

Pareri (*pro - veritate*) e istruttoria amministrativa

Maurizio Lucca, Segretario Generale del Comune di Conselve e di Vigonza
Pubblicato e rivisto in La Gazzetta degli enti locali, 26 giugno 2008

L'attività istruttoria costituisce la base prospettica in grado di stabilire le diversificate posizioni (dell'interessato e del controinteressato) all'interno delle quali agisce la pubblica amministrazione, rappresenta – in diverse parole - le operazioni materiali e cognitive del responsabile del procedimento proiettate a concludere (o meno) una determinata azione pubblica (con l'adozione del provvedimento finale), sottese tali citate operazioni sempre e comunque al perseguimento dell'interesse pubblico: la finalizzazione del principio costituzionale rimarcato dall'articolo 97 Cost. del c.d. buon andamento e imparzialità.

L'incisione del provvedimento sul destinatario finale è connessa alla forza precettiva dell'atto, e trova la fonte normativa sui presupposti di fatto e di diritto enucleati nella motivazione (*ex art.3 della legge 241 del 1990*), dovendo affermare che il sindacato giurisdizionale posa la sua attenzione sul percorso argomentativo della decisione: dall'*iter* logico – giuridico, racchiuso nella motivazione, si può risalire al corretto esercizio della funzione espletata.

Ne consegue che attraverso la motivazione si ricostruiscono le ragioni della decisione, ed eventualmente si consente al destinatario di difendere le proprie posizioni soggettive, non potendo l'Autorità fondare le proprie determinazioni su espressioni che non trovano riscontro oggettivo nell'atto (nella sua forma scritta).

La manifestazione volitiva della pubblica amministrazione deve risultare per ciò - espressa - dovendo riscontrare nelle premesse dell'atto la motivazione così come ricostruita dal dettato normativo¹, ed appare estraneo ad ogni regola inerente alla attività amministrativa e assolutamente *extra ordinem* pretendere di esprimere le volontà in modo silente, indiretto, tacito; condotta (quella priva di motivazione) che non è assolutamente compatibile con i principi tradizionali del diritto amministrativo e delle norme sul procedimento, in base ai quali ogni determinazione deve essere emanata con atto formale e comunque per iscritto².

In breve, la forma scritta rappresenta la garanzia documentale che permette la verifica dei parametri di legittimità dell'atto provvedimentale (quello dell'articolo 21 *bis* della legge 241 del 1990), e la motivazione ne racchiude i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Dal quadro delineato, l'istruttoria compone, nella sua essenza, le fasi procedurali con lo scopo di valutare tutte le posizioni coinvolte (di diritto e/o interesse) in un processo partecipativo che alimenta la trasparenza dell'agire pubblico, soprattutto dove l'amministrazione (nell'esercizio della discrezionalità) intenda rivedere una decisione, oppure rivedere un'istruttoria non conforme alle aspettative.

È certo, così facendo, che il responsabile del procedimento risulta il vero titolare della competenza istruttoria, sia che appartenga all'Amministrazione (dipendente in ruolo) sia che risulti un incaricato esterno (anche sostituto del soggetto titolare della competenza), purché quest'ultimo sia investito della funzione³.

Ciò posto in linea introduttiva, la prima sezione del T.A.R. Puglia – Bari, con la sentenza del 15 maggio 2008 n. 1157, ha rimesso una particolare attenzione all'attività istruttoria, coniugando la valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento di una procedura amministrativa (era il caso di un rinnovo contrattuale non preceduto da un affidamento con gara) con gli elementi necessari per stabilire la legittimità dell'agire sotto l'aspetto procedimentale.

Al di là dell'analisi dell'illegittimità per aver disposto l'annullamento in autotutela senza alcuna comparazione tra l'interesse pubblico all'annullamento e il contrapposto interesse privato alla conservazione del provvedimento, l'esercizio dello *jus poenitendi* non ha trovato alcuna corrispondenza motivazione (istruttoria) nell'atto di rimozione.

