

ANDREA CARBONE

**POTERE E SITUAZIONI
SOGGETTIVE
NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

II-2

Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali



G. Giappichelli Editore

III

LE SITUAZIONI GIURIDICHE (PRETTAMENTE) PROCEDURALI

SOMMARIO: Sezione I. *I caratteri delle situazioni giuridiche prettamente procedurali.* – 1. Profili introduttivi. Le differenti impostazioni in ordine alle situazioni giuridiche procedimentali. – 2. La generale considerazione delle situazioni giuridiche prettamente procedurali. – 3. I caratteri generali delle situazioni giuridiche prettamente procedurali quali correlati al modello processuale corrispondente alla struttura normativa della funzione. – 3.1. La declinazione generale delle situazioni prettamente procedurali sotto il profilo oggettivo. La sua declinazione per come correlato al modello processuale della funzione. Modello procedurale collaborativo-garantistico e modello procedurale prettamente garantistico. – 3.2. La declinazione generale delle situazioni prettamente procedurali sotto il profilo soggettivo. – 4. Le tipologie di situazioni procedurali. Le situazioni prettamente procedurali attinenti al potere di azione/avvio del procedimento e all'obbligo decisorio che dal suo esercizio scaturiscono. – 4.1. Il potere di azione/avvio del procedimento e le situazioni ad esso correlate. La pretesa all'avvio del procedimento. – 4.2. L'obbligo decisorio di carattere astratto e le situazioni ad esso correlate. Requisiti per la decisione nel merito. – 5. Le situazioni strumentali all'esplicazione della funzione. Differenti tipologie di situazioni. – 5.1. Le situazioni attinenti all'esplicazione del contraddittorio. Modello processuale e tipologia di contraddittorio. Modalità di riscontro della violazione del contraddittorio, ruolo della motivazione del provvedimento e del preavviso di rigetto. – 5.2. (*segue*) La declinazione del contenuto delle situazioni inerenti al contraddittorio in considerazione della tipologia di contraddittorio che caratterizza il modello processuale. Il ruolo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. – 5.3. Le altre situazioni strumentali all'esplicazione della funzione. I vizi meramente formali. – 5.4. Il ruolo procedurale della motivazione. – 5.5. Considerazioni conclusive in ordine alle situazioni strumentali all'esplicazione della funzione. – Sezione II. *Le situazioni giuridiche prettamente procedurali e l'oggetto del processo amministrativo.* – 1. La situazione prettamente procedurale e la sua tutela. Profili generali. – 2. La tutela giurisdizionale delle situazioni attinenti all'avvio del procedimento e all'obbligo decisorio di carattere astratto. – 3. La tutela giurisdizionale delle situazioni strumentali all'esplicazione della funzione. Profili processuali dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. – 4. La tutela giurisdizionale della pretesa all'accesso ai documenti amministrativi. – 5. Tutela in forma specifica e tutela risarcitoria. Specificazioni e rinvio.

SEZIONE I

I CARATTERI DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE PRETTAMENTE PROCEDURALI

1. *Profili introduttivi. Le differenti impostazioni in ordine alle situazioni giuridiche procedimentali*

La considerazione della situazione giuridica di potere nell'ambito strutturale della funzione è stata affrontata, sinora, essenzialmente al fine di fornire una ricostruzione della stessa situazione di potere e di quelle ad essa correlate con riferimento all'interesse sostanziale alle stesse sotteso, pur non essendo mancato un inquadramento generale idoneo a fornire una rappresentazione delle differenti tipologie di situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa.

In particolare, nell'analisi sin qui condotta, si è evidenziato come la funzione rappresenti il processo formativo di una decisione in ordine all'esercizio di un potere, che trova nell'ambito del procedimento amministrativo il luogo di espressione della rilevanza giuridica della formazione della/e relativa/e scelta/e. Il procedimento, si è detto, costituisce infatti lo strumento che pone in correlazione il farsi della decisione con l'assetto organizzativo amministrativo, nonché con i privati portatori di possibili soluzioni conformi agli interessi da essi rappresentati; e che consente, nella sua articolazione, una rappresentazione dei vari momenti, pur elastici nella loro concreta determinazione, della progressione della scelta amministrativa¹.

