dal trasferimento del bene, per cui dal momento della consegna fino al pagamento saranno dovuti al soggetto anche gli interessi corrispettivi

7.4.4.4. Il trasferimento coattivo dei diritti d'uso.

La P.A. può sottrarre, oltre la proprietà, anche il semplice uso della cosa al soggetto. Ciò si verifica nelle seguenti ipotesi: I) requisizione d'uso; II) occupazione temporanea; III) provvedimenti che privano parzialmente il godimento dei beni.

7.4.4.4.1. La requisizione in uso.

La **requisizione in uso** è un provvedimento con il quale l'amministrazione dispone della proprietà o, comunque, utilizza un bene di un privato per soddisfare un interesse pubblico.

Può avere ad oggetto beni mobili, immobili ed aziende. La P.A. utilizza i beni stessi per il tempo necessario pagando il prezzo d'uso, indi, venuta meno la necessità, li restituisce¹³.

7.4.4.4.2. L'occupazione temporanea.

L'**occupazione temporanea** è un provvedimento emanato al fine di consentire agli imprenditori ed esecutori di lavori e di opere di pubblica utilità l'occupazione provvisoria di beni altrui per estrarre pietre, ghiaia, sabbia o comunque utilizzarli ai fini dei lavori (impiantandovi depositi, magazzini, officine etc.).

Si tratta di occupazione strumentale, analogamente all'occupazione d'urgenza (vedi *infra*), necessitata da forza maggiore.

7.4.4.4.3. Provvedimenti che privano parzialmente il godimento dei beni.

Tali provvedimenti espropriano, invece della proprietà la servitù esistente a favore di un fondo o costituiscono su di un fondo delle servitù, limitazione, o diritti d'uso pubblico. Tra questi vanno ricordati:

- la servitù di elettrodotto;
- il diritto di uso pubblico a favore delle comunità di visitare le collezioni private di eccezionale interesse storico o artistico, costituito con decreto del ministro della pubblica istruzione;
- le servitù di appoggio di casette postali;

¹³ Fra i casi previsti dalla legge si ricordino: I) la requisizione in uso di aree ed edifici per provvedere all'alloggio temporaneo dei senza tetto in casi di pubblici disastri; II) la requisizione di edifici per provvedere all'alloggio delle truppe di passaggio.



- l'occupazione del suolo per ragione militari.

7.4.4.5. Gli atti ablativi di urgente necessità.

Si tratta di atti ablativi che la legge disciplina assai sommariamente, fissando soltanto i presupposti di urgenza indispensabili. Tali atti quindi rispondono ad un regola di tipicità e possono ritenersi legittimi solo nei casi tassativi previsti dalla legge.

7.4.4.5.1. L'occupazione d'urgenza.

Secondo l'art. 22bis del T.U., qualora l'avvio dei lavori rivesta particolare urgenza, tale da non consentire il ricorso alla procedura espropriativa ordinaria può essere emanato, senza particolari indagini o formalità, un decreto motivato che non solo determini l'indennità di espropriazione provvisoria, ma che disponga anche l'occupazione anticipata dei beni necessari.

7.4.4.5.2. La requisizione d'urgenza.

La **r e q u i s i z i o n e d ' u r g e n z a** può essere attuata solo in caso di grave necessità pubblica, ed è di competenza di tutte quelle autorità che in base ad altre norme, possono disporre di urgenza della proprietà privata. Può essere adottata per qualsiasi ragione urgente di interesse pubblico, sia al riguardo di mobili che immobili (nell'ultimo caso di parla di requisizione in uso).

7.4.4.5.3. Gli ordini di distruzione di beni e provvedimenti similari.

Sono provvedimenti che comportano la perdita della proprietà, adottati a fini preventivi e cautelari¹⁴. Rientrano tra essi:

- **o r d i n i d i d i s t r u z i o n e d i b e n i**: come l'abbattimento di animali infetti, la distruzione di sostanze alimentari ritenute nocive, l'abbattimento di muri pericolanti, ordinati dal Sindaco;
- **o r d i n i d i n o n u t i l i z z a z i o n e d e i b e n i**: con cui si sospende il potere di godere di alcuni beni privati aventi diritto (sospensione del godimento di fondi per inerbarli al fine di pascolo);
- **s e q u e s t r o c a u t e l a r e d i b e n i**: in attesa di ulteriori provvedimenti da emanare riguardo ad essi (es. sequestro delle sostanze alimentari ritenute nocive in attesa dell'ordine definitivo di distruzione).

7.4.4.6. La confisca e gli atti ablativi privativi.

7.4.4.6.1. La confisca.

L a c o n f i s c a è un atto ablatorio a carattere non espropriativo, bensì sanzionatorio ed è la misura conseguente alla commissione di un illecito amministrativo.

In particolare la confisca è un provvedimento di carattere:

- **s a n z i o n a t o r i o , r e p r e s s i v o , s u c c e s s i v o** in quanto comporta il trasferimento coattivo della cosa, che è servita a commettere un illecito o ne costituisce il prodotto, dal privato senza corrispettivo;

¹⁴ Si ricordi che l'indennizzo, che talora è concesso, non rappresenta una controprestazione, bensì un ristoro per il sacrificio imposto nell'interesse generale.



- **a b l a t i v o**, del diritto di cui è titolare il destinatario del provvedimento, anche se non rientra nella categoria delle espropriazione in senso stretto;
- **a c q u i s i t i v o**: in quanto comporta l'acquisto, a titolo originario e la piena disponibilità del bene da parte della P.A.

7.4.4.6.2. Il sequestro amministrativo.

Il **sequestro amministrativo** è un atto ablativo affine alla confisca. Nei differisce in quanto, comporta una **indisponibilità temporanea del bene** alla quale non corrisponde, pertanto, *pro facto* un effetto ablativo della titolarità del bene per il destinatario del provvedimento.

Ciò deriva dal fatto che mentre la confisca è un conseguenza dell'illecito, ed è accessoria ad altra sanzione amministrativa principale, il sequestro è atto prettamente cautelare, adottato in via preventiva, per la salvaguardia della collettività, quando vi è incertezza sulla pericolosità di una certa cosa¹⁵.

7.4.4.6.3. L'avocazione di cave e torbiere alle Regioni.

L'**avocazione di cava e torbiere alle Regioni** è un provvedimento affine alla confisca. Ha infatti carattere sanzionatorio, in quanto viene disposto quando il proprietario non sfrutta o sfrutta male la cava o torbiera.

Fondamento del provvedimento è l'utilità sociale che riveste che riveste lo sfruttamento di tali beni, e pertanto al privato non è concesso alcun indennizzo.

Per tale motivo questa avocazione non assimilarsi all'espropriazione. Al proprietario spetta, difatti, solo il corrispettivo degli impianti, dei lavori utilizzabili e del materiale estratto presso la cava o la torbiera.

7.4.5. I provvedimenti ablatori personali: l'ordinanze

Per "**ordinanze**" si intendono tutti quei provvedimenti ablatori personali che creano obblighi o divieti ed in sostanza, quindi, impongono "ordini".

Quanto hanno carattere normativo, cioè creare statuizioni precettive generali ed astratte le ordinanze sono fonti del diritti di secondo grado al pari dei regolamenti.

La dottrina in seno alla categoria delle ordinanze opera la seguente classificazione:

- ordinanze previste dalla legge per casi ordinari;
- ordinanze previste dalla legge per casi eccezionali di particolare gravità codificate dal legislatore;
- ordinanze c.d. di necessità ed urgenza o libere (vedi *infra*).

7.4.5.1. Ordinanze c.d. di necessità ed urgenza o libere

Un particolare tipo di ordinanze sono le **ordinanze c.d. di necessità ed urgenza o libere**. Esse sono emanata da autorità amministrative espressamente investite di tale potere, per far fronte a situazione di urgente necessità: la legge attribuisce il

¹⁵ Ad esempio, finché vi è incertezza sulla pericolosità di un determinato alimento in vendita, l'organo amministrativo (comunale) competente al controllo sugli alimenti può sequestrare il prodotto: una volta accertata la pericolosità effettiva del prodotto, il sequestro si trasformerà in confisca amministrativa. Altrimenti il prodotto sequestrato è restituito all'avente diritto.



potere a determinati organi, ma non prevede anche i casi concreti in cui tale potere deve essere esercitato, né pone limiti precisi (salvo quelli risultanti dalle leggi costituzionali e dai principi generali dell'ordinamento) al contenuto di tale ordinanze.

In particolare le ordinanze di urgenza presentano i seguenti caratteri:

- sono atipiche, nel senso che per la loro emendazione la legge fissa solo i presupposti (necessità ed urgenza) mentre lascia all'autorità amministrativa un'ampia sfera di discrezionalità circa la determinazione del contenuto;
- presuppongono una necessità ed urgenza;
- sono straordinarie, nel senso che il ricorso a detti strumenti atipici è possibile solo ove la situazione di pericolo non possa essere fronteggiata adeguatamente con atti tipici, ossia con normali provvedimenti amministrativi, soggetti ai principi di tipicità e nominatività;
- la loro efficacia nel tempo è necessariamente limitata, in quanto esse esauriscono subito i loro effetti o, al più possono avere efficacia fino a quando perdura quella necessità che ne ha legittimato l'emanazione;
- trovano fondamento esclusivamente nella legge, in quanto può essere solo una legge a prevederle ed a attribuire a un organo amministrativo il potere di emanarle, comportando la loro previsione una restrizione del principio di legalità;
- debbono essere adeguatamente motivate e vanno pubblicizzate con mezzi idonei laddove siano destinate ad avere efficacia nei confronti della generalità dei soggetti o di più soggetti determinati;
- non possono, in nessun caso, derogare a norme costituzionali o a principi generali dell'ordinamento e disciplinare materie coperte da riserva assoluta di legge.

7.5. I provvedimenti ampliativi o accrescitivi.

7.5.1. Nozione.

Gli atti ampliativi o accrescitivi o concessori in senso lato sono atti della pubblica amministrazione caratterizzati dal fatto di apportare effetti favorevoli alla sfera soggettiva del privato¹⁶.

Il loro precipuo effetto può conseguire alla rimozione di ostacoli ed impedimenti al libero esercizio di poteri o facoltà da parte dei privati (vedi autorizzazioni) oppure all'inserimento del soggetto in una determinata struttura organizzativa, in virtù del quale egli può godere di vantaggi ed utilità di vario genere (vedi ammissioni) o ancora all'attribuzione di nuove situazioni soggettive create ex novo dall'amministrazione in capo al destinatario (vedi concessione) o, infine, all'esenzione o all'esonero del soggetto dal compimento di attività o dall'osservanza di obblighi (es.: dispense, esenzioni etc.).

¹⁶ Quindi nei confronti dei provvedimenti ampliativi il soggetto, nei cui confronti si produrranno gli effetti, vanta un interesse legittimo pretensivo.



7.5.2. Concessione.

Per **concessione** si intende il provvedimento amministrativo con cui la P.A. conferisce *ex novo* posizioni giuridiche attive al destinatario ampliandone così la sfera giuridica.

Al riguardo si ricordi che concessione di qualsivoglia vantaggio economico a persone ed enti pubblici e privati è subordinata, onde garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, alla predeterminazione e pubblicazione, da parte della P.A., competente, dei criteri e delle modalità cui la stessa deve attenersi, così come previsto dall'art. 12 L. 241/90¹⁷.

7.5.2.1. Tipologia.

Le concessioni possono essere traslative e costitutive:

- si parla di **concessioni traslative** quando la concessione ha ad oggetto un diritto appartenente all'Amministrazione. In particolare ci sono concessioni traslative:
 - di **poteri o facoltà su beni pubblici** (c.d. concessioni reali): tale categoria corrisponde a quelle comunemente indicata come "concessione di beni". Per "concessione di beni" bisogna intendere quella concessione che conferisce al privato speciali diritti, di natura reale o personale, su un determinato bene sottratto alla disponibilità privata¹⁸. I presupposti della concessione di beni sono l'appartenenza del bene ad un ente pubblico e la conformità dell'atto di concessione all'interesse pubblico generale, per giustificare la sottrazione del bene all'uso generale e la sua destinazione all'uso particolare;
 - di **potestà pubbliche appartenenti alla P.A.**: in questo caso il concessionario, che deve essere particolarmente qualificato, acquista quegli stessi poteri pubblicistici che aveva la P.A. (es. concessione esattoriale delle imposte);
 - di **pubblici servizi**: presupposti della concessione di un pubblico servizio sono l'esistenza di un pubblico servizio, e la possibilità anche astratta, che l'attività sia esercitata in regime di monopolio (es. concessione all'esercizio di ferrovie o tranvie).
- si parla di **concessioni costitutive** quando la concessione ha ad oggetto un diritto non appartenente all'Amministrazione ma acquistabile da parte di soggetti dotati di certi requisiti di legge. In particolare ci sono concessioni costitutive di:

¹⁷ Art. 12 "La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1."

¹⁸ In relazione alla natura del bene concesso, la concessione può tanto riguardare un bene demaniale che un bene patrimoniale disponibile: fra le prime assumono rilievo le concessioni di acqua, le concessioni del demanio marittimo, le concessioni del demanio stradale etc., fra le seconde rientra la concessione mineraria.



- diritti subiettivi: tali concessioni fanno sorgere *ex novo* diritti per il destinatario (es. decreto per il cambiamento di nomi e cognomi);
- diritti all'esercizio di professioni in cui sia limitato il numero degli esercenti: tali sono le autorizzazioni all'apertura di farmacie e le c.d. autorizzazioni all'apertura di istituti di credito e dei relativi sportelli.

7.5.2.2. Diritti e doveri del concessionario.

Con l'atto di concessione sorge un rapporto giuridico di diritto pubblico tra la P.A. concedente ed il concessionario, disciplinato specificatamente dalla legge, in relazione a ciascun caso di concessione. I principi generali che regolano tale rapporto sono i seguenti:

- nella concessione di beni, il concessionario acquista:
 - il diritto all'uso del bene demaniale: è vero e proprio diritto reale nei confronti dei terzi, tutelabile con le azioni civilistiche possessorie (art. 1145 c.c.);
 - il c.d. diritto di insistenza, e cioè l'interesse legittimo al rinnovo della concessione da parte della P.A., se non vi ostano ragioni di pubblico interesse, a preferenza di altri aspiranti;
 - l'obbligo di pagare, la cauzione ed il canone;
 - il dovere di utilizzare il bene;
 - il dovere di sottostare ai controlli della P.A..
- nella concessione di servizi, il concessionario acquista:
 - il diritto all'esercizio della concessione;
 - il diritto all'esclusiva nella titolarità della concessione e nella gestione del servizio. Si tratta di un vero e proprio diritto soggettivo, la cui violazione comporta responsabilità della P.A. ed è risarcibile;
 - il diritto di conseguire i vantaggi economici derivanti dalla gestione del servizio;
 - il diritto a particolari sovvenzioni da parte dello Stato, se previsto dalla legge;
 - il c.d. diritto di insistenza;
 - l'obbligo di pagare la cauzione e il canone;
 - il dovere di organizzare e far funzionare il servizio assunto;
 - il dovere di sottostare ai controlli della P.A.

Si ricordi infine che il concessionario agisce sempre e soltanto in nome proprio, per cui è responsabile in proprio per i fatti e gli atti illeciti compiuti.



7.5.2.3. Le fattispecie di risoluzione relative al rapporto concessorio.

Il rapporto concessorio può svolgersi mediante: I) la **d e c l a r a t o r i a d i d e c a d e n z a**¹⁹; II) il **r i s c a t t o**²⁰; III) la **r e v o c a**²¹.

7.5.3. Delega di poteri.

Fra i provvedimenti con i quali l'autorità amministrativa attribuisce ad altri (siano essi privati o organi della stessa amministrazione) potestà o facoltà inerenti a diritti suoi propri, rientra anche la figura delle **d e l e g a d i p o t e r i**. Mediante tale atto, infatti, l'amministrazione conferisce ad un soggetto diverso da essa la facoltà di **e s e r c i t a r e u n p o t e r e s u o p r o p r i o**²² (vedi par. 6.1.2.1.1.1.).

7.5.4. Ammissioni.

Vengono denominati **a m m i s s i o n i** gli atti (del genere delle concessioni), di carattere discrezionale che attribuiscono al soggetto il diritto di far parte di una certa organizzazione (l'università, ad esempio) o di una certa categoria professionale (l'ordine degli avvocati, ad esempio) cui l'atto, appunto, lo ammette.

7.5.5. Autorizzazione.

L'**a u t o r i z z a z i o n e** può esser definita come quel provvedimento mediante il quale la P.A., nell'esercizio di un'attività discrezionale in funzione preventiva (e normalmente ad istanza dell'interessato) provvede alla rimozione di un limite legale che si frappone all'esercizio di un'attività inerente ad un diritto soggettivo o ad una potestà pubblica.

L'autorizzazione ha carattere personale e, come tale, non è trasmissibile senza il consenso della P.A.

7.5.5.1. Tipologie.

Le autorizzazioni possono essere:

- **e s p r e s s e e t a c i t e** (o implicite o indirette), a secondo o meno se venga rilasciata con un provvedimento "ad hoc"²³;
- **m o d a l i e n o n m o d a l i**:

¹⁹ Strumento sanzionatorio che la P.A. concedente ha a disposizione allorché si verifichi una inadempienza colposa, grave e reiterata (vedi par. 8.3.4.2.2)

²⁰ Diritto potestativo di natura pubblicistica con il quale la P.A., in ipotesi previste dalla legge o nel contratto e dietro indennizzo, può estinguere anticipatamente la concessione e trasferire coattivamente gli impianti a sé, purché sia trascorso un certo lasso di tempo dal rilascio della concessione, e salvo preavviso al concessionario per evitare che questi possa subire i danni di una risoluzione improvvisa.

²¹ La P.A. per sopravvenute ragioni di interesse pubblico può revocare la concessione con un atto di secondo grado che opera direttamente nei confronti del provvedimento, travolgendo anche la convenzione che normalmente accompagna l'atto unilaterale; in tale ipotesi la P.A. non è di regola tenuta ad alcun indennizzo (vedi par. 8.3.4.).

²² La delega si distingue dalla concessione traslativa in quanto, mentre con quest'ultima l'amministrazione si spoglia di certi poteri trasferendoli al concessionario, ciò non avviene con la delega, in quanto con essa l'autorità delegante non si priva dei propri poteri in ordine all'attività che viene delegata, ma sulla base di un'espressa previsione di legge demanda al delegato soltanto l'esercizio dei poteri stessi, conservando ingerenza nell'attività, nonché ove le sia consentito, il potere di esercitare l'attività stessa.

²³ L'autorizzazione tacita ricorre, ad esempio, in materia di riunione pubblica. Infatti, in base al T.U. di P.S. i promotori di una riunione in luogo pubblico o aperto al pubblico devono dare avviso, almeno 3 giorni prima, al Questore. Ove nel lasso di tempo intercorrente tra il preavviso e la data della riunione, l'autorità di polizia non ponga in essere un provvedimento di diniego, implicitamente la riunione si intende autorizzata.



- **m o d a l i**: sono quelle autorizzazioni per le quali, per ragioni di pubblico interesse, è consentito all'autorità amministrativa di inserire, nel provvedimento permissivo, prescrizioni limitative o modali;
- **n o n m o d a l i**: sono quelle autorizzazioni il cui contenuto è predisposto dalla legge e non sono pertanto suscettibili di limitazione. La P.A. ha solo la facoltà di emanarle o meno.
- **p e r s o n a l i o r e a l i**: È chiaro che il provvedimento autorizzativo ha come destinatario un soggetto di diritto. Si parla di:
 - autorizzazioni personali, quando l'apprezzamento discrezionale della P.A. concerne requisiti inerenti la persona del soggetto autorizzato;
 - autorizzazioni reali, dette anche «*ob rem*» quando l'accertamento verte su requisiti concernenti una «*res*»²⁴.

7.5.6. Abilitazione.

L'**abilitazione** è quel provvedimento permissivo (del genere delle autorizzazioni) al cui rilascio è condizionato l'esercizio di alcuni diritti del richiedente. Il rilascio della abilitazione è subordinato ad un riscontro di carattere tecnico, da parte della P.A. competente, circa la sussistenza dei requisiti di idoneità richiesti dalla legge²⁵.

7.5.7. Approvazione

L'**approvazione** è quel provvedimento permissivo (del genere delle autorizzazioni), che consente l'esercizio di determinati diritti o facoltà mediante il quale la P.A., rende efficaci ed eseguibili atti giuridici già compiuti e perfetti²⁶.

7.5.8. Dispensa.

La **dispensa** è quel provvedimento (del genere delle autorizzazioni) mediante il quale la P.A. sulla base di una valutazione discrezionale, consente ad un soggetto di esercitare una data attività o di compiere un determinato atto in deroga ad un divieto di legge, ovvero esonera il soggetto dall'adempimento di un obbligo di legge (ad esempio, circa il pagamento delle tasse universitarie).

7.5.9. Nulla-osta.

Per **nulla-osta** s'intende un atto (del genere delle autorizzazioni) con cui un'autorità amministrativa dichiara di non aver osservazioni da fare in ordine all'adozione di un provvedimento da parte di un'altra autorità.

²⁴ Tale è il caso della carta di circolazione di un autoveicolo, o della certificazione di abitabilità di un immobile.

²⁵ Le abilitazioni possono essere: I) *ad personam*, come le abilitazioni all'esercizio di una professione; II) *ad rem*, come la carta di circolazione degli autoveicoli.

²⁶ Differisce dall'autorizzazione in senso tecnico in quanto, mentre l'autorizzazione deve necessariamente intervenire prima del compimento dell'attività o dell'atto cui si riferisce, gli atti di approvazione, invece, intervengono, in un momento successivo; quindi l'autorizzazione condiziona la legittimità dell'atto (o dell'attività), l'approvazione ne condiziona solo l'operatività.



7.5.10. Licenza.

La **licenza** è un provvedimento amministrativo (del genere delle autorizzazioni) mediante il quale la P.A. rimuove un limite legale che si frappone all'esercizio di una attività inerente ad un diritto soggettivo o ad una potestà pubblica²⁷.

Al riguardo occorre distinguere:

- se alla licenza preesiste un diritto soggettivo condizionato, allora le licenze sono una specie della generica figura dell'autorizzazione e vanno chiamate "licenza in senso improprio";
- se invece, alla licenza preesiste un interesse legittimo (es. nulla osta per l'apertura di grandi magazzini, porto d'armi), al privato non fa capo nessun diritto soggettivo neppure condizionato, e ci troviamo di fronte alle c.d. "licenze in senso tecnico". Esse si possono quindi definire come quei provvedimenti con i quali la P.A., nell'esercizio di un'attività discrezionale, conferisce a determinati soggetti nuovi diritti che né preesistono al provvedimento stesso né attengono a settori di dominio dell'amministrazione.

7.5.11. Registrazione.

La **registrazione** è un'autorizzazione vincolata, in quanto anche essa è diretta a rimuovere un limite legale che si frappone all'esercizio di un diritto: ciò avviene, però, non a seguito di una valutazione discrezionale, bensì sulla base di un semplice accertamento della sussistenza delle condizioni di legge.

²⁷ La dottrina dominante considera il termine **licenza** come un'espressione che non denota una particolare categoria di atti amministrativi con caratteristiche proprie, in ciò confortato anche dal legislatore che, negli artt. 19-20 L. 241/90, usa promiscuamente termini come licenza, autorizzazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato.



Capitolo 8°

L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti

8.1. L'efficacia

8.1.1. Nozione.

L'efficacia giuridica dell'atto indica la sua idoneità a produrre effetti, e si manifesta, di regola quando l'atto si perfeziona, ossia quando esso acquisisce quegli elementi minimi che ne consentono l'identificazione come atto ascrivibile al tipo normativo cui sono imputati quei determinati effetti.

8.1.2. Distinzione tra efficacia e validità.

Al riguardo va ricordato che l'esercizio del potere consta di regola, di una serie articolata di atti (il procedimento) che culmina in un atto terminale, che viene considerato dalla norma come quello che definisce la fattispecie stessa e ne produce gli effetti (provvedimento finale).

In tale ottica appare chiaro che un provvedimento benché efficace in quanto appunto produttivo di effetti, può se rapportato all'intero procedimento risultare invalido, in quanto privo dei presupposti procedurali.

In altri termini l'efficacia è differente dalla validità, giacché la prima attiene all'atto finale del procedimento (il provvedimento), mentre la validità attiene a tutti gli atti del procedimento.

8.1.3. Tipologia.

Tradizionalmente si distinguono in dottrina tre tipi di efficacia:

8.1.3.1. Efficacia costitutiva.

Efficacia costitutiva: si estrinseca in trasformazioni giuridiche in senso tecnico, quali la costituzione, la modificazione o l'estinzione di situazioni giuridiche (es: concessione edilizia). L'efficacia costitutiva è propria dei provvedimenti amministrativi.

8.1.3.2. Efficacia dichiarativa.

Efficacia dichiarativa: dà luogo a mutamenti interni delle situazioni giuridiche, lasciandone intatto il contenuto strutturale e sostanziale. (es. gli atti di iscrizione dei beni pubblici).

8.1.3.3. Efficacia preclusiva.

Efficacia preclusiva si ha laddove l'atto anziché costituire *ex novo* un effetto lo rende incontestabile, come gli atti di accertamento che rendono certa una situazione che prima era incerta.

8.1.4. Efficacia nel tempo

L'efficacia nel tempo si evidenzia nella fissazione del momento in cui gli effetti si producono ovvero iniziano a prodursi (se si tratta di atti a efficacia durevole).

8.1.4.1. Atti ad efficacia istantanea

Vi sono atti ad efficacia istantanea, i cui effetti si producono in un determinato momento, nel quale l'efficacia stessa dell'atto si esaurisce (es. provvedimento di espropriazione).



8.1.4.2. Atti ad efficacia permanente.

Vi sono atti ad efficacia permanente, o durevole, i cui effetti, che iniziano a prodursi da un certo momento, si prolungano nel tempo sino ad altro momento ovvero in ipotesi, permanentemente sino a che sopraggiunga altro fatto o atto capace di interrompere l'efficacia del primo (es. concessione di un pubblico servizio).

8.1.4.3. Momento in cui gli effetti iniziano a prodursi.

Di regola il momento in cui gli effetti si producono coincide con il momento del perfezionamento dell'atto; tuttavia, è possibile che tale coincidenza non si verifichi¹.

Ciò avviene, specie in ambito amministrativo, in tre ipotesi: I) atti recettizzi; II) atti sottoposti a termine iniziale e condizione sospensiva; III) atti sottoposti a procedimenti di controllo preventivo.

8.1.4.3.1. Atti recettizzi.

Gli atti recettizzi diventano efficaci solo quando pervengono alla conoscenza del destinatario.

8.1.4.3.1.1. Efficacia recettizia dei provvedimenti restrittivi.

La L. 15/2005, introducendo l'art. 21bis², distingue i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati³ dagli altri provvedimenti, stabilendo che i primi sono sempre atti recettizzi, cioè sono idonei a produrre effetti giuridici solo nel momento in cui vengano comunicati al destinatario, laddove invece, gli altri provvedimenti acquistano efficacia con il solo perfezionamento⁴.

¹ Deve essere chiarito che il momento del perfezionamento della fattispecie anche nei casi in cui non coincide con quello dell'efficacia della stessa, mantiene una sua autonomia rispetto a quest'ultimo (e perciò necessita di una sua propria individuazione). Ciò perché: a) la normativa applicabile alla fattispecie (rispetto alla quale deve avvenire lo scrutinio di legittimità della stessa) è di regola quella in vigore a tale momento, anche se antecedente al momento dell'efficacia; b) la fattispecie perfezionata, ancorché non ancora efficace, ha tuttavia sempre, come si dice, una sua rilevanza giuridica, e produce sia pur limitate conseguenze giuridiche (ad esempio, nei rapporti interni all'Amministrazione, interorganici, ai fini dell'esaurimento del dovere d'ufficio del titolare dell'organo, in punto di responsabilità penale, amministrativa, ecc.).

² Art. 21bis: "Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci".

³ Nei "provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati", rientrano senza dubbio, tutti i provvedimenti ablatori, essendo in essi, insito un effetto privativo di una facoltà o di un diritto facente capo al destinatario del provvedimento.

⁴ L'art. 21bis prevede inoltre due ipotesi in cui è possibile derogare alla regola della comunicazione. Innanzitutto, nel caso di provvedimenti avente carattere cautelare ed urgente, che, infatti, per espressa previsione, sono "immediatamente esecutivi", quindi idonei a produrre effetti a prescindere dalla loro comunicazione. La seconda ipotesi di deroga alla recettizietà dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati è prevista per i provvedimenti a carattere non sanzionatorio, che possono "contenere una motivata clausola di efficacia". Ciò significa che, in situazione eccezionali, l'amministrazione può valutare la possibilità di derogare alla regola della comunicazione, conferendo al provvedimento immediata esecutività, sempre che ne dia un'adeguata motivazione.



È evidente come questa scelta, di subordinare l'efficacia del provvedimento amministrativo con effetti sfavorevoli per il cittadino alla sua comunicazione all'interessato, costituisca, senz'altro, una garanzia per il privato, che, di fronte ad un provvedimento della p.a., che sacrifichi un suo interesse, potrà, per lo meno, pretendere che esso gli venga comunicato, con la possibilità di impugnarlo ove questo non avvenga.

8.1.4.3.1.2. Atti sottoposti a termine iniziale o a condizione sospensiva.

Atti sottoposti a termine iniziale o a condizione sospensiva: il termine iniziale è un momento futuro predeterminato nel quale si producono gli effetti, mentre la condizione sospensiva indica un fatto, naturale o umano, futuro e incerto (ma possibile in quando la condizione impossibile rende nullo l'atto) al cui verificarsi si producono gli effetti⁵.

8.1.5. Efficacia nello spazio.

Rispetto all'operatività dell'atto amministrativo, lo spazio ha un duplice valore:

- limite di validità dell'atto, ad es., l'ordinanza del Sindaco emessa riguardo al territorio di un altro Comune è nulla, per incompetenza territoriale (assoluta);
- limite di efficacia dell'atto: allorché l'autorità emanante, nei limiti della propria competenza territoriale, circoscrive ulteriormente, l'efficacia dell'atto ad un particolare ambito del territorio.

8.2. L'esecuzione, l'esecutorietà e l'esecutività.

Il termine "esecuzione" indica il complesso delle attività (atti, procedimenti ed operazioni) intese a realizzare sul piano materiale gli effetti giuridici dell'atto, a tradurre in fatto l'effetto, soddisfacendo il relativo interesse.

Il concetto di esecuzione va tenuto distinto dal concetto di esecutività, che indica l'astratta idoneità dell'atto ad essere "portato in esecuzione" in quanto, in relazione ad esso, si sono verificati tutti i requisiti di efficacia previsti dall'atto stesso (termini, condizione) o dalla legge (controllo, comunicazione etc.).

In altri termini l'esecutività di un provvedimento amministrativo consiste nella sua idoneità "a produrre automaticamente e immediatamente i propri effetti, allorché l'atto sia divenuto efficace". Ed invero, il legislatore ha posto come regola generale quella per cui, salvo espressa previsione in senso contrario contenuta nella legge o nel corpo dell'atto, i provvedimenti amministrativi "sono eseguiti immediatamente" (art. 21^{quater} 1 co. L. 241/1990)⁶.

A volte l'esecuzione di un provvedimento necessita dell'attività del terzo, attività che il terzo potrebbe anche rifiutarsi di porre in essere. Nel settore privatistico qualora, il negozio giuridico, non sia portato ad esecuzione, la parte lesa può ricorrere all'autorità giudiziaria al fine

⁵ La condizione, diversamente dal termine, opera retroattivamente (art. 1360 c.c.) salve eccezioni. Il che significa che una volta avveratosi il fatto previsto come condizione sospensiva dell'efficacia dell'atto di che trattasi, questi si dispiega *ex tunc*; dal momento del perfezionamento dell'atto stesso.

⁶ Art. 21-quater 1° co: "I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo."



di ottenere o l'esecuzione coattiva della prestazione, oppure, qualora quest'ultima non sia possibile il risarcimento del danno.

Nel settore amministrativo le cose sono un po' diverse, in quanto, come sappiamo, gli atti amministrativi, rispetto a quelli privatistici presentano una sostanziale peculiarità, sono atti di esercizio di potere, il quale è attribuito dalla legge all'autorità amministrativa, perché curi (realizzi in concreto) determinati interessi pubblici. Pertanto l'esigenza che i valori (ossia gli effetti giuridici) da essi prodotti siano portati ad esecuzione, ossia tramutati in fatti, non è un'esigenza privata di un singolo soggetto, ma è un'esigenza pubblica.

Ciò dà luogo ad una conseguenza di fondamentale importanza nella teoria dell'efficacia degli atti amministrativi: che in molteplici casi, e attraverso strumenti diversificati, è prevista in capo all'autorità amministrativa la capacità di portare a realizzazione (trasformare l'effetto in fatto), anche coattivamente (es. conseguire coattivamente la presa di possesso da parte dell'espropriante e della cosa espropriata a fronte della mancata consegna di quest'ultimo).

Si parla a riguardo della cd. *esecutorietà* dell'atto amministrativo, termine con il quale si indica l'"*attitudine del provvedimento ad essere attuato coattivamente*", cioè anche contro il volere del suo destinatario⁷.

In altri termini con l'espressione *esecutorietà* del provvedimento amministrativo si indica la possibilità che la sua esecuzione sia compiuta, in quanto espressione di autotutela, direttamente e coattivamente dalla pubblica amministrazione, senza dover ricorrere previamente all'autorità giudiziaria⁸.

Il nuovo articolo 21^{ter} disciplina l'esecutorietà, definendone positivamente le conseguenze giuridiche e regolandone in dettaglio il meccanismo.

La novella nel momento in cui stabilisce al suo primo comma⁹: "Nei casi e con le modalità previste dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti", recepisce l'impostazione legalistica del concetto di *esecutorietà*.

Significa che l'esecuzione coattiva deve essere espressamente prevista dalla legge e deve avvenire con i procedimenti stabiliti dalla legge stessa, mentre negli altri casi si applicherà il diritto comune e l'esecuzione in sede giurisdizionale.

⁷ Da non confondere con l'*autoritarietà*, che nei provvedimenti, costituisce la possibilità di produrre unilateralmente modificazione della sfera giuridica del destinatario, mentre per atti diversi dai provvedimenti (ad esempio certificazioni) si attegga come certezza legale privilegiata (nel senso che fa piena prova fino a sentenze dichiarativa di falso).

⁸ Riassumendo dunque, non tutti i provvedimenti perfetti sono sempre efficaci, cioè in grado di poter produrre gli effetti da essi previsti. Allo stesso modo non tutti i provvedimenti efficaci sono sempre esecutori, cioè traducibili in fatti anche contro il volere del loro destinatario. Mentre sono sempre esecutivi, cioè traducibili in fatti, i provvedimenti divenuti efficaci, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo.

⁹ Art. 21-ter. 1 co. "Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge."



L'art. 21ter recepisce, quindi un principio che, ormai, era generalmente condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza: quello dell'eccezionalità dell'esecutorietà dei provvedimenti.

Quanto al meccanismo dell'esecutorietà, l'art. 21ter, dopo aver previsto che le p.a. possano imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti, ritiene necessario che il provvedimento costitutivo di obblighi indichi "il termine e le modalità di esecuzione da parte del soggetto obbligato". In caso di inottemperanza del soggetto obbligato la p.a., "previa diffida", può provvedere all'esecuzione coattiva "nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge".

8.3. I procedimenti di revisione.

I provvedimenti ad efficacia durevole, di regola danno luogo ad un vero e proprio rapporto giuridico fra il soggetto tenuto alla prestazione dell'attività sulla base del provvedimento e l'Amministrazione, portatrice di poteri finalizzati alla programmazione, all'indirizzo e al controllo dell'attività del soggetto terzo, in modo da assicurare la corretta applicazione del dispositivo contenuto nel provvedimento¹⁰.

Data l'efficacia durevole nel tempo, appare chiaro che nel corso dell'esecuzione di tale provvedimenti, può avvenire un mutamento dell'assetto di interessi o della situazione di fatto che aveva giustificato l'emanazione stessa del provvedimento.

In tale prospettiva, vengono concessi all'Amministrazione, poteri di revisione del provvedimento, che si estrinsecano in procedimenti di secondo grado, finalizzati appunto ad adeguare l'esecuzione o la stessa esistenza del provvedimento al rinnovato assetto di interessi.

Quindi i procedimenti di revisione a differenza di quelli di riesame (vedi in seguito) vanno ad incidere sull'efficacia (o sull'esecuzione) e non sulla validità dell'atto.

I procedimenti di revisione sono di quattro specie: I) riforma; II) sospensione; III) proroga; IV) revoca.

8.3.1. Riforma.

La riforma ricorre quando viene modificato parzialmente un precedente atto amministrativo (es. modifica delle modalità con cui potrà essere esercitata l'attività oggetto della concessione).

8.3.2. Sospensione.

La sospensione è un provvedimento discrezionale (e come tale deve essere motivato) di 2° grado con cui si sospende, per un certo periodo di tempo predeterminato o determinabile¹¹, l'efficacia di un precedente provvedimento.

¹⁰ E così ad esempio, la concessione mineraria costituisce un rapporto nell'ambito del quale il concessionario ha il diritto di coltivare la miniera, per il tempo prestabilito, ed è tenuto ad una serie di obblighi sia per quanto concerne le modalità della coltivazione sia per quanto concerne le sue prestazioni finanziarie nei confronti del concedente. D'altra parte il concedente segue l'esercizio della coltivazione, secondo quanto disposto dalla legge e dagli atti concessori, ponendo dettare prescrizione e ordini al concessionario il quale deve attenersi.

¹¹ La sospensione per sua propria natura non può che operare per un periodo limitato e determinato o determinabile (una sospensione *sine die* sarebbe assimilabile alla revoca, v. subito infra, sarebbe perciò un'altra cosa).



Al riguardo, l'art. 21^{quater}, co. 2, afferma che: "L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni¹² e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies".

8.3.3. Proroga.

La *proroga* è un provvedimento discrezionale (e come tale deve essere motivato) di 2° grado, con cui la P.A. differisce ad un momento temporale successivo l'efficacia di un provvedimento che avrebbe dovuto cessare (termine finale) ad un certo momento.

In ogni caso una volta scaduto il secondo termine finale l'efficacia del provvedimento non può essere prorogata, in quanto in questo caso per l'eventuale continuazione del rapporto, occorre procedere all'adozione di un nuovo provvedimento, secondo la tecnica della *rinno v a z i o n e*.

8.3.4. La revoca.

La *revoca* è il provvedimento discrezionale (e come tale deve essere motivato) di 2° grado, con cui la P.A. ritira, con efficacia non retroattiva (*ex nunc*), un atto inficiato da vizi di merito in base ad una nuova valutazione degli interessi.

Al riguardo l'art. 21^{quinquies}, così come modificato dalla L. 122/2010 afferma che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto¹³ (in tal caso parte della dottrina parla di *abrogazione*) o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario¹⁴, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole¹⁵ può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge.

8.3.4.1. Conseguenze della revoca

La revoca ha efficacia *ex nunc* gli effetti dell'atto revocato cessano dal momento dell'operatività della revoca, mentre sopravvivono gli effetti già prodotti in precedenza.

¹² La sospensione può essere disposta con riferimento a specifiche ragioni di interesse pubblico, che debbono essere esplicate. Esso sono in principio sempre ascrivibili ad esigenze di tipo cautelare. Sul punto si può affermare che la sospensione è ascrivibile ai *provvedimenti cautelari*: in presenza di altro procedimento di secondo grado che ha ad oggetto il provvedimento, inteso a rimuoverlo (con efficacia *ex tunc*, annullamento; con efficacia *ex nunc*, revoca); nell'incertezza della situazione che si sta delineando, l'Amministrazione sospende cautelativamente l'esecuzione del provvedimento, al fine di non pregiudicare (o di non pregiudicare ulteriormente) una situazione che potrebbe dover essere rimossa: esercitando una "funzione cautelativa volta ad impedire modificazioni dello stato di fatto, in attesa dei definitivi accertamenti circa la validità" del provvedimento.

¹³ Ad. es. è revocabile la concessione per l'illuminazione a gas a fronte del fatto sopravvenuto dell'introduzione dell'illuminazione elettrica

¹⁴ Ad es. è revocabile la concessione delle terme all'industria privata, a fronte delle emergenti esigenze di "termalismo sociale".

¹⁵ Il potere di revoca viene previsto dalla norma, al pari del potere di sospensione, in generale, per cui non necessita di una espressa previsione di legge, anche se la norma sceglie di limitare tale potere con riferimento ai provvedimenti con efficacia durevole.



Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.¹⁶

Le controversie in materia di determinazione e corresponsione del suddetto indennizzo sono devolute, ai sensi dell'art. 133 D.Lgs. 104/2010, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

8.3.4.2. Altri atti di caducazione.

8.3.4.2.1. Mero ritiro

Parte della dottrina, ritiene che la revoca vada distinta dal mero ritiro, il quale ricorre quando viene ritirato un atto amministrativo non ancora efficace.

8.3.4.2.2. La pronuncia di decadenza.

È invece una particolare tipo di revoca la pronuncia di decadenza dell'atto amministrativo, la quale ricorre, quando viene revocato un atto amministrativo in caso di inadempimenti di obblighi, mancato esercizio di facoltà o venir meno di requisiti di idoneità.

8.3.4.2.3. Il diniego di rinnovo.

Il diniego di rinnovo dell'atto amministrativo, ricorre quando per sopraggiunte cause di interesse pubblici non si riconosce al concessionario il diritto di insistenza.

¹⁶ Rispetto all'indennizzo il D.L. 7/2007 (c.d. decreto Bersani *bis* conv. In L.2-4-2007, n. 40) aggiunge all'art. 21 *quinquies* un ulteriore comma prevedendo che ove la revoca di un atto amministrativo a efficacia durevole o istantanea "incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".



Capitolo 9°

La patologia degli atti amministrativo

9.1. Introduzione.

Un atto amministrativo è affetto da una patologia quando non corrisponde alla fattispecie legale astratta tipizzata dal legislatore.

Nell'ambito della nozione di patologia degli atti amministrativi, parte della dottrina ritiene di potere distinguere tre categorie:

1. l'invalidità;
2. l'irregolarità
3. l'inesistenza.

9.2. L'irregolarità.

Si ha irregolarità quanto l'atto presenta un vizio (dovuto alla violazione di norme che prescrivono adempimenti di tipo formale, quali l'indicazione della data, del termine e dell'organo cui proporre l'eventuale ricorso, etc.) per il quale la legge non commina conseguenze negative per l'atto stesso (es. inefficacia, annullabilità etc.), ma solo (eventualmente) delle sanzioni amministrative a carico dell'agente che lo ha posto in essere.

9.3. L'invalidità.

L'atto amministrativo è *invalido*, quando difetti o sia viziato in uno degli elementi o requisiti prescritti per atti di quel tipo, e tale difformità risulti sanzionata dal legislatore¹, nel senso che il regime giuridico dell'atto riceve una forte modificazione².

In generale fin d'ora possiamo anticipare che quando l'atto difetti di un suo elemento essenziale, l'atto è affetto da nullità, che è la forma più grave di invalidità.

Invece, per quanto attiene l'ipotesi in cui l'atto è viziato, va detto che in relazione alla natura della norma rispetto alla quale si verifica tale difformità, si possono individuare due categorie generali di vizi dell'atto amministrativo:

- se la norma è norma giuridica, il vizio che consegue sarà un vizio di legittimità e l'atto sarà illegittimo o annullabile.
- se la norma rientra nella categoria delle c.d. norme di buona amministrazione (che impongono alla P.A. di astenersi, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, a

¹ Ne consegue che può definirsi *valido* l'atto rispettoso di quelle prescrizioni normative assistite in caso di loro inosservanza da apposita sanzione.

² Dall'atto irregolare e invalido va distinto l'atto:

- *imperfetto*: è tale l'atto per il quale non sia concluso il suo ciclo di formazione;
- *inefficace*: è tale l'atto che benché perfetto (nel senso che è terminato il procedimento relativo alla sua formazione), non è idoneo a produrre gli effetti giuridici in quando sono inesistenti i requisiti di efficacia previsti: I) dalla legge: controlli; II) dalla natura dell'atto in quanto ricettizio: comunicazione; III) dallo stesso provvedimento: condizione sospensiva, termine iniziale. L'atto inefficace va considerato "non esecutivo".
- *ineseguibile*: è tale l'atto perfetto che per il sopravvenire di un atto ostativo (es. ordinanza di sospensione) non è eseguibile.



criteri di opportunità e di convenienza), il vizio sarà di merito³ e l'atto sarà inopportuno.

9.3.1. Ambito dell'invalidità amministrativa.

Mentre la normazione di diritto privato è per lo più di carattere dispositivo, e quindi può essere derogata dalle parti, la normazione di diritto amministrativo è di carattere cogente, per cui l'ambito dell'invalidità amministrativa è molto più esteso rispetto al corrispondente ambito in diritto privato.

Ma ancora, come s'è visto, le fattispecie di esercizio dei poteri amministrativi sono sempre procedimentalizzate, constano cioè di una serie articolata di atti giuridici (oltre che di fatti) sottoposti a loro volta a norme cogenti. Laddove in diritto privato, per regola l'atto giuridico produttivo di effetti (contratto o atto unilaterale) è preceduto da una attività preparatoria non giuridicamente rilevante.

Questo dato estende ancora l'area dell'invalidità amministrativa. Essa infatti può essere rilevata (nei modi e con le forme previste: v. subito *infra*) a proposito di ogni atto produttivo di effetti (come il provvedimento) non solo perché esso in quanto tale si appalesa in contrasto con la normazione che lo concerne; ma anche perché tale contrasto può essere reso palese in uno degli atti della fattispecie procedimentale (che a sua volta, come sappiamo, può essere assai complessa) intesa alla produzione di quello (c.d. *invalidità derivata*).

9.3.2. Nullità.

La nullità ricomprende le affezioni più gravi dell'atto.

9.3.2.1. Ipotesi.

L'art. 21^{septies} della L. 241/90 così come modificata dalla L. 15/2005, disciplinando per la prima volta la nullità del provvedimento amministrativo, dispone che: "È nullo il provvedimento amministrativo:

- che manca degli elementi essenziali (c.d. nullità strutturale);
- che è viziato da difetto assoluto di attribuzione (c.d. carenza di potere in astratto)
- che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato (c.d. carenza di potere in concreto).
- nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".

Appare chiaro quindi che la nullità degli atti amministrativi, è sempre *testuale*, cioè sempre e solo quella prevista dalla legge e mai *virtuale* (ossia desunta dall'interpretazione del sistema normativo)⁴.

³ A differenza dei vizi di legittimità, i vizi di merito non sono suscettibili di una vera e propria classificazione, data la mutevolezza dell'interesse pubblico e quindi di quei criteri di opportunità e di convenienza cui deve ispirarsi la P.A. nell'esercizio dei propri poteri. In fondamento di tali vizi non risiede nella contrarietà alle norme giuridiche, ma nella violazione del principio di buona amministrazione (art. 97 Costituzione), secondo cui l'attività amministrativa, ispirandosi ai principi di economia e tecnica amministrativa, deve svolgersi nel modo più idoneo all'uso dei mezzi e al raggiungimento dei fini. I vizi di merito possono invalidare solo gli atti discrezionali (atti per i quali è concesso alla P.A. di vagliare l'opportunità, la convenienza etc. dell'atto stesso).



9.3.2.1.1. Nullità strutturale.

L'ipotesi di mancanza di un elemento essenziale sono costituite da:

- difetto di qualità di elemento essenziale del soggetto;
- volontà viziata da violenza fisica;
- oggetto impossibile, illecito⁵ o indeterminato;
- mancanza di forma essenziale;
- mancanza del destinatario.

9.3.2.1.2. Carenza di potere in astratto o incompetenza assoluta: straripamento di potere e difetto di attribuzione.

Si ha incompetenza assoluta⁶ ogniqualvolta l'organo amministrativo emana un atto in una materia del tutto sottratta alla competenza amministrativa e riservata ad un altro potere dello Stato (straripamento di potere) ovvero emana un atto riservato alla competenza di un settore amministrativo completamente diverso, ad esempio un titolo di studio rilasciato dal Sindaco (difetto di attribuzione).

9.3.2.1.3. Carenza di potere in concreto.

Altro vizio di nullità, così come codificato dal nuovo art. 21septies della legge sul procedimento amministrativo consiste nella violazione o elusione del giudicato.

Si ha violazione o elusione del giudicato, quando l'amministrazione, emana un atto che reitera il vizio già censurato dal giudice.

Da ultimo con l'approvazione del Codice del processo amministrativo, il legislatore abrogando il comma 2 dell'art. 21septies L. 241/90, devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A., la cognizione sulle nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato (art. 133, comma 1, lett. a.6, D.Lgs. 104/2010)

9.3.2.2. Regime giuridico.

Relativamente al regime giuridico della nullità, manca una disciplina propria degli atti amministrativi, per cui si applica la disciplina codicistica. La nullità comporta le seguenti conseguenze sull'atto amministrativo:

- inesistenza giuridica: è opinione comune in dottrina (ma non sempre condivisa) che l'atto nullo sia inesistente;
- inannullabilità: nel senso che può essere dichiarato solo nullo, e non annullato (specificazione questa che nonostante sia riportata dai manuali, è estremamente pleonastica).