La valutazione dell'interesse, è da comprendere, deve necessariamente essere esplicitata nel provvedimento di ritiro, ritiro che non può consistere nella mera esigenza di ripristino della legalità ma deve poggiare sulla sussistenza di ragioni concrete ed attuali alla rimozione dell'atto che sia prevalente sull'esigenza di salvaguardare le situazioni di vantaggio che i soggetti privati abbiano acquisito confidando nella legittimità dell'atto da rimuovere, e tutto questo deve risultare in atti.

Il giudice, in questo percorso, provvede all'esame della documentazione, e riscontra che la motivazione dell'interesse pubblico viene fatta ricadere (rimanda) dal rinvio ad un parere *pro - veritate* (in realtà a più pareri legali) reso dal legale individuato dall'amministrazione resistente.

Viene acclarato in punto che l'amministrazione si è avvalsa della tecnica motivazionale *per relationem*: “ritenuto di condividere le valutazioni giuridiche espresse dal legale officiato... e le cui risultanze sono sostanzialmente riportate in narrativa” e “sussistendo un evidente interesse pubblico anche in ragione delle implicazioni di carattere penale che possono emergere dall'indagine in corso”.

¹ Non quindi esterna all'atto e/o disposta in via orale. Risulta ammissibile, tuttavia una motivazione *per relationem* ponendo a carico dell'Amministrazione due obblighi: il richiamo espresso all'altro atto che contiene la motivazione e la messa a disposizione, in visione o copia, dell'atto richiamato, su istanza di parte, T.A.R. Toscana, Sez. II, 12 giugno 2007, n. 863.

² T.A.R. Veneto, sez.I, ordinanza 18 giugno 2008 n. 435.

³ Cfr. l'art. 110, comma 6, del T.U.E.L. e Cons. Stato, sez.IV, 18 giugno 2008 n. 3040.

Sembra di comprendere che il mero richiamo al parere legale senza soffermarsi sulle ragioni ulteriori al ripristino della legalità risultano del tutto insufficienti per sostenere il paradigma normativo (interesse concreto e attuale, nonché termine ragionevole), ritenendo del tutto inconferente la motivazione confinata entro il perimetro dell'esigenza di ripristino della legalità che *“non costituisce piattaforma motivazionale sufficiente alla predicabilità dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto dal mondo giuridico. Né, per analoghe ragioni, può sopperire a detta carenza motivazionale, l'aver indicato le potenziali implicazioni di carattere penale che, in disparte ogni ultronea considerazione, proprio in quanto meramente potenziali ed ipotetiche escludono, ontologicamente, l'attualità e la concretezza dell'interesse pubblico alla spendita del potere di autotutela”*.

Preme osservare che il richiamo motivazionale al parere legale, senza alcun ulteriore apporto istruttorio (specie con riferimento al termine ragionevole⁴), ha portato il giudice di prime cure a rilevare l'insussistenza del presupposto essenziale per l'esercizio del potere dell'autotutela, rilevando la responsabilità della P.A. per esercizio illegittimo della funzione pubblica *“ravvisabile nell'aver adottato il provvedimento di ritiro nonostante fosse consapevole di non poter motivare sulla sussistenza dell'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela: consapevolezza ricavabile sia dall'aver, in sede procedimentale, reiterato la richiesta al legale officiato di esplicitare le ragioni di “interesse pubblico”, sia nell'aver adottato il provvedimento finale di annullamento ripiegando sulla tecnica della motivazione per relationem, mercé il rinvio ad atti endoprocedimentali carenti in punto di esplicitazione dell'interesse pubblico”*.

In termini più espliciti e senza voler argomentare oltre, l'istruttoria operata si è limitata all'acquisizione di un parere esterno, senza entrare nel merito dell'interesse stesso, ossia senza esprimere compiutamente una motivazione ascrivibile all'amministrazione precedente, significando che l'apporto del responsabile del procedimento (il *dominus* del procedimento) non si è compiuto secondo il dettato dell'articolo 6, della legge 241 del 1990, omettendo un contributo procedimentale significativo che esprimesse una volontà ultronea al parere e propria dell'organo amministrativo: il parere legale in definitiva recepito e fatto proprio non è stato sufficiente ad imprimere una posizione stabile ed autonoma sotto il profilo documentale, in grado cioè di assolvere l'obbligo di motivare il provvedimento di ritiro: il responsabile del procedimento doveva integrare la motivazione e non rinviare *sic e simpliciter* al parere *pro veritate*.