Se dunque la funzione è il processo attraverso il quale si determina la scelta di produrre o meno la situazione effettuale, il legame strutturale che si è visto sussistere tra situazione giuridica e funzione ha portato ad evidenziare come il potere debba essere concepito in quanto esercitabile a seguito di un processo nel quale venga verificata l'effettiva sussistenza in concreto della relativa situazione giuridica; secondo uno schema che, proprio sulla base del dato strutturale che si è ritenuto di dover ricavare dal modello normativo della funzione, risulta valido a prescindere dalla circostanza che, nel rapporto tra momento teleologico e determinazione della situazione effettuale, vi sia vincolatezza o meno della fattispecie della situazione giuridica di potere in ordine al criterio di preferenza che regga una siffatta determinazione, in ragione della possibilità di concepire, appunto in forza di quel dato strutturale, una norma a cui rapportare detto criterio come se questo fosse già definito al momento in cui si procede all'accertamento della sussistenza della situazione giuridica².

¹ Cfr. quanto detto nella parte I, cap. V.

² È questa la tesi che da noi si è inteso proporre in ordine della ricostruzione della situazione giuridica a rilievo sostanziale che si pone all'interno del rapporto con la situazione di potere amministrativo:

Si è in questo modo posta la situazione giuridica di potere all'interno della logica processuale, e si è detto come, in tale ottica, il procedimento a cui si debba fare riferimento individui la funzione sotto il profilo strutturale, cioè il modello di processo attraverso il quale l'ordinamento consente di attribuire rilievo giuridico alla funzione stessa³. A loro volta, si è spiegato, le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere, così come la stessa situazione di potere, assumono, in tale prospettiva, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale: è, cioè, nella prospettiva descritta che dette situazioni devono essere inquadrare; nel carattere procedurale che esse rivestono in ragione dell'esplicazione del potere amministrativo all'interno dell'impianto strutturale proprio della funzione. In questo senso, alla stessa azione procedimentale amministrativa, come rivolta alla decisione, ci si è potuti riferire nei termini di comportamento procedurale, rispetto al quale le differenti situazioni vengono a rapportarsi⁴.

Occorre, a questo punto, considerare l'ambito strutturale del procedimento con riferimento non al piano delle situazioni giuridiche che attengono al rilievo sostanziale del relativo interesse, bensì in sé, in ordine, cioè, al piano prettamente procedurale.

Si è infatti spiegato come, a seconda che l'interesse del privato si rivolga nei confronti dello svolgimento del procedimento in sé considerato, ovvero dello svolgimento del procedimento considerato in rapporto con una particolare situazione giuridica di potere, ovvero ancora della situazione giuridica di potere che nell'ambito del procedimento si esplica, si sarà al cospetto di situazioni di carattere astratto e indeterminato, di carattere relativamente astratto ovvero di carattere concreto, al pari di quanto avviene nell'ambito del processo giurisdizionale⁵.

Di quest'ultima, cioè della situazione (procedurale) a rilievo sostanziale, si è già detto, sia in ordine alla sua consistenza, sia in ordine alla sua considerazione quale oggetto del processo amministrativo. Le prime due tipologie di situazioni, cioè quelle di carattere genericamente o relativamente astratto, sono, invece, quelle qualificabili come situazioni di carattere prettamente procedurale, a cui ci si riferisce solitamente con la denominazione di situazioni giuridiche procedimentali. Ad esse è dedicato il presente capitolo. La trattazione che si intende compiere, secondo il programma che ci si era prefissati, ha, cioè, ad oggetto le situazioni giuridiche soggettive che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale, attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale, per come considerate insieme con le prescrizioni proce-

cfr. ancora parte I, cap. V. Sul punto si veda anche, per una sintesi generale, A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive. Una proposta di confronto*, in *Pers. amm.*, 2021, 2, p. 359 ss.; ID., *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 244 ss.