⁴ Si ricordi invece che nel settore del diritto privato, vale la regola inversa, nel senso che in mancanza di un'apposita disposizione che prevede l'annullabilità un negozio invalido è sempre considerato nullo.

⁵ Quando il contenuto dell'atto amministrativo è illecito (ossia quando si impone un comportamento costituente illecito) l'atto è illecito.

⁶ L'incompetenza assoluta si differenzia da quella relativa (ché da luogo ad annullabilità e non a nullità), la quale si verifica tra organi appartenenti allo stesso ramo di amministrazione.



- **inefficacia e inesorabilità**: l'atto nullo è improduttivo di effetti, è cioè inefficace, e come tale è anche inesorabile⁷;
- **insanabilità e inconvalescenza**: l'atto nullo non può essere sanato né convalidato. È invece ammessa la conversione, che consente all'atto nullo di produrre gli effetti di un atto diverso del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma (vedi *infra*).

La nullità opera di diritto pertanto l'eventuale sentenza del G.A. amministrativo avrà natura dichiarativa. Inoltre si ricordi che la nullità può essere dichiarata anche dalla stessa Amministrazione con procedimento di secondo grado assimilabile all'annullamento d'ufficio

9.3.3. Annullabilità.

L'atto amministrativo che presenta dei vizi di legittimità che incidono sopra elementi essenziali di esso, è come tale **annullabile**.

9.3.3.1. Cause.

L'art. 21^o c. 1, afferma che: “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”.

Va precisato che, in diritto amministrativo, esiste una regola generale secondo la quale in via di principio ogni qual volta un provvedimento amministrativo (a differenza del negozio giuridico in cui la violazione di norme imperative dà sempre luogo a nullità, salvo eccezioni), non è conforme alla legge esso è annullabile, e non nullo, in quanto i casi di nullità devono essere espressamente previsti. In altri termini l'annullabilità può essere anche **virtuale**.

9.3.3.1.1. Distinzione tra vizi formali e sostanziali.

L'art. 21^o c. 2, afferma che: “Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”⁸.

In tal modo il legislatore ha per la prima volta affermato che, ai fini dell'annullamento, è necessario distinguere tra **vizi formali** e **vizi sostanziali**. In particolare è esclusa l'annullabilità dei provvedimenti vincolati per vizi formali e procedurali laddove sia palese che, in concreto, il dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto comunque essere diverso, rigettandosi invece quell'opzione secondo la quale al giudice sarebbe consentito un analogo potere anche nell'ipotesi di provvedimento non giuridicamente vincolato.

9.3.3.1.2. Incompetenza relativa.

L'**incompetenza relativa** è la violazione della norma circa la competenza dell'organo⁹ (da distinguersi, dal difetto di attribuzione o incompetenza assoluta che riguarda

⁷ Qualora all'atto nullo venga dato esecuzione, al soggetto compete il c.d. **diritto di resistenza**.

⁸ Analogamente non è annullabile il provvedimento per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento se l'amministrazione dimostra in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

⁹ Ad ogni organizzazione amministrativa pubblica è affidata dall'ordinamento la cura di determinati interessi pubblici, il cui ambito è definito **attribuzione**. La competenza è appunto, la misura dell'esercizio dell'attribuzione che spetta a ciascun organo.



una intera amministrazione e che ridonda in carenza di potere): l'atto è emanato da un organo diverso da quello cui la legge attribuisce il relativo potere.

L'incompetenza può essere:

- **per materia**: il che si verifica quando un organo compia atti riservati *ratione materiae* ad altro organo dello stesso settore amministrativo (es.: atti compiuti dalla Giunta comunale, in luogo del competente Consiglio comunale);
- **per territorio**: il che si verifica quando due organi siano parimenti competenti per materia, ma uno solo di essi è competente per territorio;
- **per valore**: nel caso in cui, nell'ambito di uno stesso complesso organizzativo e circa l'esercizio della medesima funzione, la competenza è distribuita tra i diversi organi a secondo dell'entità della spesa che l'atto comporta: ad esempio, tra ministro e dirigenti.

9.3.3.1.3. Eccesso di potere.

L'esercizio del potere discrezionale non è libero, ma vincolato nel fine o interesse pubblico primario che la norma fissa e individua nel momento in cui attribuisce il potere stesso. Tale interesse va rapportato al coacervo di interessi pubblici, collettivi e privati che di volta in volta si scontrano con l'interesse pubblico primario (c.d. interessi secondari).

Le singole valutazioni, le singole graduazioni di interessi devono essere intrinsecamente razionali e giustificate: se non lo sono, pur nel rispetto della lettera della legge, il potere discrezionale risulta usato male e l'atto che ne consegue è viziato da **eccesso di potere**.

In altri termini l'eccesso di potere è la figura in cui ricadono tutti i casi in cui l'autorità amministrativa non abbia esercitato "bene" il potere discrezionale. E chiaro quindi che il vizio di eccesso di potere non si configura per gli atti vincolanti¹⁰.

¹⁰ L'indagine sull'eccesso di potere nei casi concreti, presuppone che l'Amministrazione abbia agito in conformità alla legge: se è stata violata la legge l'atto è illegittimo per questa ragione. Ma l'assenza di vizi di violazione di legge non esclude che l'atto sia viziato per cattivo uso del potere discrezionale. Ad esempio: procedimento di espropriazione. L'autorità competente per il relativo provvedimento finale è il prefetto: si tratta ad esempio, della realizzazione di una strada statale. La legge prescrive una serie di adempimenti procedurali (dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, accertamento dei tecnici circa lo stato dei fondi, pubblicazione degli elenchi dei proprietari espropriandi, osservazioni degli stessi, ecc.), che in ipotesi sono stati tutti puntualmente eseguiti. Dal punto di vista del mero rispetto della legge quindi, la fattispecie risulta "a posto". Ora, supponiamo che per la realizzazione dell'opera stradale si presentino due alternative possibili circa la dislocazione sul territorio e la conseguente espropriazione dei terreni. Supponiamo che si tratti di una valle a destinazione agricola e sul versante destro di essa vi siano coltivazioni a frutteto e vigneto, mentre il versante sinistro, a causa della sua esposizione geografica, si presenti poco adatto a colture pregiate. In base alle nozioni già esposte circa il corretto esercizio del potere discrezionale, il tracciato dell'opera, in base al quale successivamente saranno disposte le espropriazioni dei terreni, va individuato in esito ad una specifica valutazione di questa particolarità della situazione dei luoghi. Ciò comporta che, se il tracciato della strada può trovare collocazione tecnicamente soddisfacente sia sul versante destro che su quello sinistro della valle, l'Amministrazione dovrà dislocarlo su quello sinistro. In tal modo infatti, essa pur realizzando senz'altro l'interesse primario (la costruzione della strada in maniera tecnicamente idonea) terrà conto altresì dell'interesse secondario (quello proprio delle coltivazioni agrarie) che nella fattispecie diventa rilevante. Agendo diversamente, essa agirà in maniera illegittima perché senza giustificazione alcuna sacrificherà l'interesse secondario, distruggendo le colture agrarie pregiate. Come si vede, in questo caso una manifestazione di attività amministrativa, conforme alla lettera della legge, dà luogo a



9.3.3.1.3.1. Lo sviamento di potere.

La prima forma in cui si manifesta l'eccesso di potere, è lo sviamento di potere, il quale ricorre nel caso in cui la P.A. usi un suo potere discrezionale per interessi personali o politici, e più in generale, per un fine diverso da quello per il quale il potere le era stato conferito (es.: l'imposizione di un vincolo storico ad un immobile allo scopo di sottrarlo alla demolizione prevista nel piano regolatore), o quando la P.A. persegue l'interesse pubblico, ma con un potere diverso da quello previsto a tal fine dalla legge (es. trasferimento di un impiegato ad un sede disagiata come punizione senza attivazione di procedimento disciplinare, laddove per la punizione sono previste apposite sanzioni disciplinare).

9.3.3.1.3.2. Irragionevolezza.

Al di là della figura dello sviamento vi sono una serie di figure di eccesso di potere, che sono riconducibili alla violazione del principio di ragionevolezza dell'agire amministrativo.

Le figure più rilevanti di eccesso di potere (definite in sede dottrinale figure sintomatiche) sono le seguenti:

- **travisamento ed erronea valutazione dei fatti:** quando la P.A. abbia ritenuto esistente un fatto inesistente ovvero quando abbia dato ai fatti un significato erroneo, illogico o irrazionale;
- **illogicità o contraddittorietà della motivazione¹¹:** quando la motivazione dell'atto sia illogica o contrastante in varie parti, o quando la motivazione sia in contrasto col dispositivo;
- **contraddittorietà tra più atti:** quando più atti successivi siano contrastanti fra loro in modo da non far risultare quale sia la vera volontà della P.A. (così ad esempio, nel caso in cui, dopo aver collocato a riposo un impiegato, gli si affidi un nuovo incarico);
- **inosservanza di circolari:** la violazione di una circolare (atto interno) non può dar luogo di per sé a vizio di legittimità; tuttavia l'inosservanza di circolari importa eccesso di potere per la contraddizione esistente fra la volontà manifestata col provvedimento nel singolo caso concreto e quella manifestata in via generale dalla P.A. con l'emanazione della circolare;
- **disparità di trattamento:** si verifica quando per identiche situazioni di fatto si adottino provvedimenti diversi: è il caso, ad esempio, in cui, dopo aver accertato la uguale responsabilità di due impiegati, l'uno è assolto e l'altro punito;

un risultato del tutto irragionevole, secondo la nozione di ragionevolezza che s'è data; nel quale dunque il potere discrezionale si è esercitato in modo non corretto.

¹¹ Al riguardo si ricordi che l'introduzione dell'obbligatorietà della motivazione, nel ricondurre l'azione amministrativa entro i binari della legalità, consente di ritenere che il provvedimento immotivato o insufficientemente motivato sia viziato per violazione di legge e non più, come si riteneva in precedenza per eccesso di potere.



- **ingiustizia manifesta**: questa figura è rarissima, poiché in genere l'ingiustizia attiene piuttosto all'opportunità o alla convenienza dell'atto, e quindi al merito, non alla legittimità. Essa è configurabile quando l'interesse privato viene compresso o sacrificato non sussistendo ragioni di pubblico interesse (ad esempio il caso in cui si infligga una pena per scarso rendimento ad un impiegato menomato da un infortunio subito sul lavoro);
- incompletezza e difetto dell'istruttoria;
- violazione della prassi amministrativa¹².

In tutti questi casi, il sintomo, come si vede manifesta sempre una irragionevolezza dell'agire amministrativo.

9.3.3.1.4. Violazione di legge.

Si ha **violazione di legge**¹³, quando l'atto viola una specifica norma giuridica procedurale (cioè che attiene al provvedimento).

I casi di violazione di legge possono così raggrupparsi:

- **vizio di forma**: e cioè inosservanza delle regole prescritte per la manifestazione di volontà (la mancanza assoluta di forma è, invece, causa di nullità);
- **difetto di motivazione o motivazione insufficiente**: in particolare sono affetti da motivazione insufficiente: I) gli atti che indicano in modo incompleto i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione; II) 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;
- **inosservanza delle disposizioni relative alla valida costituzione dei collegi**: quali le norme per la convocazione, le votazioni, i quorum, la verbalizzazione etc.;
- **difetto di presupposti legali**;
- **violazione dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità dell'azione amministrativa** di cui all'art. 1 L. 241/1990.

9.3.3.2. Regime giuridico.

L'atto annullabile:

- è **efficace** (si parla di **efficacia interinale**) come se fosse valido, finché non viene annullato;

¹² **Prassi amministrativa**: si concreta in un comportamento costantemente tenuto, ma in difetto della sua obbligatorietà. Non è fonte del diritto, ma viene utilizzata per l'interpretazione dell'atto amministrativo al fine di chiarire l'effettivo contenuto di una regola ambigua. L'inosservanza della prassi non dà luogo a violazione di legge, ma può essere sintomo, se non sorretta, da adeguata motivazione, di eccesso di potere.

¹³ L'espressione "legge" è da intendere in senso ampio, comprendendo tutti gli atti di normazione non solo primaria ma anche secondaria. Non rientrano in tale nozione le circolari, che sono norme interne e la cui violazione, come visto, concreta eccesso di potere.



- essendo efficace è anche **e s e c u t i v o**, pertanto, se (e finché) non è annullato, può essere eseguito dalla P.A.;
- può essere, anziché annullato, sanato, ratificato o convertito in un atto valido.

L'annullamento dell'atto non si verifica di diritto, ma soltanto in seguito ad un apposito provvedimento dell'autorità amministrativa (vedi *infra*), oppure in seguito ad una sentenza del G.A¹⁴. L'annullamento ha efficacia retroattiva in quanto l'atto annullato si considera come mai emanato.

9.4. L'inesistenza.

Parte della dottrina ritiene che accanto alla categoria dell'irregolarità e dell'invalidità, va posta anche la categoria dell'**i n e s i s t e n z a**, includendo in essa tutti i casi in cui l'atto non possiede quegli elementi minimi che ne consentono l'identificazione come atto amministrativo. In particolare, sempre per parte della dottrina, l'atto è da considerarsi inesistente:

- quando l'agente che ha emanato l'atto amministrativo non è qualificabile come "organo della P.A.", ossia privo di qualsiasi competenza amministrativa;
- quando, l'atto amministrativo sia stato emanato da un organo astrattamente competente, ma fuori della sua sfera giuridica di competenza territoriale;
- quando manchi di finalità (ovvero non è preordinato al perseguimento di un interesse pubblico);
- quando il contenuto dell'atto è indeterminato o indeterminabile;
- quando il contenuto dell'atto amministrativo è impossibile;
- quando il contenuto dell'atto amministrativo è illecito (ossia quando si impone un comportamento costituente illecito);
- quando l'oggetto dell'atto amministrativo è indeterminato o indeterminabile;
- quando l'oggetto dell'atto amministrativo non è idoneo fisicamente, o giuridicamente, agli effetti che il provvedimento mira;
- quando l'atto amministrativo manca di uno degli elementi essenziali che ne condizionano.

Appare chiaro quindi che le ipotesi in cui l'atto è inesistente potrebbero essere incluse tranquillamente nella categoria della nullità, nonostante ciò parte della dottrina insiste nel ritenere la categoria dell'inesistenza una categoria a sé.

9.5. I procedimenti di riesame.

L'invalidità degli atti amministrativi, può essere rilevata non solo dagli interessati, la cui sfera sia stata lesa dal singolo provvedimento, ma anche dall'amministrazione, che possiede

¹⁴ Si ricordi che il G.O., può solo disapplicare l'atto annullabile. L'atto in altri termini anche dopo la disapplicazione nei confronti del ricorrente, sarà sempre esecutivo nei confronti degli altri soggetti destinatari dello stesso.



strumenti – poteri amministrativi in senso tecnico, che si estrinsecano in procedimenti detti di autotutela – intesi al riesame dei propri atti sotto il profilo della validità.

9.5.1. L'autotutela.

9.5.1.1. Nozione.

L'autotutela amministrativa si configura come quel complesso di attività amministrative con cui ogni pubblica amministrazione risolve i conflitti, potenziali od attuali, relativi ai suoi provvedimenti o alle sue pretese

L'autotutela, pertanto, è la capacità, riconosciuta dalla legge all'amministrazione (dello Stato o di un ente pubblico), di farsi ragione da sé, con i mezzi amministrativi a sua disposizione (e salvo ogni sindacato giurisdizionale). Il suo fondamento risiede senz'altro in una potestà generale, propria di ogni pubblica amministrazione, ovvero, nella attribuzione stessa dei poteri amministrativi ad una P.A., ed implica il potere di pronunciarsi unilateralmente su tutte le questioni amministrative di propria competenza.

L'attività amministrativa di autotutela può considerarsi come una attività secondaria o sussidiaria (cioè strumentale). Essa ha lo scopo di verificare la legittimità e l'opportunità nonché di garantire l'efficacia e l'esecuzione degli atti amministrativi precedentemente emanati dalla P.A. nell'esercizio dei suoi poteri di autarchia e di autonomia, inerenti alla funzione attiva.

9.5.1.2. Tipologia.

Secondo lo schema dalla dottrina, l'attività di autotutela può distinguersi:

- **autotutela decisoria:** attuata attraverso l'emanazione di una decisione amministrativa. Essa può riguardare:
 - **atti amministrativi precedentemente posti in essere dalla P.A., nel qual caso può essere:**
 - **diretta** (non contenziosa), quando la P.A. esercita i suoi poteri di autotutela spontaneamente, oppure nell'adempimento di un preciso dovere. Sono, ad esempio, espressione di autotutela diretta decisoria tutti gli atti di ritiro di precedenti provvedimenti amministrativi (revoca, rimozione, sospensione, annullamento etc.).
 - **indiretta** (contenziosa), nei casi in cui il potere della P.A. trova fondamento in un'azione dell'interessato che assume il nome di ricorso;
 - **rapporti giuridici di diritto amministrativo:** cioè comportamenti, tenuti da soggetti in rapporto giuridico con l'amministrazione (ad esempio: concessionario di beni pubblici), che non appaiono conformi a pretese della P.A. (fondate su norme di legge, o su precedenti atti amministrativi);
- **autotutela esecutiva:** consistente nel complesso di attività volte ad attuare le decisioni già emanate dall'amministrazione (ad es. gli ordini dati da un organo amministrativo ai propri dipendenti di eseguire d'ufficio uno sgombero di abusiva



occupazione di suolo demaniale, e le conseguenti operazioni materiali di sgombero).

In realtà, si ritiene in dottrina oramai comunemente che la sola autotutela decisoria deve considerarsi una potestà generale. Invece per l'autotutela esecutiva occorre che vi sia una norma specifica che attribuisca alla P.A. il potere di agire in via immediata e diretta, per attuare i propri provvedimenti. I casi di esecuzione forzata in via amministrativa devono ritenersi, perciò, ammissibili solo se previsti espressamente dalla legge.

9.5.1.3. L'interesse pubblico come presupposto dei provvedimenti di autotutela.

In tutti i casi, occorre comunque, per poter legittimamente procedere all'adozione in concreto delle misure, un interesse pubblico specifico, che volta a volta giustifichi l'adozione delle misure stesse. Basti ricordare sul punto, che i poteri in oggetto sono poteri discrezionali a tutti gli effetti, e perciò il loro esercizio in concreto deve sempre trovare un suo specifico riferimento in un determinato assetto di interessi in gioco (la cui sussistenza deve essere puntualmente motivata, e può essere sempre oggetto, a sua volta, di sindacato, sotto il profilo dell'eccesso di potere).

9.5.2. Campo di applicazione.

L'oggetto del procedimento di riesame, è un provvedimento (produttivo di effetti) ovvero, come s'è accennato, il fatto (silenzio assenso) a sua volta produttivo dei medesimi effetti. Gli accordi viceversa, come s'è accennato, sono esclusi (solo la loro efficacia può essere oggetto di un procedimento di revisione).

9.5.3. Natura giuridica ed efficacia.

I provvedimenti di riesame, come quelli aventi ad oggetto precedenti provvedimenti (sono "di secondo grado") hanno efficacia *ex tunc*, che si ricollega all'efficacia dei provvedimenti che ne sono oggetto.

9.5.4. Tipologia.

Il procedimento di riesame può dar luogo:

- a conferma quando il provvedimento di primo grado risulti dal riesame senz'altro legittimo;
- a convalida quando il provvedimento di primo grado risulti dal riesame illegittimo ma sanabile;
- ad annullamento del precedente provvedimento quando quest'ultimo dal riesame risulta essere illegittimo e non sanabile.

9.5.4.1. Conferma.

La *conferma* è un provvedimento discrezionale di 2° grado, emanato dalla P.A. laddove a seguito del riesame, l'atto risulta conforme alla legge e non viziato sotto alcun profilo.

9.5.4.1.1. Altri provvedimenti di conservazione.

9.5.4.1.1.1. La consolidazione.

La *consolidazione* è una causa di conservazione oggettiva dell'atto amministrativo, che dipende dal decorso del termine perentorio entro il quale l'interessato avrebbe potuto



proporre ricorso contro l'atto invalido. Trascorso tale termine, infatti, l'atto amministrativo diviene *inoppugnabile* e, pur restando invalido, non può essere più toccato *ab externo*.

9.5.4.1.2. L'acquiescenza.

L'*acquiescenza* è un caso di conservazione soggettiva dell'atto amministrativo, che dipende da un comportamento con cui il soggetto privato dimostrando, con manifestazioni espresse o per fatti concludenti, di essere d'accordo con l'operato della P.A., si preclude la possibilità di impugnare l'atto amministrativo.

9.5.4.1.3. La conversione.

La *conversione* consiste nel considerare un atto nullo o illegittimo, come appartenente ad un altro tipo, di cui esso presenta i requisiti di forma e di sostanza. Essa costituisce applicazione del principio di conservazione dell'atto.

9.5.4.2. Convalida.

La *convalida* è un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, che elimina i vizi di legittimità di un atto invalido precedentemente emanato dalla stessa autorità¹⁵ (integrando la motivazione insufficiente, limando le clausole invalidanti, inserendo elementi mancanti, correggendo il contrasto tra motivazione e dispositivo)

Al riguardo il secondo comma dell'art. 21*nonies* dispone che: "È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendo le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".

9.5.4.2.1. Efficacia retroattiva

La convalida produce, come le altre misure di riesame, effetti retroattivi: gli effetti sostanziali restano quelli medesimi decorrenti dall'atto convalidato.

9.5.4.2.2. Campo di applicazione.

In precedenza, l'ordinamento prevedeva la convalida dei provvedimenti solo qualora questi fossero affetti dal vizio di incompetenza relativa. Il nuovo testo legislativo consente invece adesso la convalida dei provvedimenti viziati, senza distinguere tra i vari vizi di legittimità con conseguente possibilità di convalidare anche i provvedimenti viziati da violazione di legge o eccesso di potere.

9.5.4.2.3. Altri provvedimenti di convalida

Assieme alla convalida, vengono considerati provvedimenti di *convalida*, anche la ratifica e la sanatoria (anche se quest'ultima non consiste in un vero e proprio provvedimento autonomo)

9.5.4.2.3.1. Ratifica.

La *ratifica*¹⁶ è un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, con cui viene eliminato il vizio di incompetenza relativa da parte dell'autorità competente la quale si appropria di un atto adottato da un autorità incompetente dello stesso ramo.

¹⁵ Mentre ove si tratti di atto viziato di incompetenza, alla convalida procede l'autorità competente (vedi ratifica).

¹⁶ La ratifica non va confusa con la *rettifica*, mediante la quale si sana l'irregolarità dell'atto.



9.5.4.2.3.2. La sanatoria.

Si ha sanatoria quando un atto o un presupposto di legittimità del procedimento, mancante al momento dell'emanazione dell'atto amministrativo, viene emesso successivamente, in modo da perfezionare *ex post* l'atto illegittimo.

9.5.4.3. Annullamento d'ufficio.

9.5.4.3.1. Generalità.

L'annullamento è un provvedimento amministrativo di 2° grado, con il quale viene ritirato, con efficacia retroattiva (*ex tunc*) un atto amministrativo illegittimo, per la presenza di vizi di legittimità originari dell'atto (invalidità originaria)¹⁷.

Il potere di annullamento d'ufficio è un potere generale della P.A., e non occorre una espressione previsione di legge per il suo esercizio.

9.5.4.3.2. Presupposti e conseguenze giuridiche

L'art. 21 nonies L. 241/1990 (come novellato da ultimo dalla L. 7.8.2015, n. 124) dispone che il provvedimento amministrativo illegittimo (ossia adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza), esclusi i casi di cui al comma 2 dell'art.21 octies della L.241/90, può essere annullato d'ufficio sussistendone le ragioni di pubblico interesse, entro un tempo ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi¹⁸ dal momento dell'adozione del provvedimento di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici (inclusi i casi in cui il provvedimento sia formato con il silenzio assenso) e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

La disposizione fa salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni d interesse pubblico ed un termine ragionevole (comma 2)

L'atto di annullamento ha efficacia retroattiva: fa, cioè, venir meno l'atto annullato dal momento in cui fu emanato (*ex tunc*), cosicché vengono meno tutti gli effetti prodottisi fino al provvedimento di annullamento.

9.5.4.3.3. Responsabilità in caso di mancato annullamento

Scaduto il termine entro il quale l'amministrazione può provvedere in autotutela, gli effetti del provvedimento non annullato si consolidano, ed esso non sarà più rimovibile.

Ciò non toglie che, come previsto dal comma 1 dell'art. 21-nonies, "rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

¹⁷ L'annullamento di cui si tratta in questa sede è l'annullamento d'ufficio, su iniziativa della P.A., che va tenuto distinto dall'annullamento su ricorso amministrativo e dall'annullamento in sede di controllo. In particolare quest'ultimo è un atto di controllo successivo di legittimità.

¹⁸ Al riguardo si ricordi comunque che, così come previsto in base all'articolo 21nonies, comma 2bis, della legge n. 241 del 1990, l'amministrazione può esercitare il potere di autotutela anche dopo i 18 mesi, in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni: "I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445."



Pertanto, ad esempio, quanto riguarda i provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici in un'unica soluzione: la somma non potrà essere recuperata ed il responsabile del provvedimento potrà essere chiamato a rifondere l'erario a titolo di responsabilità amministrativa ove si accertino il dolo o la colpa grave.



Capitolo 10°

Il procedimento amministrativo – Disciplina e struttura

10.1. Introduzione.

Affinché un provvedimento amministrativo sia perfetto (è tale quando sussistono tutti gli elementi necessari per la sua esistenza giuridica) ed efficace (cioè idoneo a produrre gli effetti giuridici propri del tipo al quale l'atto appartiene), esso deve essere emanato in seguito ad un particolare *iter* comprendente più atti ed operazioni, imputati ad organi e soggetti diversi, che nel loro complesso, prendono il nome di **procedimento amministrativo**.

Il procedimento amministrativo, dunque 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 e**, cioè, alla produzione di determinati effetti giuridici nella sfera giuridica di determinati (o determinabili) soggetti.

Non può, per contro, parlarsi di procedimento in senso tecnico quando siano intervenuti esclusivamente atti interni, che per la loro natura non hanno, né possono avere, rilevanza esterna.

Va evidenziato che solo al provvedimento, è collegata la produzione degli effetti; tanto è vero che gli interessati che vogliono demolire gli effetti prodotti dalla fattispecie procedimentale dovranno impugnare non tutti gli atti della stessa, ma solo il provvedimento finale.

D'altra parte, va evidenziato che ogni atto della serie procedimentale si pone come presupposto di legittimità o di efficacia di quello successivo, con la conseguenza che qualsiasi atto della fattispecie, se viziato produce l'invalidità giuridica non solo di se stesso ma anche dell'intero procedimento e quindi del provvedimento finale (c.d. invalidità derivata), anche se sarà sempre quest'ultimo, come unico atto produttivo di effetti esterni, che dovrà essere direttamente aggredito da chi voglia invalidare l'intera fattispecie procedimentale.

10.2. Le funzioni.

Il procedimento amministrativo risponde a molteplici esigenze, tra cui spiccano:

- l'accertamento, la valutazione e la ponderazione dei vari elementi di fatto e dei diversi interessi che la P.A. deve presentare nell'emanazione dei singoli atti;
- la coordinazione che la P.A. deve tener presente nell'emanazione dei singoli atti;
- la coordinazione dell'operato e del parere dei vari organi che intervengono nell'emanazione dell'atto;
- l'esercizio dell'attività di controllo;
- la garanzia che anche l'interessato venga sentito prima dell'emanazione dell'atto e possa, così far valere le proprie ragioni.

10.3. La disciplina.

In passato l'assenza di una regolamentazione generale del procedimento amministrativo comportava un'ampia libertà della P.A. in sede di gestione del procedimento e il non



riconoscimento del diritto degli interessati a partecipare attivamente ai procedimenti destinati a sfociare in provvedimenti incidenti nelle loro sfere giuridiche

Una soluzione definitiva a problemi derivanti dall'assenza di una normativa generale sul procedimento è stata conseguita dalla L. 241/90 (l. proc. amm.), da ultimo modificata e integrata dai molti atti normativi tra cui: L. 15/2005; L. 80/2005; L. 69/2009; D.Lgs. 104/2010; L. 122/2010, L. 190/2012, D.L. 69/2013. D.L. 145/2013, L. 7 agosto 2015, n. 124 e alla L. 28 dicembre 2015, n.221

A ciò si aggiunga che secondo un recente orientamento giurisprudenziale sono applicabili al procedimento amministrativo le regole privatistiche della tutela dell'affidamento e dell'obbligo di correttezza, trattandosi di doveri generali per cui è tenuto ogni soggetto di diritto.

10.3.1. Ambito di applicazione della L. 241/90 così come integrata e modificata dalla L. 69/2009.

La L. 69/2009 ha precisato l'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, riformulando l'art. 29 della L.241/1990.

In base a tale riformulazione si è delineato il seguente ambito di applicazione

- le amministrazioni statali (c.d. amministrazione diretta) e gli enti pubblici nazionali (c.d. amministrazione indiretta centrale) sono tenute al rispetto di tutte le disposizioni della legge sul procedimento (art. 29 1° co.¹);
- le società con totale o prevalente capitale pubblico sono tenute al rispetto delle disposizioni della legge sul procedimento limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative (art. 29 1° co.);
- le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla legge sul procedimento nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge (art. 29 2° co.²). In particolare:
 - le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali³ delle prestazioni, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela (art. 29 2-quarter co.⁴);

¹ Art. 29 1° co.: "Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche"

² Art. 29 2° co.: "Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge."

³ Art. 29 2-bis co: " Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti".



- le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano effettuano adeguamento di cui al punto precedente secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione” (art. 29 2-quinquies co.⁵);
- va comunque precisato che tutte le amministrazioni pubbliche (quindi sia l’amministrazione diretta che indiretta) sono tenute (art. 29 1° co.):
 - al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2bis);
 - consentire la stipulazione di accordi integrativi e sostitutivi (art.11);
 - consentire la stipulazione di accordi fra pubbliche amministrazioni (art. 15)
 - garantire la tutela contro le determinazioni in materia di accesso (art. 25, commi 5, 5-bis e 6);
 - garantire il rispetto delle disposizioni contenute nel capo IV-bis della legge (efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. revoca e recesso).

10.4. La struttura.

Il procedimento amministrativo si articola in quattro fasi principali:

- fase preparatoria o di apertura o di iniziativa: diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell’atto da emanare. Essa si avvia attraverso una richiesta di parte o attraverso l’iniziativa d’ufficio;
- fase istruttoria: 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 sub-procedimento):
 - consultiva: qualora la valutazione dei fatti e degli atti e particolarmente complessa;
- fase decisoria o deliberativa: in cui 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 efficace⁶;

Art. 29 2-ter co: “Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano.”.

⁴ Art. 29 2-quarter co: “Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela”.

⁵ Art. 29 2-quinquies co.: “Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione alle disposizioni del presente articolo, secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione”

⁶ La fase decisoria è composta dallo stadio predecisorio e da quello decisorio in senso stretto.



- da un eventuale fase di integrazione dell'efficacia: è propria di quegli atti che per divenire efficaci devono essere sottoposti ad un controllo successivo. La fase di integrazione dell'efficacia comprende a sua volta due sottofasi:
 - controllo: se il controllo ha esito positivo l'atto già perfetto diviene efficace e perciò esecutivo;
 - comunicazione: finalizzato a portare a conoscenza l'atto al destinatario.



Capitolo 11°

Il procedimento amministrativo – La fase di iniziativa

11.1. Introduzione

La fase 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.

11.2. Modalità di apertura.

Diretta espressione del principio di tipicità dei poteri amministrativi, è il carattere formalizzato dell'apertura del procedimento, nel senso che l'avvio dell'esercizio del procedimento non può essere casuale, ma deve necessariamente corrispondere al verificarsi di specifiche condizioni di legge o al verificarsi (nell'assetto reale degli interessi) di una situazione tale da rendere necessario l'esercizio del potere.

L'apertura del procedimento può avvenire, a seconda del potere di cui trattasi, a richiesta di parte o ad iniziativa d'ufficio¹.

11.2.1. A richiesta di parte.

L'apertura del procedimento a richiesta di parte si verifica per i poteri amministrativi il cui esercizio in concreto è richiesto da un soggetto interessato (il quale ha in merito un interesse legittimo pretensivo)².

Il soggetto sollecita l'esercizio del potere, nel suo interesse anche se l'Amministrazione è tenuta ad esercitare il potere, e quindi ad emanare il provvedimento amministrativo, esclusivamente nell'interesse pubblico.

In questi casi la richiesta del soggetto legittimato costituisce di per sé il necessario presupposto per l'avvio in concreto dell'esercizio del potere, cioè per l'apertura del procedimento.

L'apertura del procedimento a richiesta di parte può esplicarsi attraverso quattro tipi di atti propulsivi: I) un'istanza; II) una S.C.I.A III) una denuncia; IV) un ricorso.

11.2.1.1. Istanza.

Per *istanza* si intende la richiesta di un privato presentata all'autorità amministrativa, al fine di ottenere un provvedimento a suo favore; quando l'istanza non genera obblighi per la P.A., essa viene denominata "e s p o s t o".

¹ Tanto è vero che la l. proc. amm. distingue i casi in cui "il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza" dal caso in cui "debba esse iniziato d'ufficio"(art. 2 1° co).

² Tizio deve costruire la casa di abitazione, ciò che nel vigente ordinamento non può fare se non ottiene dall'autorità competente (sindaco) un apposito provvedimento amministrativo (concessione edilizia): egli chiede all'autorità che eserciti il relativo potere, che gli rilasci il necessario provvedimento.



11.2.1.2. S.C.I.A.

11.2.1.2.1. Nozione.

La S.C.I.A. (segnalazione certificata inizio attività) è la dichiarazione che consente alle imprese di iniziare, modificare o cessare un'attività produttiva (artigianale, commerciale, industriale), al momento della presentazione senza dover più attendere i tempi e l'esecuzione di verifiche e controlli preliminari da parte delle amministrazioni competenti.

In altri termini la S.C.I.A. consente di iniziare l'attività immediatamente e senza necessità di attendere la scadenza di alcune termine, ciò traducendosi in una sostanziale accelerazione e semplificazione rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'articolo 19 L. 241/90, che prevedeva il decorso del termine di trenta giorni prima di poter avviare l'attività oggetto della D.I.A. (Dichiarazione inizio attività) e legittimava l'esercizio di poteri inibitori da parte dell'amministrazione entro un ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvia della medesima attività.

11.2.1.2.2. Natura giuridica

La S.C.I.A. non costituisce un provvedimento tacito direttamente impugnabile.

Tanto è vero che gli interessati possono solo sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

In altri termini la SCIA non è un atto pubblico, né porta alla formazione di un silenzio assenso. Essa è, in sostanza, un adempimento del privato, con cui l'interessato adempie all'onere di avvisare l'amministrazione che intende intraprendere una determinata attività.

L'attività può immediatamente iniziare e prosegue indisturbata se l'amministrazione non la vieta o non ne dispone la rimozione degli effetti per accertata carenza delle condizioni, modalità o fatti legittimanti.

Qualora, invece, l'amministrazione emetta provvedimenti, il privato è tenuto a conformarsi, cessando l'attività intrapresa o adattandola alle disposizioni ricevute per renderla conforme alla legge.

11.2.1.2.3. Gli atti che può sostituire.

Ai sensi del 1° comma dell'art. 19 della L. 241/90 “ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato...”.

Non possono essere sostituiti dalla S.C.I.A. gli atti in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali nonché gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza,



all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria³.

In sintesi la SCIA si applica alle attività di prestazione di beni e servizi (SCIA “commerciale”) e alle attività in materia edilizia (SCIA “edilizia”).

11.2.1.2.4. Termine dal quale può essere inoltrata

La SCIA deve essere presentata prima dell'inizio (o della modifica, sospensione, ripresa, cessazione) dell'attività.

Siccome l'interessato deve dichiarare consapevolmente e responsabilmente il possesso di requisiti soggettivi e oggettivi, la tempistica di presentazione della SCIA dipende dalla concreta configurazione dell'attività, dalla avvenuta istituzione di un assetto societario costituito in forma definitiva, dalla disponibilità di locali o attrezzature e comunque dall'esistenza di un'attività che sia strutturata e pronta per essere avviata.

11.2.1.2.5. Organo competente a riceverla: il SUAP

La SCIA deve essere presentata allo sportello unico per le attività produttive (SUAP).

Ai sensi del primo comma dell'art. 19bis della L. 241/90: “Sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione è indicato lo sportello unico, di regola telematico, al quale presentare la SCIA, anche in caso di procedimenti connessi di competenza di altre amministrazioni ovvero di diverse articolazioni interne dell'amministrazione ricevente. Possono essere istituite più sedi di tale sportello, al solo scopo di garantire la pluralità dei punti di accesso sul territorio”.

11.2.1.2.6. Gli adempimenti dell'amministrazione ricevente in caso di SCIE multiple

Ai sensi del secondo comma “Se per lo svolgimento di un'attività soggetta a SCIA sono necessarie altre SCIA, comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche, l'interessato presenta un'unica SCIA allo sportello di cui al comma 1. L'amministrazione che riceve la SCIA la trasmette immediatamente alle altre amministrazioni interessate al fine di consentire, per quanto di loro competenza, il controllo sulla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per lo svolgimento dell'attività e la presentazione, almeno cinque giorni prima della scadenza dei termini di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, di eventuali proposte motivate per l'adozione dei provvedimenti ivi previsti.”.

11.2.1.2.7. Modalità di inoltro

La segnalazione, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata mediante posta raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione.

³ La scia non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.



11.2.1.2.8. Gli allegati.

La S.C.I.A. deve essere corredata:

- dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;
- nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione⁴.

A ciò si aggiunga nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui sopra, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti.

11.2.1.2.9. L'inizio dell'attività

Una volta presentata la S.C.I.A., l'attività oggetto della stessa può essere iniziata, a differenza di quando accadeva con la D.I.A., dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente (art. 19 2° co.).

Tuttavia ai sensi del 3 comma dell'art. 19bis: "Nel caso in cui l'attività oggetto di SCIA è condizionata all'acquisizione di atti di assenso comunque denominati o pareri di altri uffici e amministrazioni, ovvero all'esecuzione di verifiche preventive, l'interessato presenta allo sportello di cui al comma 1 la relativa istanza, a seguito della quale è rilasciata ricevuta ai sensi dell'articolo 18-bis. In tali casi, il termine per la convocazione della conferenza di cui all'articolo 14 decorre dalla data di presentazione dell'istanza e l'inizio dell'attività resta subordinato al rilascio degli atti medesimi, di cui lo sportello dà comunicazione all'interessato."

11.2.1.2.10. I controlli dell'amministrazione

11.2.1.2.10.1. Nel termine di 60 giorni (30 giorni per scia edilizia)

Nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione (in caso di scia edilizia il termine è ridotto a 30 giorni), l'amministrazione competente adotta

- **motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi:** nel caso in cui carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1 della art.19;

⁴ Al riguardo si ricordi che, ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni.



- **invito a provvedere:** qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa⁵ e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata;
- **provvedimento di sospensione:** con lo stesso atto motivato di cui sopra, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. L'atto motivato di sospensione interrompe il termine di 60 giorni per l'eventuale divieto di prosecuzione delle attività (30 per l'edilizia), che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle misure prescritte. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso il termine di 60 giorni (30 per l'edilizia), cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata.

11.2.1.2.10.2. Oltre il termine di 60 giorni

I provvedimenti di cui sopra possono essere adottati dall'amministrazione anche successivamente i 60 giorni (30 per scia edilizia), entro i successivi 18 mesi, qualora via siano i presupposti per l'annullamento d'ufficio ex art 21-nonies.

Le nuove disposizioni (art. 2, comma 4 del d.lgs n.222) chiariscono che nei casi di SCIA il termine di diciotto mesi per l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione decorre dalla scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente (60 giorni o 30 giorni nel caso dell'edilizia).

Al riguardo si ricordi comunque che, così come previsto in base all'articolo 21nonies, comma 2bis, della legge n. 241 del 1990, l'amministrazione può esercitare il potere di autotutela anche dopo i 18 mesi, in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni⁶

11.2.1.2.11. Giurisdizione esclusiva.

Le controversie in materia di dichiarazione di inizio attività sono devolute, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a3, D.Lgs. 104/2010, alla giurisdizione esclusiva del G.A.

⁵ Art. 21 1 comma 1.241/90: " Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato."

⁶ Articolo 21nonies, comma 2bis: "I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445."



11.2.1.3. Denuncia.

Per **d e n u n c i a** si intende la dichiarazione di un privato resa all'autorità amministrativa, al fine di provocare l'esercizio dei suoi poteri, con l'emanazione di un provvedimento. La presentazione della denuncia può costituire una **f a c o l t à** o un **o n e r e** (es. denuncia dei danni di guerra) o un obbligo (es. denuncia dei redditi).

11.2.1.4. Ricorso.

Il **r i c o r s i** (amministrativi) sono i reclami dell'interessato intesi a provocare un riesame di legittimità o di merito degli atti della P.A. ritenuti lesivi di diritti soggetti o di interessi legittimi.

11.2.2. Ad iniziativa d'ufficio.

L'apertura del procedimento ad **i n i z i a t i v a** d'ufficio si verifica per i poteri amministrativi previsti per curare interessi pubblici nella loro oggettività a prescindere da ogni sollecitazione degli interessati.

L'interesse pubblico, appena si configura un'esigenza di cura da parte dell'Amministrazione (scoppia un'epidemia, avviene un terremoto, ecc.), deve essere curato in sé e per sé, dunque l'Amministrazione è tenuta ad aprire il relativo procedimento. L'iniziativa d'ufficio può essere autonoma od eteronoma.

11.2.2.1. Autonoma

L'iniziativa d'ufficio è **a u t o n o m a** quando l'attività propulsiva promana dallo stesso organo competente per l'emissione del provvedimento finale.

11.2.2.2. Eteronoma.

L'iniziativa d'ufficio è **e t e r o n o m a** quando l'attività propulsiva promana da un organo diverso da quello competente per l'emissione del provvedimento finale. Esso può presentarsi come:

- **r i c h i e s t e**: sono atti amministrativi consistenti in manifestazioni di volontà con cui l'autorità amministrativa competente si rivolge ad altra autorità per sollecitare l'emanazione di un atto che altrimenti non potrebbe essere emanato. Possono essere facoltative o obbligatorie, vincolanti o non vincolanti. Il destinatario della richiesta può astenersi dal procedere nel solo caso di invalidità della stessa;
- **p r o p o s t e**: sono manifestazioni di giudizio dell'organo propulsivo circa il contenuto da dare all'atto. Possono essere facoltative o obbligatorie a seconda che l'autorità possa o meno provvedere anche in mancanza della proposta; possono inoltre essere vincolanti, non vincolanti o conformi (quando l'autorità attiva, se vuole provvedere, non può che farlo in conformità della proposta);
- **s e g n a l a z i o n i**: la segnalazione è l'atto con cui l'autorità amministrativa competente si rivolge ad altra autorità per sollecitare l'emanazione di un atto che altrimenti non potrebbe essere emanato, non creando per l'autorità destinataria alcun obbligo di provvedere.



11.3. Il carattere necessitato dell'apertura del procedimento: l'obbligo di procedere.

Una volta concretizzatesi le situazioni predette il potere deve esercitato: non è più una facoltà dell'Amministrazione, ma diventa un obbligo (il c.d. obbligo di procedere o a provvedere).

In particolare è dall'istanza, dalla richiesta e dalla proposta vincolante che nasce per la P.A., un obbligo a provvedere, in quanto dagli altri tipi di atti propulsivi (proposta non vincolante, segnalazioni, voti), invece scaturisce solo un obbligo della P.A. di vagliare l'opportunità di dar corso al procedimento.

11.4. Termine di conclusione del procedimento

Dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda⁷, se il procedimento è ad iniziativa di parte, inizia a decorrere il termine di conclusione del procedimento (art. 2 6° co.).

11.4.1. Individuazione del termine.

La L. 69/2009 ha completamente riformulato l'art. 2 della L. 241/90 dettando una nuova disciplina dei tempi di conclusione del procedimento. Nella specifico è stato stabilito:

- salvo diverso termine, stabilito dalla legge o con diverso provvedimento (vedi *infra*), il termine generale per la conclusione dei procedimenti, di competenza delle amministrazioni statali (c.d. amministrazione diretta) e enti pubblici nazionali (c.d. amministrazione diretta centrale) è di 30 giorni (art. 2 comma 2);
- per le amministrazioni statali (c.d. amministrazione diretta), possono essere individuati termini non superiori a 90 giorni per la conclusione dei relativi procedimenti, mediante decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, L. 400/1988, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, e il Ministro per la semplificazione normativa. Lo stesso termine è applicato agli enti pubblici nazionali (c.d. amministrazione indiretta centrale) i quali possono stabilire secondo i propri ordinamenti, termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza (art. 2 comma 3);
- in presenza di particolari presupposti – sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento – per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali il termine di 90 giorni può essere ampliato fino ad un massimo di 180 giorni, mediante decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati

⁷ L'art. 18bis 2° comma afferma che: "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".



ai sensi dell'art. 17, comma 3, L. 400/1988, adottati su proposta anche del Ministro della pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro per la semplificazione normativa previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Tale previsione non si applica ai procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e a quelli riguardanti l'immigrazione (art. 2 comma 4 co.);

- “fatto salvo quanto stabilito da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza.” (art. 2 comma 5 co)⁸.

I termini di cui sopra “possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni” (art. 2 7° co.).

11.4.2. Individuazione del soggetto titolare del potere sostitutivo.

Sempre al fine di garantire la certezza dei tempi dell'azione amministrativa, l'amministrazione è inoltre obbligata (art.9bis L. 241/90) ad individuare il soggetto al quale attribuire il potere sostitutivo in caso di inosservanza del termine originario di conclusione del procedimento.

In caso di omessa individuazione di questo soggetto, il potere sostitutivo è attribuito al dirigente generale, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o, in mancanza, al funzionario di livello più elevato.

Il soggetto al quale è attribuito il potere sostitutivo, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsto.

11.4.3. Conseguenze del mancato rispetto del termine.

Andiamo ora ad analizzare le conseguenze giuridiche del mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento⁹.

Al riguardo è necessario puntualizzare subito che, anche in conseguenza del superamento dei termini di conclusione di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990, sussiste comunque, e salve ipotesi espressamente disciplinate, l'obbligo delle Amministrazioni di concludere il procedimento attivato e, ciò, in considerazione del fatto che nessuna disposizione di legge ha elevato il termine di conclusione a requisito di validità dell'atto amministrativo, rimanendo dunque lo stesso confinato sul piano dei comportamenti dell'amministrazione (in questo senso è anche la Giurisprudenza, Cons. Stato Sez. V, 11 ottobre 2013, n. 4980).

⁸ La disciplina dei tempi del procedimento, così come articolata dal legislatore, non si applica ai procedimenti di verifica o autorizzativi concernenti i beni storici, architettonici, culturali, archeologici, artistici e paesaggistici, per i quali restano fermi o termini di cui al D.Lgs. 42/2004; allo stesso modo restano ferme le disposizioni di legge e il regolamento in materiale ambientale (art. 7, comma 4, L. 69/2009).

⁹ La formazione del silenzio come diretta conseguenza del non rispetto del termine di conclusione del procedimento amministrativo verrà trattata nel capitolo relativo alla fase decisoria.



11.4.3.1. L'esercizio del potere sostitutivo.

Il privato che allo scadere del termine non ottiene nessun provvedimento dall'amministrazione può rivolgersi al titolare del potere sostitutivo, il quale è tenuto a concludere il procedimento entro un termine pari alla metà di quello originario, avvalendosi delle strutture competenti o nominando un commissario (art. 2, comma 9-ter, legge n. 241 del 1990).

Il titolare del potere sostitutivo, nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte, deve espressamente indicare il termine previsto dalla legge o dai regolamenti per la conclusione del procedimento e quello effettivamente impiegato (art. 2, comma 9-quinquies)

11.4.3.2. La responsabilità dirigenziale in caso di mancata conclusione del procedimento nei termini.

Il comma 9 dell'art. 2 L. 241/90 introdotto dalla L. 69/2009, così come novellato dal D.L. 5/2012 (convertito con L. 35/2012), prevede che “La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente”¹⁰.

La norma *de quo* inserisce un nuovo tassello nell'erigendo complesso rapporto P.A. – privato, condizionando all'interno di ogni singola amministrazione, nel senso di incentivare, sia pure indirettamente, il perseguimento di un sempre miglior grado di efficienza dell'apparato amministrativo.

Il rispetto dei tempi stabiliti per l'adozione del provvedimento finale assurge ad elemento di valutazione dei dirigenti – sia in senso premiale, in un'ottica meritocratica, che in senso sanzionatorio, con rimando ad ulteriori indirizzi ministeriali – ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato.

