

Parte Sesta

Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso

- 1. Che si intende per «procedimento amministrativo»? - 1 bis.** Il procedimento quale «forma della funzione amministrativa».
- 2. A quali principi sono ispirati i criteri dettati dalla L. 241/1990 in tema di procedimento? - 2 bis.** I nuovi principi introdotti dalla novella del 2005.
- 3. Come si articola la struttura del procedimento amministrativo? - 3 bis.** Le attività che si svolgono durante la fase istruttoria.
- 4. Qual è la ratio della individuazione del responsabile del procedimento? - 4 bis.** I compiti del responsabile del procedimento. - **4 ter.** Il rapporto sussistente tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa.
- 5. A quale finalità risponde l'istituto della comunicazione di avvio del procedimento? - 5 bis.** Eccezioni all'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento. - **5 ter.** Conseguenze della mancata comunicazione di avvio del procedimento.
- 6. Quali sono, accanto all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, le altre forme della partecipazione procedimentale? - 6 bis.** Differenza tra il cd. accesso endoprocedimentale e il diritto di accesso *ex artt.* 22 ss. della L. 241/1990.
- 7. Qual è lo scopo della introduzione, nella disciplina del procedimento amministrativo, dell'istituto del preavviso di rigetto? - 7 bis.** L'ambito di applicazione del preavviso di rigetto. - **7 ter.** Le conseguenze della violazione dell'art. 10bis. - **7 quater.** Il preavviso di rigetto e la sua impugnazione. - **7 quinquies.** Il soggetto competente a comunicare al privato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.
- 8. Quali sono le tipologie di conferenza di servizi previste dall'art. 14 L. 241/1990? 8 bis.** La conferenza di servizi preliminare.
- 9. Qual è la procedura della conferenza di servizi? - 9 bis.** Gli effetti del dissenso espresso in conferenza.
- 10. Che si intende per «esercizio consensuale della potestà amministrativa»? - 10 bis.** Differenza tra accordi integrativi e sostitutivi.
- 11. Cosa sono gli accordi di programma tra pubbliche amministrazioni? - 11 bis.** La natura giuridica degli accordi di programma.
- 12. Quali sono le principali novità introdotte dalla L. 80/2005 in relazione ai termini di conclusione del procedimento? - 12 bis.** Natura giuridica dei termini di conclusione del procedimento.

- 13. Che si intende per silenzio rifiuto? - 13 bis.** La cognizione del G.A. nell'ambito del giudizio sul silenzio rifiuto.
- 14. Che cosa è il silenzio assenso? - 14 bis.** Differenza tra il silenzio assenso e la d.i.a.
- 15. Perché si ritiene che il diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisca diretta attuazione del principio di trasparenza? - 15 bis.** Il fondamento costituzionale del diritto di accesso.
- 16. Qual è la natura giuridica dell'accesso? - 16 bis.** L'accesso e l'azione popolare.
- 17. Chi può accedere ai documenti amministrativi? - 17 bis.** Caratteri dell'interesse sotteso all'accesso.
- 18. Quali sono i soggetti obbligati a consentire l'accesso ai documenti amministrativi? 18 bis.** L'accesso agli atti delle istituzioni comunitarie. - **18 ter.** L'ambito di applicazione del diritto di accesso riconosciuto agli interessati nei confronti degli atti delle imprese di assicurazione. - **18 quater.** Le disposizioni in materia di accesso e l'attività di diritto privato della P.A.
- 19. Il legislatore fornisce una elencazione tipologica dei vari documenti accessibili? 19 bis.** Accessibilità degli atti preparatori e degli atti interni.
- 20. Quali sono i limiti al diritto di accesso stabiliti direttamente dal legislatore? 20 bis.** Regolamenti governativi per limitare ulteriormente l'accesso ai documenti amministrativi - **20 ter.** Ipotesi in cui l'esercizio del diritto di accesso deve essere sempre garantito.
- 21. Come si articola il procedimento di accesso ai documenti amministrativi? - 21 bis.** Il differimento dell'accesso. - **21 ter.** La motivazione della richiesta di ostensione.
- 22. Quali sono gli strumenti di tutela del diritto di accesso in sede giurisdizionale? - 22 bis.** Gli strumenti di tutela amministrativa, o cd.«giustiziale», dell'accesso. - **22 ter.** Presentazione di un ricorso per l'accesso in pendenza di giudizio.
- 23. Quali sono le funzioni della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi? - 23 bis.** Il rapporto tra la Commissione per l'accesso ed il Garante per la protezione dei dati personali.
- 24. Vi sono delle fattispecie peculiari di diritto di accesso? - 24 bis.** Restrizioni al diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali.
- 25. Perché si parla dell'accesso e della riservatezza come diritti «separati in casa»? 25 bis.** La riservatezza nell'attuale ordinamento giuridico.
- 26. Come si sono evoluti i rapporti tra accesso e riservatezza? - 26 bis.** La comparazione tra gli interessi sottesi, rispettivamente, all'accesso e alla riservatezza.
- 27. Come viene tutelata la riservatezza? - 27 bis.** Il rito celere di cui all'art. 25 L. 241/1990.