³ Sul punto, cfr. in particolare parte I, cap. V, parr. 2 ss., 3.4 ss. e 4 ss.

⁴ Cfr. ancora parte I, cap. V, parr. 2 ss. e 4 ss.

⁵ Si veda in proposito quanto detto nella parte I, cap. II, sez. II, par. 3, e cap. V, par. 2 ss.

durali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura.

In ordine alle situazioni in questione, può in via preliminare ricordarsi il rilievo che ha avuto la loro elaborazione nel diritto amministrativo. Questa, infatti, ha trovato un'ampia trattazione in dottrina, che, iniziata già prima dell'adozione di una normativa generale sul procedimento, si è poi grandemente sviluppata a seguito della sua entrata in vigore⁶.

La problematica è stata tradizionalmente affrontata per lo più interessando la considerazione di dette situazioni giuridiche, se o meno autonome rispetto a quelle sostanziali, e la loro natura, quali esse stesse interessi legittimi, diritti soggettivi, ovvero genericamente interessi procedurali. Le diverse classificazioni che si sono avviate sono risultate a loro volta connesse ad una pluralità di questioni, collegate alle differenti forme di tutela a cui può dare accesso la situazione procedimentale o la situazione principale a cui essa sarebbe ricollegata, con particolare riferimento all'automatica legittimazione ad impugnare l'atto da parte di chi ne è titolare, all'annullabilità dell'atto come conseguenza della loro violazione, all'immediata impugnabilità dell'atto endoprocedimentale lesivo, nonché alla risarcibilità quale attinente alla violazione procedurale in sé, insieme alla connessa problematica della dimostrazione e della quantificazione del relativo danno. Il rilievo maggiore, quando non l'unico, in proposito, è stato conferito agli interessi c.d. partecipativi, cioè alle situazioni inerenti all'esplicazione della partecipazione procedimentale.

Nello specifico, nell'ambito dello scenario appena rappresentato, i differenti approcci dottrinali si sono presentati nei seguenti termini.

In primo luogo, vi è stata una parte della dottrina che ha ritenuto che le situazioni procedurali non sarebbero situazioni autonome, ma costituirebbero facoltà inerenti agli stessi interessi legittimi; considerazione, questa, da cui si è fatta solitamente derivare l'impossibilità di una loro autonoma e/o specifica tutela⁷.

⁶La categoria degli interessi procedurali, come noto, ha ricevuto una specifica elaborazione con M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, p. 275 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 926 ss., quale riferita a situazioni soggettive strumentali, autonome dall'interesse legittimo (si veda sul punto anche E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 21). L'autonomia di tale figura non fu però in generale accettata (lo stesso M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 929, affermava che il modulo di tutela giurisdizionale degli interessi procedurali era quello degli interessi legittimi, nel senso che i primi non erano giurisdizionalmente tutelati in quanto tali, ma nella misura in cui la loro lesione ridondasse in una lesione della situazione di base di interesse legittimo), e in generale fu messa in discussione da chi ha configurato gli interessi procedurali come facoltà che tipicamente attengono, nel procedimento amministrativo, allo stesso interesse legittimo: cfr., in questo senso, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 114; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25 ss., nei termini di cui si è già visto nella parte I, cap. III, par. 2.1-2.2. Dopo l'adozione della l. n. 241/1990, la dottrina si è divisa tra chi ha continuato a considerare le situazioni procedurali quali appunto facoltà inerenti agli interessi legittimi, e chi le ha configurate come situazioni autonome, di varia natura: sul punto, per le varie ricostruzioni, cfr. subito *infra*, nel testo e alle note successive.