¹⁰ Sul punto, la novella opera una ricognizione delle forme di responsabilità ricollegabili all'inerzia. Innanzitutto si fa riferimento alla valutazione della performance individuale, introdotto dalla legge delega n. 15 del 2009 e dal successivo D.Lgs. 150/2009.

In proposito, l'articolo 9, co. 1, del citato D.Lgs. 150/2009 prevede che il personale con incarico dirigenziale sia valutato in relazione agli indicatori di performance relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità; al raggiungimento di specifici obiettivi individuali; alla qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, alle competenze professionali e manageriali dimostrate; alla capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi. Il successivo comma, prevede che la misurazione e la valutazione svolte dai dirigenti sulla performance individuale del personale non dirigenziale sono collegate: a) al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; b) alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi. In secondo luogo, l'inosservanza all'obbligo di provvedere può comportare una ipotesi di responsabilità disciplinare.

Sul punto, merita inoltre ricordare la specifica misura disciplinare prevista dall'art. 55-sexies, co. 1, del D.Lgs. 165/2001, introdotto dall'art. 69 del D.Lgs. 150/2009. Tale disposizione stabilisce che la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno per violazione da parte del dipendente degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa (stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento), impongono nei confronti dello stesso dipendente l'applicazione - ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare - della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento. In terzo luogo, l'inerzia del dipendente può integrare una fattispecie di responsabilità amministrativa e contabile.



Si evidenzia che a seguito della novella, le fattispecie di responsabilità sorgono non unicamente nell'ipotesi di mancata emanazione del provvedimento nei termini, ma altresì in caso di tardiva adozione del provvedimento. La responsabilità non è limitata al dirigente, ma si estende anche al funzionario inadempiente.

11.4.3.3. Il danno da ritardo.

L'art. 2bis così come introdotto dalla L. 69/2009 afferma, al primo comma, che le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento¹¹.

Ai sensi dell'art. 30 D.lgs. 104/2010, tale azione risarcitoria è sottoposta al termine decadenziale di 120 giorni che non inizia a decorrere fino a quando perdura l'inadempimento.

La effettiva portata della norma è condizionata, in modo rilevante, dal principio dell'onere della prova: il ricorrente che in sede processuale chieda il risarcimento del danno causatogli dalla amministrazione che abbia sfiorato i termini di conclusione del procedimento, dovrà provare sia l'ingiustizia del danno subito che l'elemento doloso o colposo dell'inosservanza dello stesso da parte della P.A., nonché il nesso di causalità tra il danno lamentato e la condotta posta in essere dalla Pubblica Amministrazione.

11.4.3.4. L'indennizzo da ritardo

L'art 28 del D.L. 69/2013 (c.d. Decreto del Fare), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto l'indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte.

In particolare la disposizione in esame modifica l'articolo 2bis della legge n. 241 del 1990, introducendo il comma 1bis che prevede il diritto dell'interessato ad ottenere un indennizzo da ritardo che, a sua volta, andrà corrisposto alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge e da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2 legge n. 400 del 1988 e, ciò, fermo restando il carattere immediatamente applicativo delle disposizioni introdotte.

L'indennizzo da ritardo costituisce una disposizione applicabile in tutte quelle fattispecie in cui il procedimento, ad istanza di parte, debba concludersi entro un determinato periodo di tempo e, ciò, a prescindere dalla natura giuridica del termine apposto e, quindi, dalla circostanza che il termine abbia un carattere perentorio (e determini il venir meno del potere dell'Amministrazione di pronunciarsi) o ordinatorio (persistendo il relativo potere).

¹¹ Detta ultima disciplina ha fatto proprie quelle conclusioni cui era pervenuto quell'orientamento giurisprudenziale (per tutti si veda l'Adunanza Plenaria n. 7/2005), diretto a riconoscere la responsabilità dell'Amministrazione per i danni causati dalla mancata e tempestiva adozione del provvedimento amministrativo. Si era ammesso che la violazione di un termine di conclusione del procedimento fosse suscettibile di cagionare una tardiva attribuzione del «bene della vita» richiesto dal privato, circostanza quest'ultima che, di per sé, era stata ritenuta astrattamente idonea a determinare una lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionato dal ritardo con cui la p.a. avesse eventualmente emanato il provvedimento finale.



11.4.3.4.1. Differenze con il risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento

La fattispecie dell'indennizzo da ritardo va nettamente distinta da quella prevista dal comma 1 dell'art. 2-bis della legge n. 241/1990.

In particolare, come già evidenziato, il risarcimento del danno da ritardo, presuppone l'avvenuta prova dell'esistenza stessa del danno, del comportamento colposo o doloso dell'Amministrazione e, ancor di più, della dimostrazione dell'esistenza di un nesso di causalità tra il danno lamentato e la condotta posta in essere dalla Pubblica Amministrazione.

A parametri del tutto differenti va, al contrario, ricondotta la fattispecie dell'indennizzo da ritardo. Quest'ultima, infatti, prescinde, dalla dimostrazione dell'esistenza di un danno e di tutti quei presupposti sopra ricordati e contenuti nell'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/1990.

L'utilizzo del termine «indennizzo» (nozione che trova differenti e specifiche discipline nell'ordinamento) consente di ritenere che il pagamento della somma di cui si tratta debba essere dovuto anche nell'eventualità in cui la mancata emanazione del provvedimento sia riconducibile ad un comportamento “scusabile”, e astrattamente “lecito”, dell'Amministrazione.

A tal fine dovranno essere ricomprese nell'ambito di applicazione della norma in esame anche quelle ipotesi in cui la violazione del termine sia da ricondurre ad un caso fortuito o a un'ipotesi di forza maggiore, secondo quei principi sul punto delineati dal Codice civile.

La nozione di indennizzo è, pertanto, conseguente ad una valutazione di «equità» posta in essere dal legislatore, temperando l'esigenza di sanzionare comportamenti inerti dell'Amministrazione (a prescindere o meno dalla «scusabilità» degli stessi), prevedendo comunque una forma di «ristoro» per il «disagio» sopportato dal privato a seguito dell'avvenuta violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo.

11.4.3.4.2. Il procedimento di corresponsione dell'indennizzo

11.4.3.4.2.1. Attivazione del potere sostitutivo

Il procedimento finalizzato alla corresponsione dell'indennizzo deve essere preceduto obbligatoriamente dall'attivazione del potere sostitutivo.

L'interessato pertanto, successivamente al decorso dei termini di conclusione del procedimento e allo scopo di porre fine all'inerzia sino a quel momento protrattasi, deve ricorrere al soggetto titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis, legge n. 241 del 1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato e, contestualmente, la corresponsione dell'eventuale indennizzo da ritardo per il caso in cui il titolare del potere sostitutivo non provveda nel termine a lui assegnato.

Nel caso di procedimenti in cui intervengono più Amministrazioni, e in cui il mancato rispetto del termine sia da imputare a più strutture, l'interessato dovrà presentare l'istanza



all'Amministrazione procedente che, a sua volta, dovrà trasmetterla tempestivamente al titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo¹².

Tale istanza deve essere presentata nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine entro il quale il procedimento si sarebbe dovuto concludere¹³.

Dall'esame dell'art. 28 del decreto-legge n. 69/2013 è, altresì, possibile desumere che, nell'ipotesi di mancata emanazione del provvedimento entro il termine assegnato al titolare del potere sostitutivo, quest'ultimo è obbligato a disporre la liquidazione dell'indennizzo, senza necessità di ulteriori istanze da parte dell'interessato.

L'indennizzo, quindi, è corrisposto esclusivamente quando il provvedimento amministrativo non venga adottato nel termine assegnato al titolare del potere sostitutivo: termine pari alla metà di quello stabilito per la conclusione del procedimento iniziale, ai sensi dell'art. 2, commi 2, 3 e 4 della legge n. 241 del 1990.

Ad esempio, se un'autorizzazione deve essere rilasciata entro 60 giorni, il titolare del potere sostitutivo, investito nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento iniziale, deve provvedere entro il successivo termine di 30 giorni decorrenti dalla presentazione dell'istanza: decorso inutilmente quest'ultimo termine è comunque dovuto l'indennizzo da ritardo.

11.4.3.4.2.2. La liquidazione del danno

L'indennizzo è liquidato dall'amministrazione procedente o, in caso di procedimenti complessi in cui intervengono più amministrazioni, da quella effettivamente responsabile del ritardo.

La somma deve essere corrisposta in modo automatico e forfettario, prescindendo da un comportamento doloso o colposo della pubblica amministrazione responsabile e per il solo fatto del superamento dei termini dello specifico procedimento attivato su istanza di parte.

L'importo da corrispondere all'interessato è pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di 2.000 euro; l'importo è calcolato a partire dal giorno successivo alla data in cui il procedimento avrebbe dovuto essere concluso fino alla data di adozione dell'atto con cui si dispone la liquidazione della somma¹⁴.

La disposizione in commento prevede che le somme, eventualmente liquidate, siano detratte da quelle eventualmente corrisposte a titolo di risarcimento. Detta ultima disciplina è evidentemente diretta nei confronti del Giudice competente a liquidare un eventuale danno o,

¹² A tal fine va rilevato come per «Amministrazione responsabile del ritardo» debba farsi riferimento a quell'Amministrazione che non ha rispettato il termine alla stessa assegnato e che ha causato la mancata emanazione, nei termini prescritti, del provvedimento richiesto.

¹³ Il rispetto del termine di presentazione della domanda di indennizzo costituisce un onere a carico del privato. Ne consegue che la violazione dello stesso determinerà un effetto decadenziale, impedendo la riproposizione dell'istanza diretta ad ottenere l'indennizzo con riferimento a quello specifico procedimento di cui si tratta.

¹⁴ È del tutto evidente, pertanto, che l'indennizzo risulta dovuto anche nell'ipotesi in cui il titolare del potere sostitutivo, o l'Amministrazione, emani il provvedimento successivamente al decorso del termine di esercizio del potere sostitutivo. In altri termini anche nel caso in cui il provvedimento sia adottato successivamente, il calcolo della somma dovuta a titolo di indennizzo segue i criteri sopra precisati, avendo a riferimento, quale dies a quo, il giorno successivo al termine di conclusione del procedimento iniziale e, quale dies ad quem, la data di adozione dell'atto con cui si dispone la liquidazione della somma.



ancora, nei confronti dell'Amministrazione che dovesse procedere ad un risarcimento, spontaneamente, o facendo seguito ad un atto ad istanza di parte.

Infine si ricordi che il pagamento dell'indennizzo da ritardo non fa venir meno comunque l'obbligo di concludere il procedimento amministrativo, restando salva l'applicabilità delle sanzioni previste dall'ordinamento in dette ipotesi.

11.4.3.4.3. Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo.

In ossequio a quanto previsto dall'art. 29 della legge n. 241/1990, la disposizione in questione si applica a tutte le amministrazioni pubbliche e ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative di cui all'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 241 del 1990.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione oggettivo, la disposizione si applica ai procedimenti avviati ad istanza di parte per i quali sussiste un obbligo della pubblica amministrazione di pronunciarsi, con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato (silenzio assenso e silenzio rigetto¹⁵) e dei concorsi.

Inoltre, in fase di prima applicazione la disposizione in esame è circoscritta ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività d'impresa iniziati a partire dal 21 agosto 2013, data di entrata in vigore della legge di conversione del citato decreto (comma 10).

È importante precisare che l'indennizzo da ritardo non è applicabile nelle ipotesi di Denuncia di Inizio di Attività (o di Segnalazione Certificata di Inizio di Attività), anche se relative all'esercizio dell'attività di impresa e, ciò, in considerazione del fatto che la disposizione in questione richiede la vigenza di un preciso obbligo dell'Amministrazione di emanare un vero e proprio provvedimento, circostanza quest'ultima inesistente nelle ipotesi di cui all'art. 19 della legge n. 241/1990.

11.4.3.4.4. In sintesi

In sintesi l'amministrazione responsabile del ritardo è tenuta a corrispondere l'indennizzo al verificarsi di tutte le seguenti condizioni:

- che il procedimento amministrativo, iniziato ad istanza di parte, riguardi l'avvio o l'esercizio dell'attività di impresa (fino all'adozione del regolamento, emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, legge n. 400 del 1988, che dovrà confermare, rimodulare, estendere o eliminare la disposizione in esame);
- che detto procedimento non si sia concluso nei termini previsti dalla legge o da un regolamento appositamente emanato dall'Amministrazione di riferimento (art. 2, commi 2, 3, 4 e 5, della legge n. 241 del 1990)¹⁶;

¹⁵ È, infatti, del tutto evidente che nelle ipotesi di silenzio rigetto e di silenzio assenso, si è in presenza di un silenzio significativo e, quindi, di un comportamento, di per sé, idoneo a concludere il procedimento.

¹⁶ Al fine del riconoscimento del diritto all'indennizzo è del tutto insufficiente l'emanazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge n. 241/1990. Quest'ultimo, infatti, costituisce un atto meramente interlocutorio, finalizzato a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale e, pertanto, del tutto inadeguato ad assolvere all'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento con una determinazione espressa (in



- che sia stato azionato, preventivamente il potere sostitutivo e sia perdurata l'inerzia dell'Amministrazione senza che quest'ultima abbia emanato il provvedimento richiesto entro il termine (anch'esso perentorio) pari alla metà di quello originariamente previsto per il procedimento iniziale (art. 2, comma 9-ter, della legge n. 241 del 1990).

11.4.3.4.5. Rimedi giudiziari.

Il comma 3 dell'art. 28 disciplina i rimedi esperibili nell'ipotesi in cui l'Amministrazione competente, o il titolare del potere esecutivo non emani il provvedimento e/o non faccia luogo al pagamento dell'indennizzo da ritardo.

In particolare, qualora il titolare del potere sostitutivo non emani il provvedimento nel termine, né provveda alla liquidazione dell'indennizzo, l'istante potrà:

- proporre ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 117 del codice del processo amministrativo, chiedendo al Giudice Amministrativo l'emanazione di una sentenza che accerti l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione, unitamente all'eventuale nomina di un Commissario ad acta nell'ipotesi di un'ulteriore e successiva e mancata emanazione del provvedimento richiesto, nonché, congiuntamente, domanda per ottenere l'indennizzo¹⁷;
- presentare ricorso per ingiunzione di pagamento, ai sensi dell'art. 118 del Codice del Processo Amministrativo per ottenere la sola condanna al pagamento della somma dovuta a titolo di indennizzo.

Nell'ipotesi in cui il titolare del potere sostitutivo abbia liquidato l'indennizzo ma non abbia adottato il provvedimento, resta salva la facoltà di proporre ricorso ai sensi dell'art. 117 del codice del processo amministrativo al fine di ottenere una sentenza che accerti la sola inerzia dell'amministrazione.

Va rilevato, altresì, che se il ricorso è dichiarato inammissibile, o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento, il giudice, con pronuncia immediatamente esecutiva, condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due a quattro volte il contributo unificato.

Si segnala, in ultimo, che la norma in esame, al comma 7, prevede espressamente che l'eventuale pronuncia di condanna a carico dell'amministrazione sia comunicata, dalla Segreteria del Giudice che l'ha pronunciata, alla Corte dei conti e al titolare dell'azione disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici interessati dal procedimento.

11.5. Il responsabile del procedimento.

11.5.1. La nozione dell'unità organizzativa.

Prima di analizzare la figura del responsabile del procedimento, è necessario chiarire il concetto di unità organizzativa o amministrazione procedente.

questo senso è anche la giurisprudenza prevalente. Per tutti si veda Cons. Stato Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5040).

¹⁷ In tal caso, tale domanda è trattata con rito camerale e verrà decisa con sentenza in forma semplificata



L'unità organizzativa è l'ufficio, a cui è affidata la competenza ad istruire un determinato procedimento.

Al riguardo l'art. 4 1° co. afferma che: “Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare¹⁸ per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale¹⁹”.

Gli adempimenti di cui all'art. 4 hanno carattere generale e vanno posti in essere dalle singoli Amministrazioni a prescindere dai singoli procedimenti in esercizio: costituiscono il presupposto per l'adempimento propriamente procedimentale dell'individuazione del responsabile del procedimento.

11.5.2. Nozione ed identificazione.

L'avvio del procedimento comporta un altro adempimento da parte dell'Amministrazione procedente: l'individuazione del responsabile del procedimento (che a differenza dell'unità organizzativa è una persona fisica).

A tal fine l'art. 5 1° co. della l. 241/90 afferma che: “Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale²⁰”.

D'altra parte l'omessa designazione del responsabile del procedimento non comporta l'invalidità del provvedimento, ma implica soltanto che il dirigente preposto all'unità organizzativa è considerato responsabile del singolo procedimento (art. 5 2° co. L. 241/90²¹).

11.5.3. Funzioni.

La funzione del responsabile del procedimento è duplice, e si manifesta rispettivamente sul versante intersoggettivo (rapporto Amministrazione – terzi interessati) e sul versante organizzativo interno.

Dal primo punto di vista egli è l'interlocutore dei soggetti interessati, il loro punto di riferimento nell'ambito dell'Amministrazione procedente. Mentre dal secondo punto di vista, egli è il soggetto cui è affidata la funzione organizzatrice e direttrice dell'istruttoria.

Rispetto a quest'ultimo aspetto l'art. 6 della l. 241/1990 afferma che “Il responsabile del procedimento:

¹⁸ Le determinazioni dei vari uffici, deve essere resa pubblica nella modalità previste dalle normative vigenti per i diversi enti (art. 4 2° co.)

¹⁹ Al riguardo si ricordi che non sempre, l'unità organizzativa o amministrazione procedente, data la complessità della fattispecie procedimentale, corrisponde con l'amministrazione decidente, ossia con l'ufficio cui è imputata l'emanazione del provvedimento finale.

²⁰ Quindi l'individuazione della persona fisica responsabile è un adempimento puntuale da farsi in occasione di ogni singolo procedimento.

²¹ Art. 5 2° co. 1.: “Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4”.



- valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l’emanazione di provvedimento;
- accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari, e adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;
- propone l’indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all’articolo 14;
- cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le modificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;
- adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all’organo competente per l’adozione”.

11.6. Il rilascio della ricevuta.

L’art. 18bis L. 241/90 (articolo inserito dall’art. 3, comma 1, lett. a), D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 126): “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.”

11.6.1. La data di protocollazione

La data di protocollazione dell’istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione.

Il che vuole dire che le istanze vanno protocollate dall’amministrazione ricevente, nel stesso giorno in cui le ricevono.

11.6.2. La ricevuta come comunicazione dell’avvio del procedimento.

Se la ricevuta contiene le informazioni di cui all’articolo 8, essa costituisce comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell’articolo 7.

In altri termini la ricevuta costituisce comunicazione di avvio del procedimento se contiene le informazioni previste dall’articolo 8 della legge n. 241 del 1990 (e cioè l’oggetto del procedimento promosso; l’ufficio e la persona responsabile del procedimento; la data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell’amministrazione; nei procedimenti ad 3 iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; l’ufficio in cui si può prendere visione degli atti).

11.6.3. In caso di mancato rilascio della ricevuta

Le istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente

11.7. Comunicazione di avvio del procedimento agli interessati.

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 necessarie²²);
- i terzi che possono ricevere un 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.

11.7.1. 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 che consentono all'autorità amministrativa di intervenire prontamente per evitare il pericolo di un grave danno²³ (c.d. provvedimenti cautelari)²⁴.

11.7.2. Forma e contenuto della comunicazione.

L'art. 8 1° co. l. 241/90 afferma che: “L'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale”, ossia mediante notifica.

A sua volta il comma 3° del medesimo articolo afferma che: “Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima”.

Dal combinato disposto dell'art. 8 2° co., così come modificato dalla L. 15/2005 e dell'art 28 del D.L. 69/ 2013, si evince che nella comunicazione di avvio del procedimento debbono essere indicati:

- l'amministrazione competente;
- l'oggetto del procedimento promosso;
- l'ufficio e la persona responsabile del procedimento²⁵;
- la data entro la quale dovrà concludersi il procedimento
- i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione, tra i quali deve essere fatta espressa menzione del diritto di indennizzo, delle modalità e dei termini per

²² In specie le pubbliche amministrazioni chiamate a partecipare in via consultiva ex art. 16, 17, o in sede di conferenza di servizi ex art. 14.

²³ Come avviene per l'adozione di provvedimenti repressivi di abusi edilizi.

²⁴ Art. 7 2° co. L 241/90: “Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari”.

²⁵ Al riguardo si ricordi che ai sensi dell'art. 5 co. 3 “L'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'articolo 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse”.



conseguirlo nonché il soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e il termine entro cui lo stesso debba emanare il provvedimento²⁶;

- nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza;
- l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

11.7.3. 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 non avrebbe potuto 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.

²⁶ I medesimi dati, in linea con il principio di «accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni», sancito dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, sono pubblicati da ciascuna Amministrazione nella sezione «Amministrazione trasparente», sottosezione «Tipologie di procedimento» (liv. 2) (art. 35 del decreto legislativo n. 33 del 2013).



Capitolo 12°

Il procedimento amministrativo – La fase istruttoria.

12.1. Istruttoria

La fase istruttoria è la fase volta all'accertamento dei fatti e dei presupposti del provvedimento ed alla acquisizione e valutazione degli interessi implicati dall'esercizio del potere e, su cui andrà ad incidere il provvedimento finale.

In altri termini la fase istruttoria è diretta ad acquisire e valutare i singoli dati pertinenti e rilevanti ai fini dell'emanazione dell'atto.

L'attività istruttoria posta in essere ad iniziativa dell'Amministrazione procedente è organizzata e diretta, come s'è avvertito, dal responsabile del procedimento. Va precisato inoltre che l'istruttoria procedimentale, nel nostro ordinamento, è una vicenda cartacea, e non orale.

12.2. Finalità della fase istruttoria.

Le attività delle fase istruttoria, che a seguito della L. 241/1990, si sono arricchite di una più incisiva 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 ed interessi, nella quale rientrano le richieste di pareri.

12.3. L'acquisizione dei fatti.

L'acquisizione dei fatti avviene diversamente a seconda della diversa natura degli stessi: invero, mentre alcuni fatti (c.d. fatti semplici) sono oggetto di diretta acquisizione da parte dell'organo procedente, altri sono accertabili solo da soggetti dotati di particolare conoscenze tecniche specialistiche (c.d. fatti complessi).

12.3.1. Fatti semplici.

I fatti semplici (età, luogo di nascita) risultano in genere dalla documentazione esistente presso gli uffici ovvero dalla documentazione che, nei procedimenti d iniziativa di parte, i richiedenti esibiscono a corredo della domanda.

12.3.1.1. Documentazione rilevabile d'ufficio.

Per quanto riguarda la documentazione esistente presso gli uffici l'art. 18 2° co. della l. 241/90, così come modificato dalla legge 80/2005, afferma che: "I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti,



istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti”.

Inoltre il 3° dello stesso articolo afferma che: “Parimenti sono accertati d'ufficio dal responsabile del procedimento, i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare”.

Al riguardo si ricordi che l'art. 22, comma 5, L. 241/1990 afferma che l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.

12.3.1.2. Documentazione di parte.

La maggior parte di tale documentazione è costituita da: I) dichiarazioni sostitutive di certificazione o autocertificazione (ossia il documento sottoscritto dall'interessato prodotto in sostituzione dei certificati della Pubblica Amministrazione); II) dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà (ossia il documento, sottoscritto dall'interessato, concernente stati, qualità personali e fatti, che siano a diretta conoscenza di questi)¹.

12.3.2. Fatti complessi.

L'acquisizione dei fatti tecnici o complessi, avviene attraverso: le valutazioni tecniche, le ispezioni e le inchieste.

12.3.2.1. Le valutazioni tecniche.

A volte la legge prevede espressamente che su determinati oggetti debbano essere acquisiti valutazioni tecniche (o acclaramenti tecnici), ossia dichiarazioni di scienza redatte da uffici tecnici dell'Amministrazione, nelle quali il fatto complesso viene analizzato nelle sue componenti tecniche (ad esempio è richiesto la valutazione tecnica del consiglio superiore dei lavori pubblici per i progetti di opere pubbliche).

12.3.2.1.1. Richiesta della valutazione tecnica.

All'acquisizione dei fatti tecnici provvede direttamente il responsabile del procedimento attraverso gli uffici tecnici dell'amministrazione, compiendo gli atti all'uopo necessari (art. 6 lett. B); laddove invece l'amministrazione non disponga di questi uffici, il responsabile del procedimento può rivolgersi gli uffici tecnici dello Stato, competenti a compiere tali accertamenti per conto di tutte le amministrazioni che ne facciano richiesta.

Allorquando neanche queste ultime dispongano delle competenze tecniche necessarie, l'organo procedente può sempre addivenire alla stipula di contratti d'opera con professionisti esterni.

¹ Art. 30 L. 241/90 . “1. In tutti i casi in cui le leggi e i regolamenti prevedono atti di notorietà o attestazioni asseverate da testimoni altrimenti denominate, il numero dei testimoni è ridotto a due. 2. è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni e alle imprese esercenti servizi di pubblica necessità e di pubblica utilità di esigere atti di notorietà in luogo della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà prevista dall'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, quando si tratti di provare qualità personali, stati o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato”.



12.3.2.1.2. Nel caso in cui la valutazione tecnica non pervenga: c.d. silenzio devolutivo.

Rispetto all'ipotesi caso in cui la valutazione tecnica non pervenga all'amministrazione richiedente, l'art. 17 1° co. l. 241/90 afferma che: "Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie² di competenza dell'amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari"³.

Si ha in questo il c.d. silenzio devolutivo, il quale ricorre nell'ipotesi in cui il silenzio di una P.A. comporta l'attribuzione della competenza ad altra autorità.

12.3.2.2. Ispezioni.

L'acclaramento tecnico propriamente inteso è quello che riguarda cose o fenomeni della realtà materiale o naturale: cose e fenomeni che si presentano oggettivamente complessi e il cui rilievo oltre che la valutazione degli stessi necessita di conoscenze specialistiche.

A volta tuttavia i fatti da accertare a fini istruttori riguardano persone – operazioni poste in essere da persone (es. libri contabili). In tal caso l'acclaramento del fatto da parte dell'Amministrazione viene necessariamente ad investire la sfera giuridica dei soggetti terzi.

In tal caso nell'ambito dell'istruttoria si inseriscono dei procedimenti con effetti esterni: le *i s p e z i o n i*. Strutturalmente l'ispezione consiste in ciò, che determinati funzionari o agenti dell'Amministrazione, gli ispettori, si recano nel luogo dove deve essere effettuata l'ispezione (accesso) oppure convocano presso un determinato luogo le persone che devono essere sentite. Di quando fatto, acquisito ed acclarato, viene redatto verbale, acquisito all'istruttoria del procedimento.

12.3.2.3. Inchieste.

Le *i n c h i e s t e* sono ispezioni particolarmente qualificate in ordine all'oggetto dell'acquisizione, che – presentando il carattere dell'accadimento straordinario – comporta che le stesse siano affidate ad uffici particolari costituiti ad *hoc*, e talvolta estranei all'amministrazione.

² Nel caso in cui l'organo od ente a cui è stata richiesta una valutazione tecnica non riesca fornirla nei termini previsti per mancanza di elementi istruttori il termine può essere interrotto per una sola volta e la valutazione deve essere fornita definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori richiesti.

³ Tale regola non si applica, al pari del silenzio facoltativo, nel caso le valutazioni debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini.



12.4. L'acquisizione degli interessi pubblici e privati.

12.4.1. Acquisizione delle determinazioni delle altre amministrazioni : la conferenza dei servizi.

Altro compito fondamentale dell'Amministrazione procedente è l'acquisizione delle determinazioni delle altre Amministrazioni quando gli interessi che esse curano sono coinvolti nel procedimento.

Il principale strumento che l'Amministrazione procedente può utilizzare per l'acquisizione e l'esame contestuale delle determinazioni delle diverse Amministrazioni è la conferenza dei servizi.

In generale la conferenza di servizi è una forma di cooperazione tra amministrazioni pubbliche introdotta dalla L. 241/90 al fine di snellire l'azione amministrativa, evitando che, nei procedimenti particolarmente complessi, le amministrazioni chiamate a parteciparvi debbano pronunciarsi in luoghi e tempi diversi. La conferenza dei servizi sostituisce a tali pronunce separate una valutazione contestuale in sede "collegiale".

12.4.1.1. La nuova disciplina: D.Lgs. n. 127/2016.

L'istituto della conferenza dei servizi è stato recentemente oggetto di una serie di modifiche operate dal D.Lgs. n. 127/2016 in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Il decreto legislativo in oggetto si compone di due titoli:

- il titolo I reca le modifiche alla disciplina generale della conferenza di servizi, attuata mediante modifica degli artt. da 14 a 14-quinquies della legge n. 241 del 1990;
- il titolo II contiene le disposizioni di coordinamento fra la disciplina generale e le varie discipline settoriali che regolano lo svolgimento della conferenza di servizi⁴.

⁴ In particolare:

- modifiche al testo unico dell'edilizia: le nuove disposizioni stabiliscono che i rinvii agli articoli da 14 a 14-quinquies della legge n. 241 del 1990, ovunque ricorrano nella normativa vigente, si intendono riferiti alla nuova disciplina della conferenza di servizi introdotta dal d.lgs. n. 127 del 2016. Questa clausola di coordinamento assicura una generale applicazione della nuova disciplina alle disposizioni presenti nell'ordinamento giuridico (articolo 8 d.lgs. n. 127 del 2016). Gli articoli 2, 3, 4, 5 e 6 del decreto legislativo n. 127 del 2016 prevedono specifiche disposizioni di coordinamento con discipline settoriali di particolare rilievo ai fini della conferenza di servizi;
- modifiche alla disciplina del SUAP: le nuove disposizioni stabiliscono che la nuova conferenza è sempre indetta quando è necessario acquisire atti di assenso di diverse amministrazioni pubbliche, mentre in precedenza l'obbligatorietà era limitata al caso in cui i procedimenti necessari per ottenere gli atti di assenso avessero durata superiore a 90 giorni e negli altri casi l'indizione della conferenza era facoltativa (art. 3 d.lgs. 127 del 2016);
- modifiche alla disciplina dell'AUA: le modifiche introdotte all'articolo 4 del d.P.R. n. 59 del 2013 prevedono che la nuova conferenza sia sempre indetta nei casi previsti dagli art. 14 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e dalle leggi regionali. In coerenza con la nuova disciplina della conferenza semplificata "senza riunioni" si elimina, inoltre, l'ultimo periodo del comma 5, che consentiva ai soggetti competenti in materia ambientale di esprimere parere positivo anche senza intervenire alla conferenza, mediante la trasmissione dei relativi atti di assenso (art. 4 d.lgs. 127 del 2016);
- modifiche al codice dell'ambiente: le nuove disposizioni introducono disposizioni di coordinamento con la nuova disciplina della conferenza in caso di VIA regionale (art. 5 d.lgs. 127 del 2016).



Infine il decreto, recependo i suggerimenti espressi dal parere del Consiglio di Stato (parere n. 890/2016), riporta una disposizione transitoria, in base alla quale le nuove norme si applicheranno ai soli procedimenti avviati successivamente all'entrata in vigore del decreto stesso (28 luglio 2016), e una clausola generale di coordinamento⁵.

La nuova disciplina:

- innova profondamente le modalità di svolgimento della conferenza che divengono più semplici e veloci;
- assicura tempi certi di conclusione delle procedure per i cittadini, le imprese e per le opere pubbliche;
- consente alle amministrazioni di decidere, lavorando meglio ed eliminando l'elevato numero di riunioni, la corsa a "ostacoli" per convocarle e le molte conferenze che "vanno deserte".

Si ricordi infine che la relazione illustrativa al decreto legislativo di riforma della conferenza di servizi specifica che la conferenza non è obbligatoria quando è necessario "un solo atto di assenso", in quanto in tal casi si applica l'articolo 17bis della Legge 241/90 in tema di silenzio tra pubbliche amministrazioni.

12.4.1.2. Tipologie.

A seconda della fase procedimentale in cui viene utilizzata e, dello scopo per cui è posta in essere, avremo i seguenti tipi di conferenza di servizi: I) istruttoria; II) decisoria; III) preliminare.

La prima si svolge nella fase istruttoria del procedimento, la seconda in quella decisoria e l'ultima prima che il procedimento abbia inizio.

12.4.1.2.1. Istruttoria.

Vediamo ora i punti essenziali della conferenza istruttoria prevista dall'art. 14, co. 1 L. 241/90, così come modificato dal D.Lgs. n. 127/2016⁶

- *A cosa serve?* È indetta per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi (c.d. conferenza di servizi interprocedimentale), riguardanti medesime attività o risultati. Pertanto esso non serve a concertare il contenuto di un provvedimento (come avviene con la conferenza decisoria), ma solo a porre in rilievo le esigenze e gli interessi di

⁵ Le nuove disposizioni stabiliscono che i rinvii agli articoli da 14 a 14-quinquies della legge n. 241 del 1990, ovunque ricorrano nella normativa vigente, si intendono riferiti alla nuova disciplina della conferenza di servizi introdotta dal d.lgs. n. 127 del 2016. Questa clausola di coordinamento assicura una generale applicazione della nuova disciplina alle disposizioni presenti nell'ordinamento giuridico (articolo 8 d.lgs. n. 127 del 2016). Gli articoli 2, 3, 4, 5 e 6 del decreto legislativo n. 127 del 2016 prevedono specifiche disposizioni di coordinamento con discipline settoriali di particolare rilievo ai fini della conferenza di servizi.

⁶ Art. 14 1° co: "La conferenza di servizi istruttoria può essere indetta dall'amministrazione procedente, anche su richiesta di altra amministrazione coinvolta nel procedimento o del privato interessato, quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati. Tale conferenza si svolge con le modalità previste dall'articolo 14-bis o con modalità diverse, definite dall'amministrazione procedente."



ciascuna amministrazione coinvolta. Una volta evidenziate queste esigenze da parte dell'amministrazioni intervenute, l'amministrazione procedente rimane libera di determinare il contenuto del provvedimento, né occorrerà che essa motivi perché abbia inteso discostarsi da quanto concordato, posto che in tal caso il provvedimento potrà essere censurato per difetto di motivazione o per violazione del principio dell'affidamento.;

- *In quale fase del procedimento può essere indetta?* Può essere indetta, per l'appunto, nella fase istruttoria;
- *È sempre necessario indire una conferenza di servizi istruttoria?* No. La decisione è rimessa al responsabile del procedimento il quale può utilizzare con metodo di acquisizione degli interessi pubblici inerente il procedimento. Può e non deve, in quanto lo strumento di acquisizione degli altri interessi pubblici coinvolti nel procedimento non deve essere necessariamente la conferenza dei servizi: questo è lo strumento da usare “di regola” laddove l'esame contestuale dei diversi interessi in gioco sia opportuno. Resta fermo, che gli interessi possono essere anche acquisiti in forma individuale; mediante richiesta dell'Amministrazione, alla quale l'Amministrazione interpellata risponde esprimendo (di regola per iscritto) la propria determinazione in merito (che dovrà evidentemente essere valutata dall'Amministrazione procedente, e così anche la mancata risposta);
- *Chi la può indire?* L'amministrazione procedente nella persona del responsabile del procedimento;
- *Chi ne può richiedere l'indizione?* L'amministrazione procedente può procedere all'indizione della conferenza dei servizi oltre che autonomamente, anche sui richiesta di altra amministrazione coinvolta nel procedimento o dal privato interessato (in pratica dal destinatario del provvedimento finale);
- *Con quali modalità si svolge la conferenza di servizi istruttoria?* La conferenza di servizi istruttoria si svolge con le modalità previste per la conferenza in forma semplificata o con modalità diverse, definite dal responsabile del procedimento.

12.4.1.2.2. Decisoria.

Analizziamo ora le caratteristiche della conferenza dei servizi decisoria prevista dall'art. 14, co. 2 L. 241/90, così come modificato dal D.Lgs. n. 127/2016⁷.

- *A cosa serve?* Attraverso la conferenza di servizi decisoria l'amministrazione procedente può emettere una decisione c.d. “pluristrutturata”, cioè una decisione che sostituisce ed ingloba in se tutte le determinazioni delle differenti amministrazioni che è necessario acquisire nel procedimento.

⁷ Art. 14 2° co.: “La conferenza di servizi decisoria è sempre indetta dall'amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici. Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell'interessato, da una delle amministrazioni precedenti.”



- *In quale fase del procedimento può essere indetta?* Può essere indetta, per l'appunto, nella fase decisoria;
- *Chi la può indire?* L'amministrazione procedente nella persona del responsabile del procedimento. Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell'interessato, da una delle amministrazioni procedenti;
- *In quali casi deve essere sempre indetta la conferenza dei servizi decisoria?* Il responsabile del procedimento deve sempre indire la conferenza di servizi decisoria quando per la conclusione del procedimento devono essere acquisiti almeno due pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, da parte di diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici;
- *La conferenza dei servizi decisoria è sempre obbligatoria?* Sì. Mentre l'indizione della conferenza in fase istruttoria è facoltativa, quella in fase decisoria è obbligatoria, ogni qual volta si presenta la circostanza su esposta;
- *Il privato ne può richiedere l'indizione?* Sì. Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche. In tal casi come già evidenziato la conferenza può essere indetta da una qualsiasi delle amministrazioni procedenti;
- *Con quali modalità può svolgersi la conferenza dei servizi decisoria?* La conferenza di servizi decisoria può essere svolta: in forma semplificata (senza riunioni); in forma simultanea (con una o più riunioni).

12.4.1.2.2.1. Conferenza per progetti sottoposti a VIA regionale

Un tipo particolare di conferenza decisoria è quella relativa ai progetti sottoposti a VIA regionale.

La nuova disciplina, da cui sono esclusi procedimenti relativi ai progetti sottoposti a VIA di competenza statale, stabilisce un coordinamento tra il procedimento finalizzato al rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio o la realizzazione di un'attività o di un impianto e quello relativo al giudizio di compatibilità ambientale di competenza regionale.

Tutte le autorizzazioni, i pareri, i nulla osta e gli assensi, comunque denominati, sono acquisiti nell'ambito di un'unica conferenza di servizi che ha carattere decisivo e che si svolge in modalità simultanea.

La conferenza è indetta dall'amministrazione competente al rilascio della VIA non oltre 10 giorni dall'esito della verifica documentale, di cui all'articolo 23, comma 4 del Codice dell'ambiente (art. 14 4° comma).

Con riferimento alla conclusione dei lavori della conferenza, la disciplina indica come unico termine quello di conclusione del procedimento di VIA e cioè 150 giorni, prolungabili



di ulteriori 60 giorni nel caso di accertamenti ed indagini di particolare complessità (art. 26 del Codice dell'ambiente).

La scelta di portare all'interno della conferenza di servizi indetta nell'ambito del procedimento di VIA anche il momento della decisione di tutti gli atti di assenso, che interessano il progetto, consente di ottenere un notevole risparmio di tempi e costi compresi quelli causati dalla possibile contraddittorietà di prescrizioni da parte di amministrazioni diverse.

12.4.1.2.3. Preliminare

Analizziamo ora le caratteristiche della conferenza dei servizi prevista dalla comma 3 dell'art. 14 L. 241/90:

- *A cosa serve la conferenza di servizi preliminare?* La conferenza di servizi preliminare ha lo scopo di indicare al richiedente, prima della presentazione di un'istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso;
- *In quali casi il responsabile del procedimento può indire la conferenza di servizi preliminare?* Può indire la conferenza per:
 - per progetti particolarmente complessi e insediamenti produttivi di beni e servizi, su motivata richiesta dell'interessato, corredata da uno studio di fattibilità;
 - per la realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico. In questo caso la conferenza di servizi si esprime sul progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- *Come si svolge la conferenza di servizi preliminare?* La conferenza preliminare si svolge secondo le disposizioni dell'articolo 14-bis della legge n. 241 del 1990 (conferenza semplificata): i termini possono essere abbreviati fino alla metà;
- *Quando è convocata la conferenza di servizi preliminare?* Il responsabile del procedimento, entro 5 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta motivata dell'interessato, può indire la conferenza preliminare invitando tutte le amministrazioni interessate.
- *Su che base le amministrazioni coinvolte esprimono le proprie determinazioni?* Le amministrazioni coinvolte esprimono le proprie determinazioni sulla base della documentazione prodotta dall'interessato;
- *Come si conclude la conferenza di servizi preliminare?* Scaduto il termine entro il quale le amministrazioni devono rendere le proprie determinazioni, l'amministrazione precedente le trasmette, entro cinque giorni, al richiedente
- *Cosa accade dopo la conferenza preliminare?* A questo punto il soggetto interessato, sulla scorta delle determinazioni ricevute, potrà decidere di inoltrare il progetto definitivo all'amministrazione precedente, la quale potrà indire la conferenza di servizi (questa volta in funzione decisoria) in modalità simultanea. Nell'ambito di tale conferenza le amministrazioni coinvolte potranno modificare o



integrare le determinazioni rese in sede di conferenza preliminare, solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento, anche a seguito delle osservazioni dei privati sul progetto definitivo.

12.4.1.3. Le modalità di svolgimento

Il D.Lgs. n. 127/2016 ha introdotto due distinti, ma non per questo separati, moduli organizzativi consistenti nella conferenza semplificata (art. 14-bis) e nella conferenza simultanea (art. 14-ter).

La prima, a carattere necessario e ordinario, è organizzata in modalità asincrona con l'invio telematico degli atti; la seconda, a carattere eventuale ed eccezionale, è strutturata in modalità sincrona, ossia con la partecipazione contestuale (anche in via telematica) dei rappresentanti delle amministrazioni coinvolte.

Non si tratta di due modelli rigorosamente separati, ma tendenzialmente integrabili, dal momento che il secondo costituisce eventuale sviluppo del primo: la conferenza simultanea si innesca infatti per ipotesi complesse qualora, in via originaria o sopravvenuta, si riscontrino particolari difficoltà nel definire la conferenza semplificata.

12.4.1.3.1. Conferenza semplificata (senza riunione)

Quando la conferenza è svolta in forma semplificata, non vi sono riunioni, e le istanze, la relativa documentazione e gli atti di assenso delle amministrazioni partecipanti vengono trasmesse telematicamente anche in maniera asincrona (ossia non contestuale).

Rispetto alla disciplina previgente, a venticinque anni dalla legge n. 241 del 1990, la conferenza viene “dematerializzata”: l'uso della posta o di altre forme di comunicazione elettronica consente una valutazione contestuale degli interessi pubblici in parallelo e senza riunioni. Vengono eliminati così i “tempi morti” di attesa (30 giorni prima di indire la conferenza), la “corsa a ostacoli” per convocare le riunioni e le conferenze “che vanno deserte”. Nella conferenza semplificata non ci sono riunioni, ma solo l'invio per via telematica delle determinazioni.

La forma semplificata rappresenta la modalità ordinaria di svolgimento della conferenza.

12.4.1.3.1.1. Le modalità di trasmissione degli atti nell'ambito della conferenza semplificata

Le istanze, la relativa documentazione e gli atti di assenso sono inviati per via telematica con le modalità previste dall'art. 47 del CAD (codice dell'amministrazione digitale - decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82).

Quando non è disponibile una piattaforma telematica o la firma digitale, è possibile inviare in allegato ad un messaggio di posta elettronica “ordinaria” la scansione dell'istanza protocollata e la relativa documentazione oppure si può utilizzare la posta elettronica certificata (PEC).

Se si utilizza la posta elettronica ordinaria, può essere utile chiedere con le stesse modalità conferma scritta dell'avvenuta ricezione (art. 14-bis, comma 1).

Inoltre, le nuove disposizioni prevedono la possibilità per le amministrazioni di inviare le credenziali di accesso a una piattaforma telematica in cui sono depositate le informazioni e ai documenti utili ai fini dello svolgimento dell'istruttoria (art. 14-bis, comma 2, lettera a).



12.4.1.3.1.2. La comunicazione di indizione della conferenza

Entro cinque giorni lavorativi dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della istanza di parte il responsabile del procedimento dell'amministrazione procedente indice la conferenza.

La comunicazione di indizione della conferenza viene inviata alle altre amministrazioni o ai gestori di pubblici servizi interessati, cioè ai soggetti competenti a rendere le determinazioni necessarie⁸.

L'indizione della conferenza deve essere anche comunicata, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990: ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti; ai soggetti che per legge devono intervenire nel procedimento; ai soggetti individuati o facilmente individuabili, nel caso in cui dal provvedimento possa derivare un pregiudizio nei loro confronti. Questi soggetti possono intervenire nel procedimento (ai sensi dell'art. 9 della medesima legge n. 241 del 1990).

La comunicazione di indizione dovrà contenere:

1. l'oggetto della determinazione da assumere, l'istanza e la relativa documentazione ovvero le credenziali per l'accesso telematico alle informazioni e ai documenti utili ai fini dello svolgimento dell'istruttoria;
2. il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte possono richiedere, integrazioni⁹ documentali o chiarimenti relativi a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni;
3. il termine perentorio, comunque non superiore a quarantacinque giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza, fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento. Se tra le amministrazioni coinvolte vi sono quelle preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o della salute dei cittadini, il termine è fissato in 90 giorni, ove le disposizioni di legge o i regolamenti di cui all'art. 2 della legge 241 del 1990 non indicano un termine diverso (art.14-bis, comma 2, lett, c.). Il termine decorre dalla data di invio della comunicazione;
4. la data della eventuale riunione in modalità sincrona di cui all'articolo 14-ter, da tenersi entro dieci giorni dalla scadenza del termine di cui alla lettera c) fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento. Tale riunione si svolge solo quando è strettamente e necessaria, nei limitati casi tassativamente individuati dalla legge (art. 14-bis, comma 2, lettera d).

⁸ Nel caso in cui vada acquisita l'autorizzazione paesaggistica, l'amministrazione procedente trasmette la comunicazione di indizione sia all'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione (se diversa dalla procedente), sia al Soprintendente che deve esprimere il parere previsto (art. 6 d.lgs. 127 del 2016).

⁹ In caso di richiesta di integrazioni documentali, l'amministrazione procedente invia un'unica richiesta a chi ha presentato la domanda. In questo caso, ai sensi del comma 7, dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, i termini possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a 30 giorni (art. 14- bis, comma 2, lettera b).



12.4.1.3.1.3. Adempimenti in caso di richiesta di integrazione documentale.

Se una delle amministrazioni coinvolte chiede l'integrazione documentale, il responsabile del procedimento dell'amministrazione procedente invia un'unica richiesta di integrazione documentale a coloro che hanno presentato l'istanza, sulla base delle richieste pervenute dalle amministrazioni coinvolte nella conferenza.

A questo fine, il responsabile del procedimento può sospendere il termine per un periodo non superiore a 30 giorni, ai sensi dell'art. 2, comma 7 della legge n. 241 del 1990.

Il responsabile del procedimento non può richiedere all'interessato informazioni o documenti in possesso della stessa o di altre amministrazioni pubbliche che, ove necessario, vanno acquisite d'ufficio.

12.4.1.3.1.4. Le determinazioni delle amministrazioni coinvolte

Tali determinazioni, congruamente motivate, sono formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso.

Le prescrizioni o condizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso sono espresse in modo chiaro e analitico e specificano se sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico (art.14-bis, comma 3).

12.4.1.3.1.5. La mancata comunicazione delle determinazioni: la formazione del silenzio assenso

Esclusi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi (ad esempio VIA, AIA, emissioni in atmosfera etc.), la mancata comunicazione della determinazione entro il termine indicato dall'amministrazione procedente nella comunicazione di indizione della Conferenza, equivale ad assenso senza condizioni.

Restano ferme le responsabilità dell'amministrazione, nonché quelle dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione, per l'assenso reso, anche implicito.

Si considera acquisito l'assenso anche quando la determinazione è priva dei requisiti richiesti (art. 14-bis, comma 4).

12.4.1.3.1.6. La conclusione della conferenza semplificata

Entro 5 giorni lavorativi dalla scadenza del termine fissato per la trasmissione degli atti di competenza delle amministrazioni interessate (art. 14-bis comma 5) il responsabile conclude la conferenza

I modi di conclusione sono due:

- **conclusione positiva**: il responsabile emette una determinazione motivata di conclusione positiva, che sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati, quando
 - sono stati acquisiti atti di assenso non condizionati (anche impliciti, a seguito del formarsi del silenzio assenso);
 - sono stati acquisiti atti di assenso con condizioni e prescrizioni che, ad avviso del responsabile del procedimento, sentiti il privato interessato o le



altre amministrazioni, possono essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza (art.14-bis, comma 5);

- **conclusione negativa:** il responsabile emette una determinazione motivata di conclusione negativa della conferenza, che produce l'effetto del rigetto della domanda, quando sono stati acquisiti atti di dissenso che l'amministrazione procedente non ritiene superabili. Nei procedimenti a istanza di parte questa determinazione produce gli effetti della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prevista dall'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990. Se il proponente trasmette osservazioni entro 10 giorni, il responsabile del procedimento indice (entro 5 giorni lavorativi) una nuova conferenza di servizi semplificata, inviando le osservazioni ricevute alle amministrazioni coinvolte e fissando un nuovo termine. Qualora, entro questo termine, le amministrazioni confermino il loro dissenso, nella nuova determinazione conclusiva è data ragione del mancato accoglimento di tali osservazioni (art.14-bis, comma 5);
- **passaggio alla conferenza simultanea:** quando sono stati acquisiti atti di assenso o dissenso che indicano condizioni o prescrizioni che richiedono modifiche sostanziali, la nuova valutazione contestuale si svolgerà con la riunione della conferenza simultanea, che si terrà nella data già indicata nella comunicazione di indizione della conferenza.