L'atto deve (è obbligatorio) quindi essere positivamente sostenuto da un'istruttoria adeguata, da una motivazione congrua o almeno sufficiente (in relazione all'importanza dell'atto, ovvero la profondità dell'impianto giustificativo, infatti, varia in ragione del variare degli effetti dell'atto, dei suoi destinatari, dell'incidenza dell'interesse pubblico perseguito sugli interessi privati *et similia*), e qualora l'amministrazione intenda discostarsi dall'istruttoria non può reiterare la stessa al solo scopo di acquisirne una diversa, magari più favorevole atteso che è principio consolidato del diritto amministrativo quello secondo il quale la P.A., a pena d'illegittimità, deve dare conto dei motivi per i quali ha inteso discostarsi, in tutto o in parte, dai pareri acquisiti nel corso della istruttoria, anche quando essi non siano obbligatori o vincolanti, non potendo eludere le determinazioni finali del responsabile del procedimento, a maggior ragione quando siano espressamente richieste⁵.

Con la motivazione l'amministrazione risponde ad un obbligo giuridico di rendere percepibile l'*iter logico* seguito nella scelta, o quantomeno dovranno essere percepiti i criteri che concorrono ad integrare e chiarire la valenza della scelta operata, manifestando le ragioni dell'apprezzamento espresso.

L'obbligo di rendere comprensibili le valutazioni effettuate, è pur vero ed è giusto ribadirlo, è imposto dalla necessità di garantire la possibilità, affermata a livello costituzionale, di un sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere che, sebbene si verta nel campo della discrezionalità tecnica, non è come è noto escluso circa i profili della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle valutazioni effettuate, sindacato che sarebbe evidentemente precluso in assenza di una sia pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto alla decisione, anche qualora tale decisione si fondi su pareri facoltativamente resi⁶.

Infatti, anche nel caso in cui la P.A. abbia volontariamente acquisito un parere non obbligatorio, si considera che essa abbia autonomamente vincolato la formazione della propria volontà alla acquisizione di chiarimenti o conoscenze non in suo possesso e che, dunque, devono provenire da un organo terzo: la p.a. avendo compiuto, sostanzialmente, un'attività di autolimitazione successivamente, non può non tenere conto pena l'illegittimità dell'atto, a tacer d'altro sotto il profilo della condotta⁷.

Giova osservare che qualora risultino discordanze istruttorie (vedi, per esempio in tema di accordi bonari⁸) tali da far supporre l'incongruità di una decisione da assumere, l'Amministrazione può effettuare la scelta di ricorrere ad un tecnico esterno per una eventuale istruttoria ulteriore, che non rappresenta un rimedio *extra ordinem*, ma un ordinario

⁴ T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 13 novembre 2006, n. 2150; Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 564.

⁵ C.G.A., sez. Giurisdizionale, 21 novembre 2007 n. 1049.

⁶ T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 10 giugno 2008 n. 1962.

⁷ Sul punto, è noto l'illegittimità dell'atto deliberativo adottato dal Consiglio - Giunta comunale senza che sia stato acquisito in via preventiva il parere di regolarità tecnica; tale parere va acquisito su ogni proposta di deliberazione, riguardando tutti gli aspetti di essa, attenendo al merito, all'efficacia ed all'efficienza dell'azione amministrativa, il cui esercizio si prospetta nella proposta da sottoporre al voto, T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, 3 maggio 2007, n. 759.

⁸ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determina 5 dicembre 2001, n. 22.

sviluppo a fronte di incertezze, “quali, i significativi scostamenti tra le valutazioni sulle riserve del Direttore dei lavori, del Collaudatore e del RUP.”, ovviamente purché l’incarico esterno rispetti i requisiti di legge⁹.

