

## **A046**

### **Potere discrezionale e motivazione nelle PA**

**secondo il diritto comunitario e la giurisprudenza**

#### **DURATA**

2 giorni

#### **DATE**

9 - 10 aprile 2024

#### **ORARIO**

9,00 - 14,30

#### **QUOTA DI PARTECIPAZIONE**

euro 450,00 + IVA (la quota è esente da IVA se corrisposta da Enti pubblici)

#### **RELATORE**

**Dott. Paolo PASSONI**

Presidente Tar Pescara

#### **INTRODUZIONE**

Il seminario si propone come guida teorico-pratica nella ricognizione dei vari paradigmi procedimentali e decisorio che presidiano l'istruttoria e le scelte finali delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione ai riverberi processuali e ai limiti di sindacato giurisdizionale che tali modelli presentano in caso di ricorsi al giudice amministrativo.

In particolare oggetto del seminario saranno le **tecniche di individuazione delle alternative decisionali a disposizione, il cronoprogramma procedurale, l'elaborazione dei motivi e la definizione delle conseguenti decisioni**, con particolare riguardo al riparto di competenze fra responsabile del procedimento e il titolare del provvedimento.

Le tecniche oggetto di esame appaiono particolarmente utili sia per prevenire patologie degli atti amministrativi, sia per evitare che l'adozione di determinate scelte possa provocare in capo al funzionario pubblico conseguenze personali anche sul piano delle responsabilità.

#### **PROGRAMMA**

Atto vincolato, discrezionale, di alta amministrazione e politico: la discrezionalità parziale solo *nell'an*, nel *quid*, nel *quomodo* o nel *quando*. **Atto autoritativo e paritetico**: la posizione "intermedia" dell'atto vincolato. **La discrezionalità amministrativa e la riserva di legge**: la problematica dei cosiddetti poteri impliciti ai confini fra una discrezionalità blindata e lo straripamento di potere; **l'atto di alta amministrazione**: requisiti minimali di partecipazione e motivazione; i suoi confini con l'atto politico; la natura di "alta amministrazione" dell'attività sostitutiva del Governo ex art. 120 Cost. **la ricostruzione dogmatica dell'atto politico alla luce delle note vicende Diciotti e Gregoretti**; l'art. 7 del CPA.

**L'istruttoria del procedimento:** la partecipazione procedimentale ex art. 7 e segg. legge 241/90 e i suoi riverberi sulla motivazione (art. 3 legge 241/90).

**Partecipazione e motivazione negli atti vincolati e discrezionali; la problematica della integrazione in giudizio della motivazione negli atti vincolati:** passaggio dalla motivazione alla prova in giudizio dei presupposti del provvedimento impugnato; la giurisprudenza della corte costituzionale, della corte di cassazione e del giudice amministrativo; la partecipazione e la motivazione negli atti generali, temperamenti agli artt. 3 e 13 della legge 241/90 secondo la più recente giurisprudenza; **il provvedimento in forma semplificata ex art. 2 comma 1 l. 241/90**, obblighi minimali di istruttoria e di motivazione; configurabilità di dinieghi in forma semplificata basati su scelte discrezionali; **il cd. procedimento breve introdotto con l'art. 21 *decies* dalla legge 120/2020 dopo giudicati di annullamento per vizi sanabili di atti endoprocedimentali;** la sanatoria dei vizi formali ex art. 21 *octies* comma 2 l. 241/90 nell'atto vincolato ed in quello discrezionale; l'impossibilità di conseguire la sanatoria dell'atto discrezionale nel caso di omesso preavviso di rigetto ex art. 10 bis legge 241/90 (ultimo periodo comma 2 art. 21 *octies* introdotto con legge 120/2020). La leale cooperazione fra amministrazione e cittadino ora prevista espressamente dal nuovo comma 2 *bis* dell'articolo 1 della legge 241/90, da raccordare con i principi generali della legge di cui all'art. 1 comma 1, con il divieto di aggravamento ex art. 1 comma 2, nonché con la novella all'articolo 10 bis ultimo comma, sempre introdotta dalla legge 120/2020 secondo cui "Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione"; la necessità di giustificare gli ostacoli all'istruttoria, puntualizzando l'eventuale vincolo di legge (art. 14 bis comma 3 l. 241/90, come modificato dal D.Lgs 50/16); l'espresso coinvolgimento del privato nel dovere collaborativo ed il reciproco obbligo di correttezza e buona fede nei rapporti amministrativi; l'errore (ed il ritardo) scusabile in cui può incorrere rispettivamente la PA o il cittadino, in presenza di comportamenti scorretti dell'una o dell'altra parte; conseguenze risarcitorie del comportamento sleale e concorsi di colpa ex art. 1227 c.c.; Affidamenti ed autotutela. **Responsabile del procedimento e dirigente dell'ufficio, titolare del provvedimento:** ruoli, rapporti, eventuale coincidenza. **La cd. ponderazione dei contrapposti interessi (pubblici e privati).** Le rispettive competenze del responsabile del procedimento (discrezionalità tecnica) e del titolare del provvedimento (merito amministrativo). L'istruttoria alla base dei provvedimenti amministrativi; l'obbligo di prescindere dai pareri (anche) obbligatori che non vengono resi entro venti giorni dalla richiesta; problematiche connesse ai pareri sopravvenuti specie se vincolanti: **nuovo comma 2 art. 16 di cui alla legge 120/2020; l'assenza delle valutazioni tecniche facoltative non contemplate dall'art. 17 l. 241/90 e i poteri acquisitivi del responsabile del procedimento di cui agli artt. art. 6 e 18 legge 241/90.**