⁷In questo senso, come facoltà inerenti agli interessi legittimi, cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministra-*

Secondo un'altra parte della dottrina, invece, le situazioni in questione dovrebbero essere considerate come situazioni giuridiche autonome.

In particolare, un primo orientamento che si è posto in quest'ultimo senso ha qualificato le situazioni procedurali come diritti soggettivi, e da ciò ha tratto le conseguenze in ordine alla loro tutela. In questa prospettiva, la qualificazione in termini di diritti è stata espressa in differenti modalità e a differenti fini. In una prima ricostruzione, essa è stata utilizzata, essenzialmente, al solo scopo di conferire un particolare rilievo alle situazioni in questione, a volte qualificate come diritti fondamentali di rilievo costituzionale, come tali reputati in via generale non obliterabili, ma spesso senza andarsi oltre una generica caratterizzazione in tal senso⁸. In una più

tiva, cit., p. 114; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 25 ss.; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 245 ss. (sui quali, come detto, si veda parte I, cap. III, par. 2.1-2.2); S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, pp. 1922-1923; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 340 ss.

A tale filone concettuale appartiene anche la particolare tesi di P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, p. 247 ss., che, nel prendere in considerazione l'interesse partecipativo, ritiene che questo si configuri quale "manifestazione inautonoma di quell'interesse di cui le figure soggettive ex art. 9 in concreto intervenute possano vantare una qualificazione sostanziale", e quindi di quelle situazioni che legittimano a proporre ricorso giurisdizionale; legittimazione che appunto secondo l'Autore (p. 224 ss., spec. p. 233 ss.) scaturisce dalla partecipazione effettiva al procedimento, caratterizzata da un nesso di pertinenza con l'oggetto di questo, cioè da una "partecipazione influente", qualificata dall'eventuale pregiudizio che causerebbe il provvedimento e qualificante la situazione alla sua base: ciò comporta (p. 269 ss.) che il privato è legittimato sia ad impugnare immediatamente un atto che ne escluda la partecipazione, sia, laddove abbia preso parte al procedimento, a ricorrere avverso l'atto finale.

Anche secondo A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova, 1999, p. 84 ss., p. 94, le facoltà partecipative costituiscono elementi di una situazione giuridica unica, sostenendosi sul punto (pp. 142 ss. e 215 ss.) che, proprio per tale motivo, la mancata partecipazione svolge un ruolo preclusivo sulla possibilità di far valere i vizi della ponderazione relativi ad interessi particolari che il soggetto non ha rappresentato.

Afferma S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, p. 46 ss., sulla base della sua tesi sulla qualità della partecipazione, per cui la partecipazione deve necessariamente apportare un contributo di utilità e arricchimento alla determinazione della fattispecie, che "l'asserita natura procedimentale [dell'interesse alla partecipazione] mal si concilia con la natura sostanziale di cui esso è intrinsecamente dotato, grazie alla quale esiste e rileva giuridicamente", cosicché detta natura procedimentale "mira, evidentemente, ad ottenere un duplice risultato: giustificare, da un lato, la sua tutela formale (...); negare, dall'altra, la sua tutela sostanziale, escludendo che il controllo giurisdizionale possa coinvolgere 'il contenuto dell'atto finale'" (corsivo testuale): sarebbe perciò criticabile sia (*loc. ult. cit.*) la tesi degli interessi partecipativi di Villata, sia (p. 100) quella volta a costruire gli interessi dei partecipanti come diritti soggettivi a tutti gli effetti (sulle quali subito *infra*, in nota).