12.4.1.3.2. Conferenza simultanea (con la riunione)

12.4.1.3.2.1. I casi in cui è prevista

La conferenza simultanea (con la riunione) è prevista unicamente nei seguenti casi:

1. quando nel corso della conferenza semplificata sono stati acquisiti atti di assenso o dissenso che indicano condizioni o prescrizioni che richiedono modifiche sostanziali (art.14-bis, comma 6);
2. nei casi di particolare complessità della decisione da assumere: l'amministrazione procedente può indire direttamente la conferenza simultanea o procedere su richiesta motivata di una delle amministrazioni coinvolte o del privato interessato entro il termine indicato nella indizione per l'integrazione documentale (art. 14-bis, comma 7);
3. in caso di progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale (VIA) regionale: in questa ipotesi, tutti gli atti di assenso necessari alla realizzazione del progetto vengono acquisiti in una conferenza di servizi che è convocata direttamente in modalità simultanea (art. 14, comma 4).

12.4.1.3.2.2. Il rappresentante unico

Nella conferenza simultanea, la nuova disciplina prevede il **rappresentante unico**.

Ciascun ente o amministrazione convocato alla riunione è rappresentato da un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente e in modo univoco e vincolante la posizione dell'amministrazione stessa su tutte le decisioni di competenza della conferenza, anche



indicando le modifiche progettuali eventualmente necessarie ai fini dell'assenso (art. 14-ter, comma 3).

Il rappresentante unico delle amministrazioni statali è nominato dal Presidente del Consiglio o, in caso di amministrazioni periferiche, dal Prefetto. Il rappresentante unico può essere nominato anche per determinate materie o periodi di tempo. Le altre amministrazioni statali possono comunque intervenire in funzione di supporto. Le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini, possono esprimere al rappresentante unico il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza (art. 14-ter, comma 4).

Ciascuna Regione e ciascun Ente locale definisce autonomamente le modalità di designazione del rappresentante unico di tutte le amministrazioni riconducibili alla stessa Regione o allo stesso Ente locale nonché l'eventuale partecipazione delle suddette amministrazioni ai lavori della conferenza (art. 14-ter, comma 5).

Le comunicazioni relative all'indizione e allo svolgimento delle conferenze e la relativa documentazione vanno, quindi, inviate ai seguenti soggetti:

1. alla Presidenza del Consiglio, Dipartimento del coordinamento amministrativo (nel caso sia coinvolta un'amministrazione statale centrale);
2. al Prefetto (nel caso siano coinvolte solo amministrazioni periferiche dello Stato);
3. alla Regione (nel caso sia coinvolta un'amministrazione riconducibile alla Regione);
4. agli Enti locali (nel caso siano coinvolte amministrazioni ad essi riconducibili) ;
5. e alle altre amministrazioni coinvolte (che possono partecipare in funzione di supporto al rappresentante unico).

12.4.1.3.2.3. La partecipazione dei soggetti interessati

I soggetti interessati, ivi compresi i proponenti, possono essere invitati a partecipare alle riunioni (art. 14-ter, comma 6).

12.4.1.3.2.4. La durata dei lavori della conferenza

I lavori della conferenza simultanea si concludono entro 45 giorni dalla data della prima riunione. In caso di determinazioni complesse, ove siano coinvolte amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, il termine è di 90 giorni ove disposizione di legge o i regolamenti sui termini non prevedono un termine diverso (art. 14-ter, comma 2).

12.4.1.3.2.5. La conferenza in caso di decisione complesse

Nei casi di decisioni complesse l'amministrazione procedente può indire direttamente la conferenza simultanea (o con riunione).

La richiesta – motivata – di conferenza simultanea per decisioni complesse può essere anche presentata da una delle amministrazioni coinvolte o dal privato interessato entro il termine indicato per l'integrazione documentale nella comunicazione che indice la conferenza semplificata.

In questi casi l'amministrazione procedente può indire la conferenza e convocare la riunione nei successivi 45 giorni comunicando ai soggetti che devono nominare il



rappresentante unico e alle altre amministrazioni coinvolte che possono partecipare in funzioni di supporto allo stesso rappresentante unico:

- l'oggetto della determinazione da assumere, l'istanza e la relativa documentazione e il termine (non superiore a 15 giorni) per le richieste di integrazioni documentali;
- la data di convocazione della riunione entro i successivi 45 giorni.

12.4.1.3.2.6. La conclusione della conferenza simultanea

All'esito dell'ultima riunione della conferenza, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza entro il termine previsto, sulla base delle posizioni prevalenti¹⁰ espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i propri rappresentanti.

Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

12.4.1.4. Il valore della decisione finale

La determinazione motivata di conclusione positiva della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente, sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati (art. 14- quater, comma 1).

In caso di approvazione unanime, la determinazione è immediatamente efficace. In caso di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti nella conferenza simultanea, l'efficacia della determinazione è sospesa quando sono stati espressi dissensi qualificati per il periodo (di 10 giorni dalla sua comunicazione), utile alla presentazione dell'opposizione (art. 14-quater, comma 3).

L'efficacia degli atti di assenso comunque denominati sostituiti dalla determinazione decorre dalla data della comunicazione della determinazione stessa (art. 14- quater, comma 4)

12.4.1.4.1. L'intervento in autotutela

Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare, con congrua motivazione, il responsabile del procedimento ad assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi dell'articolo 21-nonies della legge n. 241 del 1990 (annullamento d'ufficio), previa indizione di una nuova conferenza.

Inoltre, possono sollecitare l'intervento in autotutela, ai sensi dell'articolo 21-quinquies della legge n. 241 del 1990 (revoca), le amministrazioni che abbiano partecipato alla conferenza o si siano espresse nei termini (art. 14-quater, comma 2).

¹⁰ Secondo il criterio delle posizioni prevalenti o criterio della prevalenza non può essere attribuito un singolo voto ad ogni singola amministrazione partecipante per il solo fatto di essere tale, come avviene secondo il criterio della maggioranza¹⁵, ma la valutazione delle statuizioni delle amministrazioni coinvolte deve necessariamente essere commisurata alla natura ed all'importanza di ciascuna, da valutare in concreto con riferimento alle questioni oggetto della conferenza. In altri termini, non vi è un mero conteggio numerico, ma una vera e propria valutazioni sostanziale.



12.4.1.4.2. Rimedi per le amministrazioni dissenzienti.

La nuova disciplina prevede, come quella previgente, la possibilità per le amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili di rimettere, in caso di dissenso, la questione al Presidente del Consiglio dei Ministri, ma rende molto più stringenti i tempi e prevede che per le amministrazioni statali l'opposizione sia proposta dal Ministro competente. In particolare:

- entro 10 giorni dalla comunicazione della determinazione conclusiva, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri, a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministro competente. Possono altresì presentare opposizione le amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano, il cui rappresentante, intervenendo in una materia spettante alla rispettiva competenza, abbia manifestato un dissenso motivato in seno alla conferenza (art. 14-quinquies, commi 1 e 2);
- la proposizione dell'opposizione sospende l'efficacia della determinazione motivata di conclusione della conferenza (art. 14-quinquies, comma 3);
- la Presidenza del Consiglio dei Ministri indice, entro 15 giorni dalla ricezione dell'opposizione, una riunione con le amministrazioni interessate al fine di raggiungere un accordo. Se alla conferenza hanno partecipato amministrazioni delle Regioni e province autonome può essere convocata una successiva riunione entro 15 giorni dalla precedente. Se si trova un accordo viene adottata una nuova determinazione conclusiva della Conferenza (art. 14-quinquies, commi 4,5,6);
- se non è stato raggiunto un accordo, la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri, che la pone all'ordine del giorno della prima riunione successiva alla scadenza del termine di 15 giorni dall'ultima riunione. Al Consiglio dei Ministri possono partecipare i presidenti delle Regioni o delle Province autonome. Se il Consiglio, non accoglie l'opposizione, la determinazione conclusiva della Conferenza acquista efficacia (art. 14-quinquies, comma 6).

12.4.2. La partecipazione dei soggetti interessati.

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

Al riguardo si ricordi l'art. 9 l. 241/90 il quale afferma: "Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento".

12.4.2.1. Tipi di interesse rilevanti.

Quindi 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.



12.4.2.1.1. Interesse pubblico.

L'interesse pubblico è quello che pertiene, in linea di principio, alla comunità nazionale o alle comunità minori, territoriali e non, nelle quali si articola la plurisoggettività dell'ordinamento.

12.4.2.1.2. Interessi privati.

Interessi privati sono quelli che pertengono a ciascun soggetto dell'ordinamento, sia esso persona fisica od altra figura soggettiva, a fronte dell'esercizio di potere¹¹.

12.4.2.1.3. Interessi collettivi.

Come già evidenziato in precedenza gli interessi collettivi, sono quelli che fanno capo a un ente esponenziale (associazione o comitato) di un gruppo non occasionale e omogeneo di soggetti, autonomamente individuabile ed organizzato per la realizzazione dei fini propri della categoria o del gruppo (es. sindacato)¹².

12.4.2.2. Disciplina.

La partecipazione all'esercizio del potere consiste nella rappresentazione di fatti e di interessi propri del soggetto, dei quali l'Amministrazione non può non tenere conto ai fini della decisione finale.

12.4.2.2.1. La facoltatività o l'obbligatorietà dell'intervento.

I portatori di interessi privati e collettivi, così come più specificatamente individuati dalla norma (quelli a "cui possa derivare un pregiudizio") sono da qualificare in principio come portatori di interessi legittimi, pertanto essi partecipano al procedimento solo se vogliono (c.d. parti eventuali).

Diversa è la posizione dei portatori di interessi pubblici: essi infatti, non sono portatori di alcun interesse proprio, ma di interessi della collettività dei quali è stata ad essi affidata la cura (e che devono curare). La partecipazione al procedimento di portatori degli interessi pubblici coinvolti dallo stesso, è perciò doverosa (c.d. parti necessarie).

12.4.2.2.2. Diritti degli interventori.

In particolare i soggetti portatori di interessi, siano essi parti necessarie od eventuali; hanno diritto di prendere visione degli atti del procedimento, salvi i limiti previsti per il diritto di accesso *ex art. 24*¹³; e di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti del procedimento (e siano presentate in tempo ragionevole, ossia non troppo a ridosso del termine entro il quale va definito il procedimento).

¹¹ Sul punto di deve evidenziare che anche enti ed organismi pubblici possono essere portatori di interessi privati nell'ambito di un procedimento amministrativo, in quanto ad esempio, titolari di situazione soggettive e rapporti di diritto comune: non è la natura del soggetto portatore dell'interesse che qualifica quest'ultimo ma è l'interesse stesso nella sua consistenza.

¹² Si ricordi inoltre che gli interessi collettivi così intesi si distinguerebbero dagli interessi diffusi i quali, sarebbero quelli comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente.

¹³ La giurisprudenza ha evidenziato come, a differenza dell'accesso *ex art. 22*, l'accesso disciplinato dall'art. 10 non è subordinato alla presentazione di una istanza motivata, in quanto concerne attività interne al procedimento, riguardanti i soggetti in esso coinvolti.



Capitolo 13°

Il procedimento amministrativo – La fase consultiva.

13.1. Introduzione

Attraverso le dichiarazioni di scienza e le determinazioni delle Amministrazioni coinvolte vengono acquisiti all'istruttoria i fatti e gli interessi nei quali il procedimento va ad incidere, e che devono essere valutati. Nei procedimenti più semplici a tale valutazione provvede la stessa autorità decidente, restando così tale momento ascritto alla fase decisoria del procedimento.

Viceversa, nei procedimenti più complessi, l'istruttoria si arricchisce di una fase autonomamente connotata, intesa ad una valutazione preliminare (o preparatoria in ordine al decidere) de fatti e degli interessi in gioco: la fase consultiva.

13.2. I pareri.

13.2.1. Nozione.

I pareri sono atti a carattere ausiliario consistenti in manifestazioni di giudizio con cui gli organi dell'amministrazione consultiva mirano ad illuminare, consigliare, erudire gli organi dell'amministrazione attiva e sono emanati dietro loro richiesta.

Consistono in giudizio su un'attività che dovrà essere intrapresa e compiuta da parte di chi li chiede: sono pertanto, atti privi di autonomia funzionale, in quanti emessi in vista del provvedimento terminale di un procedimento.

13.2.2. Competenza.

Sono di competenza di speciali organi collegiali, istituzionalmente costituiti presso un apparato organizzativo.

13.2.3. Classificazioni.

I pareri possono essere:

- **facoltativi**, se è a discrezione degli organi dell'amministrazione attiva richiederli o meno;
- **obbligatori**, se la legge impone all'organo di amministrazione attiva di richiedere il parere all'organo consultivo. La mancata acquisizione del parere comporta l'invalidità dell'atto per violazione di legge. I pareri obbligatori, a loro volta, possono essere:
 - **non vincolanti**, quando l'organo di amministrazione attiva è obbligato a richiedere il parere, ma può anche non attenersi ad esso discostandone con il proprio operato e motivando le ragioni per le quali se ne discosti;
 - **vincolanti**, se l'organo di amministrazioni attiva è obbligato a richiedere il parere e ad uniformarsi ad esso;
 - **parzialmente vincolanti**, se l'organo di amministrazioni attiva può adottare un provvedimento difforme, ma solo seguendo un dato procedimento (il Presidente della Repubblica può discostarsi dal parere espresso dal Consiglio di



Stato in sede di ricorso straordinario solo su deliberazione conforme del Consiglio dei Ministri);

- **conformi**: quando la P.A. ha il potere discrezionale di provvedere o non all'istanza per la quale è obbligata a richiedere il parere, ma ove decida di emanare l'atto di amministrazione attiva deve uniformarsi ad esso.

13.2.4. Funzioni.

I pareri possono adempiere tre funzioni:

- **conoscitiva**: quella relativa a pareri di organi tecnici per soluzioni attinenti alla discrezionalità tecnica e importano atti vincolati (Es. parere del Comitato per le pensioni privilegiate in materia di liquidazione di tale pensioni);
- **valutativa**: attraverso pareri emessi, di regola al termine di un'istruttoria compiuta per l'adozione di un provvedimento o di una misura amministrativa, o consistenti in una valutazione generale del progetto di azioni amministrativa (Es.: parere del Consiglio di Stato, emesso in sede consultiva, con cui si riassume lo svolgimento della funzione amministrativa);
- **di coordinamento**: sono richiesti per contemperare più interessi della P.A.. si fondano sul principio di buona amministrazione e non è richiesta una norma positiva che li imponga.

13.3. Il procedimento consultivo.

Nell'ambito dell'istruttoria trova dunque spazio un **procedimento consultivo**¹ che inizia con la richiesta del parere da parte del responsabile del procedimento; prosegue con l'attività consultiva con studio della questione, discussione, risoluzione e formulazione e si conclude con la redazione per iscritto del **parere**. Appena ricevuto², il parere è assunto al procedimento come atto istruttorio.

La disciplina del procedimento consultiva, contenuta nell'art. 16 L. 241/90, è stata da poco modificata dalla l. 69/2009³, al fine di realizzare un'accelerazione dei tempi procedurali dal punto di vista sia dei termini per il rilascio del parere che delle conseguenze connesse alla mancata resa dello stesso

13.3.1. Termine entro il quale l'amministrazione consultiva.

In particolare, sotto il primo profilo, la nuova disciplina riduce i tempi di concessi agli organi consultivi per rilasciare il parere richiesto. Per quanto riguarda i pareri obbligatori, il termine entro il quale devono essere resi è di 20 giorni dal ricevimento della richiesta, a fronte degli originari 45

Mentre, per quanto attiene ai pareri facoltativi, gli organi consultati sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere

¹ Art. 16 6° co. l. proc. Amm. Afferma che "Gli organi consultivi dello Stato predispongono procedure di particolare urgenza per l'adozione dei pareri loro richiesti".

² Si ricordi che ai sensi dell'art. 16 5° comma i pareri sono trasmessi con mezzi telematici.

³ Tale disciplina non si applica per le competenze consultive del Consiglio dei lavoro pubblici, ex art. 127 D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) (art. 16 6-bis co.).



sarà reso, che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta.” (art. 16 1° co. L. proc. amm.⁴).

Nel caso in cui l’organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, detti termini possono essere interrotti per una sola volta; e in tal caso il parere deve essere “reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate” (art. 16 4° co. l. 241/90).

13.3.2. Nel caso in cui il parere non viene formulato.

Nel caso in cui il parere non viene formulato la nuova disciplina contempla due ipotesi diverse a secondo del tipo di parere richiesto:

- nel caso in cui sia richiesto un parere **obbligatorio**, il mancato rilascio dello stesso, ovvero la mancata rappresentazione di esigenze istruttorie da parte dell’organo consultivo (che legittima l’interruzione del termine), comporta per l’amministrazione richiedente la facoltà di procedere **indipendentemente dall’espressione del parere stesso**. A riguarda si parla di, **silenzio facoltativo**⁵ poiché l’amministrazione decidente ha facoltà di proseguire nell’*iter* procedimentale anche senza il parere, ma può anche decidere, al contrario, di attendere comunque l’atto consultivo. Ne deriva in sostanza la surrettizia trasformazione del parere da obbligatorio a facoltativo (nel senso che è obbligatoria la richiesta ma non l’acquisizione finale), con l’attribuzione della P.A., precedente di un potere di valutazione dell’opportunità di attendere o meno il parere **motivando la decisione**⁶;
- nel caso in cui sia richiesto un parere **facoltativo**, il mancato rilascio dello stesso, ovvero la mancata rappresentazione di esigenze istruttorie da parte dell’organo consultivo, comporta per l’amministrazione richiedente l’obbligo di procedere l’*iter* procedimentale, prescindendo dall’espressione del parere.

13.3.2.1. La responsabilità del responsabile del procedimento

Salvo il caso di omessa richiesta del parere, il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri (art. 16 2° co).

⁴ Questa disposizione non si applica in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini (art. 16 3° co.).

⁵ Si ha il c.d. **silenzio facoltativo** in tutte le ipotesi in cui l’esercizio di una particolare competenza, durante un procedimento amministrativo, sia previsto come meramente facoltativo, per cui trascorso inutilmente il termine previsto per l’esercizio di esso si può procedere al compimenti degli atti successivi senza ulteriore attesa e senza pregiudizio per gli effetti finali.

⁶ Un limite alla possibilità di procedere senza il parere obbligatorio è sancito dal terzo comma dell’art. 16, per il quale devono comunque essere effettivamente acquisiti i pareri di competenza di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini.



Capitolo 14°

Il procedimento amministrativo – La fase decisoria

14.1. Introduzione.

La fase decisoria, è la fase in cui il procedimento amministrativo si conclude. Essa può essere:

- **provvedimentale** la dove si definisce con provvedimento;
- **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**).

14.2. La fase decisoria provvedimentoale.

La fase decisoria è provvedimentoale quando si definisce con un provvedimento, con il quale l'Amministrazione competente assume le proprie determinazioni in ordine all'oggetto del procedimento stesso.

Allorquando si tratti di un provvedimento discrezionale (ossia di un potere discrezionale), la P.A. provvede ad effettuare la comparazione tra gli interessi acquisiti e coinvolti nell'azione amministrativa, mentre in presenza di un provvedimento vincolato (ossia di un potere non discrezionale), essa dovrà limitarsi a verificare unicamente la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento.

14.2.1. Gli atti che determinano direttamente o indirettamente il contenuto del provvedimento finale.

Il contenuto del provvedimento finale a volte può dipendere direttamente o indirettamente da altri atti (i quali per tale motivo si fanno rientrare nella fase decisoria).

In particolare tra gli atti direttamente determinativi del provvedimento finale, rientrano le **deliberazioni preparatorie**, che sono vincolanti quanto al contenuto della deliberazione.

Determinano invece, indirettamente il contenuto del provvedimento finale i seguenti atti:

- **designazioni**: l'indicazione, cioè di uno o più nominativi all'autorità che deve procedere ad un nomina¹;
- **autorizzazioni in funzione di controllo**, con cui la P.A., nell'esercizio della attività discrezionale in funzione preventiva:

¹ Tali atti sono normalmente vincolanti ma possono essere solo parzialmente vincolante, come quando venga designata una terna di nomi fra cui l'autorità competente dovrà poi scegliere il soggetto da nominare.



- provvede alla rimozione del limite legale che si frappone al compimento dell'atto;
- esprime anche il proprio parere circa l'atto che le è stata presentato;
- proposte e pareri vincolanti, di cui già si è detto in precedenza.

14.2.2. L'obbligo di conclusione del procedimento. Il provvedimento espresso

Si ricordi che non è previsto solo l'obbligo di procedere ma anche l'obbligo di conclusione del procedimento, in forza del quale un procedimento aperto deve essere obbligatoriamente portato a termine.

Al riguardo l'art. 2 1° co. 1. 241/90, afferma: "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

Da tale articolo si evince, oltre l'obbligo di conclusione del procedimento, anche la regola che ogni 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 e insuscettibili di applicazione analogica.

14.2.3. L'obbligo della motivazione (art. 3 1 – 2° co. della l. 241/90).

14.2.3.1. Ambito di applicazione.

Il 1° comma dell'art. 3 della l. 241/1990² afferma che: "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato...".

A sua volta il comma secondo del medesimo articolo specifica che la motivazione non è richiesta per atti normativi (tra i quali rientrano i regolamenti) e per quelli a contenuto generale.

14.2.3.1.1. I regolamenti e gli atti amministrativi generali.

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

La migliore, se non l'unica 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".

Alla luce delle definizioni date, si rileva che i caratteri generali dei regolamenti sono:

- la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e, quindi, "idoneità di ripetizione nell'applicazione della norma";
- l'astrattezza, intesa come "capacità di regolare una serie infinita di casi";

² Art. 3 co 1 L. 241/90 "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".



- l'innovatività, intesa come “capacità a concorrere a costituire o innovare l'ordinamento giuridico”, ossia ad immettere nuove norme nel tessuto ordinamentale.

È appunto tale ultimo requisito che costituisce il fondamento dell'elemento di differenziazione rispetto agli atti amministrativi generali (atti formalmente e sostanzialmente amministrativi espressione del potere pararegolamentare; vedi par. 6.1.3.4), che pur se caratterizzati dalla indeterminabilità (quanto meno in aprioristica) dei destinatari, sono sprovvisti, però di forza normativa.

A tale, fondamentale elemento differenziatore delle dure figure è da aggiungere l'altro, costituito dal fatto che mentre gli atti generali sono caratterizzati dalla determinabilità a posteriori dei destinatari, i regolamenti invece, sono connotati dalla indeterminabilità anche a posteriori di tali destinatari, che sono, come detto, la generalità dei destinatari.

Essendo fonti normative secondarie, i regolamenti, incontrano una serie di limiti:

- non possono mai derogare o contrastare con la Costituzione, né con i principi in essa contenuti;
- non possono derogare né contrastare con le leggi ordinarie, salvo che sia una legge ad attribuire loro il potere, in un determinato settore e per un determinato caso, di innovare anche nell'ordine legislativo (delegificando la materia);
- non possono mai regolare le materie riservate dalla Costituzione alla legge;
- non possono mai derogare al principio di irretroattività della legge;
- non possono contenere sanzioni penali: per il principio della riserva della legge in materia penale (art. 25 Cost.);
- i regolamenti emanati da autorità inferiori non possono mai contrastare con i regolamenti emanati da autorità gerarchicamente superiori;
- non possono regolare istituti fondamentali dell'ordinamento;
- ed in ultimo essendo atti normativi non necessitano di specificazione motivazione (così come evidenziato in precedenza), in ordine alle regioni che hanno portato a dare determinati contenuti e non altri alle proprie disposizioni³.

14.2.3.2. Il contenuto della motivazione.

La motivazione deve indicare i presupposti di fatto⁴ e le ragioni giuridiche⁵ che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

³ Il carattere non obbligatorio della motivazione non esclude però la sindacabilità degli atti normativi, sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione dei canoni di coerenza logica dell'agire amministrativo.

⁴ Per presupposti di fatto si intendono i supporti fattuali del provvedimento, ossia gli elementi ed i dati di fatto oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dello stesso.

⁵ Le ragioni giuridiche, costituiscono il nucleo della motivazione, sono le argomentazioni giuridiche, i ragionamenti di supporto al provvedimento.



Si ricordi che il comma quarto dell'art. 3 della l. 241/90 fissa inoltre la regola che: "In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere".

14.2.3.2.1. Provvedimento espresso in forma semplificata.

L'articolo 1, co. 38, della L. 190/2012, novellando 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.

14.2.3.3. Motivazione ab relationem.

È ammessa la motivazione *ab relationem*, e cioè la motivazione non risultante dal corpo del provvedimento finale ma dagli precedentemente compiuti nel corso dell'*iter* procedimentale (pareri, proposte, rapporti tecnici).

In relazione a tale ipotesi l'art. 3° co. 1. 241/90 afferma che: "Se le regioni 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 richiama".

14.2.3.4. Conseguenza della mancata motivazione.

Sono viziati per violazione di legge (in quanto non rispettosi degli obblighi visti in precedenza): I) gli atti carenti della motivazione; II) gli atti che indicano in modo incompleto i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione; III) gli atti motivati *per relationem* che non indichino gli atti da cui risultano le regioni della decisione o che non specifichino i modi per accedere agli stessi. Nel primo caso si parla di carenza di motivazione negli altri due invece si parla di motivazione insufficiente (vedi par. 9.3.3.1.3.2).

Saranno, invece da reputarsi affetti da 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 e contraddittorietà della motivazione (vedi par. 9.3.3.1.4.)

14.2.4. Competenza.

In base ha quanto disposto il D.Lgs. 29/193, novellato dal D.Lgs. 80/1998, e poi confluito nel D.Lgs 165/2001 (T.U. pubblico impiego) e la L. 127/1997 (per quanto riguarda le autonomie locali), la competenza ad emanare statuizioni è definitivamente passata ai dirigenti.



Rispetto ad tale compito L. 15/2005, ha introdotto, all'art. 6, una importante innovazione: "L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale".

14.2.5. Il provvedimento negativo.

Come sappiamo il procedimento amministrativo può terminare anche con un provvedimento negativo, ossia con un provvedimento di rigetto dell'istanza, il quale al pari del provvedimento positivo deve essere motivato.

Tuttavia è un provvedimento in senso proprio, attraverso il quale si cura l'interesse pubblico e che comunque incide sull'interesse legittimo del richiedente che può impugnarlo.

Il provvedimento negativo esprime la volontà di non produrre dell'Amministrazione, ciò non toglie che l'Amministrazione possa successivamente modificare la sua posizione e provvedere positivamente a fronte di una nuova richiesta.

14.2.5.1. Comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza: il c.d. preavviso di rigetto.

La L. 15/2005, rispetto all'ipotesi in cui il procedimento termini con un provvedimento negativo, ha introdotto, all'art. 10bis un nuovo istituto il c.d. p r e a v v i s o d i r i g e t t o .

L'articolo in esame prevede che nei procedimenti ad istanza di parte (ad eccezione delle procedure concorsuali e dei procedimenti previdenziali e assistenziali sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali) il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente gli istanti i motivi che ostano al ricevimento della istanza⁶.

Da parte loro, gli istanti, entro il termine di dieci giorni hanno il diritto di presentare per iscritto osservazione e documenti utili ad influenzare un diverso esito del procedimento stesso.

Tali osservazioni dovranno essere valutate dall'amministrazione (sempre che siano pertinenti), la quale nell'ipotesi in cui ritenga di non doverle accogliere, è tenuta ai sensi dell'art. 10bis, a dare ragione del mancato accoglimento nella motivazione del provvedimento finale.

È da evidenziare infine come l'art. 10bis prevede che "non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione".

14.2.6. Pluristrutturata.

Va precisato che la fase decisionale provvedimentoale soltanto a volte consta di un solo atto nel quale il procedimento si conclude (monostrutturata); spesso è a sua volta articolata in una pluralità di atti⁷ (p l u r i s t r u t t u r a t a).

⁶ Tale comunicazione interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni, o in mancanza, dal scadenza dei dieci giorni.

⁷ Come avviene per la realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico.



Nei casi in cui un procedimento debba terminare con una pluralità di atti, tale pluralità strutturale può essere eliminata, e per così ridotta ad unità attraverso l'utilizzo della conferenza di servizi (la quale come detto in precedenza opera non solo nella fase istruttoria ma anche in quella decisoria) le quali possono anche concludersi a volte con accordi di programma (vedi par. 14.3.2.1).

14.3. La fase decisoria negoziata.

La l. 241/90 ha consacrato il principio di contrattualità dell'azione amministrativa, ovvero ha introdotto la possibilità di ricorrere a strumenti convenzionali per la regolazione dei rapporti tra amministratori ed amministrati.

Tanto è vero che l'art. 11 1° co. L. 241/1990, con norma a portata generale, consente all'Amministrazione procedente, in accoglimento di osservazioni e proposte (presentate dai soggetti interessati nell'ambito dell'istruttoria) di concludere, senza arrecare pregiudizio ai diritti dei terzi e comunque perseguendo il pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento (accordi integrativi o procedimentali), ovvero in sostituzione di questo (accordi sostitutivi)⁸.

14.3.1. I contratti di diritto pubblico.

Si ritiene pertanto che in tal modo si è introdotta nel nostro ordinamento la figura del contratto di diritto pubblico, che a differenza del contratto di diritto comune, è finalizzato alla cura di interessi pubblici, in quanto disciplina l'esercizio di pubblici poteri.

14.3.1.1. Disciplina generale.

Per il contratto di diritto pubblico viene predisposta un'apposita disciplina sia in termini sostanziali che di tutela, la quale ha in sé elementi sia della disciplina negoziale del codice civile sia della disciplina degli atti amministrativi.

In particolare ai contratti in questione “si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili” (art. 11 2° co. L. 241/90).

14.3.1.1.1. La forma dell'accordo e la motivazione.

L'art. 11 2° co. l. 241/90 prevede che gli accordi in questione “debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti”.

Si ricordi che, sempre ai sensi del nel novellato 2° comma dell'art. 11 della L. 241/90 che tali accordi devono essere motivati ai sensi dell'art. 3.

14.3.1.1.2. La necessaria determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento finale.

La L. 15/2005 ha introdotto all'interno dell'art. 11 il comma 4bis il quale afferma che “A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la

⁸ Al fine di favorire la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi, il responsabile del procedimento, ai sensi del comma 1bis dell'art. 11 L. 241/90, può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.



stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”.

14.3.1.1.3. Il regime della tutela.

L'art 133 D.lgs. 104/2010 sancisce la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della controversie in materia di formazione, conclusione ed esclusione degli accordi integrativi e sostitutivi⁹.

La possibilità di impugnare direttamente l'accordo sussisterà, peraltro solo in tema di accordi sostitutivi, atteso che solo questi si palesano idonei ad incidere direttamente nella sfera giuridica dei terzi.

Ove, invece, si verta in materia di accordi procedimentali, aventi carattere non autonomamente produttivo di effetti esterni, il terzo dovrà attendere l'emanazione del provvedimento e, quindi impugnare quest'ultimo, congiuntamente all'accordo relativo.

14.3.1.1.4. Il recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

In precedenza abbiamo evidenziato che la disciplina dei contratti pubblici, è caratterizzata da elementi propri della disciplina negoziale e da elementi della disciplina degli atti amministrativi.

Al riguardo va detto che il più rilevante innesto (se così può dirsi) della disciplina amministrativa nei rapporti in oggetto, è quella previsto dall'art. 11 4° co. l. 241/90: **recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.**

In particolare l'articolo in questione afferma che “Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse¹⁰ l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato”.

Appare pertanto chiaro la differenza con il regime negoziale, in quanto il contratto di diritto comune, a differenza del contratto di diritto pubblico, lega comunque le parti (è “legge” per loro) e non consente a qualcuna di esse di sciogliersi unilateralmente dal vincolo, salvo nei casi espressamente previsti (nei quali, per altro, come nel mandato, ciò risponde alla schema causale del negozio).

14.3.1.2. Accordi sostitutivi.

L'accordo sostitutivo, è una deliberazione concordata (e quindi non è un provvedimento autoritativo), tra l'Amministrazione procedente e il destinatario dell'emanando provvedimento finale, con la quale si chiude l'*iter* procedimentale¹¹.

⁹ Tale tipo di tutela appare una delle principali peculiarità della figura del contratto di diritto pubblico a fronte del contratto di diritto comune.

¹⁰ Il recesso può essere quindi prodotto non per originari vizi di merito dell'accordo (inopportunità *ab origine*) ma per un successivo contrasto venutosi a delineare tra il contenuto di questo (i suoi effetti) e un nuovo assetto degli interessi pubblici in gioco successivamente emerso.

¹¹ I casi di accordi sostitutivi nel nostro ordinamento sono pochi, l'unico caso che presenta particolare rilievo è quello degli accordi nei procedimenti espropriativi per la cessione volontaria, da parte del privato, delle aree da espropriare (quello sull'indennità è accordo integrativo).



In altri termini in una a certa fase del procedimento, la legge prevede che l'Amministrazione procedente e i soggetti interessati (quelli nella cui sfera soggettiva gli effetti del provvedimento sono destinati a prodursi) possono concludere tra loro un negozio (che un "contratto di diritto pubblico") produttivo effetti analoghi, a quelli che avrebbe potuto produrre il provvedimento finale. È chiaro quindi che l'accordo sostitutivo è un modulo procedimentale di esercizio del potere alternativo al provvedimento.

14.3.1.2.1. Campo di applicazione.

Attraverso le modifiche apportate dalla L. 11/2/2005 n. 15 all'art. 11 della legge 241/1990 si è provveduto a generalizzare l'uso degli accordi sostitutivi in quanto non è più previsto che alla loro conclusione si possa addivenire nei soli casi previsti dalla legge.

La disposizione è collegata al principio, sancito dal nuovo art. 1bis della legge 241/1990, in forza del quale la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato.

14.3.1.2.2. Natura.

L'accordo ha natura negoziale, però se in parte si applica la disciplina negoziale, per altro verso soggiace comunque alla disciplina propria del provvedimento che è stato sostituito. Tanto è vero che l'art. 11 3° co. l. 241/90 afferma che: "Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per quest'ultimi".

Ciò comporta evidentemente, che l'accordo pur perfezionato come fattispecie alla stipulazione dell'atto scritto (e la volontà negoziale delle parti private cristallizzata e irrevocabile) non acquista efficacia se non una volta superata la fase di controllo.

14.3.1.3. Accordi integrativi o procedimentali.

Gli accordi integrativi o procedimentali vengono conclusi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento.

L'accordo integrativo tuttavia non è in grado di produrre gli effetti con esso "negoziati": il suo contenuto deve essere versato nel provvedimento dell'Amministrazione. Quest'ultimo resta l'atto che definisce la fattispecie procedimentale e produce gli effetti.

14.3.1.3.1. Gli effetti interinali dell'accordo.

L'accordo produce però effetti interinali (sino all'adozione del provvedimento) tra le parti, che restano legate, almeno in certi limiti, a quanto pattuito.

Il privato lo è senz'altro e completamente, sempre che il provvedimento sia adottato nei tempi pattuiti (e comunque, è da ritenere, in tempi ragionevoli).

Ma in certi limiti lo è anche l'Amministrazione la quale è tenuta ad adottare il provvedimento nei tempi e con le modalità pattuite: ma in tal caso si tratta di un obbligo avente ad oggetto l'esercizio di un potere che può essere tutelato nei limiti consentiti (ricorso al giudice amministrativo per la dichiarazione dell'obbligo di provvedere, secondo lo schema che s'è visto a proposito del silenzio); e non certo secondo lo schema dell'art. 2932 c.c. (obbligo di concludere un contratto); che si applica all'Amministrazione ma soltanto quando essa opera nell'ambito di rapporti di diritto comune.



Al di là di questi effetti interinali, l'accordo in sé non produce effetti sostanziali circa l'assetto degli interessi cui è inteso e che potrà essere definito solo con il provvedimento.

14.3.1.3.2. Regime del provvedimento.

Il provvedimento, una volta adottato e divenuto efficace, si presenta, come fattispecie, sottoposto a un doppio regime.

Infatti, per una parte del suo contenuto, quella negoziata, esso è soggetto alla disciplina dell'accordo, per l'altra parte esso è soggetto alla disciplina del provvedimento.

E così, circa la validità, la parte della fattispecie coperta dal contenuto dell'accordo segue il regime di quello, e quindi la disciplina del codice in tema di invalidità negoziale: solo una volta accertata la sussistenza di una di tali cause di invalidità nell'accordo, può essere annullato, per questa parte, il provvedimento, secondo la sua disciplina.

Mentre per il resto la fattispecie è valida o invalida secondo la disciplina degli atti amministrativi (e se ne può predicare l'incompetenza, l'eccesso di potere, ecc.). Circa l'efficacia (e l'eventuale esecutorietà: infra) essa è quella propria del provvedimento.

14.3.2. Accordi tra amministrazioni.

L'art. 15 della legge 241/90 contempla ancora l'ipotesi degli accordi tra le Amministrazioni pubbliche, che esse possono concludere per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune¹².

Si ricordi che a partire dal 30 giugno 2014 gli accordi fra pubbliche amministrazioni sono sottoscritti con firma digitale e con firma elettronica avanzata¹³.

14.3.2.1. Accordi di programma.

La principale figura legislativamente prevista di questi accordi tra Amministrazioni è il c.d. accordo di programma.

Gli accordi di programma costituiscono uno strumento di coordinamento tra le amministrazioni interessate alla programmazione e realizzazione di opere o interventi che coinvolgono più livelli di governo (statale, regionale, provinciale e comunale).

Con gli accordi di programma le pubbliche amministrazioni coinvolte concordano e coordinano le rispettive azioni ottenendo un duplice risultato: scavalcare i limiti legislativamente imposti alla propria competenza, integrando la stessa con le competenze delle altre amministrazioni interessate, e concludere rapidamente il procedimento il cui ordinario svolgimento avrebbe richiesto l'espletamento di una pluralità di subprocedimenti.

¹² Va precisato che l'art. 15, afferma che tali accordi possono essere stipulati "anche al di fuori delle ipotesi previsti dall'articolo 14", cioè anche al di fuori della conferenza di servizi. Ciò significa che anche la conferenza di servizi può dare luogo ad accordi con medesime conseguenze: in ordine alla disciplina applicabile, sempre che vi sia il consenso espresso di tutte le Amministrazione interessate.

¹³ Art. 15 comma 2bis: "A fare data dal 30 giugno 2014 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente".



A tal fine tutte le Amministrazioni interessate vengono convocate ad esprimere sulla proposta di accordo il loro consenso unanime; in mancanza di quest'ultimo l'accordo non si perfeziona¹⁴.

14.4. La fase decisoria tacita: il silenzio della pubblica amministrazione.

14.4.1. Premessa: nozione di silenzio e le sue varie forme

In generale si parla di silenzio della pubblica amministrazione ogniqualvolta una P.A. non emana un atto amministrativo che gli è stato richiesto o che una norma giuridica gli imponga di emettere.

In particolare il silenzio può manifestarsi ogniqualvolta:

1. la P.A. procedente non conclude il procedimento con un provvedimento espresso;
2. la P.A., in veste di organo consultivo o tecnico, non emana, nel corso della fase istruttoria, quegli atti preparatori e strumentali che gli sono stati richiesti dalla P.A. procedente. A seconda degli effetti che tale :
 - **silenzio facoltativo**: qualora la p.a. richiedente ha il potere di continuare il procedimento nonostante l'atto richiesto non sia stato emanato nei tempi previsti (si ha ad esempio silenzio facoltativo quando non viene emesso un parere obbligatorio);
 - **silenzio devolutivo**: qualora la p.a. richiedente a seguito del silenzio, è tenuto ad inoltrare la richiesta ad altra p.a. amministrazione, in altri termini non può continuare il procedimento nonostante l'atto richiesto non sia stato emanato nei tempi previsti (si ha ad esempio silenzio devolutivo quando non viene emessa una valutazione tecnica)
3. la P.A. non rilascia atti di assenso, concerti o nulla osta comunque denominati, che gli sono stati richiesti dalla P.A. procedente per l'emanazione del provvedimento finale pluristrutturato (**silenzio tra pubbliche amministrazioni**).

Le ipotesi 1 e 3 si manifestano nel corso della fase decisoria, l'ipotesi 2 nel corso della fase istruttoria.

14.4.2. Il silenzio che si manifesta allo scadere del termine di conclusione del procedimento

Se allo scadere del termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione procedente non conclude il procedimento attraverso un provvedimento espresso (così come previsto dall'art. 2 1° co. l. 241/90) si configura il fenomeno del **silenzio**¹⁵.

A seconda se l'ordinamento gli attribuisca o meno un significato, il silenzio può essere significativo e non.

¹⁴ Gli accordi di programma hanno natura negoziale, ciò da intendersi nel limitato senso che ad essi si applicano le norme della l. proc. amm. per gli accordi sostitutivi di provvedimenti (L'art. 15 2° co. l. 241/90 afferma che: "Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, comma 2 e 3).

¹⁵ Va evidenziato che la giurisprudenza ha affermato il principio in base al quale, nella procedura di formazione del silenzio, non basta ad escludere o interrompere l'inerzia il fatto dell'avvenuto svolgimento di qualche pur effettiva attività istruttoria da parte della pubblica amministrazione, quando la durata di questa si sia prolungata in maniera abnorme, in violazione del dovere di concludere (in modo espresso) ogni procedimento amministrativo, secondo quanto previsto dalla legge 241/90.



14.4.2.1. Il silenzio significativo.

Il silenzio significativo o qualificato si manifesta nell'ipotesi in cui una apposita norma giuridica attribuisce ad esso la produzione di determinati effetti giuridici: ciò accade propriamente nei casi c.d. di silenzio assenso e di silenzio rigetto.

Si parla anche di silenzio provvedimento perché acquisisce, per l'appunto, il valore di un provvedimento.

In altri termini, nel caso di silenzio significativo, possiamo parlare di fase decisoria tacita, in quanto il procedimento invece di concludersi con un provvedimento espresso, si conclude con una fatto, il silenzio per l'appunto.

14.4.2.1.1. Il silenzio significativo che ha il valore di un provvedimento positivo: il silenzio assenso.

14.4.2.1.1.1. Nozione.

Nei casi di silenzio assenso, la legge stabilisce che a fronte di una istanza del soggetto interessato presentata nelle forme e con le modalità prescritte e accompagnata dalla documentazione richiesta, il trascorrere di un certo tempo prefissato (termine di conclusione del procedimento), dal momento (formalizzato) di presentazione dell'istanza al competente ufficio, senza che l'Amministrazione abbia provveduto o abbia adottato atti interruttivi ammessi, produce sul piano giuridico l'accoglimento dell'istanza stessa; in altri termini in questo caso il silenzio ha il valore di un provvedimento positivo

Va evidenziato, che in questo caso, e solo questo in caso, il "silenzio" acquisisce senz'altro un contenuto decisivo, contenuto che viene identificato dalla legge con il contenuto dell'istanza quale determinato dallo stesso interessato.

E che il silenzio in tale ipotesi acquisisca il valore di un vero e proprio provvedimento, lo dimostra anche il fatto che qualora l'amministrazione si accorga che il silenzio assenso si sia illegittimamente formato l'amministrazione può (art. 20 3° co.¹⁶):

- annullare d'ufficio l'atto di assenso illegittimamente formato (e non semplicemente emanare un atto negativo) sussistendone ragioni di pubblico interesse salvo che, ove possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissato dall'Amministrazione medesima;
- revocare l'atto assenso quando in base ad una nuova valutazione degli interessi risulta inficiato da vizi di merito.

14.4.2.1.1.2. Ambito di applicazione.

È ovvio che si tratta di un meccanismo che non può essere adottato se non in procedimenti ad istanza di parte (in particolare si verifica per le istanze dirette ad ottenere provvedimenti autorizzativi)¹⁷.

¹⁶ Art. 20 3° co: "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies."



Dopo l'emanazione della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo si è avuto un sostanziale ampliamento delle già numerose ipotesi di silenzio-assenso. Oggi con l'introduzione del nuovo art. 20, comma 1, da parte della legge L. 80/2005, vi è una sostanziale generalizzazione dell'istituto: "Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato."¹⁸.

Attesa l'ampiezza della formulazione legislativa, si deve ritenere che l'articolo *de quo* abbia prodotto una radicale trasformazione dell'istituto del silenzio-assenso: mentre, infatti, in passato esso aveva carattere eccezionale e si applicava in forza di disposizioni specifiche, aventi carattere derogatorio ed insuscettibili di estensione analogica, con l'entrata in vigore del nuovo art. 20, l'istituto in questione ha assunto carattere generale.

La generalizzazione del silenzio assenso, tuttavia non coinvolge tutta la casistica provvedimentale. In particolare secondo la disciplina del 4 comma del nuovo art. 20 della l. 241/90, il silenzio assenso non si applica:

- agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità;
- ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali;
- ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza;
- nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

14.4.2.1.1.3. Tutela.

Le controversie in materia di silenzio assenso sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁷ D'altra parte i procedimenti di silenzio assenso sono diffusi anche al di fuori dell'Amministrazione attiva, ad esempio, nell'ambito dell'attività di controllo, dove il decorso del tempo produce l'effetto di conferire piena efficacia all'atto sottoposto a controllo (c.d. *s i l e n z i o a p p r o v a z i o n e*).

¹⁸ Va precisato che in relazione ai procedimenti che possono terminare con un silenzio assenso la L. 69/2009 ha modificato il co 5 dell'art. 20 della L. 241/1990 prevedendo l'applicazione degli articoli 2, comma 7, e 10*bis* (concernenti rispettivamente, la sospensione dei termini di conclusione del procedimento nel caso in cui sia necessario acquisire valutazioni di organi e enti esposti, o certificazioni relative a fatti, stati o qualità di cui l'amministrazione procedente non abbia l'attestazione o che non siano direttamente acquisibili presso altre amministrazione, nonché il preavviso di rigetto).



14.4.2.1.2. Il silenzio significativo che ha il valore di un provvedimento negativo: il silenzio rigetto.

Inoltre vi sono casi in cui la legge conferisce all'inerzia della P.A, il significato di un provvedimento negativo, in particolare: di una reiezione di una istanza; oppure di un rigetto di un ricorso volto a promuovere un procedimento di secondo grado (c.d. silenzio rigetto¹⁹).

14.4.2.1.2.1. Natura.

Va precisato che in questi casi il silenzio, a differenza del silenzio assenso non ha contenuto decisorio, così come non ha carattere decisorio il c.d. provvedimento negativo.

In altri termini il silenzio rigetto, analogamente a ciò che avviene per il provvedimento negativo, esprime la volontà di non produrre dell'Amministrazione. Ciò non esclude comunque che l'Amministrazione possa successivamente modificare la sua posizione e provvedere positivamente a fronte di una nuova richiesta.

Tale facoltà invece non è prevista qualora si conformi un silenzio assenso, in quanto quest'ultimo, come sappiamo, ha contenuto decisorio (contenuto che si identifica con il contenuto dell'istanza quale determinato dal soggetto richiedente), cioè crea, modifica o crea una situazione giuridica.

14.4.2.2. Il silenzio non significativo: il silenzio inadempimento o rifiuto.

Il silenzio è non significativo quando la legge dispone che il fatto del trascorre del tempo oltre un certo termine, a partire da una iniziativa procedimentale, senza che l'Amministrazione abbia provveduto, non abbia un particolare significato: cosicché si verifica un vero e proprio inadempimento da parte della P.A. (c.d. silenzio inadempimento o rifiuto).

In altri termini si ha silenzio inadempimento, nell'ipotesi in cui non vi è una norma che qualifica le conseguenze del comportamento inerte della pubblica amministrazione²⁰.

Tuttavia a seguito della riforma della l. 241/90 e in particolare con la riformulazione dell'art. 20 operata dalla l. 80/2005, appare oggi sostenibile affermare che non esiste più il silenzio inadempimento, perché tutti i tipi di silenzio sono stati ormai disciplinati dal legislatore²¹.

¹⁹ Un tipico caso di silenzio rigetto è quello previsto dall'art. 6 della legge sui ricorsi amministrativi, il quale afferma che: "Decorsi il termine di 90 giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso ordinario all'autorità giurisdizionale competente o quello straordinario al Presidente della Repubblica".

²⁰ L'istituto del silenzio-inadempimento è propriamente costruito con riferimento ai procedimenti di iniziativa di parte, come rimedio alla tutela di interessi pretensivi a fronte dei quali può configurarsi un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione. Pertanto l'inerzia nei procedimenti d'ufficio non integra gli estremi del silenzio inadempimento (anche se la questione resta perplessa).