28. **È consentito l'accesso agli elaborati delle procedure concorsuali? - 28 bis.** Nell'ambito delle procedure concorsuali, configurazione del rapporto tra accesso e riservatezza nei confronti del terzo controinteressato.
29. **Vi sono delle ipotesi in cui appare problematico il bilanciamento tra accesso e riservatezza? - 29 bis.** Accessibilità degli atti di gara. - **29 ter.** Anonimato di un esposto o di una denuncia alla P.A.

1. Che si intende per «procedimento amministrativo»?

Riferimenti normativi: L. 241/1990; L. 11/2005.

Linee guida della risposta: mettere in evidenza che il procedimento amministrativo si configura come un *iter* caratterizzato da una serie concatenata e dinamica di più atti ed operazioni, tra loro eterogenee, finalizzate all'adozione di un provvedimento finale, perfetto ed efficace.

Domande consequenziali: il procedimento amministrativo come forma della funzione amministrativa.

Articolazione della risposta

Affinché un atto 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 dopo aver seguito un **particolare iter, comprendente più atti ed operazioni** che, nel loro complesso, prendono il nome di **procedimento amministrativo**.

Prima che entrasse in vigore la L. 241/1990, recante norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, nel nostro ordinamento mancava una disciplina unitaria ed organica concernente il procedimento amministrativo, essendo, infatti, rinvenibili unicamente *discipline di settore*.

Con la L. 241/1990, come successivamente novellata nel 2005, invece, il legislatore ha dettato una normativa di principio applicabile a tutti i procedimenti amministrativi, nella quale, da un lato, sono stati fissati i criteri a cui le amministrazioni pubbliche devono attenersi nello svolgimento delle loro attività, e dall'altro sono state espressamente previste una serie di garanzie poste a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati che, di volta in volta, possono venire in contatto con la P.A.

Il procedimento, quindi, diventa il **luogo in cui vengono bilanciati interessi pubblici e privati** ed il momento nel quale si assiste ad un progressivo e tendenziale *avvicinamento delle posizioni di governati e governanti*, il tutto in vista del perseguimento del *pubblico interesse*.

1 bis. In che senso si definisce il **procedimento** quale «**forma della funzione amministrativa**»?

Poiché fino agli anni Novanta mancava una disciplina unitaria del procedimento amministrativo, quest'ultimo, in un primo momento, veniva inteso unicamente come un insieme di atti ed operazioni preordinati all'emanazione di un provvedimento conclusivo (cd. concezione formale o teleologica del procedimento).

Successivamente, grazie ai contributi di dottrina e giurisprudenza, è stato evidenziato il ruolo del procedimento amministrativo quale *forma della funzione amministrativa*, ossia come il **tramite** (attraverso un insieme di attività ed atti procedimentali) **fra due situazioni statiche**: il **potere** (momento iniziale dell'attribuzione) e il **provvedimento** (momento finale di produzione) (BENVENUTI, CASETTA, CARINGELLA).