⁸In tale considerazione, in genere più risalente, il riferimento al diritto soggettivo assume rilievo soprattutto in termini 'strutturali', quale volto a denotare una particolare rilevanza della situazione in questione, direttamente rivolta alla tutela dell'interesse del privato; da ciò, tuttavia, non si fanno scaturire conseguenze di rilievo in ordine alla sua tutela, al limite potendosene implicitamente dedurre la necessità di annullamento del provvedimento adottato senza il rispetto delle relative garanzie. In particolare, il profilo descritto risulta evidente nella tesi di E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 386 ss., per i quali la posizione procedimentale di vantaggio assurgerebbe a vero e proprio diritto soggettivo di partecipazione, avente

specifico considerazione, invece, la qualificazione in termini di diritti è stata rivolta ad individuare una specifica relazione a fronte di corrispondenti obblighi della P.A.; essa rivestiva rilievo, in particolare, precedentemente alla sentenza della Cass., sez. un., n. 500/1999, in quanto idonea a consentire la risarcibilità dell'interesse leso⁹.

rilevanza costituzionale, ascrivibile alla categoria, appositamente ripresa, dei diritti pubblici soggettivi, ma, al di fuori del procedimento, essa rimarrebbe tutelabile come interesse legittimo davanti al giudice amministrativo (per una critica a tale tesi, cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, pp. 29-31). Anche E. PALICI DI SUNI PRAT, *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Torino, 1994, p. 80 ss., li considera diritti costituzionalmente garantiti, facendo riferimento alla teoria dei diritti pubblici soggettivi, ma poi li include all'interno della tutela degli interessi legittimi. Mentre M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, pur parlando (p. 72) di diritti a partecipare al procedimento, li considera (p. 95, n. 16), richiamando Nigro, come uno dei modi in cui si manifesta l'interesse legittimo. In proposito, si veda anche, in termini problematici, G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributo alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989, p. 40 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1312 ss., il quale, configurando le situazioni procedurali come diritti, in ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 493 ss., si pone la questione di riconoscere ad essi adeguate e specifiche forme di tutela.

La generale considerazione delle situazioni procedurali, propria della prospettiva in esame, si ritrova anche, ma in una particolare, e più compiuta, caratterizzazione, nella tesi di L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss. Tale A., nello specifico, rifiuta la tradizionale contrapposizione, che si ha in proposito, tra diritti soggettivi e interessi legittimi, la quale evocherebbe gli scenari prettamente sostanzialisti propri di una visione in questo senso individualistica dell'azione amministrativa (sul punto, si veda la parte I, cap. III, par. 3.1 ss.), e, conseguentemente, porrebbe quest'ultima, e la scelta discrezionale ad essa correlata, nel circuito della sovranità intesa unicamente nel senso della rappresentanza e della responsabilità politica. Si afferma, invece, (*Pretese procedurali*, cit., p. 869 ss.) partendo dall'idea della sovranità come esprimendosi nel riconoscimento di diritti preesistenti nell'ordine della società (secondo l'impostazione propria dell'A., su cui parte I, cap. III, par. 4.1, nel testo e in nota; ivi i relativi riferimenti), che le pretese procedurali – ottenere una decisione espressa e motivata, ottenerla entro un termine predeterminato, poter contraddire con l'organo procedente nel corso del procedimento – si porrebbero in analogia con quelle processuali scaturenti dal diritto di azione giurisdizionale (su cui ID., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 235 ss.), quali strumentali al godimento delle pretese sostanziali protette dall'ordinamento, a cui apprestano garanzie secondarie; come tali, esse assurgerebbero al rango di diritti fondamentali, trovando tutela attraverso la tradizionale domanda impugnatoria, al pari di quanto accade per l'impugnazione della decisione del giudice.

Ora, la problematica, che si pone rispetto al filone rappresentato, concerne, è evidente, l'effettiva possibilità di attribuire, per tale via, un rilievo autonomo alle relative situazioni procedurali, nei termini presentati dalle differenti impostazioni indicate. A tal proposito, viene peraltro in considerazione anche il loro rapporto con la regola – una volta avvenuta la sua introduzione da parte della l. n. 15 dell'11 febbraio 2005 – di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, sulla non annullabilità degli atti per vizi formali e procedurali qualora la decisione non avrebbe potuto essere diversa da quella adottata, la quale, attraverso appunto il non annullamento, incide necessariamente anche sul rilievo e/o sulla consistenza delle situazioni in questione. Su questo punto, si rimanda a quanto si dirà *infra*, spec. par. 5.2 ss., nonché sez. II, par. 3.