²¹ Pertanto, allo stato normativo attuale, residua la figura del silenzio inadempimento solo quando si versi in ipotesi nelle quali non si può applicare l'istituto della S.C.I.A. di cui all'art. 19 della l. 241/90 o non può trovare applicazione il silenzio assenso generalizzato.



14.4.2.2.1. Natura.

Il silenzio inadempimento, così come il silenzio rigetto, non ha contenuto decisorio, in quanto da esso non si evince nessun esercizio del potere. Da ciò discendono due conseguenze

Anzitutto, dal fatto dello scadere del termine non deriva alcuna definizione della situazione soggettiva dell'interessato, il quale quindi non ha l'onere, ma la facoltà (liberamente esercitabile al proseguimento del procedimento), di impugnare il "silenzio" nei termini decedenziali previsti dalla legge.

In secondo luogo, dal fatto dello scadere di detto termine non consegue l'esaurirsi del potere dell'Amministrazione nel caso concreto (il potere infatti non è stato esercitato) la quale quindi, indipendentemente dal fatto se l'interessato abbia adito o meno il giudice amministrativo, avrà sempre l'obbligo di provvedere espressamente.

14.4.2.2.2. Tutela.

Il comma 8 dell'art. 2 della l. 241/90 - modificato dal D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e successivamente dall'art. 1, co. 1, D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con Legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35. – afferma che "La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti"

La disciplina originariamente contenuta nell'art. 2, comma 8 L. 241/1990, che prevedeva il ricorso giurisdizionale contro il silenzio della pubblica amministrazione inadempiente, è oggi confluita nell'art. 31 D.Lgs. 104/2010, recante il Codice del processo amministrativo, che prevede che, decorsi i termini di conclusione del procedimento, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo della P.A. di provvedere.

L'azione può essere proposta "fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno della scadenza dei termini di conclusione del procedimento".

È chiaro del resto che anche una volta scaduto il suddetto termine di un anno, l'interessato può presentare un'ulteriore istanza volta ad ottenere il provvedimento richiesto, sempre che ne sussistano i presupposti.

In relazione ai poteri del giudice, il legislatore, ha previsto che lo stesso può (direttamente) pronunciare sulla fondatezza della pretesa dell'interessato fatta valere in giudizio, ma solo qualora in relazione alla stessa non sia necessario l'esercizio di alcuna attività discrezionale.

La pronuncia del giudice sulla fondatezza, può avvenire, infatti, quando si tratti di attività vincolata ovvero quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

14.4.3. Il c.d. silenzio tra amministrazioni.

Il nuovo art. 17 bis (introdotto dalla L. 124 del 2015) disciplina il c.d. silenzio tra amministrazioni, ossia il silenzio applicabile per la formazione e l'acquisizione di atti endoprocedimentali tra le amministrazioni pubbliche.



Quindi a differenza del silenzio provvedimentale, che si forma quando l'amministrazione non conclude il procedimento con un provvedimento espresso, il c.d. silenzio tra amministrazioni si manifesta allorché la p.a. procedente terminata l'istruttoria²² richiama e non ottenga da altre amministrazioni, assensi, concerti o nulla osta comunque denominati, necessari per l'emanazione del provvedimento finale.

In particolare l'art. 17 bis prevede che, in tutti i casi in cui è richiesta l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi, tali atti si intendono acquisiti ove le amministrazioni che debbono renderli non provvedano nel termine di trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento.

Sulla disciplina del silenzio ex art 17bis il Consiglio di Stato si è espresso con parere in data 13 luglio 2016 elaborato da un'apposita commissione speciale.

14.4.3.1. Presupposti

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la norma contenuta nell'articolo 17bis richiede che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria ossia entrambe siano titolari di una funzione decisoria.

Il silenzio-assenso non opera nei casi in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse ma per quello del privato (destinatario finale dell'atto) il quale abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico.

In particolare, il Consiglio di Stato ha specificato che il silenzio assenso non possa operare nei casi in cui un' amministrazione ha un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'Amministrazione unica decidente)²³.

14.4.3.2. Campo di applicazione soggettivo

Il Consiglio di Stato ha chiarito che l'istituto del silenzio ex art. 17bis si applica a:

- Regioni a statuto ordinario e speciale ed enti locali²⁴;

²² Il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'articolo 17bis fa riferimento ad atti da acquisire nella fase decisoria dopo che l'istruttoria si è chiusa. Solo a seguito delle risultanze dell'istruttoria all'amministrazione procedente è consentita l'elaborazione dello schema di provvedimento sul quale l'amministrazione interpellata esprimerà il suo consenso.

²³ Sulla base di tali considerazioni sembrerebbe che l'applicazione della norma sia esclusa nei procedimenti edilizi. Tuttavia, si rileva che nella procedura ad esempio di rilascio del permesso di costruire l'amministrazione comunale non si limita ad un ruolo di mera intermediazione essendo comunque titolare di una funzione decisoria. Si dovrebbe, quindi, ritenere applicabile l'articolo 17bis in tutti i casi in cui l'amministrazione comunale (titolare per il rilascio del titolo abilitativo) chieda l'assenso ad un'altra amministrazione titolare di una funzione decisoria, salvo i casi in cui sussistano i vincoli ambientali, paesaggistico-territoriale ecc. In questo caso, infatti, si applica l'articolo 20 della Legge 241/90 che esclude la formazione del silenzio assenso in caso di procedimenti ad istanza di parte (anche tramite sportello unico) relativi al patrimonio culturale, paesaggistico, ambiente (vedi commento seguente). Questo aspetto, tuttavia, non è stato chiarito dal Consiglio di Stato e comunque occorre tener conto anche delle modifiche che nel frattempo sono intervenute in merito al procedimento del permesso di costruire a seguito della nuova normativa della conferenza di servizi. In questi casi, infatti, sembrerebbe applicabile sempre la procedura della conferenza di servizi in caso di acquisizione di atti di assenso.

²⁴ L'applicazione alle Regioni ed enti locali discende da: I) Articolo 117, secondo comma, lettera m): "Lo Stato ha legislazione esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" L'attività amministrativa è qualificabile come "prestazione" in merito alla quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale al fine di porre le norme



- Organi politici²⁵;
- Autorità indipendenti²⁶;
- Gestori di beni e servizi pubblici²⁷.

14.4.3.3. Campo di applicazione oggettivo

La norma contenuta nell'articolo 17bis si applica ai procedimenti diretti all'emanazione di:

- provvedimenti e atti normativi;
- provvedimenti amministrativi.

E' stato chiarito che la norma si applica "a ogni procedimento (anche eventualmente d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento nei rapporti con il privato destinatario degli effetti".

L'articolo 17bis trova, pertanto, applicazione solo ai procedimenti caratterizzati da una **decisione pluristrutturata** e, quindi, nei soli casi in cui l'atto da acquisire abbia valenza co-decisoria. La norma è, secondo il Consiglio di Stato, applicabile anche ai pareri vincolanti e non a quelli puramente consultivi che, invece, rimangono assoggettati alla

necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite; II) Articolo 29, comma 2ter, della Legge 241/90: "Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all' articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all' articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano". Il Consiglio di Stato ha, inoltre, richiamato l'attenzione in ordine all'opportunità di intensificare, in attuazione del principio di leale collaborazione, ogni forma di coordinamento istituzionale diretto a garantire l'omogenea applicazione delle nuove regole di semplificazione, nel rispetto dell'autonomia organizzativa delle Regioni e degli enti locali. La normativa si applica anche alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome. Come già affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 203/2012) in tema di SCIA l'estensione dell'applicazione del nuovo istituto del silenzio assenso discende direttamente dall'articolo 117, secondo comma, lettera m) che "postula tutele necessariamente uniformi su tutto il territorio nazionale e tale risultato non può essere assicurato dalla Regione, ancorché ad autonomia differenziata, la cui potestà legislativa è pur sempre circoscritta all'ambito territoriale".

²⁵ Il silenzio assenso si applica anche agli organi politici (es. Ministro) sia quando essi adottano atti amministrativi o normativi, sia quando sono chiamati ad esprimere concerti, assensi o nulla osta comunque denominati nell'ambito di procedimenti per l'adozione di atti amministrativi o normativi di competenza di altre Amministrazioni. La norma prevista nell'articolo 17bis fa, infatti, riferimento ai "procedimenti per l'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi" e non alla natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza. Vi rientrano anche gli organi politici regionali nel rispetto comunque di eventuali norme speciali statutarie che siano incompatibili con tale istituto.

²⁶ Il silenzio assenso si applica anche alle Autorità indipendenti (es. ANAC). E' stato evidenziato che non emergono ragioni di incompatibilità per la particolare autonomia di cui godono in quanto una diversa conclusione risulterebbe in contrasto con la natura amministrativa ormai ad esse pacificamente riconosciuta. La nuova disposizione è applicabile sia nella parte in cui prevede il termine di trenta giorni per rendere (o ricevere) l'assenso, sia nella parte in cui prevede il silenzio-assenso in caso di inerzia.

²⁷ Per il Consiglio di Stato appare preferibile la tesi secondo cui la norma si applica ai gestori di beni e servizi pubblici anche quando siano titolari del procedimento e debbano acquisire l'assenso di altre amministrazioni e non solo quando siano chiamati a dare l'assenso nell'ambito di procedimenti di altre Amministrazioni. A favore di tale conclusione risiede il riferimento alla nozione "oggettiva" e "funzionale" di pubblica Amministrazione, in virtù della quale si considera pubblica amministrazione ogni soggetto che, a prescindere dalla veste formale-soggettiva, sia tenuto ad osservare, nello svolgimento di determinate attività o funzioni, i principi del procedimento amministrativo.



disciplina prevista negli articoli 16 e 17 della Legge 241/90 che disciplinano l'attività consultiva delle pubbliche amministrazioni²⁸.

Si ricordi infine che il silenzio tra disposizione non si applica nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

14.4.3.4. Procedimento di formazione del silenzio

I passaggi per la formazione del silenzio sono i seguenti:

1. l'amministrazione procedente, terminata l'istruttoria, elabora un schema di provvedimento e lo trasmette, corredato della relativa documentazione, alle amministrazioni e ai gestori di beni o servizi pubblici che per legge devono rilasciare, affinché possa essere emesso il provvedimento finale (pluristrutturato), atti di assenso, di concerto o nulla osta comunque denominati;
2. entro trenta giorni le amministrazioni dovranno rispondere.
3. il termine precedente è interrotto qualora una delle amministrazioni interpellate rappresenti nelle more esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento²⁹. Dopo di ciò non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini;
4. decorsi i termini precedenti senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito

14.4.3.5. I rimedi delle amministrazioni silenti

Dopo 30 giorni o il diverso termine previsto per le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili (90 gg) si forma il silenzio assenso.

Per il Consiglio di Stato il termine ha natura perentoria e, quindi, alla sua scadenza viene meno il potere dell'amministrazione che non si è pronunciata di impedire l'adozione finale del provvedimento.

Una volta formato il silenzio assenso (ma prima dell'adozione formale del provvedimento) all'amministrazione è data solo la possibilità di segnalare le eventuali ragioni di illegittimità ma la decisione ultima sull'adozione del provvedimento finale spetta all'amministrazione procedente la quale, a seguito della segnalazione, può anche decidere di dissentire.

²⁸ Il meccanismo del silenzio assenso è applicabile anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili ovvero alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini. In questi casi le amministrazioni beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o 90 giorni) scaduto il quale si forma il silenzio-assenso. La giurisprudenza costituzionale è intervenuta nei rapporti tra legislazione regionale e statale escludendo che la prima potesse introdurre ulteriori ipotesi di silenzio assenso. L'applicazione anche a tali procedimenti è applicabile solo se la richiesta proviene da una pubblica amministrazione e non da un privato o tramite lo sportello unico. In questo caso, infatti, trova applicazione l'articolo 20 della Legge 241/90 che esclude in caso di procedimenti ad istanza di parte la formazione del silenzio-assenso in caso di procedimenti riguardanti il patrimonio culturale, paesaggistico, ambiente ecc. Come previsto dal comma 4 dell'articolo 17bis è esclusa l'applicazione del silenzio assenso "nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi".

²⁹ In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.



14.4.3.6. Il rapporto con la conferenza dei servizi decisoria

Secondo il parere del Consiglio di Stato, il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa tra la conferenza dei servizi decisoria e il silenzio tra pubbliche amministrazioni, è quello secondo cui l'art. 17-bis trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi (così come indicato nella relazione illustrativa della nuova disciplina della conferenza dei servizi).

Inoltre suggerisce in alternativa, al fine di estendere l'ambito applicativo dell'art. 17-bis, la soluzione secondo cui il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis operi sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e prevenga la necessità di convocare la conferenza di servizi. Quest'ultima andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate, e avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della conferenza appositamente convocata.



Capitolo 15°

Il procedimento amministrativo – La fase integrativa dell'efficacia

15.1. Introduzione

Nei casi previsti dalla legge determinate categorie di provvedimenti amministrativi una volta perfezionatisi (una volta emanati), divengono oggetto di un successivo procedimento (che è appunto di secondo grado) nel quale un'autorità a ciò espressamente deputata (quindi “terza” rispetto a quella che ha emanato il provvedimento e comunque separata dall'Amministrazione precedente) acclara se l'atto è legittimo ed in determinati casi anche se è opportuno.

In questi casi l'efficacia del provvedimento¹, cioè la sua capacità di produrre effetti, è sottoposta a una condizione sospensiva, consistente nell'esito positivo di un particolare procedimento amministrativo detto *procedimento di controllo preventivo*².

Ove questo procedimento abbia esito positivo (la condizione sospensiva si avvera), allora l'atto acquista efficacia *ex tunc*³ (per questo motivo si parla anche di *fase integrativa dell'efficacia del provvedimento*); in caso contrario, l'atto non diviene efficace e in determinati casi viene addirittura annullato.

15.2. Il sistema dei controlli.

La funzione di controllo costituisce una delle tre fondamentali estrinsecazioni dell'attività amministrativa, insieme con quella attiva e quella consultiva. Il controllo tende ad accertare e garantire che l'attività degli organi dell'amministrazione attiva si svolga secondo regole tecniche prefissate per il perseguimento dei fini assegnati.

In relazione all'oggetto del controllo si distinguono tre principali tipologie: I) controlli sui soggetti; II) controlli sull'attività o controlli gestionali; III) controlli sugli atti.

Benché di seguito, per ragioni didattiche, verranno analizzati tutte e tre le tipologie, va precisato che gli unici controlli che rientrano nella fase di integrativa dell'efficacia del procedimento amministrativo, sono i controlli sugli atti, essendo gli unici ad incidere sull'efficacia del provvedimento amministrativo.

15.3. I controlli sui soggetti o controlli sugli organi.

I controlli sui soggetti o controlli sugli organi sono diretti a valutare l'operato delle persone fisiche preposte agli uffici o la funzionalità di un organo in quanto

¹ Va precisato che il procedimento di controllo può avere ad oggetto non solo provvedimenti finali, ma anche accordi sostitutivi (in quanto essi come sappiamo “sono soggetti ai medesimi controlli” previsti per i provvedimenti che sostituiscono). Inoltre possono essere oggetto di procedimenti controllo anche dei determinati contratti di diritto comune stipulati della P.A. (vedi in seguito).

² L'aggettivo temporale “preventivo”, è riferito al fatto che il controllo si esplica prima dell'acquisizione dell'efficacia da parte dell'atto (e non certamente prima della sua emanazione–perfezione). In altri termini anche i controlli preventivi vengono espletati dopo l'emanazione e non prima.

³ Si ricordi comunque che in caso di atti recettizi, gli effetti decorrono *ex nunc* dal momento della notificazione o comunicazione.



tale. Essi sono effettuati al fine di adottare le opportune misure per garantire il buon funzionamento della P.A. Il controllo sugli organi può essere:

- **i s p e t t i v o**: quando lo Stato dispone ispezioni ed accertamenti sull'attività delle amministrazioni controllate;
- **s o s t i t u t i v o s e m p l i c e**: consiste nella sostituzione di un organo superiore ad uno inferiore in caso di inerzia o ritardo nel compimento di certi atti da parte di quest'ultimo;
- **s o s t i t u t i v o r e p r e s s i v o**: consiste nella contemporanea sostituzione dell'organo controllato e nella applicazione al titolare di esso di sanzioni (sospensione, revoca, sanzioni disciplinari, etc.);
- **r e p r e s s i v o**: consiste nell'applicazione di particolari sanzioni amministrative o disciplinari al titolare dell'organo controllato.

15.4. I controlli sull'attività o controlli gestionali.

I controlli sull'attività o controlli gestionali sono diretti a verificare i risultati raggiunti, in termini di efficienza ed efficacia, dall'attività amministrativa svolta da un determinato ente in un preciso contesto temporale. I controlli sull'attività possono essere interni o esterni (nel senso che vengono svolti da organi esterni all'amministrazione controllata). I primi vengono chiamati di **g e s t i o n e** i secondi sulla **g e s t i o n e**.

In particolare nell'ambito dei controlli interni, il **controllo di gestione**, è in senso lato, un processo discrezionale, un modello di governo mediante il quale l'amministrazione, dopo aver concepito gli obiettivi e le linee guida di svolgimento delle proprie attività, ne monitora l'andamento, per riscontrarne gli effetti, gli scostamenti ed eventualmente riproporre nuovi indirizzi, mentre il **controllo strategico** valuta l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di effettiva attuazione di piani, programmi ed altri strumenti di determinazione di indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti.

15.5. I controlli sugli atti amministrativi.

I controlli sugli atti amministrativi sono finalizzati ad assicurare che gli organi di amministrazione attiva agiscano in modo conforme alla legge e secondo l'effettiva opportunità in relazione al concreto interesse pubblico. In altri termini i controlli sugli atti sono diretti a valutare la legittimità o l'opportunità di un singolo atto amministrativo.

15.5.1. Controlli di legittimità e di merito.

Relativamente al tipo di controllo effettuato si distinguono controlli:

- **di legittimità**: sono quelli diretti a valutare e garantire lo stato di conformità dell'atto amministrativo ai requisiti (inerenti all'agente, all'oggetto, alla forma, alla funzione ed al contenuto) richiesti dalla legge affinché l'atto, sia valido (cioè legittimo);
- **di merito**: sono quelli diretti a valutare l'atto sotto il profilo della utilità ed opportunità, cioè della convenienza per l'amministrazione.



15.5.2. Controlli interni ed esterni.

I controlli interni sono quelli che l'amministrazione esercita nel proprio ambito in forza del potere di supremazia gerarchica che le consente di vigilare sui propri atti e di disporre, eventualmente, l'annullamento o la revoca (c.d. controlli interorganici);

I controlli esterni sono invece, quelli provenienti da soggetti diversi dall'amministrazione interessata, o perché di altri rami dell'ordinamento o perché collegati all'amministrazione in posizione di indipendenza (c.d. controlli intersoggettivi).

15.5.3. Controlli ordinari e straordinari.

I controlli ordinari sono previsti dalla legge come necessari ad abituali, in ordine a particolari atti o attività

I controlli straordinari sono previsti dalla legge come eventuali e disposti, a discrezione dell'autorità amministrativa, allorché se ne presenti la necessità o l'opportunità.

15.5.4. Controlli preventivi, successivi.

Altra distinzione dei controlli attiene al diverso momento in cui gli stessi intervengono rispetto all'acquisto dell'efficacia da parte dell'atto. In particolare si distinguono:

- preventivi⁴, se intervengono prima che l'atto, espliciti l'efficacia che gli è propria. Essi si configurano pertanto come condizione sospensiva dell'efficacia del provvedimento. Tale tipo di controlli sono quelli che attengono alla "fase integrativa dell'efficacia" oggetto di studio di questo paragrafo. Sono controlli preventivi:
 - il visto: è un controllo preventivo di legittimità ad esito positivo. L'autorità investita del potere di visto sindacata l'atto in relazione a tutti e tre i vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere). Si tratta di un controllo non discrezionale, ma vincolato, in quanto l'autorità di controllo non può rifiutarsi di apporre il visto⁵, ove non riscontri nell'atto alcuni vizio di legittimità⁶;
 - l'approvazione: è un atto di controllo preventivo di merito, che non si limita al sindacato sulle legittimità dell'atto, ma accerta anche l'opportunità la convenienza dell'atto controllato;
 - l'autorizzazione: è un atto di controllo preventivo antecedente, che tende a rimuovere un ostacolo all'esercizio di un diritto o di un potere già appartenente al soggetto. L'autorizzazione può servire sia per un controllo di merito che di legittimità⁷.

⁴ Li si suole anche distinguere fra antecedenti e susseguenti a seconda che intervengano su di un atto non ancora perfezionato o su di un atto perfetto ma non ancora efficace.

⁵ Sono configurati casi in cui il visto riveste forma tacita.

⁶ Tra i principali casi di visto di controllo ricordiamo il potere di visto della Corte dei Conti sugli atti del governo.

⁷ L'autorizzazione, essendo concessa prima della formazione dell'atto incidono sulla sua validità (e dunque in via indiretta anche sulla sua efficacia), a differenza del visto e dell'approvazione, i quali essendo controlli preventivi susseguenti, intervengono dopo la formazione dell'atto e quindi incidono solo sulla sua efficacia.



- l'omologazione è un atto di controllo: di legittimità, quando è basato su di un mero accertamento o valutazione tecnica sull'esistenza dei requisiti richiesti dalla legge; di merito, quando l'atto è adottato in sostituzione o in aggiunta all'approvazione, costituendo in quest'ultimo caso un ulteriore controllo;
- successivi, se intervengono dopo che l'atto ha prodotto i suoi effetti:
 - l'annullamento d'ufficio in sede di controllo: è un atto di controllo successivo (nel senso che interviene dopo che l'atto ha acquistato efficacia) di legittimità. Esso rientra nel potere di controllo proprio di ogni autorità amministrativa nei confronti degli organi gerarchicamente subordinati, ma può essere previsto in singoli casi particolari dalla legge.



Capitolo 16°

I beni pubblici

16.1. I beni pubblici

16.1.1. Nozione.

Per beni pubblici si intendono quei beni che appartengono allo Stato o ad un altro ente pubblico (c.d. criterio soggettivo dell'appartenenza), destinati a soddisfare in modo diretto un pubblico interesse (c.d. criterio oggettivo o della destinazione).

I beni pubblici si distinguono in beni demaniali e beni patrimoniali. Tale distinzione si basa su un criterio puramente formale, e cioè sul fatto che la legge definisce il bene come demaniale o meno. Infatti:

- l'art 822 c.c. elenca i beni che fanno parte del demanio pubblico;
- l'art. 826 c.c. enumera le singole categorie di beni pubblici patrimoniali indisponibili.

Sul piano pratico le conseguenze di tale distinzione consistono nel diverso regime giuridico cui sono sottoposte le due categorie e nel fatto che i beni patrimoniali vengono inseriti nel conto patrimoniale dello Stato, a differenza dei beni demaniali, che ne sono esclusi.

16.1.2. La distinzione con i beni di interesse pubblico.

I beni di interesse pubblico costituiscono un'ampia categoria che comprende tanto beni appartenenti a soggetti privati quanto beni pubblici. Sono ad esempio, beni privati di interesse pubblico:

- le autostrade o le strade ferrate costruite e gestite da privati in regime di concessione;
- le strade vicinali;
- i beni di interesse archeologico appartenenti a privati etc.

Tali beni privati sono sottoposti a vincoli di destinazione che tendono a limitarne la libera disponibilità e salvaguardare l'utilità pubblica.

In conclusione dunque:

- beni di interesse pubblico sono tutti i beni appartenenti a soggetti pubblici o privati che soddisfano direttamente e istituzionalmente un interesse pubblico;
- beni pubblici, sono invece, sono quelli che appartengono allo Stato ad altri enti pubblici e, sono soggetti ad un particolare regime giuridico.

16.2. I beni demaniali.

16.2.1. Caratteristiche fondamentali.

I beni demaniali sono quei beni pubblici che, per natura o per espressa disposizione di legge, servono in modo diretto a soddisfare bisogni collettivi, onde vengono sottoposti a speciali vincoli.



In altri termini il tratto fondamentale della demanialità sotto il profilo economico, è l' idoneità del bene ad essere strumento immediato dell'attività dei singoli, cioè ad essere oggetto dell'uso pubblico. In tal senso lo Stato possiede i beni demaniali a titolo pubblico (e non a titolo privato come avviene per i beni patrimoniali).

I beni demaniali presentano due caratteristiche fondamentali:

- sono sempre beni immobili o universalità di mobili¹;
- appartengono sempre allo Stato, o ad un ente pubblico territoriale (nonché ai consorzi di tali enti).

Inoltre fanno parte del demanio pubblico (e sono assoggettati allo stesso regime giuridico), i diritti demaniali su beni altrui ossia quei diritti che spettano allo Stato o ad un ente territoriale su beni di proprietà di altri soggetti e sono costituiti per l'utilità di un bene demaniale² o per il conseguimento di fini di pubblico interesse, corrispondenti a quelli a cui servono i demaniali³.

16.2.2. Regime giuridico dei beni demaniali.

I beni che fanno parte del demanio pubblico:

- sono inalienabili: ogni atto di trasferimento del bene demaniale (compravendita, donazione etc.) è nullo (art. 823 c.c.). Essi possono essere trasferiti dal demanio di un ente pubblico ad un altro ente pubblico. Possono essere alienati, occorre però prima che siano sdemanializzati, ovvero che venga meno la loro demanialità, mediante decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che destinerà il bene ad altro uso (art. 829 c.c.)
- non possono formare oggetto di diritto a favore dei privati se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge⁴;
- non sono acquistabili per usucapione da parte di nessuno;
- sono insuscettibili di espropriazione forzata: infatti il Testo Unico delle espropriazioni all'art. 4 stabilisce che i beni del demanio pubblico non possono essere espropriati fino a quando non ne viene pronunciata la sdemanializzazione;
- il diritto di proprietà "pubblica" dell'ente è imprescrittibile.

La demanialità del bene si estende anche alle sue pertinenze, cioè alle cose destinate durevolmente a ornamento o servizio del bene (es. case cantoniere lungo le strade statali) e alle servitù costituite a favore del bene demaniale (servitù di via alzaia, di stillicidio, etc.).

¹ Le universalità di mobili sono pluralità di cose mobili che appartengono ad una stessa persona ed hanno una destinazione unitaria in virtù della quale si configurano come un *quid novi* sotto il profilo funzionale ed economico (art. 816 c.c.), es.: raccolte di quadri o di libri appartenenti ad enti pubblici.

² È il caso delle cosiddette servitù pubbliche come, ad esempio, la servitù di scarico che grava sui fondi confinanti ai laghi, per permettere il deflusso delle acque in eccedenza.

³ È il caso di cosiddette servitù di uso pubblico, costituite non a favore di un bene pubblico ma a vantaggio di una collettività indeterminata di cittadini. Un esempio molto ricorrente di servitù di uso pubblico è la servitù di passaggio su strada privata.

⁴ Sui beni demaniali possono essere costituiti diritti a favore di un privato tramite un provvedimento emanato dallo Stato o dall'ente pubblico territoriale proprietario del bene.



Non hanno invece carattere demaniali le accessioni e i frutti a meno che, prima del distacco, non sia possibile qualificarle “pertinenze”.

16.2.3. Demanio necessario e accidentale.

In materia di demanio si opera la distinzione tra demanio necessario e demanio accidentale.

16.2.3.1. Demanio necessario.

16.2.3.1.1. Nozione.

Appartengono al demanio necessario quei beni che per la loro naturale attitudine a soddisfare interessi pubblici non possono che essere di proprietà dello Stato o dei enti pubblici territoriali.

In particolare appartengono al demanio necessario: I) il demanio marittimo; II) il demanio idrico; III) demanio militare.

16.2.3.1.2. Demanio marittimo.

Fanno parte del demanio marittimo:

- il lido del mare, ossia la zona della riva a contatto diretto con le acque estendentesi fino al limite massimo delle maree ordinarie;
- la spiaggia, costituita dalla zona che dal margine interno del lido va verso terra;
- i porti;
- le rade, cioè quegli spazi di mare più o meno ampi, riparati naturalmente contro i flutti del mare mediante cordone litorale nel quale si aprono bocconi di accesso;
- le lagune: sia vive (comunicanti con il mare), sia morte (cioè stagnanti);
- i bacini di acqua salsa o salmastra, che almeno per una parte dell’anno comunicano con il mare;
- i canali utilizzati ad uso pubblico marittimo;
- le valli da pesca aperta;
- le foci di fiumi che sboccano in mare;
- le pertinenze demaniali marittime: cioè le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio o del mare territoriale.

Fanno, inoltre, parte del demanio marittimo, come beni a destinazione particolare e ad impiego controllato, le riserve naturali marine, costituite da ambienti marini, acque, fondali e tratti di costa prospicienti a rilevante interesse per le caratteristiche naturali.

Non fanno parte del demanio marittimo il mare territoriale, il quale comprende la fascia di mare fino a dodici miglia, ed in più i golfi, i seni e la baie della costa.

16.2.3.1.3. Demanio idrico.

Il demanio idrico è costituito:

- i fiumi, i laghi e torrenti, escluse le foci che sboccano in mare;
- alvei abbondanti da un fiume o da un torrente;
- i rivi, i fossati, i colatori quando siano dotati di attitudine all’uso per fini generali;



- le acque definite pubbliche dalla normativa in materia. In particolare fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in vasi e cisterne (non appartengono invece allo Stato le acque di scolo e piovana non ancora convogliate in un corso d'acqua o non ancora raccolte).
- i ghiacciai;
- i porti e gli approdi destinati alla navigazione interna.

16.2.3.1.4. Demanio militare.

Il demanio militare⁵ comprende le opere permanenti destinatale direttamente alla difesa nazionale, e cioè:

- le fortezze;
- le piazzeforti;
- le installazioni missilistiche;
- le linee fortificate e trincerate;
- i porti e gli aeroporti militari;
- le ferrovie e le funivie militari;
- i ricoveri antiaerei.

Non rientrano però in tale demanio i beni mobili o immobili, come gli armamenti, le caserme, i magazzini, le navi da guerra e gli aerei da combattimento, che servono solo indirettamente alla difesa nazionale; tali beni fanno parte del patrimonio indisponibile

16.2.3.2. Demanio accidentale o eventuale.

16.2.3.2.1. Nozione.

Il demanio accidentale o eventuale, a differenza del demanio necessario, comprende beni che possono anche non essere (fin dall'origine e per tutto il corso della loro vita) di proprietà dello Stato o di enti pubblici territoriali; qualora però lo siano sono considerati appunto beni demaniali e sono assoggettati al corrispondente regime giuridico.

Perché tali beni abbiano carattere demaniale, si richiede una specifica manifestazione di volontà contenuta in una legge o in un atto amministrativo entrambi aventi l'efficacia costitutiva di destinare il bene ad una pubblica funzione o, comunque, sottoporlo al regime di demanialità.

16.2.3.2.2. Composizione.

In particolare il demanio accidentale dello Stato è composto dal:

- demanio stradale che comprende tutte le strade di proprietà degli enti territoriali, destinate al pubblico transito;
- demanio ferroviario che comprende le strade ferrate e le loro pertinenze, e i beni occorrenti all'esercizio e conservazione della ferrovia (i fabbricati, le stazioni elettriche);

⁵ Il demanio militare è un demanio essenzialmente artificiale: esso è infatti, tale non è per se stesso, per sua natura, bensì per specifica destinazione della pubblica amministrazione.



- demanio aeronautico che comprende gli aeroporti appartenenti agli enti territoriali, destinati al traffico civile, comprese le relative pertinenze (radar, impianti radio);
- demanio culturale, cioè gli immobili (e raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche) riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico, appartenenti agli enti pubblici territoriali;
- gli acquedotti di proprietà degli enti pubblici.

16.2.4. Demanio naturale e artificiale.

I beni del demanio naturale sono demaniali per se stessi, per natura: tali sono i beni del demanio necessario (tranne quelli del demanio militare).

I beni del demanio artificiale sono demaniali per la specifica destinazione loro data: tale è il demanio militare e quello accidentale.

16.2.5. La destinazione dei beni demaniali.

La destinazione dei beni demaniali dello Stato può essere:

- ad uso diretto (o esclusivo): si ha nei casi in cui i beni demaniali sono strumenti che l'amministrazione utilizza per lo svolgimento dei suoi compiti istituzionali (es. attraverso i beni del demanio militare lo Stato provvede alla difesa nazionale);
- ad uso generale: si ha quando l'interesse pubblico è conseguito mediante godimento dei beni demaniali da parte della collettività (è la destinazione tipica dei beni del demanio marittimo, idrico e stradale);
- ad uso particolare: si ha nell'ipotesi in cui il bene serve l'interesse pubblico mediante l'uso riservato a determinati soggetti, pubblici o privati, individuati dall'amministrazione mediante un atto di licenza (licenza per la navigazione nelle acque fluviali);
- e ad uso eccezionale: si ha quando l'amministrazione, attraverso un atto di concessione, attribuisce al concessionario diritti di natura privatistica assimilabili ai diritti sui beni altrui (concessione relativa all'occupazione di suolo pubblico).

16.2.6. La tutela amministrativa (o autotutela) dei beni demaniali.

16.2.6.1. Introduzione.

Secondo l'art. 823 c.c., spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà:

- sia di procedere in via amministrativa (tutela amministrativa);
- sia di avvalersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso (tutela giurisdizionale).

16.2.6.2. Tutela amministrativa (c.d. autotutela).

La tutela amministrativa dei beni demaniali, c.d. autotutela, consiste sia nell'esercizio di quei poteri (detti di polizia demaniale) previsti da leggi speciali mediante i quali la P.A. può irrogare sanzioni, ordinare il ripristino dello «status quo ante», utilizzare speciale personale di vigilanza, emanare provvedimenti che revocano o modificano



gli atti incompatibili con la destinazione demaniale del bene, sia nell'utilizzo di quei mezzi e nella messa in atto di quei comportamenti diretti ad eseguire i provvedimenti relativi ai beni demaniali, come ad esempio l'esecuzione d'ufficio degli ordini impartiti.

In sintesi la tutela amministrativa consiste nella possibilità riconosciuta alla P.A. di procedere direttamente (anziché utilizzare gli ordinari rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento) a tutelare i propri beni in via amministrativa, sia attraverso l'emanazione di provvedimenti, sia portando ad esecuzione, coattivamente, le proprie determinazioni.

Al riguardo va precisato che i mezzi di autotutela amministrativa spettano esclusivamente all'ente pubblico proprietario, indipendentemente dal possesso dei beni medesimi.

Posso distinguersi due forma di autotutela:

- **autotutela decisoria**: che si esplica attraverso decisioni amministrativi;
- **e autotutela esecutiva**: che si esplica attraverso atti di esecuzione di tali decisioni;

16.2.6.3. Tutela giurisdizionale.

Per quanto attiene la tutela giurisdizionale, va ricordato che le azioni di tutela giurisdizionale ordinaria (e cioè le azioni possessorio e petitorie) spettano all'ente pubblico che sia proprietario e/o possessore dei beni.

16.3. I beni patrimoniali.

16.3.1. Il patrimonio dello Stato.

Il patrimonio dello Stato è l'insieme di quei beni, non considerati demaniali, che appartengono agli enti pubblici (territoriali e non).

Dunque i beni patrimoniali a differenza dei beni demaniali:

- **possono appartenere** (tranne alcuni, che la legge riserva allo Stato o ad altri enti) a qualsiasi ente pubblico, e non solo ad enti territoriali;
- **consistono sia in beni immobili che in beni mobili.**

Al riguardo si ricordi che i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato.

I beni patrimoniali sono posseduti dallo Stato a titolo di proprietà privata,

16.3.2. Patrimonio disponibile e indisponibile

Rispetto al patrimonio dello Stato si opera una distinzione tra patrimonio disponibile e patrimonio indisponibile.

Un'elencazione dei beni patrimoniali indisponibili è fornita dall'art. 826 c.c. che, in tal modo, dà anche una definizione residuale per i beni patrimoniali disponibili.

I beni patrimoniali indisponibili consentono direttamente all'Amministrazione di perseguire i suoi fini, quelli disponibili servono all'Amministrazione solo indirettamente quale mezzo di produzione e di scambio.

16.3.2.1. Patrimonio indisponibile.

16.3.2.1.1. Composizione.

Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato:



- le foreste⁶;
- le miniere⁷;
- le acque minerali e termali⁸;
- le cave e le torbiere;
- i beni d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovati nel sottosuolo;
- i beni costituenti la dotazione della Presidenza della Repubblica;
- gli edifici destinati a sede di uffici pubblici;
- beni militari non rientranti nel demanio militare: caserme, armamenti, aeromobili e navi da guerra, etc.
- fauna selvatica.

16.3.2.1.2. Distinzioni sviluppate dalla dottrina.

Appare opportuno accennare alle distinzioni che parte della dottrina fa di tali beni:

- beni indisponibili per natura, e cioè beni che debbono necessariamente appartenere allo Stato o ad una Regione e non possono appartenere a soggetti privati: vi rientrano le miniere, le acque minerali e termali, le cave e le torbiere avocate al proprietario del fondo sui cui insistono;
- beni indisponibili perché appartenenti ad un ente pubblico, e cioè beni che sono patrimoniali indisponibili solo se appartengono ad un ente pubblico; vi rientrano le foreste, le aree destinate all'edilizia popolare ed economica, le cose mobili di interesse artistico, storico, archeologico ed etnologico salvo che siano costituite in raccolte di musei, archivi, pinacoteche, biblioteche, nonché i documenti pubblici;
- beni appartenenti allo Stato ed indisponibili per destinazione, cioè quei beni di proprietà dello Stato che diventano indisponibili per la particolare destinazione loro data; tali sono i beni costituenti la dotazione del Presidente della Repubblica, nonché i beni mobili ed immobili, non demaniali, destinati alla difesa o al servizio della Forze Armate (caserme, polveriere, armamenti, etc.);
- beni appartenenti ad enti pubblici ed indisponibili per destinazione, e cioè quei beni che, per essere patrimoniali indisponibili,

⁶ Originariamente le foreste (impropriamente definite «demaniali» dall'art. 826 Codice Civile) facevano parte del patrimonio indisponibile dello Stato, e la loro cura era affidata alla Azienda di Stato per le foreste demaniali (oggi soppressa). Con la legge n. 281 del 1970 le foreste sono passate al patrimonio indisponibile delle Regioni ordinarie in ragione della loro ubicazione (art. 68 D.P.R. 616/1977)

⁷ Tutte le miniere, dal momento della loro scoperta divengono di proprietà dello Stato, e fanno parte del suo patrimonio indisponibile: ciò per favorire uno sfruttamento di tali risorse a favore dell'intera collettività. Dopo la scoperta, la coltivazione (lo sfruttamento, cioè) della miniera può avvenire direttamente ad opera dello Stato o tramite terzi ai quali le stesse sono date in concessione

⁸ Sono soggette ad un regime analogo a quelle delle miniere; ma esse sono state trasferite al patrimonio indisponibile delle Regioni ordinarie (art. 61 D.P.R. 616/1977)



debbono appartenere ad un ente pubblico: le sedi e gli arredi degli uffici, il materiale ferroviario (locomotive, vagoni ed altro materiale rotabile) ed i mezzi di trasporto adibiti a pubblici servizi, gli stabili degli IACP, gli stabili, gli impianti e gli arredi di imprese di diritto pubblico etc.

16.3.2.1.3. Regime giuridico

La loro caratteristica comune è quella della indisponibilità: cioè tali beni sono vincolati ad una destinazione di utilità pubblica, e non possono essere sottratti a tale destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 828 comma 2 c.c.).

Da ciò la dottrina ha affermato il principio dell'alienabilità di tali beni (tranne rare eccezioni indicate dalla legge), purché tale alienazione non comporti la sottrazione dei beni stessi alla loro destinazione pubblica. Sono, in ogni modo, inalienabili: le miniere, e le foreste; gli atti e, documenti di enti pubblici; i beni di interesse artistico e storico.

I beni patrimoniali indisponibili sono altresì:

- soggetti ad usucapione da parte dei terzi soltanto nel caso in cui siano stati sottratti alla loro destinazione pubblica a non domino e poi trasferiti a terzo in buona fede, il quale quindi potrà acquistarli per usucapione nei termini di legge;
- in suscettibili di espropriazione forzata.

16.3.2.2. Patrimonio disponibile.

16.3.2.2.1. Composizione.

Fanno parte del patrimonio disponibile dello Stato e degli altri enti pubblici tutti i beni ad essi appartenenti, diversi da quelli demaniali e da quelli patrimoniali indisponibili.

I beni patrimoniali disponibili si distinguono da quelli indisponibili in quanto a differenza di quest'ultimi, che sono destinati all'esercizio di pubblici servizi (assolvendo in tal modo un funzione d'interesse pubblico), i beni patrimoniali disponibili hanno un valore economico e sono utilizzati dalla P.A. al fine di produrre un reddito.

Il patrimonio disponibile comprende:

- il patrimonio mobiliare, nel quale rientra il denaro privo di specifica destinazione, gli utensili, nonché i beni che derivano dalla partecipazione dello Stato al capitale di società pubbliche ed imprese private;
- il patrimonio fondiario ed edilizio

16.3.2.2.2. Regime giuridico.

I beni patrimoniali disponibili non sono beni pubblici, bensì sono soltanto beni di proprietà privata di un ente pubblico, e, come tali, sono soggetti alle comuni regole del diritto privato, essi dunque sono:

- alienabili, tuttavia va evidenziato che l'alienazione che deve sempre avvenire nelle forme del diritto pubblico (per pubblici incanti, o per asta pubblica, o ancora, in certi casi, con licitazione privata);
- usucapibili;



- assoggettabili a diritti reali a favore di terzi.



Capitolo 17°

La responsabilità degli impiegati pubblici

17.1. Introduzione.

L'art. 28 della Costituzione afferma che "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile¹ si estende allo Stato e agli enti pubblici".

Dunque l'impiegato pubblico, nell'esercizio delle sue funzioni è sottoposto a tre tipi di responsabilità: I) penale; II) civile; III) disciplinare.

Si ha **responsabilità penale** quando la trasgressione dei doveri di ufficio, da parte dell'impiegato, assume il carattere di violazione dell'ordine giuridico generale e si concreta nella figura del reato, sì da provocare l'intervento dello Stato nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, per l'inflizione della pena.

Si ha **responsabilità civile**, o secondo la qualificazione della Corte dei Conti **responsabilità patrimoniale** quando dalle trasgressioni derivi per l'ente pubblico o per i terzi un danno patrimoniale. La sanzione consiste nell'obbligo di risarcire il danno, sempre che sussista dolo o colpa.

Si ha **responsabilità disciplinare** allorché l'impiegato si renda autore di infrazione degli obblighi connessi al rapporto di pubblico impiego. È inquadrabile nell'ambito della più generale responsabilità amministrativa, stabilita a carico di tutti i cittadini per l'inosservanza di doveri imposti da norme giuridiche (come, ad esempio, quelle dettate in materia di circolazione stradale), ma si caratterizza in quanto presuppone la sussistenza di un rapporto di servizio. Il dipendente pubblico che contravviene ai doveri del proprio ufficio è soggetto alle sanzioni disciplinari previste dalla legge solo per fatti che rientrino in categorie determinate.

Le tre forme di responsabilità possono configurarsi cumulativamente, nei riguardi della stessa persona, ancorché unica sia la trasgressione da questa commessa.

17.2. La responsabilità penale.

Si ha **responsabilità penale** quando la trasgressione dei doveri di ufficio, da parte dell'impiegato, assume il carattere di violazione dell'ordine giuridico generale.

I reati che possono essere compiuti dai pubblici impiegati si distinguono in reati propri e reati comuni:

- **i reati propri** sono quelli in cui la qualità di impiegato o funzionario è necessaria per l'esistenza del reato. Così, ad esempio, l'accettare denaro o altra

¹ **Responsabilità civile**: è la conseguenza della violazione di un dovere giuridico, cui è tenuta tutta la collettività (es. rispettare l'altrui proprietà o incolumità fisica), o di un obbligo giuridico, cui è tenuto un soggetto determinato (es. onorare l'impegno contrattuale); si traduce nell'obbligo di risarcire il danno subito dal danneggiato.



cosa per il compimento di atto relativo all' esercizio delle proprie attribuzioni sarebbe penalmente irrilevante se commesso da un privato; configura invece il reato di corruzione (artt. 318-319 cod. pen.) se esso è compiuto da un pubblico funzionario;

- **ireati comuni** sono quelli che potrebbero essere commessi da un qualsiasi soggetto; in essi, la qualità di pubblico funzionario può talora comportare un aumento di pena o addirittura un mutamento della figura del reato.

17.3. La responsabilità civile o patrimoniale.

17.3.1. Nozione.

Secondo la terminologia adottata dalla Corte dei Conti, per **responsabilità patrimoniale** si intende la responsabilità di cui rispondono i pubblici dipendenti ove dal loro operato derivi una lesione economicamente apprezzabile all'erario ovvero a terzi.

Il giudice competente a conoscere della responsabilità amministrativa e della relativa obbligazione risarcitoria nei confronti dello Stato è la **Corte dei Conti**.

La responsabilità patrimoniale assume tre diversi aspetti a seconda dei soggetti cui si riferisce, delle norme violate e del tipo di danno cagionato: Essi sono: I) la responsabilità amministrativa; II) la responsabilità contabile; III) la responsabilità civile verso i terzi.

17.3.2. La responsabilità amministrativa e la responsabilità contabile.

17.3.2.1. La responsabilità amministrativa.

L'impiegato o il funzionario che per dolo o colpa viola le norme che regolano il suo servizio, cagionando un danno economico alla Pubblica Amministrazione, incorre in **responsabilità amministrativa**² nei confronti dell'amministrazione stessa³.

Sancisce, infatti, l'art. 82 della legge di contabilità che "l'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo".

Anche nell'art. 18 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato rinveniamo il medesimo concetto. Esso, infatti, stabilisce che "l'impiegato delle amministrazioni dello Stato; anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio".

17.3.2.1.1. Gli elementi costitutivi.

Gli **elementi costitutivi** della responsabilità amministrativa non differiscono da quelli della comune responsabilità civile con l'aggiunta, però, della necessaria presenza del rapporto di servizio. Essi sono:

- **il danno**, che deve essere **economicamente valutabile**: il risarcimento consiste infatti nel pagamento di una somma equivalente alla misura del danno.

² La responsabilità amministrativa in questione è diversa dalla responsabilità amministrativa cui fa riferimento l'art. 28 Cost., che va intesa come responsabilità disciplinare.

³ Molte discussioni, tra gli studiosi, ha suscitato la questione relativa alla natura di tale responsabilità. La più recente dottrina è dell'avviso di attribuire alla responsabilità amministrativa nei confronti della pubblica amministrazione **natura contrattuale**, potendosi il danno ricondurre nell'ambito del rapporto obbligatorio del dipendente verso lo Stato, e inquadrandosi, quindi, nel principio generale dell' adempimento delle obbligazioni (artt. 1176 e 1218 Codice Civile).



Esso deve anche essere effettivo ed attuale e, oltre a comprendere il danno emergente (cioè la diminuzione patrimoniale subita dalla P.A.), si estende al lucro cessante (vale a dire agli incrementi patrimoniali non conseguiti a causa del fatto dannoso);

- il dolo o la colpa grave, che costituiscono il cosiddetto elemento soggettivo della responsabilità, intendendosi per colpa grave quella che deriva dall'inosservanza di quel minimo di diligenza che tutti dovrebbero avere; restano escluse dunque la colpa lieve determinata dalla violazione della diligenza media e la responsabilità per colpa lievissima;
- il rapporto di servizio, è l'elemento che caratterizza questo tipo di responsabilità;
- il nesso di causalità, questo deve sussistere tra le conseguenze dannose ed il comportamento del pubblico impiegato che le avrebbe provocate.

17.3.2.1.2. Casi di esclusione della responsabilità amministrativa.

La responsabilità amministrativa è esclusa nel caso in cui:

- il pubblico dipendente nel cagionare il danno ha eseguito un ordine del suo superiore;
- il pubblico dipendente, che ha causato il danno, ha agito con colpa lieve;
- il pubblico dipendente, quando ha causato il danno, era in stato di incapacità di intendere e di volere;
- quando il pubblico dipendente ha agito perché costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona ed il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile;
- il pubblico dipendente ha causato il danno per caso fortuito o forza maggiore.

17.3.2.2. La responsabilità contabile.

Tutti coloro che maneggiano denaro o valori della P.A. sono tenuti al cd. obbligo di rendiconto. Fra i contabili si distingue colui che svolge tale funzione in base a norme, a rapporto di impiego o a contratto (contabile di diritto) e quello che, di propria iniziativa o per necessità, ha maneggio di denaro o beni (contabile di fatto) dello Stato.

Sotto il profilo processuale entrambi sono soggetti al medesimo giudice, la Corte dei Conti⁴, e tenuti a rendere il conto. Tale regola discende dal principio che chiunque ha amministrato beni altrui è tenuto, salvo che non vi sia stata dispensa, a rendere ragione del suo operato a prescindere dalla denuncia di presunte o reali irregolarità⁵.