Proprio grazie a tale concezione il procedimento è stato delineato, dal legislatore del 1990, quale momento connotato da forti garanzie per il privato, nonché di tutela dei propri interessi, suscettibili di venire incisi dall'azione dei pubblici poteri (cd. *concezione funzionale del procedimento*).

Argomenti collegati: l'organizzazione amministrativa dello Stato; le fasi del procedimento amministrativo; il diritto di accesso ai documenti amministrativi; il provvedimento amministrativo.

2. A quali principi sono ispirati i criteri dettati dalla L. 241/1990 in tema di procedimento?

Riferimenti normativi: L. 241/1990; L. 11/2005; L. 80/2005.

Linee guida: sottolineare che la L. 241/1990 detta una normativa generale che si ispira ai principi del giusto procedimento, della semplificazione, della efficacia, efficienza, economicità e trasparenza, nonché al divieto di aggravamento del procedimento e all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Domande consequenziali: i nuovi principi introdotti dalla L. 15/2005.

Articolazione della risposta

La L. 241/1990 ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico una **disciplina omogenea** che valesse **per i procedimenti amministrativi in genere**.

Trattasi di una normativa che, in armonia con il dettato dell'art. 97 Cost., ha fissato talune regole generali ispirate ai seguenti principi:

1. il **principio del giusto procedimento** (conforme al principio *ex art.* 97 Cost.) che, garantendo il **diritto di partecipazione** degli interessati, consacra la dialettica tra interessi pubblici e privati, tendendo alla composizione dei concreti rapporti. Ancora, la **trasparenza** prevede il carattere *obbligatorio* della *motivazione* del provvedimento amministrativo, l'obbligo della P.A. di *identificare* preventivamente l'ufficio e il *dipendente responsabile* del procedimento e il *diritto* dei cittadini interessati di *accedere* ai documenti amministrativi;
2. il **principio di semplificazione**, che introduce taluni istituti diretti, in conformità all'art. 97 Cost., a *snellire* e rendere più *celere* l'azione amministrativa (silenzio-assenso, dichiarazione in luogo di autorizzazione, conferenze di servizi etc.).

Ai suddetti principi sono informate, in particolare, le regole fondamentali dettate dal Capo I della L. 241/1990. Tali regole sono:

- **economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza**. L'enunciazione di tali criteri è la dimostrazione di come il legislatore abbia inteso modellare l'azione amministrativa secondo *principi efficientistici e manageriali* tipici delle imprese private;
- **divieto di aggravamento del procedimento** (art. 1, comma 2). Trattasi di un'articolazione dei criteri di economicità e di efficacia, in forza della quale «La pubblica amministrazione *non* può *aggravare* il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria»;
- **obbligo generale di motivazione del provvedimento amministrativo** (art. 3). L'introduzione dell'obbligatorietà della motivazione, nel ricondurre l'azione amministrativa entro i binari del principio di 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*.

2 bis. Quali sono i nuovi principi introdotti dalla novella del 2005?

La L. 11-2-2005, n. 15 ha riformulato l'art. 1, comma 1, L. 241/1990, integrando i principi generali dell'azione amministrativa, oltre che con quelli di **fonte comunitaria**, con il richiamo espresso al criterio di **trasparenza**. All'art. 1 della L. 241/1990 è poi aggiunto il comma *1bis*, che sancisce il **principio generale secondo il quale le amministrazioni pubbliche**, salvo che la legge non disponga diversamente, **agiscono secondo il diritto privato**, e, quindi, anche servendosi di **moduli negoziali** per la realizzazione dei propri compiti istituzionali, cioè per la cura completa degli interessi pubblici a queste affidati dalla legge.