⁹ Si può riscontrare, in proposito, una generale impostazione, per cui gli interessi procedurali, o comunque quelli partecipativi, avrebbero natura di diritti soggettivi che, se violati, darebbero luogo al

risarcimento dei danni, indipendentemente dalla attitudine della garanzia partecipativa ad incidere sull'assetto sostanziale degli interessi, la quale riguarderebbe invece una diversa situazione di interesse legittimo tutelata attraverso l'annullamento dell'atto. In questo senso, nelle differenti declinazioni, si esprimono A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 984 ss.; ID., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 74 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 291 ss. (sul quale cfr. quanto detto nella parte I, cap. III, par. 9, nel testo e alla n. 265); M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 ss., in relazione all'interesse al rispetto del termine di conclusione del procedimento a fronte di una posizione del privato di carattere pretensivo; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 133 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss., che mette in luce come i diritti procedimentali si pongano a fronte di corrispondenti obblighi procedimentali in capo alla P.A., la cui violazione dà luogo al risarcimento del danno per responsabilità contrattuale; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, p. 75 ss.

Per una differente impostazione, invece, è lo stesso interesse legittimo ad avere la struttura di diritto, a cui i diritti procedurali in generale, e partecipativi in particolare, possono o sostituirsi quali sostanza stessa dell'interesse legittimo, o affiancarsi quali posizioni eventualmente autonome. L'impostazione in questione può ricondursi a quanto già considerato nella parte I, cap. III, parr. 3.1-3.2 (a cui si rimanda per gli opportuni approfondimenti), e in particolare si ritrova in A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 153 ss., per cui tutte le garanzie, procedurali o sostanziali, attengono ad obblighi di prestazione, a fronte delle quali sussiste un diritto soggettivo alla legittimità dell'atto. Essa si ritrova anche in L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, pp. 143 ss. e 175 ss.; ID., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103 ss.; ID., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 591 ss., spec. p. 600 ss.; ID., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 637 ss., 654 ss. e 669 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss., spec. pp. 645-646; ID., *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, p. 112 ss., a detta del quale l'interesse legittimo è strutturalmente un diritto di credito, il cui oggetto è costituito dalla *chance* quale possibilità normativa di un risultato favorevole, possibilità che dipende dal rispetto di norme sostanziali e di norme procedimentali. In particolare, secondo tale A., per la violazione del termine di conclusione del procedimento, se vi è incertezza sul risultato, l'incertezza stessa si ritiene insita nella possibilità normativa propria dell'interesse legittimo, per cui il danno deriverebbe comunque dalla lesione dell'interesse legittimo; se invece non sussiste proprio la possibilità normativa del risultato favorevole (manca l'interesse legittimo), il danno è da mero ritardo, e, in ordine ad esso, si potrebbe considerare l'obbligo di concludere il procedimento come obbligo integrativo strumentale (e quindi non risarcibile in mancanza dell'interesse legittimo) ovvero come fondante un diritto autonomo (come tale risarcibile). Allo stesso modo, sui vizi procedimentali, lo stesso A. afferma che, per i requisiti vincolati, le violazioni meramente formali non potrebbero influire sull'annullamento dell'atto, la cui esclusione dipenderebbe dalla mancanza dell'interesse legittimo (dalla mancanza, cioè, della stessa integrazione della possibilità normativa del risultato favorevole); rispetto a tale evenienza, potrebbe farsi ricorso, ad ogni modo, alla categoria degli obblighi di protezione senza prestazione, per fondarvi autonomi diritti procedimentali risarcibili. Nel caso in cui, invece, sussista l'interesse legittimo, rispetto ad una violazione procedurale si dovrebbe fare riferimento o alla categoria degli obblighi di protezione, o comunque a quella degli obblighi secondari di comportamento, rilevanti in ordine alla prestazione principale solo se influiscono sul risultato della decisione (in particolare, sull'attuazione della *chance* legale, propria della discrezionalità): in tale ipotesi, infatti, la loro violazione integra l'inadempimento della prestazione principale, e quindi la lesione dell'interesse legittimo; mentre, nel caso contrario, di mancanza di influenza