Rivestono pertanto la qualità di agenti contabili:

⁴ Si ricordi al riguardo che la valutazione del giudice non può estendersi al merito delle scelte discrezionali.

⁵ Occorre, comunque, distinguere, tra il conto-documento (detto anche rendiconto) dal rendimento del conto, che è il procedimento amministrativo volto alla presentazione del conto del giudice contabile, nonché tra l'obbligo del rendiconto a carattere di obbligazione da quello che costituisce un obbligo di servizio, proprio di alcuni pubblici dipendenti che maneggiano valori o sono consegnatari dei beni.



- gli agenti che, con qualsiasi titolo, sono incaricati di riscuotere le varie entrate dello Stato e di versarne le somme nelle casse del Tesoro;
- i tesorieri che ricevono nelle loro casse le somme e effettuano i pagamenti delle spese per conto dello Stato;
- tutti coloro che, individualmente o collegialmente, anche senza legale autorizzazione, hanno maneggio qualsiasi di pubblico denaro (contabili di fatto);
- gli impiegati di qualsiasi Amministrazione dello Stato, cui sia dato speciale incarico di fare esazioni di entrate di qualunque natura e provenienza;
- gli agenti consegnatari di generi, oggetti e materie appartenenti allo Stato;
- tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione, prendono ingerenza negli incarichi attribuiti agli agenti anzidetti e riscuotono somme di spettanza dello Stato (contabili di fatto).

17.3.2.3. I giudizi di responsabilità

Ai sensi dell'art. 1 della L.20/1994 la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale⁶ e limitata ai fatti ed alle omissioni connessi con dolo o colpa grave⁷, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

Nel giudizio di responsabilità la Corte fermo restando il potere di riduzione deve conto dei vantaggi che il comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio ha comunque arrecato all'amministrazione o alla comunità amministrata.

Nel caso del deliberazioni di organi collegiali la responsabilità di imputa nei confronti dei soggetti che hanno espresso voto favorevole. Si ricordi inoltre che nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione.

Se il danno è causato da più persone la Corte valuta le singole responsabilità e condanna ciascuno per la parte che vi ha preso.

La Corte giudica sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia cagionato ad amministratori od enti diversi da quelli di appartenenza.

I giudizi di responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti dinnanzi alla Corte dei Conti, si prescrivono nel termine di cinque anni, prescrivendosi in tale termini il diritto della P.A. al risarcimento del danno.

⁶ La responsabilità contabile è personale, in quanto il relativo debito si trasmette agli eredi solo nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi. Si ricordi inoltre che gli agenti contabili, oltre che della loro gestione personale, rispondono altresì dell'operato dei cassieri, impiegati o commessi della cui opera si valgono nel proprio ufficio e, che tale responsabilità non varia per la vigilanza o per il riscontro che venisse esercitato da altri funzionari sulla gestione di detti agenti.

⁷ È sempre esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso trae origine dall'emanazione di un atto vistato o registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, relativamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.



Il termine di cinque anni decorre dalla data in cui si è verificato il fatto. Mentre nell'ipotesi di occultamento doloso del danno, il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data della sua scoperta.

Si ricordi inoltre che qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto che ha dato luogo alla responsabilità, rispondono del danno erariale, i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia (nei cui confronti l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata).

17.3.2.4. Differenze tra responsabilità contabile e responsabilità amministrativa.

È possibile evidenziare i seguenti elementi di differenziazione del regime giuridico delle due forme di responsabilità:

- la responsabilità contabile si fonda sul maneggio, di diritto o di fatto, del denaro o, in genere, dei valori della P.A., mentre la responsabilità amministrativa trova il suo fondamento in un danno patrimoniale (doloso o colposo) cagionato alla P.A.;
- la responsabilità contabile deriva dall'inadempimento di un obbligo di restituire valori avuti in consegna, ispirandosi perciò alla responsabilità del depositario, il quale è liberato dall'obbligo di restituzione soltanto se dimostra che la perdita è avvenuta per causa a lui non imputabile (art. 1780 Codice civile); la responsabilità amministrativa, invece, si basa sulla diligenza nell'adempimento dei doveri nascenti dal rapporto di servizio, ispirandosi pertanto ai criteri di valutazione della diligenza del I debitore nell'adempimento di cui all'art. 1176 Codice civile;
- la responsabilità contabile attiene all'obbligo di restituire cose già appartenenti alla P.A.; la responsabilità amministrativa, invece, deriva da un comportamento (doloso o colposo), conseguente ad una omessa o mal adempiuta prestazione, da cui sia derivato un danno patrimoniale alla P.A.;
- la responsabilità amministrativa presuppone in ogni caso un rapporto di servizio; la responsabilità contabile grava anche sui contabili di fatto, derivando dall'obiettiva esistenza di una gestione;
- nella responsabilità contabile, si ritiene escluso il cd. potere riduttivo, per cui il giudice, una volta accertato il danno, può solo condannare o assolvere; per la responsabilità amministrativa, la legge attribuisce alla Corte dei Conti la facoltà di porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato⁸ o parte di esso (cd. potere riduttivo), proporzionando quindi l'entità del risarcimento al grado di colpevolezza⁹;

⁸ In particolare se il fatto dannoso è causato da più persone (e non da un organo collegiale), si instaura una responsabilità solidale tra i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo.

⁹ Si ricordi inoltre che nel giudizio di responsabilità fermo restando il potere di riduzione deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrativa in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità.



- il giudizio di responsabilità contabile è instaurato all'atto della presentazione del conto giudiziale, a prescindere dall'eventuale denuncia di irregolarità; il giudizio di responsabilità amministrativa è invece promosso dal Procuratore generale presso la Corte dei Conti, d'ufficio o su denuncia dei funzionari che vengano a conoscenza dei fatti che possono essere fonte di responsabilità.

17.3.3. La responsabilità civile verso i terzi.

Dopo aver considerato la responsabilità del pubblico impiegato nei confronti dello Stato e dell'Amministrazione pubblica in genere e quella dell'agente contabile, passiamo al terzo aspetto che assume l'istituto della responsabilità patrimoniale del dipendente pubblico: la responsabilità civile verso terzi.

Quest'ultima si configura quando l'impiegato pubblico cagioni un danno ingiusto ad un terzo, attraverso un'omissione ingiustificata di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato pubblico è obbligato per legge o per regolamento.

17.3.3.1. La responsabilità concorrente

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si è individuata una responsabilità solidale dell'Amministrazione e del funzionario nel caso di danno nei confronti del cittadino (art. 28 Cost.), per cui quest'ultimo attualmente può escutere, a sua scelta, sia l'Amministrazione pubblica che l'impiegato agente.

Questa norma pone a carico dello Stato e dei pubblici impiegati le conseguenze relative ad atti che ingenerano, secondo le norme comuni, responsabilità da parte dell'agente¹⁰. Ed è da notare che la responsabilità dello Stato è diretta, come lo è quella del suo dipendente. Entrambi sono sul medesimo piano nei confronti del civilmente danneggiato. La Corte Costituzionale parla, infatti, di responsabilità concorrente.

17.3.3.2. La nozione di danno ingiusto.

Il dettato costituzionale, di natura precettiva, è stato recepito dalle norme dello Statuto degli impiegati civili dello Stato. Esso, infatti, prescrive che l'impiegato il quale, nell'esercizio delle attribuzioni a esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto è personalmente obbligato a risarcirlo.

Nel testo della legge viene anche precisato il concetto di danno ingiusto, che è quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave.

17.3.3.3. Casi di esclusione

Ne consegue che non si configura responsabilità verso terzi a carico del pubblico dipendente:

- quando ha agito per un ordine che era obbligato ad eseguire;
- quando ha agito per legittima difesa di sé o di altri;

¹⁰ Occorre avvertire che la responsabilità non è collegata alla illegittimità di un provvedimento amministrativo bensì alla illiceità di un comportamento che può anche essere conseguenza della circostanza di aver posto in essere un atto illegittimo.



- quando sia stato costretto all'azione od omissione dannosa da violenza fisica esercitata sulla persona;
- quando ha agito perché costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona ed il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile (in tal caso è dovuto un indennizzo dall'amministrazione cui l'impiegato appartiene)

17.3.3.4. Casi in cui non c'è perfetta coincidenza tra la responsabilità dell'impiegato e quella della P.A.

Va peraltro notato che non esiste perfetta coincidenza fra i casi di responsabilità dell'impiegato e quelli di responsabilità della P.A. Infatti:

- ai sensi dell'art. 23 T.u. Impiegati civili dello Stato, l'impiegato è responsabile verso i terzi solo per i danni ad essi arrecati agendo con dolo o colpa grave; in caso di colpa lieve o lievissima risponde soltanto l'Amministrazione: ciò va incontro all'esigenza di garantire all'impiegato una fascia di sicurezza, perché la preoccupazione di dovere rispondere verso i terzi anche di una lieve negligenza potrebbe paralizzare l'attività amministrativa;
- d'altro canto, si ritiene che il fatto dannoso non è riferibile all'Amministrazione se esso deriva da comportamenti posti in essere dolosamente per conseguire un fine illecito ed estraneo ai fini istituzionalmente perseguiti dall'Amministrazione; in questa ipotesi, perciò, responsabile verso i terzi è solo l'impiegato.

Pertanto, salvo i casi appena indicati, è sancito che l'azione di risarcimento del terzo danneggiato può essere esercitata congiuntamente o separatamente nei confronti dell'Amministrazione e del dipendente.



Capitolo 18°

La responsabilità della P.A.

18.1. Introduzione.

La responsabilità si configura come una situazione giuridico soggettiva sfavorevole, in cui viene a trovarsi il soggetto che, avendo posto in essere un comportamento antiggiuridico (ossia illecito) si assoggettabile ad una sanzione. La responsabilità giuridica può essere civile, penale o amministrativa a seconda della natura delle norme violate e delle conseguenze di tale violazione.

La responsabilità giuridica può ricadere anche sulla P.A.: questa può essere responsabile sia civilmente che amministrativa. Non può invece essere responsabile penalmente, perché la responsabilità penale è personale e soltanto le persone fisiche possono esserne investite. Potranno quindi essere penalmente responsabili solo le singole persone preposte agli uffici od organi della P.A.

18.1.1. Obblighi della P.A.

La P.A. nel provvedere alla realizzazione dei suoi compiti (con mezzi di diritto pubblico o con mezzi di diritto privato), entra in rapporto con altri soggetti giuridici, nei confronti dei quali assume spesso degli obblighi. Tali obblighi possono essere:

- obblighi di sopportare (*patti*): consistono nell'obbligo di tollerare che terzi traggono soddisfazione dell'uso dei beni pubblici, nei casi e nei modi previsti dalla legge. Dalla violazione di tali obblighi può derivare una responsabilità della P.A.;
- obblighi di non fare: cioè di astenersi dal compiere determinati atti o attività in quanto vietati dalla legge o da un contratto stipulato con terzi: il più importante obbligo di non fare quelle c.d. del *neminem laedere*, cioè del recare danno a nessuno. Dalla violazione di tale obbligo generale sorge la responsabilità extracontrattuale della P.A.;
- obblighi di fare: cioè di attivarsi, ad esempio per rilasciare un atto richiesto da terzi, emettere una decisione, fornire un servizio, porre a disposizione di terzi un bene, etc.;
- obblighi di dare: consistono nell'obbligo di prestare una cosa determinata: ad esempio consegnare un bene (es. restituzione degli obblighi espropriati e di cui si è disposta la retrocessione), o pagare una somma di denaro (es.: corrispondere mensilmente lo stipendio ai propri dipendenti).

18.2. La responsabilità della P.A. per fatti illeciti: la responsabilità civile.

La responsabilità civile si può definire come il dovere giuridico, imposto ad un soggetto, di risarcire il danno prodotto ad un altro soggetto, in conseguenza della lesione della sfera giuridico di quest'ultimo. La responsabilità civile si distingue in:

- responsabilità contrattuale: si ha quando l'obbligo di risarcimento del danno deriva dalla violazione di un obbligo derivante da preesistente rapporto obbligatorio (obbligazione che non necessariamente deriva da un contratto);



- responsabilità extracontrattuale (o aquiliana): si ha quando un soggetto in violazione del principio del *neminem laedere*, provoca a terzi un danno (art. 2043 c.c.).

La dottrina individua anche un terzo tipo di responsabilità, quella precontrattuale (artt. 1337-1338 c.c.) cioè insorgente dalla violazione di norme che regolano appunto al fase c.d. delle trattative negoziale e di cui è controverso l'inquadramento della responsabilità contrattuale, oppure in quella extracontrattuale.

18.2.1. La responsabilità extracontrattuale.

La responsabilità extracontrattuale della P.A. si basa sugli stessi principi di diritto privato (art. 2043 c.c.). Pertanto sono elementi di essa: I) una condotta attivo o omissiva; II) l'antigiuridicità di tale condotta; III) la colpevolezza dell'agente; IV) l'evento dannoso; V) il nesso di causalità tra condotta ed evento.

18.2.1.1. Condotta.

La condotta può consistere tanto in una azione che in una omissione della P.A. dalla quale sia derivato un danno.

In particolare la condotta omissiva può consistere sia nel mancato compimento di un comportamento doveroso, sia nell'omissione di un atto ugualmente dovuto (es. mancato pagamento di uno stipendio); invece, la condotta commissiva può consistere tanto in un comportamento materiale del dipendente (si pensi ad un incidente cagionato durante la guida di un veicolo dell'amministrazione pubblica) quanto nel compimento di un atto amministrativo illegittimo.

18.2.1.1.1. Riferibilità della condotta alla P.A.

Affinché possa sorgere responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. occorre che condotta sia riferibile alla P.A., occorre che essa sia stata compiuta da un autorità amministrativa nell'esercizio delle sue funzione.

È necessaria, in altri termini, la riferibilità del fatto all'amministrazione; l'attività del dipendente può essere riferita all'amministrazione solo in quanto si possa considerare come esplicazione dell'attività dell'ente e sia rivolta al conseguimento dei fini istituzionali, nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio al quale il dipendente è addetto.

Per la riferibilità all'amministrazione del fatto illecito del dipendente, occorre che questo sia e si manifesti come esplicazione dell'attività della stessa P.A., in quanto diretta al conseguimento dei suoi fini istituzionali nell'ambito del servizio al quale il dipendente è addetto.

Ne consegue che tale riferibilità va esclusa quando l'attività trovi nell'esplicazione della pubblica funzione solo l'occasione del suo manifestarsi per finalità estranee a quelle dell'ufficio, o addirittura contro l'interesse della P.A. siffatta, come nel caso di attività strettamente personale del dipendente, estranea ai fini istituzionali e non collegata in nessun modo con le attribuzione a lui affidate.



18.2.1.2. Antigiuridicità

L'antigiuridicità della condotta si concretizza nella violazione della sfera giuridica di un soggetto e sorge per la violazione di norme giuridiche c.d. di relazione, sempre che non ricorra una causa di giustificazione.

18.2.1.3. Elemento psicologico (o imputabilità).

L'art. 2043 c.c. richiede che il fatto dannoso sia riferibile a titolo di dolo o colpa alla volontà del soggetto che agisce. È discussa l'applicabilità anche della P.A. di tale principio.

Parte della dottrina e della giurisprudenza, infatti, nega l'applicabilità, nel caso in specie, dell'articolo 2043 relativamente all'elemento psicologico in quanto la responsabilità della P.A., poggierebbe sulla semplice illegittimità dell'atto, prescindendo dal dolo o dalla colpa.

Ciò in considerazione del fatto che l'amministrazione è una persona giuridica e quindi non possono assumere rilevanza le motivazioni psicologiche che abbiano potuto indurre i funzionari che hanno operato per l'amministrazione ad agire in determinato modo.

18.2.1.4. Evento dannoso.

Il danno deve consistere sempre nel pregiudizio patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto soggettivo perfetto o dalla lesione dell'interesse legittimo.

18.2.1.5. Nesso di causalità.

Una condotta può dirsi causa di un evento quando:

- ne costituisce *conditio sine qua non*, in quanto senza di essa l'evento non si sarebbe verificato;
- l'evento, al momento della condotta, era prevedibile come verosimile conseguenza di essa (c.d. causalità adeguata).

Accanto a tali regole, mutuata dall'elaborazione penalistica in tema di causalità di fatto, occorre considerare quelle che circoscrivono l'area del danno risarcibile (c.d. causalità giuridica), che trovano il loro riferimento normativo nell'art. 1223 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c..

Alla stregua di tale disposizione sono risarcibili i soli danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta del fatto illecito. La formula viene intesa in senso lato dalla giurisprudenza secondo la quale anche i danni mediati indiretti sono risarcibili, quando rientrano nella sfera delle conseguenze normali del fatto, in base ad un giudizio di probabile verificazione rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza.

18.2.2. La responsabilità precontrattuale.

18.2.2.1. Nozione.

Le trattative dirette alla conclusione di un futuro contratto non vincolano o le parti a concluderlo, ma devono essere condotte secondo le regole ben precise di correttezza e buona fede, la cui violazione dà luogo a responsabilità precontrattuale (art. 1337 e 1338 c.c.).

In particolare, in ordine ai contratti ad evidenza pubblica, si ritiene configurabile la responsabilità precontrattuale della P.A., allorché questa tenga comportamenti contrari a buona fede, e cioè:



- receda dalle trattative prima dell'aggiudicazione per ragioni di interesse pubblico, adducendo motivazioni pretestuose o fondate su fatti inesistenti;
- si comporti correttamente in pendenza della fase di approvazione, non inviando per lungo tempo l'atto all'organo di controllo senza giustificato motivo, o addirittura, adoperandosi positivamente per impedirne l'approvazione;
- si rifiuti illegittimamente di approvare il contratto o, parimenti in modo illegittimo, annulli o revochi la delibera a contrarre.

18.2.2.2. Casi in cui è esclusa.

In base all'attuale orientamento giurisprudenziale, la responsabilità precontrattuale non opera nei casi in cui il contraente avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza dell'invalidità del contratto, ovvero quando la stessa derivi da norme generali da presumersi note o dall'illegittimità di una deliberazione per violazione di norme di legge.

18.2.2.3. Competenza e risarcimento del danno.

Per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della P.A., sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A.

Il risarcimento de danno va riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso.

18.2.3. La responsabilità contrattuale.

In materia di responsabilità contrattuale della P.A. non sorgono particolari problemi: trovano infatti, applicazione i principi generali previsti dal codice civile.

18.2.3.1.1. La c.d. responsabilità da contratto amministrativo qualificato.

La c.d. responsabilità da contatto amministrativo qualificato è un nuovo tipo di responsabilità ideata da dottrina e giurisprudenza, secondo cui la sussistenza di un contatto tra amministratori e privato, che si realizza in un durante e a causa dello svolgimento di un procedimento amministrativo, comporta il sorgere di alcuni obblighi c.d. di protezione in capo alla P.A., a tutela di quelle situazioni giuridiche di interesse che vengono in risalto nel corso del procedimento ma che non si identificano in quella utilità primaria cui ambisce il privato tramite il provvedimento finale¹.

18.3. La c.d. responsabilità da atto lecito.

Mentre, in linea generale, la responsabilità civile della P.A. consegue ad un suo comportamento antigiuridico, ossia lesiva di un diritto soggettivo, in tali casi essa può scaturire da atti leciti. Si tratta, in linea di massima, di casi in cui il soggetto pubblico,

¹ Attraverso la formale della responsabilità si dà rilevanza allo specifico rapporto esistente tra la P.A. ed il privato che deriva dalla sussistenza di un procedimento e che non può risolversi semplicemente secondo lo schema della responsabilità aquiliana, la quale ha come presupposto che il danno derivi da un soggetto che è estraneo alla sfera giuridica del danneggiato e non legato a quest'ultimo da un rapporto giuridico preesistente. La relazione "qualificata" che si instaura nel corso del procedimento tra amministrazione e privato è pertanto idonea a far sorgere obblighi, la cui fonte non è da ricercare nel campo della responsabilità della P.A. per attività provvedi mentale, bensì nell'affidamento a cui consegue un obbligo di protezione a suo carico nello svolgimento dell'attività amministrativa.



svolgendo un attività perfettamente lecita e finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici, provochi il sacrificio di un diritto soggettivo del privato.

Orbene in tali evenienze, l'ordinamento prevede l'obbligo di corresponsione da parte della P.A., di un indennizzo finalizzato, in via equitativa, a ristorare, sia pure in forma parziale, il sacrificio patrimoniale subito dal privato.

Tale indennizzo va distinto dal risarcimento, in quanto mentre quest'ultimo si atteggia a strumento di reintegrazione completa della sfera giuridica violata, il primo costituisce mezzo diretto ad un riequilibrio parziale, anche se non meramente simbolico, del pregiudizio subito.

Esempi di responsabilità da atto lecito, sono previsti in materia di espropriazione per pubblica utilità, di requisizione e di contratti autoritativamente imposti dalla P.A.



Capitolo 19°

La giustizia amministrativa

19.1. Introduzione.

Con l'espressione "giustizia amministrativa" sono designati alcuni istituti, non tutti di carattere giurisdizionale, diretti specificamente ad assicurare la tutela dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione.

In particolare il cittadino che ritiene di aver subito un danno da un atto o da un comportamento della P.A., ha a sua disposizione sia una tutela in sede giurisdizionale (ordinaria e amministrativa), sia una tutela in sede amministrativa.

19.1.1. La tutela amministrativa.

La tutela in sede amministrativa è attuata dalla stessa amministrazione, attraverso un procedimento amministrativo di secondo grado, che viene instaurato a seguito di un ricorso dell'interessato.

Pertanto non vi è alcun intervento giurisdizionale, né del giudice ordinario, né del giudice amministrativo. La controversia, in questo caso si svolge ed è risolta nell'ambito dell'attività amministrativa.

Il ricorso presuppone l'esistenza di un assetto di interesse determinato dalla pubblica amministrazione, per lo più a seguito di apposito atto, assetto sul quale sia insorta una controversia tra autore e destinatario dell'atto stesso, o comunque tra una P.A. ed un soggetto terzo.

I vantaggi concreti che offre la tutela amministrativa è la possibilità di ottenere una nuova pronuncia da parte dell'amministrazione, la teorica rapidità della controversia e la spesa decisamente contenuta da sostenere.

19.1.1.1. Caratteristiche

La tutela amministrativa presenta le seguenti caratteristiche:

- si attiva ad iniziativa del ricorrente;
- la decisione circa i vizi del provvedimento è vincolata ai motivi addotti dal ricorrente, pertanto l'autorità competente a decidere il ricorso non può introdurre, d'ufficio, motivi diversi da quelli dedotti dal ricorrente (principio dispositivo);
- si attua con un procedimento esterno, cioè in contraddittorio (o contenzioso), con gli interessati;
- la P.A., investita del ricorso ha l'obbligo di porsi in posizione di terzietà (o imparzialità) in ordine alla controversia¹.

¹ Per tali motivi si può parlare in questo caso di "autodichia" in quanto tale espressione indica la funzione di giustizia (e non di cura esclusiva dei propri interessi) che la P.A. viene a svolgere quando decide su di un ricorso.



19.1.1.2. Differenza con l'autotutela.

Occorre distinguere la tutela amministrativa dall'autotutela, la quale presenta le seguenti caratteristiche:

- si attua ad iniziativa della P.A., che con una valutazione discrezionale,;
- si attua attraverso un procedimento interno, ossia senza contraddittorio;
- la P.A. agisce nel proprio esclusivo interesse, e non in posizione di terzietà o imparzialità.

19.1.2. La tutela giurisdizionale.

Oltre alla tutela amministrativa gli interessati hanno anche a disposizione una tutela giurisdizionale (ordinaria e amministrativa).

19.1.2.1. Modelli monistici e modelli dualistici

Da parte di un'autorevole dottrina è stata proposta la distinzione fra modelli monistici e modelli dualistici, per classificare i diversi sistemi di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'Amministrazione.

19.1.2.1.1. Modelli monistici: la tutela viene affidata ad un solo giudice speciale

Secondo questa distinzione, nei modelli monistici la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione viene attribuita in via esclusiva (ipotesi ormai rara) o in via prevalente (ipotesi più comune) a un solo giudice: questo giudice in alcuni Paesi è il giudice ordinario, in altri è il giudice speciale.

19.1.2.1.2. Modelli dualistici: viene affidata in modo paritario ad un giudice ordinario ed ad uno speciale

Nei modelli dualistici, invece, la giurisdizione nei confronti della Pubblica amministrazione è assegnata al giudice ordinario e al giudice speciale su un piano di parità, ossia senza la prevalenza dell'uno o dell'altro: a questo modello sarebbe riferibile oggi il sistema italiano, caratterizzato dalla distribuzione delle competenze fra giudice ordinario (civile) e giudice speciale (Tribunali amministrativi regionali e Consiglio di Stato) in funzione delle posizioni soggettive coinvolte (rispettivamente, diritti soggettivi o interessi legittimi).

19.1.2.2. Il sistema italiano come sistema dualista.

Attualmente la giustizia amministrativa in Italia è organizzata secondo il sistema della doppia giurisdizione² in base alla quale:

- l'autorità giudiziaria ordinaria (A.G.A.) (Tribunali – Corte d'Appello) è competente a decidere della violazione dei diritti soggettivi,

² Si tenga presente, però, che neppure il modello italiano segue in modo pieno questa classificazione, perché in alcuni ambiti, oggi sempre più estesi, la competenza del giudice amministrativo non dipende dalla configurabilità di una posizione soggettiva come interesse legittimo, ma dipende dalla inerenza della controversia a una certa materia (c.d. giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Per questi ambiti non vale la logica del modello dualista, ma vale piuttosto la logica del modello monista, del contenzioso amministrativo.



con il potere di disapplicare (cioè non applicare) l'atto amministrativo che risulti illegittimo, e di dichiararne l'illegittimità³;

- l'autorità giudiziaria amministrativa (A.G.O.) (TAR – Consiglio di Stato) è competente a giudicare delle violazioni degli interessi legittimi (salvo alcuni casi eccezionali in cui giudica anche per violazione di diritti soggettivi) e ad annullare gli atti amministrativi illegittimi (giurisdizione di legittimità), nonché in alcuni casi tassativi (di giurisdizione di merito), anche a sostituirli con altri atti o riformarli in parte (sostituendosi in tal caso alla PA).

19.1.2.2.1. Il criterio per operare il riparto tra giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

In dottrina si sono ipotizzati vari criteri, per operare un riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa.

Al riguardo la Cassazione, con sentenza del 4-7-1949, n. 1647, ha affermato: “che tutte le volte che si lamenti il cattivo uso del potere dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la giurisdizione e del giudice amministrativo, mentre si ha questione di diritto soggettivo e giurisdizione del G.O. quando si contesta la stessa esistenza del potere”.

In tal modo si sono posti i seguenti collegamenti:

- carenza di potere → diritto soggettivo;
- cattivo uso del potere → interesse legittimo.

La soluzione accolta dalla Cassazione si spiega in quanto:

- nel primo caso, sussistendo una norma di legge (principio di legalità dell'azione amministrativa) che attribuisce alla P.A. il potere di emanare l'atto, si avrà solo la lesione di un interesse legittimo rappresentato dall'interesse del privato a che la P.A., nell'emanare l'atto, osservi i limiti, le forme e il procedimento stabiliti dalla norma attributiva del potere (cattivo uso del potere), interesse che può essere tutelato solo in sede di giurisdizione amministrativa (G.A.);
- nel secondo caso, invece, l'atto amministrativo non è assolutamente giustificabile, non sussistendo una norma che attribuisca alla P.A. il potere di emanarlo (carenza di potere). Pertanto la posizione del privato, a fronte di un provvedimento nullo, è di diritto soggettivo e non degrada a mero interesse legittimo, con la conseguenza che sarà possibile ottenere una tutela adeguata davanti al G.O., tutela che potrà estendersi anche al risarcimento dei danni subiti.

³ Nei confronti dei provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, il ricorso amministrativo ordinario di regola è facoltativo (e quindi l'azione avanti al giudice civile è ammessa anche in relazione a provvedimenti non definitivi); fanno eccezione i casi di giurisdizione condizionata. Per giurisdizione condizionata si intende l'accesso alla tutela giurisdizionale che risulti subordinata al previo esperimento di un ricorso amministrativo. In questi casi, poiché l'azione giurisdizionale è ammessa solo dopo la presentazione del ricorso amministrativo, risulta impossibile adire immediatamente il giudice.



19.1.2.3. La tutela giurisdizionale ordinaria.

19.1.2.3.1. I poteri del g.o. in ordine all'atto amministrativo.

Il giudice ordinario è competente a conoscere di tutti i comportamenti della pubblica amministrazione lesivi di diritti soggettivi⁴, sia dei meri comportamenti, che degli atti compiuti in esecuzione di provvedimenti amministrativi.

In particolare egli può

- il giudice ordinario può conoscere degli effetti dell'atto e il suo sindacato è limitato alla sola valutazione in via incidentale⁵, della legittimità dell'atto amministrativo, e non della sua opportunità o convenienza: l'opportunità o la convenienza di un atto possono essere valutate esclusivamente dall'Amministrazione stessa e di conseguenza le eventuali contestazioni del cittadino circa l'opportunità o la convenienza di un atto può essere svolte solo in via amministrativa (in pratica con i ricorsi amministrativi);
- il giudice ordinario non può incidere sulla atto amministrativo, anche se illegittimo: non può quindi annullarlo, revocarlo o modificarlo, un intervento del genere è riservato all'Amministrazione, dato che inerisce all'esercizio dei suoi propri poteri;
- il giudice ordinario può soltanto dichiarare la illegittimità dell'atto, e quindi disapplicarlo, ossia non tenerne conto ai fini della singola decisione, senza efficacia esterna di giudicato.

19.2. La tutela amministrativa

19.2.1. I ricorsi amministrativi.

19.2.1.1. Nozione di ricorsi amministrativi.

Per ricorso amministrativo si intende quella particolare istanza rivolta ad una pubblica amministrazione e diretta a conseguire la tutela di una situazione giuridica soggettiva che si suppone lesa da un atto amministrativo o da un comportamento della P.A.

Per lo più il ricorso amministrativo, che viene proposto nel rispetto dei termini, forme e condizioni normativamente predeterminate, è rivolto contro un provvedimento e mira ad ottenerne l'annullamento, la revoca o la riforma.

D'altra parte non sempre i ricorsi hanno ad oggetto un provvedimento (come avviene per i ricorsi impugnatori), in quanto il ricorso può avere ad oggetto anche un comportamento della P.A. (es. silenzio-inadempimento) o la costituzione o modificazione di un rapporto giuridico⁶ (ricorsi non impugnatori).

⁴ Tuttavia vi sono alcuni casi in cui la cognizione è attribuita ad altri giudici anche in presenza di lesioni di diritti soggettivi: I) i casi di materie attribuite alla competenza di giudici speciali, e cioè: la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di pensioni; III) la giurisdizione delle Commissioni tributarie; II) casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁵ In via incidentale, nel senso che la valutazione del giudice circa la legittimità di un atto amministrativo, può solo rilevare ai fine del giudizio in corso e non può produrre effetti generali.

⁶ Tale ultimo caso si ha quando l'autorità amministrativa, in posizione di terzietà, è chiamata a risolvere una controversia insorta tra due o più soggetti contendenti in campo e in cui è coinvolta in qualche modo la P.A.



19.2.1.2. Natura.

Non sono strumenti di tutela giurisdizionale, nel senso che non comportano l'esercizio di una funzione giurisdizionale.

L'atto con cui l'organo competente provvede su un ricorso amministrativo non è un atto giurisdizionale, ma è un provvedimento amministrativo: tradizionalmente, viene ricompreso in una particolare categoria di provvedimenti amministrativi, quella delle "decisioni amministrative".

19.2.1.2.1. La distinzione fra funzione giustiziale dell'Amministrazione e funzione giurisdizionale.

Al riguardo si opera una distinzione fra funzione giustiziale dell'Amministrazione e funzione giurisdizionale, richiamando la diversità dei caratteri dell'atto conclusivo della funzione giurisdizionale (la sentenza) rispetto alla atto conclusivo della funzione giustiziale dell'Amministrazione (la decisione amministrativa).

La distinzione appare evidente per il fatto che la funzione giustiziale dell'Amministrazione non si attua secondo le regole sui procedimenti giurisdizionali, non si risolve in un atto idoneo a costituire cosa giudicata, e la decisione è soggetta a rimedi previsti per gli atti amministrativi.

19.2.1.3. Funzione e legittimazione.

I ricorsi amministrativi sono strumenti di tutela di interessi qualificati e, quindi, di interessi legittimi o diritti soggettivi.

Ciò comporta, che la legittimazione per la presentazione del ricorso spetta solo al cittadino che faccia valere un interesse legittimo o un diritto soggettivo⁷.

19.2.1.4. Tipologia.

Il decreto legislativo 24 novembre 1971 numero 1199, che contiene la disciplina generale dei ricorsi amministrativi (e da ultimo modificato dalla legge 69/2009), contempla quattro tipologie di ricorsi: I) il ricorso gerarchico; II) il ricorso gerarchico improprio; III) il ricorso di opposizione; IV) e il ricorso straordinario.

Questi tipi di ricorsi possono essere classificati secondo diversi criteri.

19.2.1.4.1. Rimedi generali e rimedi tassativi.

Fra essi hanno carattere di rimedi generali (e quindi la loro esperibilità non richiede una disposizione specifica che li ammetta) il ricorso gerarchico (che si ritiene sempre ammesso in presenza di una relazione gerarchica fra organi) e il ricorso straordinario (che è sempre ammesso nei confronti di provvedimenti definitivi).

⁷ Non rientrano pertanto nella tutela gli interessi semplici e di fatto, ossia quegli interessi che non hanno neppure la consistenza di un interesse legittimo e che corrispondono ad un mero interesse economico o materiale, o a una mera aspettativa. L'esclusione di questi interessi appare coerente con la constatazione che nel nostro ordinamento i rimedi giuridici sono di regola strumenti "a legittimazione limitata", proponibili, cioè, solo da parte di certe categorie di soggetti, selezionati in base agli interessi che assumono di essere titolari. I rimedi a legittimazione diffusa sono assolutamente eccezionali e corrispondono alle c.d. azioni popolari, molto rare nell'ambito dei ricorsi amministrativi.



Gli altri, invece, hanno carattere di rimedi tassativi o eccezionali, perché sono esperibili solo quando siano espressamente previsti da una specifica disposizione.

19.2.1.4.2. Ricorsi ordinari e ricorsi straordinari.

I ricorsi ordinari sono ammessi solo nei confronti di un provvedimento non definitivo. Ricorsi ordinari sono il ricorso gerarchico (proprio e improprio) e il ricorso in opposizione.

Per stabilire se sia o meno possibile esperire un ricorso ordinario avverso un atto della P.A., va preliminarmente verificata la definitività di quest'ultimo.

Ove l'atto amministrativo sia definitivo non sarà possibile esperire altro che ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o ricorso giurisdizionale.

La definitività si acquisisce mediante la decisione del ricorso gerarchico proprio o improprio o decorsi 90 giorni dalla proposizione del ricorso, pur in caso di mancata decisione dell'autorità.

Inoltre, un atto è definitivo per decorso dei termini per ricorrere, oltre che per natura (es.: un atto emanato da un organo che non ha superiori gerarchici, come i Ministri o i dirigenti preposti al vertice dell'amministrazione, o gli atti di organi collegiali) o per legge (es.: i provvedimenti prefettizi in materia di requisizione o di occupazione di urgenza).

Il ricorso straordinario, invece, è ammesso solo nei confronti di provvedimenti definitivi.

Quindi ricapitolando:

- contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso:
 - a. ricorso amministrativo gerarchico;
 - b. ricorso giurisdizionale al TAR;
- contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso:
 - a. ricorso amministrativo straordinario al Capo dello Stato, oppure alternativamente ricorso giurisdizionale al TAR;
 - b. eccezionalmente e nei casi previsti dalla legge, un ricorso gerarchico improprio.

19.2.1.4.3. Rimedi rinnovatori e rimedi eliminatori.

Un'altra distinzione si ha tra rimedi rinnovatori e rimedi eliminatori.

Alcuni ricorsi amministrativi possono comportare solo l'"eliminazione" (l'annullamento) del provvedimento impugnato (rimedi eliminatori).

L'eliminazione dell'atto impugnato non comporta necessariamente la conclusione della pratica, in quanto successivamente vi potranno essere funzione di amministrazione attiva⁸, funzione tuttavia che non sono devolute all'organo competente sul piano giustiziale.

⁸ Si pensi al caso dell'annullamento di un diniego di autorizzazione, che comporta la necessità, da parte dell'autorità di primo grado, di prendere nuovamente in esame la richiesta di autorizzazione (c.d. rinnovazione del procedimento).



Per tale motivo è solo eliminatorio il ricorso straordinario: in questo caso, infatti, all'organo competente è attribuito solo il potere di decidere il ricorso. Il ricorso gerarchico improprio ha normalmente carattere eliminatorio; in alcuni casi, però, il legislatore l'ha configurato come rimedio anche rinnovatorio.

I rimedi rinnovatori comportano, invece, la devoluzione dell'intera pratica all'organo competente a decidere il ricorso: tale organo, se così viene richiesto nel ricorso, non solo può "eliminare" l'atto impugnato, ma può anche modificarlo o sostituirlo con un altro.

Di regola sono rinnovatori i ricorsi diretti ad un organo che è anche di per sé competente a provvedere sulla pratica in questione e che quindi è titolare sia della funzione giustiziale (di decisione del ricorso), sia della funzione di amministrazione attiva inerente all'atto impugnato: pertanto sono sempre rimedi rinnovatori il ricorso gerarchico proprio e il ricorso in opposizione.

Al riguardo va precisato che deve essere assicurata una chiara distinzione fra poteri di amministrazione attiva e poteri di decisione del ricorso, in modo che la decisione del ricorso non diventi esse stessa un atto di amministrazione attiva.

La giurisprudenza ha attuato questa regola affermando che è essenziale, quando un organo adito con un ricorso gerarchico (o con un ricorso in opposizione) intende esercitare poteri di amministrazione attiva, che tale organo ne dia atto e dia conto della sussistenza di tutti i presupposti specifici per l'esercizio di tali poteri, evitando qualsiasi confusione con la decisione del ricorso.

19.2.1.4.4. Ricorsi ammessi solo per vizi di legittimità e ricorsi ammessi anche per vizi di merito

Vi sono poi ricorsi ammessi solo per vizi di legittimità⁹ e ricorsi ammessi anche per vizi di merito.

Infatti mentre il ricorso straordinario e rimedio ammesso solo per vizi di legittimità, il ricorso gerarchico è rimedio attraverso il quale viene richiesto un nuovo esercizio del potere amministrativo all'organo gerarchicamente superiore, il cui ambito di operativi non è circoscritto ai soli vizi legittimità ma coinvolge anche i vizi di merito. Mentre per il ricorso gerarchico improprio la limitazione a vizi di legittimità non rappresenta una regola assoluta.

19.2.1.5. La natura formale dei ricorsi.

Tutti ricorsi amministrativi sono rimedi formali assoggettati a modalità particolari presentazione e a termini tassativi di proposizione ma, non essendo rimedi processuali, per la loro proposizione non è necessaria la rappresentanza con l'assistenza dell'avvocato e ecc.

19.2.1.6. Elementi del ricorso.

19.2.1.6.1. Soggetti.

Possono presentare ricorso tutti i soggetti, siano essi persone fisiche, persone giuridiche o anche associazioni prive di personalità giuridica.

⁹ I vizi di legittimità sono: I) l'incompetenza; II) la violazione di legge; III) e l'eccesso di potere.



19.2.1.6.2. Interesse.

Il ricorso amministrativo non può essere proposto se non da chi ritenendosi danneggiato dall'atto della P.A., abbia interesse all'annullamento di esso. Tale presupposto è espressamente richiesto dagli 1 e 8 del D.P.R. 1199/1971, secondo cui il ricorso può essere esperito solo da parte di chi vi abbia interesse.

Con riferimento all'interesse occorre distinguere:

- l'interesse protetto (o materiale) che, quale interesse sostanziale protetto direttamente o indirettamente dalla norma, dà luogo alla legittimazione a ricorrere; esso è costituito (salvo i casi eccezionali di azioni popolari) da un diritto soggettivo o un interesse legittimo e può avere contenuto: economico e morale (es.: ricorso contro un provvedimento disciplinare che, oltre a ripercuotersi sulla carriera del ricorrente, può ledere anche la sua onorabilità) o meramente morale (es.: è ammesso il ricorso degli eredi contro un atto amministrativo lesivo dell'onore della persona defunta);
- l'interesse al ricorso (o formale) che ha natura processuale e si identifica nella possibilità di conseguire un risultato utile per effetto dell'accoglimento ricorso. Oltre ai requisiti richiesti, l'interesse deve essere:
 - personale: esso deve riferirsi al soggetto che propone il ricorso. La personalità dell'interesse non equivale ad individualità dello stesso in quanto, sia pure in casi espressamente disciplinati, è ammesso ricorso a tutela di interesse collettivi;
 - diretto, nel senso che non è legittimato a ricorrere il soggetto che non è titolare di un interesse direttamente coinvolto nella fattispecie oggetto del ricorso;
 - attuale: il ricorrente deve aver subito una lesione o menomazione concreta ed immediata in conseguenza dell'atto amministrativo oggetto del ricorso;

19.2.1.6.3. I termini per il ricorso.

Il ricorso deve essere presentato all'autorità competente nel perentorio termine di 30 gg. per il ricorso gerarchico (o in opposizione) e di 120 gg. per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (artt.2 e 9 D.P.R. citato). Esso decorre, per le persone direttamente interessate, dalla notifica del provvedimento; per gli interessati non contemplati nel provvedimento, invece, dalla data di pubblicazione, se questa è prevista, ovvero dalla piena conoscenza dell'atto. Tale piena conoscenza si attua nel momento in cui sono noti gli elementi essenziali dell'atto (data, oggetto e autorità emanante).

19.2.1.6.4. L'estinzione del diritto al ricorso

Il diritto al ricorso si estingue, oltre che con la rinuncia dell'interessato, anche a seguito di acquiescenza e di decadenza per decorso del termine.

19.2.1.6.5. Forma del ricorso.

Il ricorso deve essere redatto per iscritto su carta da bollo, salvo quando la legge lo escluda (es.: in materia di rapporti di lavoro). Il mancato uso della carta da bollo non rende il ricorso



irricevibile, ma obbliga l'interessato a regolarizzarlo, anche se nel frattempo sono scaduti i termini per la sua presentazione.

19.2.1.6.6. Contenuto

Quanto agli elementi, il ricorso deve contenere:

- l'indicazione dell'autorità cui è diretto. La mancata indicazione dell'organo può essere addotta dal soggetto come motivo di rimessione in termine nel caso in cui in seguito a tale mancanza, il ricorso sia stato presentato ad una autorità incompetente e nel frattempo il termine sia scaduto;
- gli estremi del provvedimento impugnato;
- i motivi del ricorso, cioè i vizi di legittimità o di merito su cui esso si fonda;
- la sottoscrizione del ricorrente;
- l'oggetto del ricorso. Può essere un atto amministrativo in senso soggettivo ed oggettivo (ricorsi impugnatori) oppure un comportamento della P.A. o un rapporto insorto tra la P.A. e un terzo oppure tra soggetti estranei all'amministrazione (ricorsi non impugnatori). Nel primo caso, deve trattarsi di un atto emanato da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una funzione amministrativa.

19.2.1.7. Il procedimento per la decisione del ricorso.

19.2.1.7.1. L'istruttoria

I momenti essenziali attraverso i quali si articola la fase dell'istruttoria sono i seguenti:

- contraddittorio. Il ricorso deve essere portato a conoscenza di tutti i soggetti controinteressati, affinché siano messi in grado di presentare le loro deduzioni. Soggetti controinteressati sono tutti coloro che potrebbero esser lesi in un loro interesse dall'eventuale accoglimento del ricorso e che sono "individuabili sulla base dell'atto impugnato" (art. 4 D.P.R. 1119/1971). L'onere delle comunicazioni ai controinteressati incombe sull'amministrazione, in caso di opposizione e ricorso gerarchico, quando non vi abbia già provveduto il ricorrente (art. 4) o sullo stesso ricorrente, nel caso di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (art.9);
- raccolta delle prove. La raccolta delle prove è fatta d'ufficio dall'autorità procedente, che è libera di effettuare tutti gli accertamenti che ritiene opportuni (principio inquisitorio). Manca una elencazione tassativa dei mezzi di prova ammessi; tuttavia l'art. 13 fa cenno, in materia di ricorso straordinario, a tre mezzi di prova tipici della procedura amministrativa: la richiesta di documenti, la richiesta di chiarimenti, la verifica che deve svolgersi in contraddittorio delle parti ;
- conclusione dell'istruzione. L'istruzione del ricorso deve concludersi entro 90 gg. Dalla presentazione, in caso di ricorso gerarchico (art. 6) o entro 120 gg. dalla data fissata ai controinteressati per le loro deduzioni, in caso di ricorso straordinario (art. 11).

19.2.1.7.2. La decisione del ricorso

Il ricorso è normalmente deciso con decreto, che ha natura di provvedimento amministrativo.

Tale decreto deve contenere:



- l'indicazione dell' autorità decidente;
- la motivazione (artt.5 e 14) e cioè l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto l'autorità ad adottare quella decisione. Nella motivazione l'autorità deve tener conto delle censure addotte a motivo del ricorso, in quanto essa non può accogliere il ricorso per motivi diversi da quelli dedotti. In ogni caso la motivazione deve attenersi a due criteri: della sufficienza, deve cioè esser tale da soddisfare tutti gli aspetti per cui è richiesta; e della completezza, deve cioè toccare tutti i punti rilevanti della controversia. È ammessa la motivazione per relationem mediante rinvio ad altro atto, come ad esempio un parere sulla cui base sia stata pronunciata la decisione;
- il dispositivo e, cioè, la decisione vera e propria;
- la sottoscrizione e la data.

19.2.1.7.3. Contenuto della decisione

Riguardo al contenuto della decisione occorre distinguere a seconda che il ricorso sia pervenuto o non ad una decisione di merito. Nel primo caso avremo una decisione di merito, nel secondo caso una decisione di rito.

La decisione di rito che risolve il ricorso in base ad questione pregiudiziale può essere:

- di irricevibilità del ricorso, quando questo sia stato presentato fuori termine;
- di inammissibilità del ricorso, quando: I) sia stato presentato ad autorità diversa da quella indicato nell'atto (non appartiene alla stessa amministrazione) e, perciò, incompetente; II) sia stato proposto contro atto non impugnabile; III) sia stato presentato da soggetto carente di interesse;
- di nullità del ricorso, se manchi qualcuno degli elementi essenziali del ricorso (es. motivi). Nel caso di irregolarità sanabili, deve assegnato un termine all'interessato affinché provveda a regolarizzare il ricorso.

La decisione di merito deve contenere il giudizio sulla fondatezza o meno dei motivi adottati nel ricorso, accogliendo o respingendo il ricorso. Si ha pertanto:

- rigetto del ricorso se i motivi sono ritenuti infondati;
- accoglimento del ricorso se esso è ritenuto fondato per motivi di legittimità. In tali casi l'autorità adita annulla l'atto salvo la facoltà dell'amministrazione che ha emanato l'atto di emanare un nuovo provvedimento immune dal vizio per cui il primo fu annullato. Nel caso di incompetenza, l'annullamento deve essere accompagnato dall'indicazione dell'autorità competente. Se il ricorso è accolto per motivi di merito, l'autorità adita revoca l'atto o la riforma, cioè lo sostituisce con un provvedimento più aderente all'interesse pubblico¹⁰.

¹⁰ La decisione del ricorso deve essere comunicata sia all'autorità che emanò il provvedimento impugnato, che al ricorrente ed ai contro interessati, mediante notificazione del provvedimento stesso e comunicazione a mezzo di



19.2.1.7.4. Effetti ed estensione della decisione.

Quanto agli effetti della decisione:

- nei confronti delle parti, essa permette alle stesse di adire gli altri mezzi di impugnazione ammessi (cioè un nuovo ricorso amministrativo o un ricorso giurisdizionale), sia per il ricorrente, in caso di rigetto. sia per i controinteressati, in caso di accoglimento;
- nei confronti della P.A., l'accoglimento del ricorso costituisce ostacolo all'emanazione un provvedimento identico a quello annullato o riformato e relativo alle stesse persone. Ma non impedisce alla P.A. di provvedere in qualunque altro modo alla situazione.

Quanto all'estensione della decisione occorre distinguere tra:

- estensione oggettiva. La decisione che accoglie il ricorso investe solo l'atto impugnato, annullandolo o revocandolo con effetto ex tunc;
- estensione soggettiva. La decisione limita i suoi effetti ai soli ricorrenti, secondo i noti principi del giudicato nel diritto processuale, tranne in due casi: quando sia stato annullato, un regolamento (argomentando ex art. 14) e quando l'atto, avendo una pluralità di destinatari, venga caducato in toto a seguito del ricorso di uno di essi.

Trattandosi di una decisione di natura giustiziale, si ritiene esclusa la possibilità della revoca e dell'annullamento d'ufficio e quindi anche la possibilità di chiedere l'annullamento di essa in via di revocazione.