La possibilità che la P.A. possa utilizzare lo **strumento negoziale** in via alternativa e, sotto certi aspetti, in modo ulteriore rispetto al provvedimento unilaterale, resta comunque finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, posto che l'agire consensuale è rilevante nell'ottica della migliore realizzazione del fine pubblico (la funzione amministrativa rimane pur sempre cura concreta di interessi pubblici potendo variare solo la sua forma).

Ne consegue che anche all'attività amministrativa, secondo il diritto comune, si applicano i principi di carattere pubblicistico.

Infine, nel segno di una maggiore efficienza, viene in rilievo il **principio dell'informatizzazione dell'attività amministrativa**, laddove si dispone il dovere delle pubbliche amministrazioni di **incentivare l'uso della telematica** sia nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni sia tra queste e i privati (art. 3bis).

Argomenti collegati: l'informatizzazione dell'attività amministrativa; le fasi del procedimento amministrativo.

3. Come si articola la struttura del procedimento amministrativo?

Riferimenti normativi: L. 241/1990; L. 15/2005.

Linee guida: evidenziare che i procedimenti amministrativi, in genere, si articolano in quattro fasi: quella dell'iniziativa, quella della istruttoria, quella decisoria e, infine, quella integrativa dell'efficacia.

Domande consequenziali: le caratteristiche della fase istruttoria.

Articolazione della risposta

Il procedimento amministrativo, alla luce delle più recenti innovazioni legislative, si articola in *quattro momenti principali*:

- la **fase d’iniziativa**, che è il **momento propulsivo del procedimento, diretto a predisporre e accertare i presupposti dell’atto da emanare**. Si possono avere procedimenti **ad iniziativa di parte** e procedimenti **ad iniziativa d’ufficio**. Una volta aperta la fase d’iniziativa, la L. 241/1990 ha previsto tre obblighi incombenti sull’amministrazione procedente: la previsione di un termine *di conclusione dell’iter procedimentale*, *la individuazione del responsabile del procedimento* e *la comunicazione dell’avvio* del procedimento agli interessati;
- la **fase istruttoria**, in cui **si acquisiscono e si valutano i singoli dati pertinenti e rilevanti ai fini dell’emanazione dell’atto**. È normalmente di *competenza della stessa autorità* cui spetta l’adozione del provvedimento finale, ma il privato può collaborare indicando i *mezzi di prova* o rispondendo a quesiti e questioni o integrando con documentazioni;
- la **fase decisoria**, ossia la fase **deliberativa** del procedimento, in cui **si determina il contenuto dell’atto da adottare e si provvede alla formazione ed emanazione dello stesso**;
- la **fase integrativa dell’efficacia**, che costituisce un **momento solo eventuale, che ricorre nelle sole ipotesi in cui sia la stessa legge a non ritenere sufficiente la perfezione dell’atto, richiedendo il compimento di ulteriori e successivi atti od operazioni**.

La ragione di tale previsione risiede tanto nella necessità di valutare la legittimità o la congruità del provvedimento adottato, quanto nella stessa natura di questo, che può richiedere di esser portato a conoscenza dei destinatari per poter esplicare appieno i propri effetti giuridici.

3 bis. Quali sono le attività che si svolgono durante la fase istruttoria?

Nella fase istruttoria **si acquisiscono e si valutano i singoli dati pertinenti e rilevanti ai fini dell’emanazione dell’atto**.

Il *dominus* della fase suddetta è il **responsabile del procedimento**.

All’istruttoria si applicano i seguenti **principi fondamentali**:

- *principio inquisitorio*: la P.A. dispone del più ampio potere di iniziativa per il compimento degli atti istruttori;

- *principio della libera valutazione delle prove da parte della P.A.*;
- *principio di non aggravamento del procedimento*, se non per motivate e straordinarie esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria; il che significa che l'esigenza di attività istruttoria facoltativa deve fondarsi su esigenze straordinarie, adeguatamente motivate (art. 2 L. 241/1990).