La necessità di avvalersi di un supplemento di istruttoria dovrà risiedere *in primis* sulla esigenza di acquisire un professionalità o competenza diversa da quella dei dipendenti dell’ente, sicuramente non per svilire le capacità interne o semplicemente per arrestare una istruttoria negativa, quanto semmai per approfondire proposte fondate su non univoche istruttorie, da valutare in concreto (caso per caso) per coglierne la ragionevolezza o, al contrario, l’arbitrarietà - illogicità della scelta, scrutinabile (in seguito) sia sotto il profilo erariale (esborso di denaro pubblico per la consulenza) che di responsabilità dirigenziale (valutazione sui risultati e/o capacità).

Dal complesso visivo delineato, e volendo affrontare sotto profili istruttori diversi l’attività del responsabile del procedimento, si può soffermarsi sulla legittimità di inserire valutazioni tecniche e/o decisionali - quale atto di indirizzo politico - delle determinazioni di competenza del dirigente, con l’intento esplicito (ed elusivo dei principi di separazione delle competenze) di imprimere un qualche effetto propulsivo nel procedimento volto all’adozione dell’atto finale di spettanza dell’organo tecnico.

Non sfugge, a questa logica procedimentale frequente, che la prassi amministrativa abbia voluto inserire prima dell’attività procedimentale un provvedimento di indirizzo politico - amministrativo con la pretesa di indurre (incanalare) il responsabile del procedimento a scegliere una specifica procedura rispetto al ventaglio di scelte operative (oppure a voler definire il contenuto dispositivo) piuttosto di limitarsi a fornire orientamenti sugli obiettivi attesi (non certamente sulle modalità per raggiungere gli obiettivi), traslando - impropriamente e con aspetti di reciprocità - la decisione tecnica sull’organo politico: è solare che tale condotta surrettizia e impropria dell’intervento non esime il responsabile del procedimento dalla propria responsabilità, rimarcando - a contrario - il vizio di incompetenza (presupposto) di tale *modus procedendi*.

Il giudice amministrativo non manca di soffermarsi su questo genere di prassi, ammettendo la piena legittimità dell’indirizzo politico dell’organo rappresentativo rivolto al dirigente (quindi, orientando la scelta in via generale) purché non giunga a definire i contenuti specifici del provvedimento da rilasciare, esorbitando i limiti di un atto di indirizzo (*rectius* direttiva): “*in concreto, la circostanza che, tra i contenuti della decisione da assumere, vi fosse anche la modifica delle modalità*” assunte nel “*Protocollo d’Intesa sottoscritto da due Comuni, rendeva (se non necessario, quanto meno) fisiologico, sotto il profilo politico-amministrativo, che se ne occupasse l’organo politico-amministrativo regionale... Per il resto (vale a dire, per tutto quanto riguarda gli aspetti tecnico attuativi della concessione... vi è un’invasione dell’ambito gestionale riservato al dirigente competente*”¹⁰.

Si tratta, conclude il Tribunale, non di incompetenza c.d. assoluta, bensì di incompetenza c.d. relativa, spettando la competenza provvedimentale ad un organo del medesimo plesso amministrativo¹¹: “*il provvedimento giuntale avrebbe potuto inficiare il provvedimento dirigenziale qualora (fosse in qualche modo desumibile dagli atti del procedimento che) l’organo tecnico si sia sentito vincolato dai contenuti (impropriamente) predefiniti dall’organo politico in sede di indirizzo, pur avendo intenzione di assumere determinazioni differenti*”¹².

L’analisi che viene fatta conferma la tesi prospettata che l’attività istruttoria può ben rinviarsi a valutazioni esterne (pareri legali, tecnici ovvero atti di indirizzo) ma il processo cognitivo deve concludersi con una valutazione autonoma e indipendente del singolo responsabile del procedimento.