Rispetto all'ascrizione delle situazioni procedimentali al paradigma del diritto soggettivo, si è peraltro ravvisato anche un differente orientamento, il quale, pur assumendo l'autonomia delle situazioni procedimentali, le ha classificate in modo differente. In questo senso, si è ritenuto che le situazioni in questione individuerrebbero interessi legittimi di natura procedurale (in generale, ed eventualmente, nello specifico, avente contenuto partecipativo), o comunque interessi procedimentali, senza una particolare qualificazione. In tale prospettiva, l'attenzione è stata rivolta soprattutto a ricercare rimedi autonomi e/o specifici per la loro tutela, quali in particolare l'annullamento dell'atto che viola la pretesa partecipativa, e l'eventuale possibilità di accedere a rimedi anticipatori (mentre rilievo minore ha rivestito la risarcibilità del danno, pur nel frattempo ottenuta per le situazioni differenti dai diritti)¹⁰.

in concreto, non vi sarà lesione della situazione in questione, ma la violazione della norma procedimentale, che abbia comportato un danno, risulta risarcibile (sul punto, cfr. anche *infra*, par. 5.2, n. 167).

¹⁰L'impostazione che configura autonomi interessi c.dd. partecipativi, intesa nei termini rappresentati, si ritrova in particolare in R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 171 ss., il quale, partendo dal presupposto che la legittimazione a partecipare al procedimento non comporta di per sé la legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale (tesi che viene criticata, rilevando che la sua affermazione sarebbe legata alla ricerca di un fondamento per la giustiziabilità degli interessi diffusi: p. 185 ss.), afferma (pp. 182-184) che la situazione giuridica procedimentale in sé considerata si esaurisce in un interesse a partecipare al procedimento ("interesse meramente partecipativo"), la cui tutela, "che dunque non riguarda il contenuto dell'atto finale, richiede una valorizzazione del principio dell'immediata impugnabilità degli atti endo-procedimentali in relazione al momento della concreta lesione degli interessi". In termini analoghi si erano espressi anche G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 102-103; M. SCHINAIA, *Relazione di sintesi*, *ivi*, p. 149. Alla tesi di Villata aderisce anche E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 427 ss. Mentre F. TRIMARCHI, *Procedimento amministrativo e riforma del processo*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., pp. 132-133; ID., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 641-642, pur senza far riferimento agli interessi procedimentali, ha affermato la necessità di mezzi di tutela preventivi o anticipatori. La tesi degli interessi partecipativi si ritrova poi pure in G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, p. 151 ss., che qualifica gli interessi partecipativi come interessi legittimi; l'A., però, distinguendo tra interessi legittimi formali e interessi legittimi sostanziali, ritiene che vi sia un rapporto di dipendenza tra le due categorie, per cui, in caso di violazione di regole formali, l'annullamento dell'atto non può essere disposto se da ciò non derivi alcuna utilità sostanziale (esplicito il riferimento alla tesi del raggiungimento dello scopo, su cui cfr. *infra*, par. 5.2, con riferimento all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990), cosicché, in mancanza, si sarebbe al cospetto di interessi legittimi meramente formali, come tali immeritevoli di tutela.