19.2.1.7.5. L'estinzione del procedimento

Oltre che con la decisione, il procedimento può concludersi per estinzione, che si ha in caso di:

- a) rinuncia: tale atto non deve essere accettato e non è revocabile. Esso deve essere comunicato all'autorità adita, in caso di opposizione e ricorso gerarchico, e depositato presso il Ministero competente per l'istruttoria, dopo esser stato notificato ai controinteressati, in caso di ricorso straordinario;
- b) cessazione della materia del contendere: quando viene meno l'atto che ha dato origine al ricorso;
- c) sopravvenuta carenza di interesse: quando nel corso del procedimento, per qualunque causa, sia venuto meno l'interesse al ricorso. Di regola, la morte del ricorrente non comporta perdita dell'interesse al ricorso, salvo che l'atto impugnato abbia carattere strettamente personale. Anche la successione inter vivos nel rapporto non comporta l'estinzione del procedimento, ma solo il subingresso in qualità di parte dell'avente causa.

19.2.2. Il ricorso gerarchico proprio.

Il ricorso gerarchico proprio è un rimedio amministrativo generale (e quindi la sua esperibilità non richiede una disposizione specifica), consistente nella

lettera raccomandata. Se con la decisione è stato annullato un regolamento, la decisione stessa deve essere pubblicata.



impugnativa di un atto non definitivo (e in questo senso è rimedio ordinario) proposta dal soggetto interessato all'organo gerarchicamente superiore a quello che ha emanato l'atto, facendo valere sia vizi di legittimità che di merito, allo scopo di ottenere l'annullamento o la riforma (e in questo senso è un rimedio rinnovatorio) dell'atto che si ritiene lesivo di diritti soggettivi o/e di interessi legittimi.

Il ricorso gerarchico è ammesso in unica istanza (art. 1 D.P.R. 1199/1971): quindi, anche in caso di pluralità di gradi gerarchici, il ricorso va proposto una sola volta: il provvedimento emesso in seguito al primo ricorso definitivo.

19.2.2.1. Il procedimento per la decisione del ricorso.

Il procedimento per la decisione del ricorso gerarchico si articola in una: I) fase introduttiva; II) fase istruttoria; III) fase decisoria.

19.2.2.1.1. Fase introduttiva.

19.2.2.1.1.1. Il ricorso

Il ricorso deve essere diretto all'organo gerarchicamente sovraordinato a quello che ha emanato l'atto impugnato e va proposto entro trenta giorni dalla notificazione, o comunicazione, o pubblicazione o piena conoscenza dell'atto da impugnare.

Il ricorrente non è obbligato (ma può farlo) a dare notizia del ricorso all'organo che ha emanato l'atto di primo grado, né ai c.d. controinteressati (ossia ai soggetti che hanno un interesse qualificato alla conservazione dell'atto impugnato).

Il ricorso può essere presentato, anche senza il patrocinio di un avvocato:

- direttamente all'autorità competente, mediante consegna all'ufficio, che ne rilascia ricevuta;
- mediante notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario;
- mediante raccomandata con ricevuta di ritorno.

Il ricorso gerarchico proprio può essere proposto se l'organo che ha emanato l'atto e quello gerarchicamente superiore cui si fa ricorso, oltre ad essere appartenenti allo stesso ramo della amministrazione, siano anche organi individuali.

È ovvio che oltre al rapporto di gerarchia esterna, è necessario che vi sia non definitività dell'atto impugnato e l'interesse a ricorrere, da parte di chi propone il ricorso.

Se il ricorso è stato presentato nei termini, ad un organo diverso da quello competente, ma appartenente alla medesima amministrazione, il ricorso steso non è dichiarato irricevibile, ma viene trasmesso d'ufficio, all'organo competente.

Se, invece, l'organo a cui è stato presentato il ricorso non appartiene alla stessa amministrazione di quello competente, il soggetto, ove ne ricorrano i presupposti, potrà invocare la sospensione dei termini per errore scusabile.

19.2.2.1.1.2. Comunicazione ai controinteressati.

A seguito del ricevimento del ricorso, l'organo decidente, se non vi ha già provveduto il ricorrente, comunica il ricorso a tutti i soggetti direttamente interessati ed individuabili dall'atto impugnato o comunque noti alla P.A. (c.d. controinteressati).



Costoro possono presentare deduzioni ed esibire documenti a sostegno delle loro ragioni entro 20 gg. dalla comunicazione del ricorso; non possono, però addurre motivi nuovi avverso l'atto impugnato.

19.2.2.1.2. Fase istruttoria.

I momenti essenziali attraverso cui si articola la fase dell'istruttoria sono: I) il contraddittorio; II) raccolta delle prove; III) conclusione dell'istruzione.

19.2.2.1.2.1. Mancanza del contraddittorio.

Nel ricorso gerarchico non vi è una garanzia piena del contraddittorio, come invece è prescritto per il procedimento giurisdizionale

In particolare le difese delle parti non hanno come destinatari altre parti ma solo l'autorità competente per la decisione. Non è prevista inoltre l'istituzione di un fascicolo del ricorso e l'esame delle memorie e documenti e una mera facoltà.

19.2.2.1.2.2. Sospensione dell'atto impugnato

La presentazione del ricorso non ha efficacia sospensiva del provvedimento impugnato, salvo casi espressamente previsti dalla legge.

L'autorità procedente, tuttavia, d'ufficio o a istanza del soggetto interessato, può sospendere, per gravi motivi, l'esecuzione dell'atto impugnato.

L'istanza di sospensione del provvedimento può essere contenuta nello stesso ricorso, o può essere presentata in seguito, negli stessi modi previsti per la presentazione del ricorso. In conseguenza della sospensione restano paralizzati gli effetti giuridici dell'atto, e non possono essere compiuti atti di esecuzione o che, comunque, presuppongono l'efficacia del provvedimento.

19.2.2.1.2.3. Raccolta delle prove.

Per quanto riguarda i poteri istruttori (cioè la raccolta delle prove) di cui dispone l'organo competente a decidere il ricorso gerarchico, l'amministrazione può disporre tutti gli accertamenti utili ai fini della decisione (vige pertanto, in materia, il principio inquisitorio), fatta eccezione per i mezzi istruttori che incidano su diritti costituzionalmente garantiti e mezzi istruttori che producano effetti sulla decisione incompatibili con i principi sul procedimento amministrativo (interrogatorio, giuramento).

19.2.2.1.2.4. Conclusione dell'istruzione.

L'istruzione del ricorso deve concludersi entro 90 giorni dalla presentazione, in caso di ricorso gerarchico

19.2.2.1.3. Fase decisionale.

Dopo aver acquistato le eventuali deduzioni dei controinteressati e aver effettuato gli adempimenti istruttori che ritiene opportuni, l'organo competente decide il ricorso esercitando, nel caso di accoglimento, anche poteri rinnovatori.

Quindi la decisione di accoglimento può comportare, in alternativa, all'annullamento dell'atto impugnato, anche la riforma dello stesso in conformità delle censure proposte dal ricorrente ove tale potere di amministrazione attiva compete all'autorità adita ed essa ne dia specifica motivazione all'interno del provvedimento.



La decisione sul ricorso gerarchico deve essere comunicata all'autorità che adottato l'atto, al ricorrente e ai contro interessati.

19.2.2.1.3.1. Forma: decreto.

Il ricorso è normalmente deciso con decreto che ha natura di provvedimento amministrativo.

19.2.2.1.3.2. Termini entro il quale deve pervenire una decisione: il silenzio-rigetto.

Il ricorso gerarchico deve essere deciso entro 90 giorni dalla data di presentazione del ricorso.

L'art. 6 del d.p.r.n. 1199/1971 afferma che "Decorso il termine di 90 giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso ordinario all'autorità giurisdizionale competente o quello straordinario al Presidente della Repubblica (silenzio-rigetto)".

Va precisato che nel silenzio-rigetto dell'autorità adita con ricorso gerarchico non si può identificare alcuno contenuto decisorio. Da ciò ne deriva che il silenzio-rigetto non priva la l'amministrazione di poter decidere il ricorso gerarchico (e quindi le decisione tardive non di per sé illegittime), ma consente al ricorrente di scegliere fra un ricorso giurisdizionale o straordinario.

19.2.2.2. Impugnazioni esperibili nei confronti della decisione del ricorso gerarchico

La decisione del ricorso gerarchico costituisce un provvedimento definitivo, essa pertanto è impugnabile con ricorso straordinario oppure, se lede interessi legittimi, anche con ricorso al giudice amministrativo (e fatta salva, in ogni caso, la tutela dei diritti davanti al giudice civile).

19.2.2.3. Rapporto tra ricorso gerarchico proprio e quello giurisdizionale.

Se nei confronti dello stesso atto venga proposto, dal medesimo cittadino, sia il ricorso gerarchico che quello giurisdizionale, secondo la giurisprudenza prevale sempre quello giurisdizionale, con la conseguenza che il ricorso gerarchico, se proposto per primo, diventerebbe improcedibile, ovvero se proposto dopo quello giurisdizionale, sarebbe inammissibile.

19.2.3. Il ricorso straordinario al Presidente della repubblica.

19.2.3.1. Nozione.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹¹ è un rimedio amministrativo di carattere generale (e quindi la sua esperibilità non richiede una disposizione specifica) consistente nella impugnativa di un atto amministrativo definitivo, proposta dal soggetto interessato direttamente al Capo dello Stato, facendo valere solo motivi di legittimità, allo scopo di ottenere l'annullamento (e in questo senso è un rimedio eliminatorio) dell'atto che si ritiene lesivo sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi.

¹¹ A cui corrisponde nella Regione Siciliana, nei confronti degli atti regionali, il ricorso straordinario al Presidente della Regione.



19.2.3.2. Campo di applicazione.

L'art. 7, comma 8, D.Lgs. 104/2010 ha circoscritto l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica unicamente alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

L'art. 128 del medesimo provvedimento ha, inoltre, disposto l'inammissibilità del ricorso straordinario in materia elettorale.

19.2.3.3. Procedimento.

Il procedimento per la decisione del ricorso gerarchico si articola in una: I) fase introduttiva; II) fase istruttoria; III) fase decisoria.

19.2.3.3.1. Fase introduttiva.

19.2.3.3.1.1. Il ricorso.

Il termine per il ricorso è di **centoventi giorni** dalla comunicazione, notificazione, pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento definitivo, ovvero dalla formazione del silenzio rigetto.

Il ricorso straordinario può essere presentato anche direttamente dalla parte, senza il patrocinio di un avvocato.

Entro tale termine il ricorso straordinario, a pena di inammissibilità, deve essere notificato ad almeno uno dei controinteressati e all'autorità che ha emanato l'atto e deve, inoltre, essere depositato, con la prova dell'avvenuta notifica, presso il Ministero competente o presso l'organo che ha emanato l'atto impugnato, che a sua volta lo trasmetterà al Ministero.

Il deposito può essere eseguito mediante consegna diretta, o notifica o lettere raccomandata con ricevuta di ritorno.

Insieme al ricorso vanno depositato anche i documenti posti a fondamento del ricorso stesso.

19.2.3.3.1.2. Contraddittorio.

A differenza del ricorso gerarchico, il contraddittorio deve essere instaurato dallo stesso ricorrente. Se egli, nel termine dei 120 gg., ha notificato il ricorso ad uno solo dei controinteressati, il Ministro competente gli assegna un ulteriore termine per l'integrazione del contraddittorio anche nei confronti degli altri, indicando i soggetti e fissando le modalità di tale integrazione.

Entro 60 gg. dalla notificazione del ricorso i controinteressati e l'autorità non statale che emesso l'atto possono presentare deduzioni e documenti o eventualmente un ricorso incidentale, nonché, come visto, fare opposizione e chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale.

Con il ricorso incidentale i controinteressati possono impugnare l'atto per motivi diversi da quelli adottati dal ricorrente. Nonostante il silenzio legislativo, è da ammettersi l'intervento sia *ad adiuvandum* che *ad opponendum*, al pari della proposizione di motivi aggiunti.

19.2.3.3.2. Fase istruttoria.

L'istruttoria del ricorso è compiuto dal Ministero competente, e cioè al Ministero che sovrintende alla materia alla quale è da ricondurre l'atto impugnato.



I ricorsi con quali si impugnano atti di enti pubblici in materie per le quali manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato Ministero devono essere presentati alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che cura la relativa istruttoria.

Si è in tal modo stabilito, una competenza suppletiva a carattere generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri per tutte quelle materie per le quali sia difficile determinare un collegamento con un preciso Ministero.

La legge ha fissato un termine per la chiusura dell'istruzione: essa, infatti, deve essere conclusa entro 120 gg. dalla scadenza del termine assegnato ai controinteressati per la presentazione delle loro deduzioni. Trascorso tale termine, il ricorrente può richiedere, con atto notificato al Ministero competente, se il ricorso è stato trasmesso per il parere al Consiglio di Stato e, in caso di risposta negativa o di mancata risposta entro 30 gg., può depositare direttamente copia del ricorso presso quest'ultimo.

19.2.3.3.2.1. La sospensione dell'atto impugnato.

Può essere concessa la sospensione dell'atto impugnato qualora il ricorrente lamenti il pregiudizio di danno grave ed irreparabile e purché sia concessa con decreto ministeriale previo parere obbligatorio del Consiglio di Stato.

19.2.3.3.2.2. Il parere del Consiglio di Stato.

Parere del Consiglio di Stato: istruito il ricorso, il Ministero lo trasmette al Consiglio di Stato per il relativo parere, che è obbligatorio.

Il Presidente del Consiglio di Stato assegna il ricorso ad una delle sezioni o ad una commissione speciale. Tuttavia, per assicurare l'unità di indirizzo giurisprudenziale, se tale sezione o la commissione rileva che il punto di diritto ad essa sottoposto ha dato luogo o può dar luogo a contrasti giurisprudenziali, può rimettere il ricorso stesso all'Adunanza generale: ugualmente il Presidente del C.d.S. può decidere in tal senso se rileva che debbano essere risolte questioni di massima di particolare importanza.

L'organo del C.d.S. cui è affidato il ricorso, se riconosce che l'istruttoria è incompleta o che i fatti affermati nell'atto impugnato sono in contrasto con i documenti esibiti, può chiedere al Ministro nuovi chiarimenti o documenti od ordinare che vengano disposte nuove verifiche.

Esso può anche ordinare l'integrazione del contraddittorio, se il ricorso non è stato notificato a tutti gli interessati.

Alle due ipotesi sopra indicate, in cui il rilascio del parere non avviene tout court, ma è subordinato ad ulteriore attività istruttoria, il legislatore, con l'art.69 della L.69/2009, ne ha aggiunta un'altra, che si verifica quando l'organo del Consiglio di Stato al quale è assegnato il ricorso ritenga che lo stesso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata.

In tale ipotesi, esso sospende l'espressione del parere, ordina la rimessione degli atti alla Corte costituzionale e la notifica del provvedimento ai soggetti interessati.

19.2.3.3.3. Fase decisionale.

Ai sensi dell'art. 14 D.P.R.1199/1971, come modificato dall'art. 69 L.69/2009, il ricorso straordinario è deciso con decreto del Presidente della



Repubblica, su proposta del Ministro competente, conforme al parere del Consiglio di Stato.

La disposta soppressione del secondo periodo del comma 1, nonché l'abrogazione del comma 2 dell'art.14, laddove disciplinavano l'ipotesi che il Ministro proponesse al Capo dello Stato una decisione difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato, previa sottoposizione della questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, sono indicative della mutata natura giuridica del parere del Consiglio di Stato. Quest'ultimo, infatti, oltre che obbligatorio, è oggi anche vincolante.

19.2.3.3.1. L'esecuzione della decisione

Il decreto decisorio del Presidente della Repubblica, pur ponendosi su di un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, ha pur sempre natura amministrativa. La decisione sul ricorso straordinario, pur non avendo attitudine ad acquisire efficacia formale e sostanziale di cosa giudicata, ha comunque carattere cogente e, pertanto determina in capo all'autorità amministrativa l'obbligo di eseguirla, vincolandola quanto ai contenuti, limiti e ad ogni conseguente statuizione. Pertanto, la giurisprudenza, partendo da tale natura giuridica del decreto, ritiene inammissibile l'esecuzione coattiva della decisione del ricorso straordinario mediante il giudizio di ottemperanza, previsto solo per le sentenze passate in giudicato¹².

19.2.3.4. Rapporti con il ricorso al T.A.R. e con il giudizio civile ordinario

19.2.3.4.1. Principio di alternatività.

Il ricorso straordinario è alternativo a quello giurisdizionale amministrativo. Pertanto:

- se l'atto è stato impugnato con ricorso giurisdizionale al T.A.R. è inammissibile il ricorso straordinario avverso lo stesso atto;
- se l'atto è stato impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, non è più impugnabile con ricorso al T.A.R.

19.2.3.4.2. Trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale

La trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale è un istituto previsto a tutela dei controinteressati intimati (ai quali sia stato cioè notificato il ricorso). Poiché il ricorso giurisdizionale offre maggiori garanzie rispetto a quello straordinario, deve essere consentita la scelta fra le due forme di tutela non solo al ricorrente, ma anche al controinteressato che (in quanto soggetto cui l'atto si riferisce direttamente, costituendo a suo favore una posizione giuridica qualificata alla conservazione dell'atto stesso e che perciò sarebbe danneggiato dall'accoglimento del ricorso) non può subire passivamente una scelta altrui, ed è perciò legittimato a chiedere che il ricorso sia trasposto in sede giurisdizionale.

Pertanto, impugnato l'atto con ricorso straordinario, il ricorrente, avendo fatto la sua scelta, non può più ricorrere in sede giurisdizionale; invece, i controinteressati al ricorso possono ancora scegliere, e, quindi, aderire alla via scelta dal primo ricorrente, oppure chiedere, con opposizione (notificata al ricorrente e all'autorità che ha emanato l'atto impugnato), proposta

¹² Sul punto va evidenziato l'orientamento in senso del tutto opposto recentemente assunto dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con la sentenza del 23-9-2009, n. 880: è stato ritenuto, infatti ammissibile il ricorso per ottemperanza proposto per ottenere l'esecuzione di un decreto di decisione di un ricorso straordinario, in virtù della sua natura atipica, con spiccate caratteristiche giurisdizionali.



entro 60 gg. dalla notifica del ricorso straordinario, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale.

19.2.3.4.3. Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario

Il DLgs. 104/2010, all'art.48, esamina l'ipotesi in cui il controinteressato proponga opposizione al ricorso straordinario, incardinando, in tal modo, un giudizio che segue innanzi al T.A.R. se il ricorrente, nel termine perentorio di 60 giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione deposita in segreteria l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione alle altre parti.

In caso di inammissibilità dell'opposizione, il giudice adito dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria.

Inoltre, nel caso in cui siano state rese misure cautelari in sede straordinaria, le stesse perdono efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione del giudizio di opposizione.

In ogni caso, il ricorrente può riproporre l'istanza cautelare innanzi al T.A.R. investito del giudizio di opposizione.

19.2.3.4.4. Ricorso straordinario e giurisdizione ordinaria

Il ricorso straordinario può tutelare sia interessi legittimi che diritti soggettivi; nel caso di ricorso proposto a tutela di un diritto soggettivo, la decisione sul ricorso non preclude l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

19.2.3.5. Impugnazioni esperibili verso il decreto che decide il ricorso straordinario.

Avverso il decreto presidenziale che decide il ricorso straordinario, sono ammessi due mezzi di impugnazione:

1) **revocazione** (art. 15): contro il decreto è ammesso ricorso per revocazione allo stesso Presidente della Repubblica nei casi previsti dell'art. 395 del codice di procedura civile;

2) **impugnazione avanti al giudice amministrativo, per vizi di forma o di procedura**: La limitazione del diritto d'azione è giustificata, nel caso del ricorrente, per il fatto che essa consegue alla sua scelta di proporre il rimedio straordinario (anziché quello giurisdizionale) e, nel caso del controinteressato (e dell'Amministrazione non statale ad esso equiparata), per il fatto che essa consegue alla scelta di non proporre l'«opposizione» appena esaminata¹³.

19.2.4. Il ricorso gerarchico improprio.

19.2.4.1. Nozione.

Il ricorso gerarchico improprio è un rimedio amministrativo tassativo (cioè utilizzabile nei soli casi indicati dalla legge) consistente nella impugnativa di un atto non definitivo (e in questo senso è rimedio ordinario) proposta dal soggetto interessato ad un

¹³ Nel caso, invece, del controinteressato che non sia stato posto nelle condizioni di poter proporre l'«opposizione» (si pensi al controinteressato cui sia stata omessa la notifica del ricorso straordinario) la regola dell'alternatività recede rispetto alla garanzia costituzionale del diritto d'azione: in questo caso particolare l'impugnazione è possibile per qualsiasi ordine di vizi di legittimità.



organo che non è legato da nessun rapporto di gerarchia a quello che ha emanato l'atto, facendo valere sia vizi di legittimità che di merito, allo scopo di ottenere l'annullamento (e in questo senso è un rimedio eliminatorio), o in alcuni casi, la rinnovazione e in questo senso è un rimedio rinnovatorio), dell'atto che si ritiene lesivo sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi.

19.2.4.2. Disciplina.

La disciplina del ricorso gerarchico improprio è la stessa prevista per il ricorso gerarchico proprio.

19.2.4.3. Ipotesi.

Si tratta di un ricorso ordinario impugnatorio proposto ad: I) organi individuali avverso deliberazioni di organi collegiali e viceversa; II) organi collegiali avverso deliberazioni di altri organi collegiali; III) organi statali avverso provvedimenti di altro ente pubblico; IV) organi statali avverso provvedimenti di organi al vertice (es. Ministri).

19.2.5. Il ricorso in opposizione.

19.2.5.1. Nozione.

Il ricorso in opposizione, è un rimedio amministrativo tassativo (cioè utilizzabile nei soli casi indicati dalla legge¹⁴), consistente nella impugnativa di un atto amministrativo non definitivo (e in questo caso è un rimedio ordinario), proposta dal soggetto interessato alla stessa autorità che ha emanato l'atto, facendo valere sia motivi di legittimità che di merito, allo scopo di ottenere l'annullamento o la riforma (e in questo senso è un rimedio rinnovatorio) dell'atto che si ritiene lesivo sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi.

19.2.5.2. Disciplina.

La disciplina del ricorso in opposizione. è la stessa prevista per il ricorso gerarchico proprio.

19.2.5.3. Ipotesi.

Il ricorso in opposizione rappresenta uno strumento di limitata utilizzabilità previsto in ipotesi molto particolari, che ricorrono soprattutto nel pubblico impiego.

19.2.6. I ricorsi atipici

Accanto ai ricorsi gerarchici, in opposizione o al presidente della Repubblica, sono previsti anche alcuni particolari ricorsi che non possono essere inquadrati in nessuna delle tre categorie suddette: si tratta, infatti, di ricorsi proposti avanti ad autorità diversa da quella che ha emanato l'atto e non legata ad essa da nessun rapporto di gerarchia, neppure improprio. Si parla, in tal caso, di ricorsi amministrativi atipici.

¹⁴ La *ratio* della eccezionalità dell'opposizione va ravvisata nel fatto che l'autorità che ha emanato il provvedimento non è, di regola, la più idonea a giudicare il proprio antecedente operato.



19.3. La tutela giurisdizionale amministrativa

19.3.1. La giurisdizione amministrativa.

La giurisdizione amministrativa, è quella che ha per oggetto la tutela degli interessi legittimi e, nei casi previsti dalla legge, anche dei diritti soggettivi, nei rapporti tra le PP.A.A. e tra la P.A. e i privati.

In base al sistema della doppia giurisdizione, la cognizione generale in materia di diritti soggettivi spetta al G.O., mentre quella generale in materia di interessi legittimi compete al GA.

Specificamente, quest'ultima è attribuita ai Tribunali Amministrativi Regionali /i in primo grado e al Consiglio di Stato nel giudizio di appello; tali organi costituiscono un unico ordine giurisdizionale, insieme con il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia. Il complesso organizzativo costituito dai tre citati organismi è stato definito come ordinamento della giurisdizione amministrativa.

Ciascuno dei due ordini di giudici, quello ordinario e quello amministrativo, ha competenza per un settore di pari importanza e, nell'insieme del loro agire assicurano al privato cittadino una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione.

Essi agiscono su di un piano di assoluta parità ed entrambi appartengono all'ordine giurisdizionale.

La giurisdizione amministrativa costituisce, dunque, al pari di quella ordinaria, una species del genus giurisdizione e l'attributo amministrativa giustifica semplicemente l'ambito entro cui essa opera.

19.3.1.1. Il principio di effettività

Il sistema della doppia giurisdizione, pur implicando, nei fatti, una contrapposizione tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria, non comporta, però, conseguenze di rilievo sul piano del complessivo funzionamento del sistema "giustizia": nel disegno costituzionale, infatti, viene garantita uguale tutela processuale a diritti ed interessi.

Il detto disegno costituzionale, che trova riscontro anche nelle previsioni dell'ordinamento europeo, ha ricevuto una decisiva spinta verso la sua completa realizzazione con l'approvazione del D.Lgs. 104/2010, contenente il Codice del processo amministrativo, che fa dell'effettività della tutela il principio caratterizzante il nuovo processo amministrativo.

Ed infatti l'effettività, che è la capacità del processo di conseguire, quanto più è possibile, risultati nella sfera sostanziale degli interessati, rappresenta la chiave di lettura delle disposizioni del Codice: l'art. 1 prevede, infatti, che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva, da intendersi nel senso che "per tutte le posizioni giuridiche soggettive azionabili innanzi giudice amministrativo sono esperibili tutti gli strumenti di tutela, ivi compresa quella risarcitoria" (così, la Relazione introduttiva al Codice).

La previsione dell'effettività della giurisdizione amministrativa trova un riscontro nel principio di concentrazione della tutela, che costituisce il principale strumento applicativo della stessa. L'art.7, comma 7, del Codice, infatti, stabilisce che il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione, davanti al G.A., "di



ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”¹⁵.

19.3.1.2. L’oggetto della tutela giurisdizionale amministrativa.

L’art.7 del D.Lgs. 104/1010, inserito nel Libro I (Titolo I - Capo III) del Codice del processo amministrativo, dedicato alla giurisdizione amministrativa individua specificamente la tipologia di controversie che possono essere conosciute dal G.A.

In via generale, si tratta di controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo ed aventi ad oggetto provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere.

Altro requisito richiesto dal legislatore perché si possa chiedere tutela al giudice amministrativo è che i provvedimenti, gli atti, gli accordi o i comportamenti in relazione ai quali è sorta una contestazione, siano stati posti in essere da una pubblica amministrazione ovvero da soggetti ad essa equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Alla luce della detta previsione legislativa, sono, quindi, impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa soltanto quegli atti che, in senso oggettivo, siano esplicazione di pubblica potestà, ed, in senso soggettivo, promanino da un’ autorità amministrativa e siano lesivi di interessi legittimi del privato¹⁶.

È, quindi, impugnabile innanzi al giudice amministrativo:

- un atto amministrativo esistente: il ricorso è improponibile se l’atto non esiste, per mancanza di oggetto. In merito, si ricorda che lo stesso legislatore, all’art. 34, comma 2, del D.Lgs. 104/2010 ha espressamente sancito che “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”;
- consistente in una manifestazione di volontà: in linea generale, può affermarsi che sono impugnabili i provvedimenti in senso stretto e cioè gli atti consistenti in una manifestazione di volontà, lesivi per il loro destinatario;

¹⁵ L’unitarietà della funzione giurisdizionale emerge con una maggiore forza innovativa dal testo del recente Codice del processo amministrativo: con l’approvazione di tale articolato, infatti il legislatore ha voluto accostare il processo amministrativo a quello ordinario, attribuendo al G.A. poteri e prerogative (in parte nuovi ed in parte di matrice pretoria) che possono garantire al privato una tutela effettiva contro la “mala amministrazione”. Ed invero, se nel (recente) passato il giudizio amministrativo è stato prevalentemente un giudizio sulla legittimità dell’atto, quale espressione dell’autoritatività della pubblica amministrazione, ed il processo è stato fondato sulle “carte” prodotte in giudizio dalle parti, dalle nuove disposizioni emerge, invece, una tipologia di processo in cui lo stesso giudice assume un ruolo diverso, preordinato alla realizzazione in tempi certi della piena tutela del cittadino: dalla rilevanza della fase istruttoria, aperta adesso anche alla testimonianza (sia pure solo scritta), alle regole sulle acquisizione delle prove, alle tipologie di azioni esperibili.

¹⁶ In quest’ottica il legislatore ha, poi, espressamente precisato, riprendendo quanto già in precedenza sancito nel Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (art. 31 R.D. 1054/1024), che non sono impugnabili gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico, esplicitando, così, la principale differenza fra atti amministrativi ed atti politici.



- **formalmente e materialmente amministrativi**: nei casi in cui la P.A., pur dovendo emanare un atto, omette di farlo, l'interessato dovrà impugnare l'illegittimo silenzio. Il relativo procedimento è disciplinato dall'art. 117 del D.Lgs. 104/2010, da leggersi in combinato disposto con l'art. 31 dello stesso testo normativo, disciplinante l'azione avverso il silenzio;
- **anche se non definitivo**: il riferimento agli atti ed ai provvedimenti amministrativi quali oggetti della tutela giurisdizionale del G.A. inducono a ritenere possibile il ricorso avverso un atto non definitivo ma immediatamente lesivo per il ricorrente (in precedenza tale possibilità era ammessa ai sensi dell'art.20 della L. 1034/1971).

19.3.1.2.1. Gli atti non impugnabili innanzi al G.A.

Sono impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa soltanto gli atti amministrativi (in senso oggettivo, ossia esplicazione di pubblica potestà) che promanano da una autorità amministrativa, lesivi di interessi legittimi del privato. Non sono impugnabili quindi:

- gli atti amministrativi emanati da organi non amministrativi (ad es.: dalle Camere del Parlamento); sono invece impugnabili gli atti del C.S.M. a seguito del recepimento in decreti presidenziali e ministeriali;
- gli atti politici;
- gli atti di diritto privato della P.A.;
- gli atti di altri organi giurisdizionali;
- gli atti soggettivamente amministrativi, cioè emanati da un organi della P.A., ma non formalmente amministrativi, aventi cioè contenuto legislativo (es. decreti-legge e decreti legislativi) o giurisdizionale;
- gli atti interni (circolari), quelli endoprocedimentali e preparatori di altri atti amministrativi che possono essere censurati solo dopo l'emanazione del provvedimento finale in quanto privi di autonoma capacità lesiva;
- gli atti meramente confermativi di precedenti provvedimenti;
- gli atti esecutivi;
- gli atti soggetti a controllo preventivo;
- gli atti programmatici e pianificatori non sono impugnabili se improduttivi di effetti immediatamente lesivi;
- i regolamenti improduttivi di effetti immediatamente lesivi.

19.3.1.3. La funzione della giurisdizione amministrativa.

Va precisato che la funzione della giurisdizione amministrativa, non è tanto la possibilità di impugnare un provvedimento, quanto la tutela dell'interesse legittimo.

Di conseguenza la tutela degli interessi legittimi è devoluta al giudice amministrativo anche quando non sia possibile l'impugnazione di un provvedimento amministrativo: si pensi, in particolare, alla tutela rispetto al silenzio dell'Amministrazione.



19.3.2. Le articolazioni della giurisdizione amministrativa.

19.3.2.1. Introduzione.

L'art.7 del Codice del processo amministrativo, oltre a definire la giurisdizione del G.A., individua il contenuto delle tre diverse tipologie in cui la stessa può articolarsi.

In sede di giurisdizione generale di legittimità il giudice valuta la sola legittimità dell'atto amministrativo, cioè verifica la conformità dello stesso ai principi dell'ordinamento giuridico e la sua immunità dai tre vizi di legittimità (eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge). Si parla anche di giurisdizione di annullamento perché il giudice può disporre l'annullamento dell'atto giudicato illegittimo. In tali ipotesi il giudice conosce, quindi, dei soli interessi legittimi.

Per quanto riguarda la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione di merito le ipotesi in cui si realizzano devono essere tassativamente indicate dal legislatore, comportando, sotto aspetti diversi, delle deroghe alla giurisdizione di legittimità. Ed invero, mentre nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva il G.A. in deroga al principio del riparto delle giurisdizioni ha cognizione anche in materia di diritti soggettivi, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, il giudice può, non solo annullare l'atto amministrativo, ma sindacare anche l'opportunità o la convenienza dello stesso, e, conseguentemente, sostituirsi all'amministrazione.

19.3.2.2. Giurisdizione generale di legittimità.

La giurisdizione generale di legittimità è relativa appunto alla sola legittimità dell'atto amministrativo, cioè alla sua conformità ai principi dell'ordinamento giuridico.

Essa è prevista dall'art. 7, comma 4 del D.Lgs. 104/2010, il quale afferma che il giudice amministrativo in sede giurisdizionale di legittimità conosce delle controversie relative ad atti, provvedimenti o omissione delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno¹⁷ per lesione di interessi legittimi e gli altri diritti patrimoniali consequenziali, per se introdotte in via autonoma.

In altri termini la giurisdizione di legittimità riguarda ogni controversia relativa alla legittimità di un atto amministrativo che abbia leso un interesse legittimo (tranne le materie riservate alla cognizione di altra giurisdizione speciale), in particolare:

- può riguardare l'accertamento dei vizi di incompetenza di un atto amministrativo;
- può riguardare l'accertamento dei vizi di violazione di legge di un atto amministrativo;

¹⁷ Quanto alla proponibilità delle azioni di risarcimento del danno, il legislatore da un lato riprende quanto già previsto con l'art.7 della L. 1034/1971, sancendone la proponibilità, dall'altro lato risolve l'importante questione dell'ammissibilità dell'azione indipendentemente dalla richiesta di annullamento dell'atto illegittimo, mediante l'inciso "pure se introdotte in via autonoma". È chiaro che il risarcimento del danno è sempre subordinato alla presenza, nella fattispecie concreta sottoposta all'esame del giudice, dei presupposti stabiliti dalla legge: il danno ingiusto, ossia la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, il dolo o la colpa dell'amministrazione, cioè l'elemento soggettivo, ed il nesso di causalità tra il comportamento illecito posto in essere ed il danno subito.



- può riguardare l'accertamento dei vizi di eccesso di potere nell'emanazione di un atto amministrativo.

È chiaro dunque che la giurisdizione di legittimità può riguardare l'accertamento dei soli tre vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, il giudice, cioè. non può sostituirsi all'amministrazione nella valutazione dell'opportunità o della convenienza dell'atto adottato (altrimenti si tratterebbe di giurisdizione di merito), ma solo verificarlo limitatamente all'accertamento del vizio di legittimità eccetto.

In particolare il giudice che esercita una giurisdizione generale di legittimità può pronunciare solo l'annullamento (in tutto o in parte) dell'atto impugnato, in quanto non può né modificarlo né sostituirlo. Per tale motivo la giurisdizione generale di legittimità è anche definita giurisdizione di annullamento.

19.3.2.3. Giurisdizione esclusiva.

Accanto alla giurisdizione generale sugli interessi legittimi, in alcune particolari ipotesi al giudice amministrativo è assegnata una giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi¹⁸.

In questo caso il cittadino può agire davanti al giudice amministrativo non solo per tutelare i suoi interessi legittimi ma anche i suoi diritti soggettivi¹⁹.

19.3.2.3.1. Ipotesi.

Le materie in cui il G.A. esercita giurisdizione esclusiva sono indicate nell'art. 133 del D.Lgs. 104/2010, collocato nel Libro V, recante Norme finali.

In sostanza, con la detta disposizione il legislatore ha operato una ricognizione della legislazione vigente ed ha disciplinato organicamente sia ipotesi contemplate in precedenti testi normativi che casi nuovi, positivizzando principi ed interpretazioni frutto dell'evoluzione giurisprudenziale.

19.3.2.3.2. Decisione con efficacia di giudicato.

Dunque nel caso di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può decidere con efficacia di giudicato, anche su diritti soggettivi, ferma restando la competenza del giudice ordinario per le questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone che l'incidente di falso.

La competenza del giudice amministrativo, nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, ricomprende anche la domanda risarcitorie, sia per lesione di diritti soggettivi che per lesione di interessi legittimi.

¹⁸ Da ciò ne consegue che il criterio di riparto tra il giudice amministrativo, titolare di una giurisdizione esclusiva e il giudice ordinario, in questo caso non segue più la natura della posizione soggettiva fatta valere in giudizio, ma attinge alla riconducibilità della fattispecie alla materia appunto oggetto di giurisdizione esclusiva.

¹⁹ La previsione della giurisdizione esclusiva è frutto della riforma amministrativa del 1923: infatti, con il R.D.2840/1923 (concernente l'ordinamento del Consiglio di Stato) sono state elencate, per la prima volta, in modo tassativo, le materie devolute al giudice amministrativo riguardanti la tutela dei diritti soggettivi. Pertanto, la giurisdizione esclusiva è antecedente alla Costituzione, sebbene poi quest'ultima l'abbia disciplinata all'art. 103 Cost., il quale prevede che il Consiglio di Stato e gli altri organi di giurisdizione amministrativa hanno giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione e, in particolari materie, anche dei diritti soggettivi.



19.3.2.4. Giurisdizione speciale di merito.

L'art. 7, comma 6, del D.Lgs. 104/2010 definisce la giurisdizione di merito del G.A., sancendo le ipotesi in cui è possibile l'esercizio di tale giurisdizione e individuando il potere di cui risulta investito il giudice in tale eventualità.

In particolare, il Codice afferma che il giudice amministrativo quando esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito può sostituirsi all'amministrazione. Ciò in quanto il G.A. è tenuto ad esaminare l'atto impugnato, oltre che dal punto di vista della sua legittimità, sotto il profilo dell'opportunità e della convenienza, e, quindi, della conformità al principio di buona amministrazione ex art.97 Cost.

In cosa si esplica concretamente questo potere sostitutivo è specificato nell'art.34 del Codice, dedicato alle sentenze di merito, laddove viene specificato che, nei casi di giurisdizione di merito il giudice amministrativo "adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato".

Tale potere cognitorio del giudice comporta che la giurisdizione di merito, si pone come un limite, ed anzi il più grave limite, al potere discrezionale della P.A. Il potere sostitutivo, infatti, implica, secondo parte della dottrina, una attribuzione di poteri di amministrazione attiva al giudice stesso, che vengono esercitati con le garanzie giurisdizionali dell'imparzialità e del contraddittorio (si parla al riguardo di attività amministrativa resa in forme giurisdizionali, piuttosto che di vera e propria attività giurisdizionale).

Nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo deve sostituirsi all'amministrazione può agire direttamente ovvero nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta (art. 21 del Codice).

In diritto amministrativo, quindi, mentre la giurisdizione di legittimità mira ad accertare semplicemente la legittimità dell'atto amministrativo in relazione ai motivi dedotti dal ricorrente senza preclusione dell'accertamento del fatto, la giurisdizione di merito, invece, mira all'esame dell'atto, oltre che sotto il profilo della legittimità, anche sotto il profilo della convenienza e della opportunità. Tale diverso modus operandi, che va ad indagare su "scelte di merito" dell'azione amministrativa, giustifica la sostituzione dell'autorità giurisdizionale alla P.A.

La giurisdizione di merito del T.A.R. è una giurisdizione:

- a) eccezionale, in quanto ammessa eccezionalmente, in deroga al principio del sindacato giurisdizionale di sola legittimità sull'atto amministrativo;
 - b) tassativa, cioè ammessa nei soli casi previsti dalla legge;
 - c) aggiuntiva, in quanto non esclude, ma si aggiunge alla giurisdizione di legittimità.
- Il legislatore del Codice parla di cognizione estesa al merito.

19.3.2.4.1. Casi di giurisdizione di merito.

Con il D.Lgs. 104/2010 il legislatore ha attuato la delega di cui alla L. 69/2009 operando un ridimensionamento dei casi in cui il G.A. esercita la giurisdizione di merito, ed ha individuato le relative controversie nell'art. 134 dello stesso testo normativo.

Come per le ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche l'elencazione di cui all'art. 134 del Codice non è da ritenersi esaustiva: l'art. 7, comma 6, del testo normativo in questione, infatti,



testualmente prevede che le controversie in cui il G.A. esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito sono quelle “indicate dalla legge e dall’articolo 134”.

Ai sensi dell’art. 134 cit., controversie sindacabili in sede di giurisdizione di merito hanno ad oggetto:

- a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Tirolo I del Libro IV (giudizio di ottemperanza);
- b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa;
- c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti;
- d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali;
- e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico, di cui all’art. 8 della L.21-11-1962,n. 161.

19.3.2.5. La giurisdizione estesa ai diritti soggettivi

La decisione, da parte del giudice amministrativo, di controversie relative ad interessi legittimi può comportare la necessità di un esame e di una decisione anche rispetto a diritti soggettivi²⁰.

19.3.2.5.1. Questioni che non possono essere discusse

Solo per le questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone (fatta eccezione per la capacità di stare in giudizio, di cui ciascun giudice può decidere in via principale) e per l’incidente di falso, ogni decisione è riservata al giudice ordinario: si tratta, infatti, di questioni che si ritiene possano essere decise solo con efficacia di giudicato e che quindi non possono essere oggetto di cognizione da parte di un giudice diverso da quello istituzionalmente competente.

19.3.2.5.2. Il giudice si pronuncia in via incidentale

Quando il giudice amministrativo, in una controversia per la quale la sua giurisdizione concerne solo interessi legittimi, conosce e decide di diritti soggettivi, si pronuncia su di essi solo in via incidentale: la pronuncia sul diritto non costituisce giudicato.

19.3.2.5.3. Il giudice si pronuncia in via principale: diritto al risarcimento dei danni cagionati dall’Amministrazione in violazione di interessi legittimi

Il giudice amministrativo, invece, anche quando la sua giurisdizione concerne solo interessi legittimi, si pronuncia con forza di giudicato sul diritto al risarcimento dei danni cagionati dall’Amministrazione in violazione di interessi legittimi.

Le vertenze risarcitorie hanno per oggetto un diritto soggettivo (il diritto al risarcimento): pertanto la loro devoluzione al giudice amministrativo, nelle ipotesi di giurisdizione limitata agli interessi legittimi, rappresenta una deroga ai principi generali²¹.

²⁰ Come si è già accennato, in un primo tempo le questioni relative a diritti furono sempre riservate al giudice ordinario, poi la giurisprudenza si orientò nel senso di ammettere un sindacato in via incidentale del giudice amministrativo e, infine, con la riforma del 1923 fu sancito espressamente che il Consiglio di Stato potesse «decidere di tutte le questioni pregiudiziali od incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale di sua competenza».



19.3.3. Tipologie di giudizio.

Con riferimento al contenuto e all'oggetto delle pronunce del G.A., si osserva che il giudizio innanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa può essere:

- di **cognizione**: è volto a stabilire la fondatezza della pretesa variata dal ricorrente, per stabilire quale sia la volontà dell'ordinamento riguardo l'attività dell'amministrazione. Il processo amministrativo di cognizione si presenta prevalentemente, nella giurisdizione di legittimità, come giudizio di impugnazione di un atto amministrativo finalizzato alla sua eliminazione. Con il D.Lgs. 104/2010, il legislatore è, però, intervenuto a dettare una disciplina organica delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo.
- di **cautelare**: ha una funzione accessoria e strumentale rispetto al processo di cognizione, in quanto è teso all'adozione di misure preventive volte a preservare le utilità fornite dalla eventuale sentenza favorevole di cognizione da eventi che possono manifestarsi durante il corso del processo. In tale ipotesi processuale, il G.A. conosce dell'atto impugnato limitatamente agli effetti dannosi che dallo stesso possono scaturire per il ricorrente;
- di **esecuzione**: esso ha la funzione di assicurare anche coattivamente l'attuazione concreta della pronuncia di cognizione. Al pari di quello cautelare, tale tipologia di giudizio, definito giudizio di ottemperanza, è fortemente tipizzato dal legislatore agli artt. 112 e ss. del Codice del processo amministrativo.

19.3.3.1. Le azioni di cognizione esperibili innanzi all'autorità giurisdizione amministrativa.

Quanto alle azioni esperibili innanzi al G.A., si evidenzia che con l'approvazione del Codice del processo amministrativo è stata introdotta nell'ordinamento una disciplina organica delle stesse che, in modo più o meno completo, ricalca il sistema delle tradizionali azioni di cognizione (costitutive, di accertamento e di condanna).

Prima della recente riforma legislativa, il quadro delle azioni amministrative che il privato poteva attivare innanzi al giudice amministrativo era alquanto articolato ed il processo amministrativo era, per lo più, incentrato sulla richiesta di annullamento del provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo.

In ossequio a quanto previsto nella legge di delega, il Capo II, Titolo III del Libro I del D.Lgs.104/2010 è interamente dedicato alle azioni di cognizione esperibili innanzi al G.A.

Invero, in merito è opportuna una precisazione. La legge di delega per la riforma del processo amministrativo includeva, tra i criteri direttivi per il riordino della disciplina delle

²¹ La deroga, come si è già accennato, è stata giustificata con esigenze di economia processuale e di semplificazione nella tutela del cittadino. L'impugnazione di un atto lesivo di interessi legittimi e la domanda di risarcimento dei danni provocati da quello stesso atto sono strettamente connesse, perché richiedono la verifica della legittimità del medesimo atto amministrativo: la possibilità di proporre entrambe le domande al giudice amministrativo soddisfa esigenze pratiche di concentrazione dei giudizi e previene il rischio di pronunce contraddittorie.



azioni, l'introduzione di "pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa" (art. 44, comma 2, lett. b), n.4, della L.69/2009). Il Codice disciplina l'azione di annullamento, l'azione di condanna e l'azione avverso il silenzio della P.A., ma non disciplina espressamente e direttamente le pronunce di tipo dichiarativo. È di tutta evidenza, quindi, che sul punto la delega non può dirsi completamente attuata, anche se vi sono delle ipotesi in cui il G.A. si limita ad "accertare" una determinata situazione.

In ogni caso un corretto inquadramento delle azioni che possono essere attivate innanzi al G.A. richiede una lettura combinata delle disposizioni sulle singole azioni e dell'art. 34 del Codice, che individua i poteri del giudice in relazione al contenuto delle sentenze.

Prima di procedere all'analisi delle azioni esperibili, va ricordato che il giudizio amministrativo di cognizione non è, come il giudizio penale (in cui al giudice è consentito procedere d'ufficio), un giudizio di diritto obiettivo, ma, analogamente al processo civile, è un giudizio di parte

Tuttavia, mentre il giudizio civile inizia con un atto di citazione, nel processo amministrativo la domanda di giustizia viene introdotta mediante la proposizione di un ricorso

Le azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo sono:

- l'azione di annullamento, disciplinata dall'art.29 del Codice;
- l'azione di condanna, disciplinata dall'art. 30 del Codice;
- l'azione avverso il silenzio della P.A., disciplinata dall'art. 31 del Codice, ed altre azioni di accertamento.

19.3.3.1.1. L'azione di annullamento.

L'azione di annullamento costituisce, da sempre, l'espressione più tipica del processo amministrativo, in quanto è tesa a realizzare la cd. tutela di tipo demolitorio, ossia la demolizione dell'atto impugnato.

L'art .29 del D.Lgs. 104/2010, quindi, non fa che riproporre quanto già noto: l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di 60 giorni.

Invero, la norma in sé considerata circoscrive l'oggetto dell'azione omettendo di precisare il dies a quo dal quale far decorrere i sessanta giorni prescritti per chiedere l'annullamento di un atto lesivo.

Tale mancanza può essere colmata da una lettura combinata dell'art. 29 in questione con il successivo art. 41 del Codice.

Pertanto, qualora sia proposta un'azione di annullamento, che, per i suoi effetti, è azione costitutiva, il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza alla P.A. che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge (in linea generale sempre 60 gg.), decorrente:

- dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto lesivo ovvero
- per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione, se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge.



19.3.3.1.2. L'azione di condanna ed il risarcimento degli interessi legittimi.

19.3.3.1.2.1. L'azione di condanna

L'azione di condanna è disciplinata dall'art.30 del Codice del processo amministrativo, mediante un'articolata disposizione che, sebbene incentrata prevalentemente sulla disciplina del risarcimento del danno (che costituisce la più imporrante manifestazione dell'azione di condanna), ha una portata generale applicabile "quando risulti necessaria, dopo l'annullamento, una tutela in forma specifica del ricorrente mediante la modificazione della realtà materiale (condanna ad un facere) o sia rimasta inadempita un'obbligazione di pagamento o debba comunque provvedersi mediante l'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettivo (Relazione introduttiva al Codice).

Ed infatti, ai sensi dell'art.34, comma 1, del Codice, il giudice amministrativo, con la sentenza con cui definisce nel merito il giudizio, può:

- ordinare all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine (lett. b));
- condannare al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno (lett. c));
- condannare all'adozione di misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio (lett. c)): ipotesi di cd. condanna atipica).

Inoltre si deve ricordare che il giudice amministrativo quando emette una decisione provvede sulle spese di giudizio, ai sensi del codice di procedura civile, e che nel pronunciare sulle spese può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro determinata in via equitativa, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati (art.26 del Codice).