La valutazione (*ergo* l’attività istruttoria - decisionale) può anche far proprie le osservazioni esterne (quelle riferite ai contenuti derivanti dall’istruttoria espletata nella fase precedente) ma l’atto finale costituisce autonoma determinazione dell’organo tecnico - produttivo di efficacia giuridica - interamente imputabile al dirigente, il quale ne assume ogni conseguente responsabilità: “*se dovesse ritenersi che abbiano trovato spazio nella valutazione interessi diversi da quelli considerati dalla normativa, ciò dipenderebbe dal cattivo esercizio della discrezionalità da parte del dirigente, non dall’adozione della deliberazione presupposta*” (cioè l’atto di indirizzo politico)¹³.

⁹ Non possono, quindi, essere conferiti incarichi esterni che abbiano ad oggetto l’espletamento di attività, funzioni e servizi assorbiti per competenza nei compiti riservati alla Pubblica Amministrazione e vi sia all’interno personale professionalmente idoneo. Il ricorso ad una collaborazione esterna o un incarico professionale esterno deve costituire un rimedio eccezionale per fronteggiare esigenze che esulino dall’ordinaria attività delle Amministrazioni Pubbliche e che necessitano dell’apporto di competenze professionali esterne con requisito di “alta specializzazione - professionalità”, *ex pluribus* da ultimo C. Conti, sez. controllo Lombardia, 11 marzo 2003 n. 37; id., sez. Umbria, 12 febbraio 2008 n. 162; id. Delibera 15 febbraio 2005, n. 6/CONTR/05. Vedi art. 34, co. 6 *ter*, della legge n. 248/2006 di conversione dei D.L n. 223/2006; art. 3, commi 55 e da 90 a 96 dell’art. 3 della legge finanziaria 2008.

¹⁰ T.A.R. Umbria - Perugia, 20 maggio 2008 N. 189.

¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 739; T.A.R. Campania, 12 aprile 2005, n. 3780.

¹² T.A.R. Umbria - Perugia, 20 maggio 2008, n. 189.

¹³ T.A.R. Umbria - Perugia, 20 maggio 2008, n. 189, su questo genere di relazioni (cioè, sul principio di separazione) il giudice di prime cure non recede nell’affermare che “*d’altra parte, un costante collegamento e confronto, con la possibilità di influenzare le scelte altrui (in qualche misura, reciproca), tra organi di indirizzo ed organi di gestione corrisponde al modello introdotto nell’ordinamento a partire dal d.lgs. 29/1993, che non è improntato ad una netta*

In altre parole, non si tratta di riconoscere, in via generale un incondizionato diritto di scelta o di sindacato sul merito di un atto tecnico, volta per volta, da parte dell'organo politico (o della stazione appaltante), tra personale interno o consulenti esterni (con le precisazioni appena elencate), ma, di riconoscere tale potere - dovere di scelta di soggetto esterno (stragiudiziale) se la "via interna" è preclusa da non univoche (incerte) risultanze istruttorie (sulla valutazione delle riserve) a cui non può ovviamente sopperire l'organo politico (Giunta), attingendo alla "scienza propria", stante la carenza in capo a sé medesima di idonea professionalità tecnica, oltre di una incapacità *ex lege* di esprimere atti di natura tecnico - gestionale: scelta (quella di attingere all'esterno) che dovrà essere congruamente motivata¹⁴.

A conclusione, il responsabile del procedimento assume piena titolarità e responsabilità nell'attività istruttoria - decisionale, l'ausilio di un supplemento di istruttoria esterno va congruamente motivato se l'organo politico intende contrastare validamente l'attività svolta, non potendo giungere alla determinazione del contenuto volitivo dell'atto conclusivo, pena l'invadenza in una competenza che è radicata nell'organo tecnico, mentre quando ne assuma la competenza "non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale" (*ex articolo 6, comma 1, lettera e*).

separazione, bensì alla distinzione (articolo 3 del d.lgs. 80/1998) dei poteri; e comunque rientra nella prassi diffusa dell'azione amministrativa".

¹⁴ Corte Conti, Sez. Giur. Regione Lombardia, 13 Maggio 2008 n. 283.