Le attività della fase istruttoria, che, a seguito delle modifiche apportate alla L. 241/1990 dalla L. 15/2005, si sono arricchite di una più incisiva partecipazione dei privati (principio del giusto procedimento), tendono alla:

- a) **acquisizione dei fatti** ossia delle *condizioni di ammissibilità* (posizione legittimante, interesse a ricorrere), dei *requisiti di legittimazione* (cittadinanza, titolo di studio) e delle *circostanze di fatto* (rilevabili con accertamenti semplici quali ispezioni, inchieste etc.);
- b) **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;
- c) **elaborazione di fatti ed interessi**, nella quale rientrano le *richieste di pareri*.

Argomenti collegati: il responsabile del procedimento; la conclusione del procedimento amministrativo ed il termine per provvedere.

4. Qual è la *ratio* della individuazione del responsabile del procedimento?

Riferimenti normativi: artt. 4, 5 e 6 L. 241/1990; L. 15/2005.

Linee guida: sottolineare che la *ratio* dell'introduzione della figura del responsabile del procedimento può rinvenirsi nella esigenza di attuazione dei principi di trasparenza ed efficienza dell'attività amministrativa, unitamente alla piena responsabilizzazione degli amministratori preposti alla gestione del procedimento.

Domande consequenziali: i compiti del responsabile del procedimento; i rapporti tra il responsabile del procedimento e il dirigente dell'unità organizzativa.

Articolazione della risposta

La L. 241/1990, agli artt. 4, 5 e 6, ha introdotto, in ossequio al principio di trasparenza, una disciplina che prevede l'individuazione, nell'ambito dell'unità organizzativa competente, del **responsabile del procedimento**, la **comunicazione** agli interessati dell'**unità organizzativa** e del **nominativo** del responsabile e la precisazione dei **compiti** di quest'ultimo.

Come è stato osservato (CRISAFULLI) attraverso l'introduzione della figura del responsabile del procedimento il legislatore del 1990 ha inteso *rompere* definitivamente il *muro di anonimato e irresponsabilità* che consentiva alla P.A. di sfuggire alle conseguenze di propri comportamenti omissivi o arbitrari e delle relative lesioni cagionate ai privati.

La *ratio* dell'introduzione della figura del responsabile del procedimento può allora rinvenirsi nell'**esigenza di attuazione dei principi di trasparenza ed efficienza** dell'azione amministrativa, unitamente alla **piena responsabilizzazione degli amministratori preposti alla gestione del procedimento**; ancora, la *ratio* della norma in esame va ravvisata nella **volontà di evitare rallentamenti** dell'azione amministrativa, spesso causati dalla mancanza di un responsabile che conduca il procedimento, istruendone le diverse fasi, verso la sua fisiologica conclusione.

Infatti, il responsabile del procedimento si presenta come **interlocutore tra amministrazione e cittadini**, quale soggetto deputato alla definizione e decisione delle istanze avanzate dai privati.

Ciò risponde all'esigenza di poter sempre identificare un responsabile dell'attività della P.A. senza alcun margine di incertezza, in omaggio anche al principio di democratizzazione dell'azione amministrativa, che postula un effettivo controllo del privato sull'attività amministrativa.

La L. 15/2005 ha inteso poi, ulteriormente sottolineare l'importanza di questa figura, attribuendo al responsabile del procedimento un ruolo più significativo nell'elaborazione della decisione.

4 bis. Quali sono i **compiti del responsabile del procedimento**?

Ex **art. 6 L. 241/1990**, spetta al responsabile del procedimento:

- **valutare**, ai fini istruttori, **le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione e i presupposti** rilevanti per l'emanazione del provvedimento finale;
- **compiere tutti gli atti di istruttoria necessari**, quali accertamenti tecnici, ispezioni, richiesta di documenti, di rettifiche o di dichiarazioni etc.;
- proporre l'**indizione** o, avendone la competenza, indire le **conferenze di servizi** di cui all'art. 14;
- **curare le comunicazioni, pubblicazioni e notificazioni** previste dalle leggi e dai regolamenti;
- **adottare**, se ne ha la competenza, **il provvedimento finale**, ovvero trasmettere gli atti all'organo competente per l'adozione.