**Caratteri e limiti del cd. soccorso istruttorio da parte del responsabile del procedimento:** la fattispecie generale di soccorso ex art. 6 l. 241/90 e le previsioni di settore dell'art. 83 comma 9 del nuovo Codice degli appalti (D.Lgs 50/16). **La pronuncia della Corte di Giustizia UE sul soccorso istruttorio nel procedimento di gara:** ausilio configurabile solo per scarsa chiarezza della *lex specialis*, senza eccessi benevoli (nona sezione, 2 maggio 2019), **il soccorso istruttorio cd. processuale ed i suoi rapporti con la prova in giudizio dei requisiti richiesti (non dimostrati nel procedimento): la recente pronuncia in materia del Consiglio di Stato sez. V 8.1.2021 n. 288.** La discrezionalità mista.

**Il preavviso di diniego ex art. 10 legge 241/90 fra fase istruttoria e decisoria: le novità introdotte dalla legge 120/2020;** la sospensione –e non più l'interruzione- dei termini di conclusione del

procedimento. Il divieto di nuovi motivi ostativi nella riedizione del potere a seguito di annullamento in sede giurisdizionale del diniego: problematiche applicative nel caso di motivi ostativi vincolati ma non indicati nel diniego oggetto di annullamento (basato su altre ragioni censurate dal GA): **conseguenze della novella del 2020 sull'ottemperanza al giudicato non autoesecutivo con remand conformativo all'amministrazione: il rischio di accoglimenti "obbligati" *contra legem*** per mancata indicazione di altri motivi ostativi nell'atto di primo grado annullato in sede giurisdizionale; dibattito giuridico in corso con tesi restrittive mirate a delimitare l'applicazione della norma ai soli motivi espressione di scelte discrezionali della PA.

**La SCIA ex art. 19 l. 241/90 e la sua presunta natura strettamente vincolata: l'estensione auto dichiarativa alle valutazioni tecniche; differenze fra SCIA e silenzio assenso, la cd. "concentrazione dei regimi amministrativi ex art. 19 bis l. 241/90, introdotta dal D.Lgs 126/16.**

**I tempi di opposizione a disposizione dell'amministrazione per evitare il consolidamento della segnalazione ed eventuali rimedi in autotutela; La tutela del terzo e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 45/2019 (la reiezione della questione, ma con monito al legislatore, finora inascoltato).**