L'azione di condanna può essere proposta sia contestualmente ad un'altra azione che in via autonoma, nei soli casi, però, di giurisdizione esclusiva e nei casi individuati dallo stesso art.30 del Codice.

19.3.3.1.2.2. L'azione di risarcimento.

Il medesimo art. 30 del Codice disciplina specificamente, nell'ambito dell'azione di condanna, l'azione risarcitoria esperibile contro la P.A. per danni da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa (quindi, a tutela di interessi legittimi) nonché, nei casi di giurisdizione esclusiva, per danni da lesione di diritti soggettivi.

L'azione di risarcimento è consentita per riparare un danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nel caso di giurisdizione esclusiva, il G.A. risarcisce anche il danno da lesione di diritti soggettivi. Con l'ulteriore precisazione che ogni domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi l'azione è dal legislatore affidata in via esclusiva al giudice amministrativo.

Con l'art. 30 del D.Lgs. 104/2010 viene, innanzitutto, definitivamente superata la questione della pregiudiziale amministrativa (nel senso che non è necessario per richiedere il risarcimento ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo), prevedendo la possibilità che l'azione di condannare, quindi, di risarcimento, possa essere esercitata anche autonomamente



(nei casi di giurisdizione esclusiva e nelle ipotesi disciplinate dallo stesso art. 30). È quindi il soggetto leso a decidere la via giurisdizionale più consona alle sue esigenze.

Ammessa la possibilità di un'azione risarcitoria autonoma, il successivo comma 3 dell'art. 30 in questione introduce "un potente strumento di dissuasione rispetto all'opzione meramente risarcitorio" che finisce per svuotare di ogni significato il potere di scelta del soggetto leso dall'azione amministrativa.

La possibilità di un'azione risarcitoria autonoma è infatti ridimensionata dall'ampia discrezionalità riconosciuta al G.A. in ordine alla determinazione del risarcimento: questi, infatti, a tal fine valuta tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti e può arrivare ad escludere il risarcimento per quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza "anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti" (quindi anche l'annullamento dell'atto).

Un'altra previsione che sicuramente costituisce un deterrente all'esercizio dell'azione autonoma di risarcimento è sicuramente quella relativa al breve termine di decadenza alla quale è subordinata (art. 30, comma 3).

L'azione è infatti proponibile entro il termine di 120 giorni, decorrenti:

- dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero
- dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo.

Tale termine decadenziale può essere posticipato solo nel caso in cui sia proposta prioritariamente la sola azione di annullamento: in tale eventualità, l'art. 30, comma 5, del Codice prevede che la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (è quindi possibile proporre domanda risarcitoria nel processo di ottemperanza).

Completa la disciplina dell'azione risarcitoria la previsione per cui è possibile chiedere al giudice amministrativo il risarcimento del danno in forma specifica, qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 2058 c.c., ossia quando tale forma di reintegrazione risulti in tutto o in parte possibile e non sia eccessivamente onerosa per il debitore.

La ratio di tale previsione è stata individuata nella circostanza che con la stessa <<non si è introdotta un'azione diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento di una obbligazione, né un rimedio in forma specifica per l'attuazione coercitiva di un diritto, ma si è inteso estendere al processo amministrativo lo stesso rimedio, di natura risarcitoria, di cui all'art. 2058 cod. civ., al fine di ottenere la diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo attraverso la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno" (così la Relazione introduttiva al Codice).

19.3.4. I giudici amministrativi.

Gli organi investiti della giurisdizione amministrativa (che quindi rappresentano un unico ordine giurisdizionale) possono essere generali o speciali:

19.3.4.1. Giudici amministrativi generali

La giurisdizione amministrativa è esercitata in primo grado dai Tribunali amministrativi regionali (TAR), in secondo grado dal Consiglio di



Stato e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

19.3.4.2. Giudici amministrativi speciali.

Sono giudici amministrativi speciali, con competenze speciali, stabilite tassativamente dalla legge: I) la Corte dei conti; II) Tribunale della acque pubbliche; III) Commissioni tributarie; IV) Commissione per gli usi civici; V) altri organi particolari.

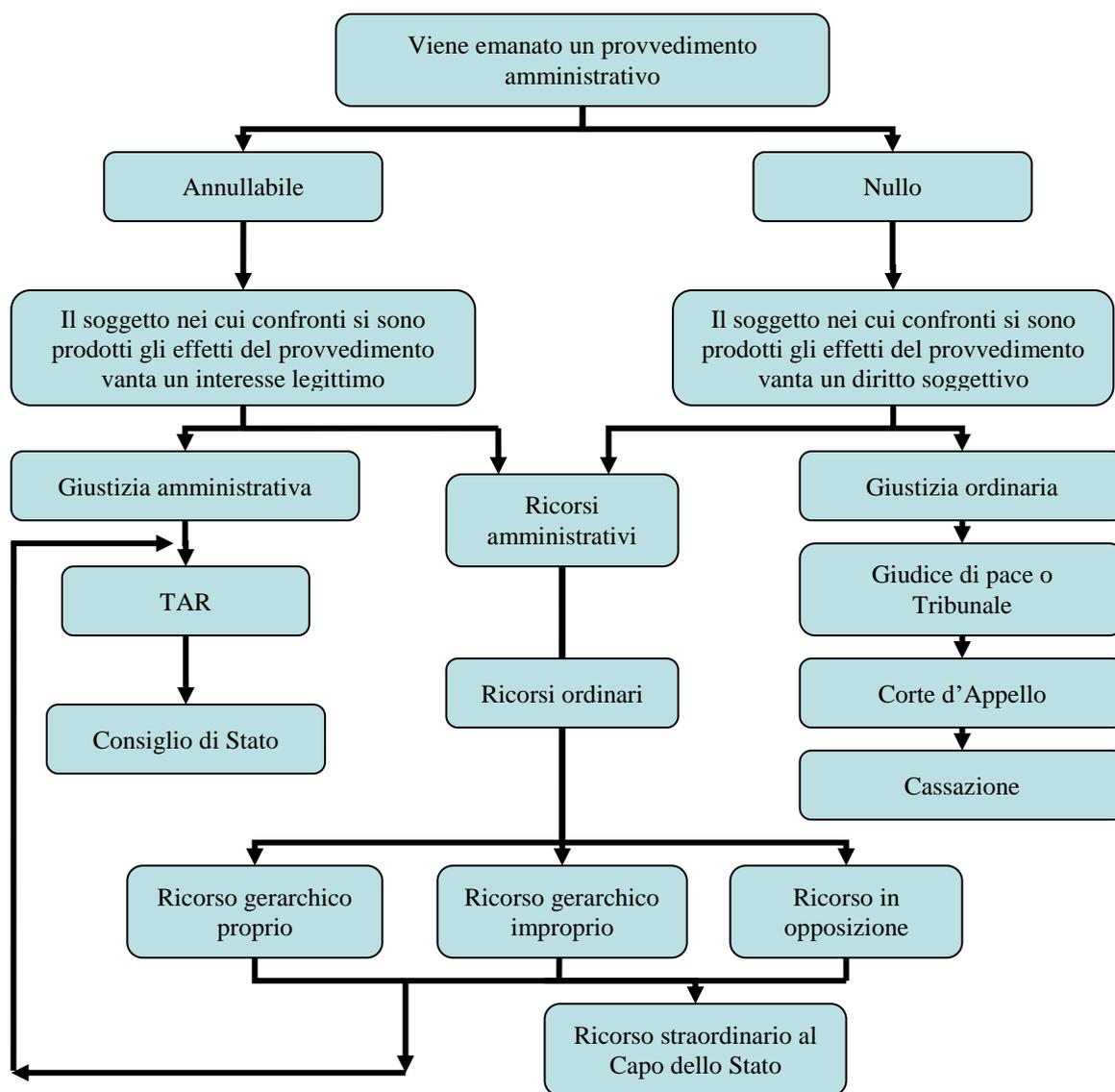


Figura 1: Schema riassuntivo dei rimedi esperibili.



Indice Sommario

CAPITOLO 1°	2
La pubblica amministrazione in senso soggettivo.....	2
1.1. Nozioni iniziali	2
1.1.1. I poteri e le funzioni dello Stato.....	2
1.1.1.1. La funzione esecutiva o amministrativa.	2
1.1.2. Nozione di diritto amministrativo.	2
1.1.2.1. La principale distinzione fra diritto privato e diritto pubblico.	2
1.2. La pubblica amministrazione in senso soggettivo.	3
1.2.1. Decentramento ed autonomia.....	3
1.2.2. Amministrazione diretta.....	4
1.2.2.1. Amministrazione diretta centrale.	4
1.2.2.2. Amministrazione diretta periferica.	5
1.2.2.2.1. Le prefetture - UTG e i prefetti.	5
1.2.2.2.2. Le questure e i Questori.....	6
1.2.2.2.3. Il sindaco come ufficiale di governo	6
1.2.3. Amministrazione indiretta.....	7
1.2.3.1. Amministrazione indiretta centrale.	7
1.2.3.2. Amministrazione indiretta periferica.....	7
1.2.3.3. Gli enti pubblici diversi dallo Stato.....	7
1.2.3.3.1. Nozione.	7
1.2.3.3.2. Classificazioni.	8
1.2.3.3.3. Gli enti pubblici autarchici.	8
1.2.3.3.3.1. L'autarchia.....	8
1.2.3.3.3.2. L'autotutela.....	9
1.2.3.3.3.3. L'autonomia.....	9
1.2.3.3.3.4. L'autogoverno.....	10
1.2.3.3.4. Gli enti pubblici economici.	10
1.2.3.3.4.1. Regime giuridico.	10
CAPITOLO 2°	11
La pubblica amministrazione in senso oggettivo	11
2.1. L'attività amministrativa	11
2.1.1. Nozione.....	11
2.1.2. Attività amministrativa di diritto pubblico e privato.....	11
2.2. Il potere amministrativo.....	12
2.2.1. Nozione.....	12
2.2.2. Caratteristiche.	12
2.2.3. I poteri discrezionali e vincolati.....	13
2.2.3.1. Poteri discrezionali.....	13
2.2.3.1.1. I punti su cui può vertere l'attività discrezionale.....	14
2.2.3.1.2. L'interesse pubblico concreto come elemento vincolativo dell'attività amministrativa discrezionale.....	14
2.2.3.1.2.1. Il criterio di ragionevolezza.	14
2.2.3.1.3. Merito amministrativo.....	16
2.2.3.1.4. Discrezionalità tecnica.....	16
2.2.3.1.5. Discrezionalità mista.	16
2.2.3.2. Poteri non discrezionali o vincolati.....	17
2.2.3.2.1. Nozione.	17
2.2.3.2.2. Disciplina.....	17
CAPITOLO 3°	18
Le posizioni giuridiche soggettive rilevanti nei confronti della P.A.	18



3.1. Introduzione.....	18
3.2. I diritti soggettivi.....	19
3.2.1. Nozione.....	19
3.2.2. Diritti soggettivi condizionati.....	19
3.2.2.1. Diritto sospensivamente condizionati.....	19
3.2.2.2. Diritto risolutivamente condizionati.....	19
3.3. L'interesse legittimo.....	20
3.3.1. Introduzione.....	20
3.3.2. Caratteri.....	20
3.3.2.1. La relatività dell'interesse legittimo.....	20
3.3.2.2. La differenziazione.....	21
3.3.2.3. La qualificazione.....	21
3.3.3. Classificazioni.....	22
3.4. Altre situazioni soggettive rilevanti nei confronti della P.A.....	22
3.4.1. Gli interessi diffusi e collettivi.....	22
3.4.1.1. Gli interessi diffusi.....	22
3.4.1.2. Gli interessi collettivi.....	23
3.4.2. L'interesse semplice.....	23
3.4.3. Interessi di fatto.....	23
CAPITOLO 4°	25
I principi dell'attività amministrativa	25
4.1. Introduzione.....	25
4.1.1. Il rispetto dei principi da parte dei soggetti privati preposti all'attività amministrativa.....	26
4.1.1.1. L'esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi.....	27
4.2. Il principio di legalità.....	27
4.2.1. In senso formale.....	27
4.2.2. In senso sostanziale.....	27
4.3. Il principio di buona amministrazione o di buon andamento (art. 97 1° co. Cost.).....	28
4.3.1. Il criterio dell'economicità.....	29
4.3.2. Il criterio dell'efficacia (in senso tecnico).....	29
4.3.3. Il criterio (o principio) di imparzialità.....	29
4.3.3.1. Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo.....	29
4.3.4. Il criterio (o principio) di trasparenza e il criterio di pubblicità.....	30
4.3.4.1. Il D.Lgs. 33/2013 (c.d. Decreto trasparenza).....	30
4.3.4.1.1. Nozione di trasparenza.....	30
4.3.4.1.2. Come principio della pubblica amministrazione.....	30
4.3.4.1.3. Accessibilità totale delle informazioni su procedimento e tempi.....	30
4.3.5. L'informatizzazione dell'azione amministrativa.....	32
4.4. Il principio del giusto procedimento.....	32
4.4.1. La disciplina della partecipazione contenuta nella L. 241/90.....	32
4.4.1.1. Ambito di applicazione di tale disciplina.....	32
4.5. Il principio di semplificazione.....	33
4.5.1. La disciplina della semplificazione contenuta nella L. 241/90.....	33
CAPITOLO 5°	34
L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione	34
5.1. Introduzione: i diversi modi di accedere ai documenti della P.A.....	34
5.2. Diritto di accesso documentale.....	34
5.2.1. Nozione.....	34
5.2.2. Finalità.....	34
5.2.3. Natura giuridica.....	35
5.2.4. Ambito oggettivo.....	36
5.2.4.1. Limiti.....	36
5.2.4.1.1. Tassativi: documenti per i quali l'accesso è negato.....	36
5.2.4.1.2. Facoltativi: documenti per i quali l'accesso può essere differito.....	37
5.2.5. Ambito soggettivi.....	38



5.2.5.1. Soggetti attivi	38
5.2.5.1.1. Nel caso in cui la richiesta di accesso provenga da una pubblica amministrazione	39
5.2.5.2. Soggetti passivi	39
5.2.6. Il procedimento di accesso.....	40
5.2.6.1. Fase introduttiva.....	40
5.2.6.1.1. Responsabile del procedimento	40
5.2.6.1.2. L'istanza.....	40
5.2.6.1.2.1. Termini entro cui può essere inoltrata l'istanza.....	40
5.2.6.1.2.2. L'ufficio competente a riceverla.....	41
5.2.6.1.2.3. Modalità di inoltro	41
5.2.6.1.2.4. Contenuto.....	41
5.2.6.1.3. La comunicazione di avvio del procedimento all'interno del procedimento di accesso.....	42
5.2.6.2. Modalità di definizione del procedimento.....	42
5.2.6.2.1. Procedimento di accesso informale.....	42
5.2.6.2.2. Procedimento di accesso formale.....	43
5.2.6.2.2.1. Accoglimento.....	44
5.2.6.2.2.2. Accoglimento parziale.....	44
5.2.6.2.2.3. Differimento.....	44
5.2.6.2.2.4. Diniego.....	45
5.2.7. I mezzi di tutela del diritto di accesso documentale.....	45
5.2.7.1. Tutela giurisdizionale: ricorso giurisdizionale amministrativo.....	45
5.2.7.1.1. Ricorso giurisdizione in pendenza di un giudizio amministrativo.....	46
5.2.7.2. Tutela amministrativa: ricorso al difensore civico o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.....	46
5.2.7.2.1. Procedimento.....	47
5.2.8. Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.....	47
5.2.8.1. Nomina.....	47
5.2.8.2. Presidenza e composizione.....	47
5.2.8.3. Durata in carica.....	48
5.2.8.4. Funzionamento.....	48
5.2.8.5. I compiti.....	48
5.2.9. Il rapporto tra il diritto di accesso e il diritto alla riservatezza.....	50
5.3. Diritto di accesso civico.....	51
5.3.1. Nozione.....	51
5.3.2. Differenza con l'accesso documentale.....	51
5.3.3. Ambiti soggettivi	51
5.3.3.1. Soggetti attivi.....	51
5.3.3.2. Soggetti passivi.....	52
5.3.4. Procedimento di accesso.....	52
5.3.4.1. Fase introduttiva.....	52
5.3.4.1.1. Organo competente a ricevere l'istanza.....	52
5.3.4.1.2. L'istanza.....	52
5.3.4.2. Fase decisoria.....	53
5.3.5. Mezzi di tutela.....	53
5.3.5.1. Segnalazione all'ANAC.....	53
5.4. Diritto di accesso generalizzato	53
5.4.1. Nozione.....	53
5.4.2. Finalità.....	53
5.4.3. Distinzione con l'accesso civico (semplice).....	54
5.4.4. Distinzione con l'accesso documentale.....	55
5.4.5. Ambito soggettivi.....	56
5.4.5.1. Soggetti attivi.....	56
5.4.5.2. Soggetti passivi.....	56
5.4.6. Ambito oggettivo.....	57
5.4.6.1. Le eccezioni all'accesso.....	57
5.4.6.1.1. Eccezioni assolute.....	58
5.4.6.1.2. Eccezioni relative o qualificate.....	60
5.4.6.1.2.1. Le ipotesi previste dal primo comma.....	61
5.4.6.1.2.2. Le ipotesi previste dal secondo comma.....	65
5.4.7. Il procedimento di accesso.....	68



5.4.7.1. Fase introduttiva.....	68
5.4.7.1.1. Ufficio competente a ricevere l'istanza	68
5.4.7.1.2. L'istanza di accesso.....	69
5.4.7.1.2.1. Contenuto.....	69
5.4.7.1.2.2. Modalità di inoltro	69
5.4.7.2. Fase istruttoria.....	69
5.4.7.2.1. Comunicazione ai controinteressati	69
5.4.7.2.1.1. I mezzi di tutela dei controinteressati	70
5.4.7.3. Fase decisoria.....	70
5.4.7.3.1. Termine di conclusione	70
5.4.7.3.2. Accoglimento dell'istanza	70
5.4.7.3.2.1. La motivazione	70
5.4.7.3.2.2. Rimborso dei costi	70
5.4.7.3.3. Diniego all'accesso.....	70
5.4.8. I mezzi di tutela del diritto di accesso generalizzato.....	71

CAPITOLO 6°72

Atti amministrativi	72
6.1. L'atto amministrativo (in senso lato).....	72
6.1.1. Gli elementi dell'atto amministrativo.	72
6.1.1.1. Essenziali	72
6.1.1.1.1. L'agente.....	72
6.1.1.1.1.1. Concetto di organo e di rapporto organico.....	72
6.1.1.1.1.2. Rapporti interorganici.....	73
6.1.1.1.1.3. Classificazione degli organi.....	74
6.1.1.1.2. Il destinatario.....	75
6.1.1.1.3. La volontà.....	75
6.1.1.1.4. L'oggetto.....	75
6.1.1.1.5. Il contenuto.....	75
6.1.1.1.6. La finalità.....	76
6.1.1.1.7. La forma.....	76
6.1.1.2. Accidentali.....	76
6.1.2. I requisiti di legittimità dell'atto amministrativo.	76
6.1.2.1. Inerenti all'agente.....	76
6.1.2.1.1. La competenza.....	77
6.1.2.1.1.1. Trasferimento della competenza.....	77
6.1.2.2. Inerenti all'oggetto.....	78
6.1.2.3. Inerenti alla forma.....	78
6.1.2.4. Inerenti al contenuto.....	78
6.1.3. Classificazioni operanti in seno alla categoria degli atti amministrativi in senso lato.	78
6.1.3.1. In relazione alla natura dell'attività esercitata.....	78
6.1.3.2. In relazione all'elemento psichico.....	79
6.1.3.3. In relazione ai tipi di efficacia.....	80
6.1.3.4. In relazione ai destinatari.....	80
6.1.3.5. In relazione alla reciproca interdipendenza.....	81
6.1.3.6. In relazione agli agenti.....	81
6.1.3.7. In relazione al procedimento amministrativo.....	81
6.2. Gli atti amministrativi diversi dai provvedimenti: atti amministrativi in senso stretto.....	82
6.2.1. Introduzione.....	82
6.2.2. Classificazioni.....	82
6.2.2.1. Atti consistenti in manifestazioni di volontà.....	82
6.2.2.1.1. Atti paritetici.....	82
6.2.2.1.2. Atti facenti parte del procedimento amministrativo.....	83
6.2.2.2. Atti non consistenti in manifestazioni di volontà.....	83
6.3. Le norme interne della P.A.....	83
6.3.1. Nozione.....	83
6.3.2. Le fonti delle norme interne.....	84



CAPITOLO 7°	85
I provvedimenti amministrativi	85
7.1. Nozione e caratteristiche	85
7.2. Struttura formale del provvedimento amministrativo	85
7.3. Classificazioni.	86
7.4. I provvedimenti ablatori.	87
7.4.1. Nozione.	87
7.4.2. Caratteristica.	87
7.4.3. Tipologia.	87
7.4.4. I provvedimenti ablatori reali	88
7.4.4.1. Principi generali.	88
7.4.4.2. L'espropriazione.	88
7.4.4.2.1. Nozione.	88
7.4.4.2.2. L'oggetto.	88
7.4.4.2.3. Le parti del procedimento espropriativo.	88
7.4.4.2.4. L'indennizzo.	89
7.4.4.2.5. Le competenze in materia di espropriazione.	89
7.4.4.2.6. La procedura di espropriazione in base al testo unico.	90
7.4.4.2.6.1. La fase di apposizione del vincolo.	90
7.4.4.2.6.2. La fase di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.	90
7.4.4.2.6.3. La fase della determinazione dell'indennità di esproprio.	91
7.4.4.2.6.4. Il decreto di esproprio.	91
7.4.4.2.7. La partecipazione dell'interessato al procedimento.	91
7.4.4.2.8. La retrocessione.	91
7.4.4.3. La requisizione in proprietà.	92
7.4.4.4. Il trasferimento coattivo dei diritti d'uso.	92
7.4.4.4.1. La requisizione in uso.	92
7.4.4.4.2. L'occupazione temporanea.	92
7.4.4.4.3. Provvedimenti che privano parzialmente il godimento dei beni.	92
7.4.4.5. Gli atti ablativi di urgente necessità.	93
7.4.4.5.1. L'occupazione d'urgenza.	93
7.4.4.5.2. La requisizione d'urgenza.	93
7.4.4.5.3. Gli ordini di distruzione di beni e provvedimenti similari.	93
7.4.4.6. La confisca e gli atti ablativi privativi.	93
7.4.4.6.1. La confisca.	93
7.4.4.6.2. Il sequestro amministrativo.	94
7.4.4.6.3. L'avocazione di cave e torbiere alle Regioni.	94
7.4.5. I provvedimenti ablatori personali: l'ordinanze	94
7.4.5.1. Ordinanze c.d. di necessità ed urgenza o libere.	94
7.5. I provvedimenti ampliativi o accrescitivi.	95
7.5.1. Nozione.	95
7.5.2. Concessione.	96
7.5.2.1. Tipologia.	96
7.5.2.2. Diritti e doveri del concessionario.	97
7.5.2.3. Le fattispecie di risoluzione relative al rapporto concessorio.	98
7.5.3. Delega di poteri.	98
7.5.4. Ammissioni.	98
7.5.5. Autorizzazione.	98
7.5.5.1. Tipologie.	98
7.5.6. Abilitazione.	99
7.5.7. Approvazione.	99
7.5.8. Dispensa.	99
7.5.9. Nulla-osta.	99
7.5.10. Licenza.	100
7.5.11. Registrazione.	100
CAPITOLO 8°	101



L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti	101
8.1. L'efficacia.....	101
8.1.1. Nozione.....	101
8.1.2. Distinzione tra efficacia e validità.....	101
8.1.3. Tipologia.....	101
8.1.3.1. Efficacia costitutiva.....	101
8.1.3.2. Efficacia dichiarativa.....	101
8.1.3.3. Efficacia preclusiva.....	101
8.1.4. Efficacia nel tempo.....	101
8.1.4.1. Atti ad efficacia istantanea.....	101
8.1.4.2. Atti ad efficacia permanente.....	102
8.1.4.3. Momento in cui gli effetti iniziano a prodursi.....	102
8.1.4.3.1. Atti recettizi.....	102
8.1.4.3.1.1. Efficacia recettizia dei provvedimenti restrittivi.....	102
8.1.4.3.1.2. Atti sottoposti a termine iniziale o a condizione sospensiva.....	103
8.1.5. Efficacia nello spazio.....	103
8.2. L'esecuzione, l'esecutorietà e l'esecutività.....	103
8.3. I procedimenti di revisione.....	105
8.3.1. Riforma.....	105
8.3.2. Sospensione.....	105
8.3.3. Proroga.....	106
8.3.4. La revoca.....	106
8.3.4.1. Conseguenze della revoca.....	106
8.3.4.2. Altri atti di caducazione.....	107
8.3.4.2.1. Mero ritiro.....	107
8.3.4.2.2. La pronuncia di decadenza.....	107
8.3.4.2.3. Il diniego di rinnovo.....	107

CAPITOLO 9° 108

La patologia degli atti amministrativo	108
9.1. Introduzione.....	108
9.2. L'irregolarità.....	108
9.3. L'invalidità.....	108
9.3.1. Ambito dell'invalidità amministrativa.....	109
9.3.2. Nullità.....	109
9.3.2.1. Ipotesi.....	109
9.3.2.1.1. Nullità strutturale.....	110
9.3.2.1.2. Carenza di potere in astratto o incompetenza assoluta: straripamento di potere e difetto di attribuzione.....	110
9.3.2.1.3. Carenza di potere in concreto.....	110
9.3.2.2. Regime giuridico.....	110
9.3.3. Annullabilità.....	111
9.3.3.1. Cause.....	111
9.3.3.1.1. Distinzione tra vizi formali e sostanziali.....	111
9.3.3.1.2. Incompetenza relativa.....	111
9.3.3.1.3. Eccesso di potere.....	112
9.3.3.1.3.1. Lo sviamento di potere.....	113
9.3.3.1.3.2. Irragionevolezza.....	113
9.3.3.1.4. Violazione di legge.....	114
9.3.3.2. Regime giuridico.....	114
9.4. L'inesistenza.....	115
9.5. I procedimenti di riesame.....	115
9.5.1. L'autotutela.....	116
9.5.1.1. Nozione.....	116
9.5.1.2. Tipologia.....	116
9.5.1.3. L'interesse pubblico come presupposto dei provvedimenti di autotutela.....	117
9.5.2. Campo di applicazione.....	117
9.5.3. Natura giuridica ed efficacia.....	117
9.5.4. Tipologia.....	117



9.5.4.1. Conferma.....	117
9.5.4.1.1. Altri provvedimenti di conservazione.....	117
9.5.4.1.1.1. La consolidazione.....	117
9.5.4.1.1.2. L'acquiescenza.....	118
9.5.4.1.1.3. La conversione.....	118
9.5.4.2. Convalida.....	118
9.5.4.2.1. Efficacia retroattiva.....	118
9.5.4.2.2. Campo di applicazione.....	118
9.5.4.2.3. Altri provvedimenti di convalida.....	118
9.5.4.2.3.1. Ratifica.....	118
9.5.4.2.3.2. La sanatoria.....	119
9.5.4.3. Annullamento d'ufficio.....	119
9.5.4.3.1. Generalità.....	119
9.5.4.3.2. Presupposti e conseguenze giuridiche.....	119
9.5.4.3.3. Responsabilità in caso di mancato annullamento.....	119

CAPITOLO 10° 121

Il procedimento amministrativo – Disciplina e struttura.....	121
10.1. Introduzione.....	121
10.2. Le funzioni.....	121
10.3. La disciplina.....	121
10.3.1. Ambito di applicazione della L. 241/90 così come integrata e modificata dalla L. 69/2009.....	122
10.4. La struttura.....	123

CAPITOLO 11° 125

Il procedimento amministrativo – La fase di iniziativa.....	125
11.1. Introduzione.....	125
11.2. Modalità di apertura.....	125
11.2.1. A richiesta di parte.....	125
11.2.1.1. Istanza.....	125
11.2.1.2. S.C.I.A.....	126
11.2.1.2.1. Nozione.....	126
11.2.1.2.2. Natura giuridica.....	126
11.2.1.2.3. Gli atti che può sostituire.....	126
11.2.1.2.4. Termine dal quale può essere inoltrata.....	127
11.2.1.2.5. Organo competente a riceverla: il SUAP.....	127
11.2.1.2.6. Gli adempimenti dell'amministrazione ricevente in caso di SCIE multiple.....	127
11.2.1.2.7. Modalità di inoltro.....	127
11.2.1.2.8. Gli allegati.....	128
11.2.1.2.9. L'inizio dell'attività.....	128
11.2.1.2.10. I controlli dell'amministrazione.....	128
11.2.1.2.10.1. Nel termine di 60 giorni (30 giorni per scia edilizia).....	128
11.2.1.2.10.2. Oltre il termine di 60 giorni.....	129
11.2.1.2.11. Giurisdizione esclusiva.....	129
11.2.1.3. Denuncia.....	130
11.2.1.4. Ricorso.....	130
11.2.2. Ad iniziativa d'ufficio.....	130
11.2.2.1. Autonoma.....	130
11.2.2.2. Eteronoma.....	130
11.3. Il carattere necessitato dell'apertura del procedimento: l'obbligo di procedere.....	131
11.4. Termine di conclusione del procedimento.....	131
11.4.1. Individuazione del termine.....	131
11.4.2. Individuazione del soggetto titolare del potere sostitutivo.....	132
11.4.3. Conseguenze del mancato rispetto del termine.....	132
11.4.3.1. L'esercizio del potere sostitutivo.....	133
11.4.3.2. La responsabilità dirigenziale in caso di mancata conclusione del procedimento nei termini.....	133



11.4.3.3. Il danno da ritardo.....	134
11.4.3.4. L'indennizzo da ritardo.....	134
11.4.3.4.1. Differenze con il risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.....	135
11.4.3.4.2. Il procedimento di corresponsione dell'indennizzo.....	135
11.4.3.4.2.1. Attivazione del potere sostitutivo.....	135
11.4.3.4.2.2. La liquidazione del danno.....	136
11.4.3.4.3. Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo.....	137
11.4.3.4.4. In sintesi.....	137
11.4.3.4.5. Rimedi giudiziari.....	138
11.5. Il responsabile del procedimento.....	138
11.5.1. La nozione dell'unità organizzativa.....	138
11.5.2. Nozione ed identificazione.....	139
11.5.3. Funzioni.....	139
11.6. Il rilascio della ricevuta.....	140
11.6.1. La data di protocollazione.....	140
11.6.2. La ricevuta come comunicazione dell'avvio del procedimento.....	140
11.6.3. In caso di mancato rilascio della ricevuta.....	140
11.7. Comunicazione di avvio del procedimento agli interessati.....	140
11.7.1. Eccezioni.....	141
11.7.2. Forma e contenuto della comunicazione.....	141
11.7.3. L'inadempimento.....	142

CAPITOLO 12° 143

Il procedimento amministrativo – La fase istruttoria.....	143
12.1. Istruttoria.....	143
12.2. Finalità della fase istruttoria.....	143
12.3. L'acquisizione dei fatti.....	143
12.3.1. Fatti semplici.....	143
12.3.1.1. Documentazione rilevabile d'ufficio.....	143
12.3.1.2. Documentazione di parte.....	144
12.3.2. Fatti complessi.....	144
12.3.2.1. Le valutazioni tecniche.....	144
12.3.2.1.1. Richiesta della valutazione tecnica.....	144
12.3.2.1.2. Nel caso in cui la valutazione tecnica non pervenga: c.d. silenzio devolutivo.....	145
12.3.2.2. Ispezioni.....	145
12.3.2.3. Inchieste.....	145
12.4. L'acquisizione degli interessi pubblici e privati.....	146
12.4.1. Acquisizione delle determinazioni delle altre amministrazioni : la conferenza dei servizi.....	146
12.4.1.1. La nuova disciplina: D.Lgs. n. 127/2016.....	146
12.4.1.2. Tipologie.....	147
12.4.1.2.1. Istruttoria.....	147
12.4.1.2.2. Decisoria.....	148
12.4.1.2.2.1. Conferenza per progetti sottoposti a VIA regionale.....	149
12.4.1.2.3. Preliminare.....	150
12.4.1.3. Le modalità di svolgimento.....	151
12.4.1.3.1. Conferenza semplificata (senza riunione).....	151
12.4.1.3.1.1. Le modalità di trasmissione degli atti nell'ambito della conferenza semplificata ..	151
12.4.1.3.1.2. La comunicazione di indizione della conferenza.....	152
12.4.1.3.1.3. Adempimenti in caso di richiesta di integrazione documentale.....	153
12.4.1.3.1.4. Le determinazioni delle amministrazioni coinvolte.....	153
12.4.1.3.1.5. La mancata comunicazione delle determinazioni: la formazione del silenzio assenso.....	153
12.4.1.3.1.6. La conclusione della conferenza semplificata.....	153
12.4.1.3.2. Conferenza simultanea (con la riunione).....	154
12.4.1.3.2.1. I casi in cui è prevista.....	154
12.4.1.3.2.2. Il rappresentante unico.....	154
12.4.1.3.2.3. La partecipazione dei soggetti interessati.....	155
12.4.1.3.2.4. La durata dei lavori della conferenza.....	155



12.4.1.3.2.5. La conferenza in caso di decisione complesse	155
12.4.1.3.2.6. La conclusione della conferenza simultanea	156
12.4.1.4. Il valore della decisione finale	156
12.4.1.4.1. L'intervento in autotutela	156
12.4.1.4.2. Rimedi per le amministrazioni dissenzienti	157
12.4.2. La partecipazione dei soggetti interessati	157
12.4.2.1. Tipi di interesse rilevanti	157
12.4.2.1.1. Interesse pubblico	158
12.4.2.1.2. Interessi privati	158
12.4.2.1.3. Interessi collettivi	158
12.4.2.2. Disciplina	158
12.4.2.2.1. La facoltatività o l'obbligatorietà dell'intervento	158
12.4.2.2.2. Diritti degli interventori	158

CAPITOLO 13° 159

Il procedimento amministrativo – La fase consultiva	159
13.1. Introduzione	159
13.2. I pareri	159
13.2.1. Nozione	159
13.2.2. Competenza	159
13.2.3. Classificazioni	159
13.2.4. Funzioni	160
13.3. Il procedimento consultivo	160
13.3.1. Termine entro il quale l'amministrazione consultiva	160
13.3.2. Nel caso in cui il parere non viene formulato	161
13.3.2.1. La responsabilità del responsabile del procedimento	161

CAPITOLO 14° 162

Il procedimento amministrativo – La fase decisoria	162
14.1. Introduzione	162
14.2. La fase decisoria provvedimento	162
14.2.1. Gli atti che determinano direttamente o indirettamente il contenuto del provvedimento finale. ...	162
14.2.2. L'obbligo di conclusione del procedimento. Il provvedimento espresso	163
14.2.3. L'obbligo della motivazione (art. 3 1 – 2° co. della l. 241/90)	163
14.2.3.1. Ambito di applicazione	163
14.2.3.1.1. I regolamenti e gli atti amministrativi generali	163
14.2.3.2. Il contenuto della motivazione	164
14.2.3.2.1. Provvedimento espresso in forma semplificata	165
14.2.3.3. Motivazione ab relationem	165
14.2.3.4. Conseguenza della mancata motivazione	165
14.2.4. Competenza	165
14.2.5. Il provvedimento negativo	166
14.2.5.1. Comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza: il c.d. preavviso di rigetto.	166
14.2.6. Pluristrutturata	166
14.3. La fase decisoria negoziata	167
14.3.1. I contratti di diritto pubblico	167
14.3.1.1. Disciplina generale	167
14.3.1.1.1. La forma dell'accordo e la motivazione	167
14.3.1.1.2. La necessaria determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento finale	167
14.3.1.1.3. Il regime della tutela	168
14.3.1.1.4. Il recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico	168
14.3.1.2. Accordi sostitutivi	168
14.3.1.2.1. Campo di applicazione	169
14.3.1.2.2. Natura	169
14.3.1.3. Accordi integrativi o procedimentali	169



14.3.1.3.1. Gli effetti interinali dell'accordo.....	169
14.3.1.3.2. Regime del provvedimento.....	170
14.3.2. Accordi tra amministrazioni.....	170
14.3.2.1. Accordi di programma.....	170
14.4. La fase decisoria tacita: il silenzio della pubblica amministrazione.....	171
14.4.1. Premessa: nozione di silenzio e le sue varie forme.....	171
14.4.2. Il silenzio che si manifesta allo scadere del termine di conclusione del procedimento.....	171
14.4.2.1. Il silenzio significativo.....	172
14.4.2.1.1. Il silenzio significativo che ha il valore di un provvedimento positivo: il silenzio assenso.....	172
14.4.2.1.1.1. Nozione.....	172
14.4.2.1.1.2. Ambito di applicazione.....	172
14.4.2.1.1.3. Tutela.....	173
14.4.2.1.2. Il silenzio significativo che ha il valore di un provvedimento negativo: il silenzio rigetto.....	174
14.4.2.1.2.1. Natura.....	174
14.4.2.2. Il silenzio non significativo: il silenzio inadempimento o rifiuto.....	174
14.4.2.2.1. Natura.....	175
14.4.2.2.2. Tutela.....	175
14.4.3. Il c.d. silenzio tra amministrazioni.....	175
14.4.3.1. Presupposti.....	176
14.4.3.2. Campo di applicazione soggettivo.....	176
14.4.3.3. Campo di applicazione oggettivo.....	177
14.4.3.4. Procedimento di formazione del silenzio.....	178
14.4.3.5. I rimedi delle amministrazioni silenti.....	178
14.4.3.6. Il rapporto con la conferenza dei servizi decisoria.....	179

CAPITOLO 15° 180

Il procedimento amministrativo – La fase integrativa dell'efficacia.....	180
15.1. Introduzione.....	180
15.2. Il sistema dei controlli.....	180
15.3. I controlli sui soggetti o controlli sugli organi.....	180
15.4. I controlli sull'attività o controlli gestionali.....	181
15.5. I controlli sugli atti amministrativi.....	181
15.5.1. Controlli di legittimità e di merito.....	181
15.5.2. Controlli interni ed esterni.....	182
15.5.3. Controlli ordinari e straordinari.....	182
15.5.4. Controlli preventivi, successivi.....	182

CAPITOLO 16° 184

I beni pubblici.....	184
16.1. I beni pubblici.....	184
16.1.1. Nozione.....	184
16.1.2. La distinzione con i beni di interesse pubblico.....	184
16.2. I beni demaniali.....	184
16.2.1. Caratteristiche fondamentali.....	184
16.2.2. Regime giuridico dei beni demaniali.....	185
16.2.3. Demanio necessario e accidentale.....	186
16.2.3.1. Demanio necessario.....	186
16.2.3.1.1. Nozione.....	186
16.2.3.1.2. Demanio marittimo.....	186
16.2.3.1.3. Demanio idrico.....	186
16.2.3.1.4. Demanio militare.....	187
16.2.3.2. Demanio accidentale o eventuale.....	187
16.2.3.2.1. Nozione.....	187
16.2.3.2.2. Composizione.....	187
16.2.4. Demanio naturale e artificiale.....	188



16.2.5. La destinazione dei beni demaniali	188
16.2.6. La tutela amministrativa (o autotutela) dei beni demaniali	188
16.2.6.1. Introduzione	188
16.2.6.2. Tutela amministrativa (c.d. autotutela).....	188
16.2.6.3. Tutela giurisdizionale.....	189
16.3. I beni patrimoniali.....	189
16.3.1. Il patrimonio dello Stato.	189
16.3.2. Patrimonio disponibile e indisponibile.....	189
16.3.2.1. Patrimonio indisponibile.	189
16.3.2.1.1. Composizione.....	189
16.3.2.1.2. Distinzioni sviluppate dalla dottrina.....	190
16.3.2.1.3. Regime giuridico	191
16.3.2.2. Patrimonio disponibile.	191
16.3.2.2.1. Composizione.....	191
16.3.2.2.2. Regime giuridico.	191

CAPITOLO 17° 193

La responsabilità degli impiegati pubblici	193
17.1. Introduzione.....	193
17.2. La responsabilità penale.....	193
17.3. La responsabilità civile o patrimoniale.	194
17.3.1. Nozione.....	194
17.3.2. La responsabilità amministrativa e la responsabilità contabile.	194
17.3.2.1. La responsabilità amministrativa.....	194
17.3.2.1.1. Gli elementi costitutivi.	194
17.3.2.1.2. Casi di esclusione della responsabilità amministrativa.....	195
17.3.2.2. La responsabilità contabile.....	195
17.3.2.3. I giudizi di responsabilità	196
17.3.2.4. Differenze tra responsabilità contabile e responsabilità amministrativa,	197
17.3.3. La responsabilità civile verso i terzi.....	198
17.3.3.1. La responsabilità concorrente.....	198
17.3.3.2. La nozione di danno ingiusto.	198
17.3.3.3. Casi di esclusione	198
17.3.3.4. Casi in cui non c'è perfetta coincidenza tra la responsabilità dell'impiegato e quella della P.A.	199

CAPITOLO 18° 200

La responsabilità della P.A.....	200
18.1. Introduzione.....	200
18.1.1. Obblighi della P.A.	200
18.2. La responsabilità della P.A. per fatti illeciti: la responsabilità civile.....	200
18.2.1. La responsabilità extracontrattuale.	201
18.2.1.1. Condotta	201
18.2.1.1.1. Riferibilità della condotta alla P.A.	201
18.2.1.2. Antigiuridicità	202
18.2.1.3. Elemento psicologico (o imputabilità).	202
18.2.1.4. Evento dannoso.	202
18.2.1.5. Nesso di causalità.	202
18.2.2. La responsabilità precontrattuale.	202
18.2.2.1. Nozione.....	202
18.2.2.2. Casi in cui è esclusa.	203
18.2.2.3. Competenza e risarcimento del danno.....	203
18.2.3. La responsabilità contrattuale.	203
18.2.3.1.1. La c.d. responsabilità da contratto amministrativo qualificato.	203
18.3. La c.d. responsabilità da atto lecito.....	203



CAPITOLO 19°	205
La giustizia amministrativa	205
19.1. Introduzione.....	205
19.1.1. La tutela amministrativa.....	205
19.1.1.1. Caratteristiche	205
19.1.1.2. Differenza con l'autotutela.	206
19.1.2. La tutela giurisdizionale.....	206
19.1.2.1. Modelli monistici e modelli dualistici.....	206
19.1.2.1.1. Modelli monistici: la tutela viene affidata ad un solo giudice speciale	206
19.1.2.1.2. Modelli dualistici: viene affidata in modo paritario ad un giudice ordinario ed ad uno speciale.....	206
19.1.2.2. Il sistema italiano come sistema dualista.....	206
19.1.2.2.1. Il criterio per operare il riparto tra giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.....	207
19.1.2.3. La tutela giurisdizionale ordinaria.....	208
19.1.2.3.1. I poteri del g.o. in ordine all'atto amministrativo.	208
19.2. La tutela amministrativa	208
19.2.1. I ricorsi amministrativi.....	208
19.2.1.1. Nozione di ricorsi amministrativi.....	208
19.2.1.2. Natura.....	209
19.2.1.2.1. La distinzione fra funzione giustiziale dell'Amministrazione e funzione giurisdizionale.....	209
19.2.1.3. Funzione e legittimazione.	209
19.2.1.4. Tipologia.....	209
19.2.1.4.1. Rimedi generali e rimedi tassativi.	209
19.2.1.4.2. Ricorsi ordinari e ricorsi straordinari.....	210
19.2.1.4.3. Rimedi rinnovatori e rimedi eliminatori.....	210
19.2.1.4.4. Ricorsi ammessi solo per vizi di legittimità e ricorsi ammessi anche per vizi di merito	211
19.2.1.5. La natura formale dei ricorsi.....	211
19.2.1.6. Elementi del ricorso.....	211
19.2.1.6.1. Soggetti.....	211
19.2.1.6.2. Interesse.....	212
19.2.1.6.3. I termini per il ricorso.....	212
19.2.1.6.4. L'estinzione del diritto al ricorso.....	212
19.2.1.6.5. Forma del ricorso.....	212
19.2.1.6.6. Contenuto	213
19.2.1.7. Il procedimento per la decisione del ricorso.....	213
19.2.1.7.1. L'istruttoria.....	213
19.2.1.7.2. La decisione del ricorso.....	213
19.2.1.7.3. Contenuto della decisione.....	214
19.2.1.7.4. Effetti ed estensione della decisione.....	215
19.2.1.7.5. L'estinzione del procedimento	215
19.2.2. Il ricorso gerarchico proprio.....	215
19.2.2.1. Il procedimento per la decisione del ricorso.....	216
19.2.2.1.1. Fase introduttiva.....	216
19.2.2.1.1.1. Il ricorso.....	216
19.2.2.1.1.2. Comunicazione ai controinteressati	216
19.2.2.1.2. Fase istruttoria.....	217
19.2.2.1.2.1. Mancanza del contraddittorio.....	217
19.2.2.1.2.2. Sospensione dell'atto impugnato	217
19.2.2.1.2.3. Raccolta delle prove.....	217
19.2.2.1.2.4. Conclusione dell'istruzione.....	217
19.2.2.1.3. Fase decisionale.....	217
19.2.2.1.3.1. Forma: decreto.....	218
19.2.2.1.3.2. Termini entro il quale deve pervenire una decisione: il silenzio-rigetto.....	218
19.2.2.2. Impugnazioni esperibili nei confronti della decisione del ricorso gerarchico	218
19.2.2.3. Rapporto tra ricorso gerarchico proprio e quello giurisdizionale.....	218
19.2.3. Il ricorso straordinario al Presidente della repubblica.....	218
19.2.3.1. Nozione.....	218
19.2.3.2. Campo di applicazione.....	219



19.2.3.3. Procedimento.....	219
19.2.3.3.1. Fase introduttiva.....	219
19.2.3.3.1.1. Il ricorso.....	219
19.2.3.3.1.2. Contraddittorio.....	219
19.2.3.3.2. Fase istruttoria.....	219
19.2.3.3.2.1. La sospensione dell'atto impugnato.....	220
19.2.3.3.2.2. Il parere del Consiglio di Stato.....	220
19.2.3.3.3. Fase decisionale.....	220
19.2.3.3.3.1. L'esecuzione della decisione.....	221
19.2.3.4. Rapporti con il ricorso al T.A.R. e con il giudizio civile ordinario.....	221
19.2.3.4.1. Principio di alternatività.....	221
19.2.3.4.2. Trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale.....	221
19.2.3.4.3. Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario.....	222
19.2.3.4.4. Ricorso straordinario e giurisdizione ordinaria.....	222
19.2.3.5. Impugnazioni esperibili verso il decreto che decide il ricorso straordinario.....	222
19.2.4. Il ricorso gerarchico improprio.....	222
19.2.4.1. Nozione.....	222
19.2.4.2. Disciplina.....	223
19.2.4.3. Ipotesi.....	223
19.2.5. Il ricorso in opposizione.....	223
19.2.5.1. Nozione.....	223
19.2.5.2. Disciplina.....	223
19.2.5.3. Ipotesi.....	223
19.2.6. I ricorsi atipici.....	223
19.3. La tutela giurisdizionale amministrativa.....	224
19.3.1. La giurisdizione amministrativa.....	224
19.3.1.1. Il principio di effettività.....	224
19.3.1.2. L'oggetto della tutela giurisdizionale amministrativa.....	225
19.3.1.2.1. Gli atti non impugnabili innanzi al G.A.....	226
19.3.1.3. La funzione della giurisdizione amministrativa.....	226
19.3.2. Le articolazioni della giurisdizione amministrativa.....	227
19.3.2.1. Introduzione.....	227
19.3.2.2. Giurisdizione generale di legittimità.....	227
19.3.2.3. Giurisdizione esclusiva.....	228
19.3.2.3.1. Ipotesi.....	228
19.3.2.3.2. Decisione con efficacia di giudicato.....	228
19.3.2.4. Giurisdizione speciale di merito.....	229
19.3.2.4.1. Casi di giurisdizione di merito.....	229
19.3.2.5. La giurisdizione estesa ai diritti soggettivi.....	230
19.3.2.5.1. Questioni che non possono essere discusse.....	230
19.3.2.5.2. Il giudice si pronuncia in via incidentale.....	230
19.3.2.5.3. Il giudice si pronuncia in via principale: diritto al risarcimento dei danni cagionati dall'Amministrazione in violazione di interessi legittimi.....	230
19.3.3. Tipologie di giudizio.....	231
19.3.3.1. Le azioni di cognizione esperibili innanzi all'autorità giurisdizione amministrativa.....	231
19.3.3.1.1. L'azione di annullamento.....	232
19.3.3.1.2. L'azione di condanna ed il risarcimento degli interesse legittimi.....	233
19.3.3.1.2.1. L'azione di condanna.....	233
19.3.3.1.2.2. L'azione di risarcimento.....	233
19.3.4. I giudici amministrativi.....	234
19.3.4.1. Giudici amministrativi generali.....	234
19.3.4.2. Giudici amministrativi speciali.....	235