4 ter. Che rapporto sussiste tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa?

È previsto che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, **non possa discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.**

La **reformulazione dell'art. 6, lett. e)**, ad opera della L. 15/2005, indica la volontà del legislatore di *rafforzare il ruolo del responsabile del procedimento in sede decisoria.*

Infatti, nella disciplina del procedimento così come attualmente delineata, è possibile distinguere tra una *fase decisionale in senso stretto* ed una *fase provvedimentale.*

In particolare, l'esaurirsi della fase decisionale rappresenta il **frutto di una competenza suddivisa tra il responsabile del procedimento e il dirigente dell'unità organizzativa**: tale suddivisione sarà destinata a trasformarsi in **condivisione**, qualora il titolare dell'organo valuti corretto quanto posto in essere dal responsabile e lo formalizzi, ovvero in **contrasto**, qualora l'organo si determinerà in senso differente, pur dovendo indicare le ragioni di tale orientamento nella motivazione del provvedimento finale.

È stato osservato, in dottrina, che le disposizioni riguardanti il responsabile del procedimento abbiano comportato una notevole **attenuazione del principio della gerarchia**; infatti, al dirigente spetta il compito di scegliere il responsabile del singolo procedimento, ma, una volta compiuta questa scelta, la gestione dell'*iter* procedimentale spetterà al responsabile, che ne risponderà direttamente (CARINGELLA).

Argomenti collegati: la comunicazione di avvio del procedimento; il preavviso di rigetto.

5. A quale finalità risponde l'istituto della comunicazione di avvio del procedimento?

Riferimenti normativi: artt. 7 e 8 L. 241/1990.

Linee guida: evidenziare che la comunicazione di avvio del procedimento riveste un ruolo strategico all'interno del procedimento, configurandosi quale momento fondamentale per attivare la partecipazione dei privati al procedimento.

Domande consequenziali: le eccezioni alla comunicazione di avvio; le conseguenze della omissione della comunicazione di avvio.

Articolazione della risposta

Il **principio di partecipazione** costituisce uno dei capisaldi del nostro ordinamento giuridico ed uno dei criteri principali dell'attuale sistema amministrativo.

Lo **strumento indispensabile per attivare la partecipazione** al procedimento è costituito dalla **comunicazione di avvio del procedimento**.

La comunicazione va effettuata nei confronti dei **destinatari del provvedimento finale**, ma non solo, anche dei **soggetti che per legge devono intervenire nel procedimento** e dei **terzi che possono ricevere un pregiudizio dal provvedimento finale**. In essa devono essere indicati:

- l'*amministrazione* competente;
- l'*oggetto* del procedimento;
- l'ufficio e la persona *responsabile del procedimento*;
- la *data* entro cui deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;
- l'ufficio in cui si può prendere *visione* degli atti e, nei procedimenti ad istanza di parte, la *data di presentazione* della relativa istanza.

La comunicazione di avvio, ai sensi dell'art. 8 della L. 241/1990, deve essere, inoltre, **personale** e rivolta al singolo destinatario; tuttavia, nell'ottica di una sempre più accentuata tendenza alla informatizzazione e speditezza dell'attività amministrativa, si ritiene ormai che la comunicazione *de qua* possa essere inviata anche attraverso *procedure informatiche*.

Qualora, invece, per il numero dei destinatari non sia possibile o risulti gravosa la comunicazione personale, l'amministrazione può provvedere alla comunicazione anche *mediante forme di pubblicità idonee*, di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima.

Per quanto riguarda, infine, i **tempi della comunicazione**, pur nel silenzio del legislatore ed essendo la stessa necessaria ai fini della partecipazione, si ritiene che essa vada effettuata a ridosso dell'inizio del procedimento e prima o contemporaneamente alla fase istruttoria.