**La cd. "auto istruttoria" del procedimento a domanda di parte; in particolare la nuova regola dell'autocertificazione su tutti i requisiti oggettivi e soggettivi nei procedimenti per erogazione benefici (comma 3 bis dell'articolo 18 della legge 241/90 introdotto dalla legge di conversione 120/2020); l'autocertificazione che sostituisce anche pareri e verifiche preventive ai sensi dell'art. 19 comma 1 legge 241; dall'istruttoria pubblica al controllo pubblico dell'istruttoria privata ed il ruolo del responsabile del procedimento ex art. 6 legge 241/90; **le conseguenze delle autodichiarazioni false/mendaci/non veridiche:** l'autoannullamento "in ogni tempo" ex art. 21 *nonies* comma 2 *bis*, la decadenza automatica dai benefici ex art. 75 comma 1 DPR 445/2000, la preclusione di sanatorie per silenzi assenso e SCIA ex art. 21 comma primo legge 241/90; **il comma 1bis dell'art. 75 DPR 445/90 novellato dalla legge di conversione 77/20 e le gravi ipotesi di decadenza da tutti i contributi passati e futuri (per un biennio);** la prova del dolo; **l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 16 del 28 agosto 2020 sulle conseguenze per falsa o omessa dichiarazione dei requisiti soggettivi di gara ex art. 80 lett. f-bis comma 5 del codice dei contratti:** il venir meno dell'automatismo espulsivo; il silenzio assenso "verticale" previsto dall'art. 20 della l. 241/90 (che si forma nei rapporti diretti fra PA e cittadino istante) e il silenzio assenso orizzontale (istruttorio) nei rapporti istruttori fra PPAA: in particolare il silenzio-assenso nella conferenza dei servizi (art. 14 *bis* comma 4 l. 241/90) e il suo difficile coordinamento con il silenzio-assenso introdotto nel 2015 (art. 17 *bis* l. 241/90): il cd. assenso tacito "senza condizioni" mirato a scoraggiare atteggiamenti istruttori dubitativi e non dirimenti; il silenzio assenso in materia di gare pubbliche (artt. 32 e 33 D.Lgs 50/16).**

**Configurabilità o meno del silenzio assenso in presenza di discrezionalità (tecnica e/o amministrativa); il cd. silenzio-assenso "perfetto" che si formerebbe solo in presenza di tutti i presupposti di legge; l'"inefficacia" del diniego tardivo che sopravviene al silenzio-assenso e l'"inefficacia" dei divieti tardivi sulle scie "consolidate", alla luce del nuovo comma 8 bis dell'articolo 2 legge 241/90 introdotto dalla legge 120/20.**

**Gli atti complessi cd. pluristrutturati alla cui formazione concorrono (in veste costitutiva e non meramente istruttoria) varie amministrazioni:** il procedimento velocizzato tramite assenti taciti istruttori per gli atti pluristrutturati (artt. 14 e segg. l. 241/90, art. 17 bis stessa legge).

**Pareri ex art. 16 legge 241/90:** i pareri vincolanti come manifestazioni di volontà e non di giudizio, con loro conseguente natura provvedimento e decisoria anziché meramente consultiva. La natura pluristrutturata del provvedimento finale che li recepisce; **attività unilaterale autoritativa, attività amministrativa per accordi e attività di diritto privato:** aspetti differenziali e comuni; riflessi sulla giurisdizione.

**I poteri del giudice amministrativo nel sindacato dell'attività discrezionale:** la verifica e la CTU nel codice del processo amministrativo. L'azione sul silenzio-rifiuto ex art. 31 CPA e la possibilità del GA di dichiarare la fondatezza della pretesa nei soli casi di atti vincolati o di discrezionalità già consumata.

**L'autotutela e la discrezionalità nei ripensamenti dell'amministrazione. Le modifiche introdotte dalla l. 164/14 agli artt. 21 quinquies e 21 nonies:** in particolare, **la responsabilità per il mancato autoannullamento di un atto illegittimo e la discrezionalità sulla revoca per motivi di merito;** il termine massimo (18 mesi) per l'esercizio dell'autotutela su atti pattizi, introdotto nell'art. 21 *nonies* l. 241/90 dalla l. 124/15; l'indennizzo nella revoca ex art. 21 quinquies l. 241/90.

**I rimedi per le amministrazioni rimaste dissenzienti nella nuova conferenza di servizi** (artt. 14 *quater* comma 2 e 14 *quinquies* l. 241/90 come modificati dal D.Lgs 50/16); il cd. dissenso extraconferenziale e l'art. 21 *septies* l. 241/90; la natura endoprocedimentale ravvisata dalla più recente giurisprudenza nei riguardi della determinazione motivata di conclusione dei lavori della conferenza: conseguenze sul potere o meno del provvedimento finale di derogare ai contenuti della determinazione motivata.

**Le responsabilità nell'esercizio dell'attività discrezionale** anche alla luce della nuova normativa sulla trasparenza (D.Lgs 33/13 come modificato dal D.Lgs 50/16): in particolare, **i rapporti fra la discrezionalità e la nuova trasparenza amministrativa.**

**L'efficienza amministrativa, la specifica giurisdizione del G.A. mirata a ripristinarla (D.Lgs 198/09, "class action pubblica"):** misure giurisdizionali correttive e i labili confini con la discrezionalità organizzativa della PA.

I vari paradigmi del "silenzio amministrativo", inquadramento generale, silenzio omissivo (inadempimento) e commissivo (assenso e rigetto); conseguenze e problematiche in relazione alla natura discrezionale o vincolata dell'atto.

**Il silenzio-inadempimento della P.A., la puntualità amministrativa e il ritardo amministrativo fra legge 241/90 (artt. 2 e 2bis) e legislazione processuale (artt. 30, 31 e 117 cpa);** il rispetto dei termini del procedimento fra efficienza e trasparenza: il monitoraggio dei ritardi in chiave anticorruzione (art. 1, comma 9, let. d) legge 190/2012), ora rinforzato dai **nuovi obblighi di pubblicazione dei tempi "effettivi" delle principali tipologie di procedimento, comparati con le tempistiche previste dalla normativa vigente, attraverso più efficienti modalità di misurazione demandate ad un DPCM (comma 4 bis dell'articolo 2 legge 241/90 introdotto dalla legge 120/2020);** l'obbligo di indicare nel provvedimento l'entità dell'eventuale ritardo in cui è incorsa l'amministrazione nel rilascio (art. 2 comma 9 quinquies legge 241/90); **adozione e notifica dell'atto, rilevanza ai fini del calcolo dei tempi.**

La sostituzione del funzionario inerte con avocazione della pratica ai vertici apicali (art. 2 comma 9 bis legge 241/90). **Differenze fra rimedi amministrativi e giurisdizionali,** per ottenere la risposta dell'amministrazione in forma specifica, ovvero al fine di ottenere per equivalente il ristoro risarcitorio e/o indennitario del ritardo comunque perpetrato. **Il commissario ad acta di nomina giudiziaria (art.**

**117 CPA) e di nomina amministrativa (art. 2 comma 9 bis cit.)** per l'adozione del provvedimento in sostituzione della PA inerte: modalità procedurali "straordinarie" ed eventuale gestione delle discrezionalità residue; Riverberi (solo risarcitori) del ritardo sulla legittimità degli atti amministrativi tardivamente adottati; il mancato rispetto dei termini, la responsabilità dirigenziale e il danno da ritardo; **il risarcimento dei danni per violazione di interessi legittimi pretensivi:** criteri di determinazione a seconda se trattasi di attività vincolata o discrezionale; in particolare il danno da spettanza e il danno da chance. **La colpevolezza della P.A. secondo la giurisprudenza (diversificata) della Corte di Giustizia UE, della Cassazione e del Consiglio di Stato:** il paradigma dell'art. 1176 secondo comma c.c. e la diligenza professionale del "bravo" funzionario. La riduzione di responsabilità per i comportamenti "attivi" (e non omissivi) del funzionario, per far fronte alla cd. "paura della firma" (artt. 21 e 23 del d.l. 76/2020); conseguenze della nuova regola sulla natura discrezionale o vincolata dell'atto adottato od omesso. **Il vaglio della discrezionalità amministrativa e tecnica nel processo amministrativo:** la verifica e la CTU nel codice del processo amministrativo. **La violazione della cd. riserva di amministrazione da parte del Giudice amministrativo e l'eccesso di potere giurisdizionale sindacabile in terzo grado avanti alla Corte di cassazione per motivi di giurisdizione:** la sentenza della Corte Costituzionale in materia n. 6/2018.

#### **RILASCIO ATTESTATO DI FREQUENZA E PROFITTO**

Il CEIDA, **Ente accreditato dalla Regione Lazio** quale soggetto erogatore di attività per la Formazione Superiore e Continua, (accreditamento ottenuto con Determinazione del Direttore della Dir. Reg. "Formazione, Ricerca e Innovazione, Scuola e Università, diritto allo studio" n. G16019 del 23/12/2016, pubblicata sul B.U.R.L. n. 2 del 5/1/17), attesta, per ogni partecipante, le caratteristiche del percorso formativo e quanto di questo è stato effettivamente frequentato, attraverso rilascio degli attestati di frequenza subordinatamente al superamento di una verifica finale attuata mediante questionario a risposta multipla.