Secondo A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 199 ss., le situazioni procedimentali della parti – pur denominate come diritti, tra cui rileva in particolare il diritto al contraddittorio – non sarebbero qualificabili (p. 94 ss.) come interessi legittimi, non potendo trovare tutela (p. 253 ss.) nell'annullamento dell'atto (tutela che presuppone un legame con una posizione sostanziale, valorizzata dalla giurisprudenza tramite l'interesse a ricorrere), né (p. 107 ss.) come diritti, per l'inidoneità della costruzione civilistica del rapporto obbligatorio a rappresentare la realtà procedimentale e l'insufficienza del risarcimento dei danni a fornire idonea tutela a dette posizioni, ma rilevarebbero in quanti tali e troverebbero tutela (p. 303 ss.) nella fase cautelare del processo giurisdizi-

La rappresentazione appena effettuata esprime, nei termini descritti, la tradizionale articolazione delle diverse posizioni in ordine alle situazioni procedurali, per come essa ha avuto modo di svilupparsi nell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo, prendendo a specifico termine di riferimento, secondo quanto detto, il momento di introduzione della l. n. 241/1990, e rapportandosi, come tale, alle modifiche normative intervenute nel corso del tempo, le quali, in questo senso, si sono rivelate in grado di mutare la portata o la declinazione di alcune delle tesi considerate, in ordine alla consistenza delle situazioni procedurali e ai relativi rimedi proponibili (modifiche in parte menzionate; ma, su tutte, lo si vedrà ampiamente, rilievo centrale va conferito all'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990,

zionale (che però l'A. finisce per configurare quale rimedio specifico, di carattere non sommario né interinale, per ottenere la tutela del contraddittorio, atteso che, una volta conseguita quest'ultima, non vi è necessità di un giudizio di merito ad essa rivolta). Si noti come, nel rifiuto del rapporto sostanzialistico, e nella ricerca di rimedi specifici di carattere procedurale, l'A. faccia riferimento, espressamente, ad una qualificazione del rapporto procedimentale quale rapporto di diritto pubblico, come tale differente dalla logica civilistica; ma adotti, nella sostanza, un'impostazione che, a prescindere dalla contrapposizione pubblico-privato esplicitata, pone detto rapporto nel senso del rilievo procedurale/processuale delle situazioni giuridiche in questione: cfr. di seguito, al par. successivo.

La ricostruzione di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 347 ss., distingue invece tra titolari di situazioni partecipative presupponenti la sussistenza, in capo ai medesimi soggetti, di interessi legittimi, per cui è conferita la legittimazione al ricorso giurisdizionale; e coloro che sono portatori di situazioni partecipative sulla base di una posizione meramente differenziata, ma che non assurge al rango di interesse legittimo, per i quali la legittimazione processuale è esclusa. Le situazioni partecipative relative alla prima categoria rilevano come strumentali all'interesse legittimo, cosicché la loro tutela avverrebbe attraverso l'annullamento del provvedimento che viola la garanzia procedimentale (per cui sarebbe esclusa l'irregolarità dell'atto in relazione a detta violazione, anche nel caso in cui il contenuto della decisione non poteva essere diverso; l'A. scrive, si noti, precedentemente all'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990). Quelle concernenti la seconda, invece, rileverebbero giuridicamente soltanto come interessi procedimentali, cosicché è esclusa la possibilità di richiedere l'annullamento dell'atto, che accorderebbe la protezione ad un bene materiale non tutelato giuridicamente e quindi concederebbe al soggetto partecipante "troppa tutela" (in questa ipotesi la violazione della garanzia comporterebbe la mera irregolarità dell'atto); per tali posizioni, sorgerebbe però il problema della "carenza di tutela", che non può essere risolto facendo ricorso al risarcimento del danno (per il problema della sua quantificazione, giacché l'azione amministrativa non inciderebbe, in tali casi, su un bene giuridicamente tutelato), cosicché, *de iure condendo*, sarebbero auspicabili rimedi specifici sulla falsariga di quanto previsto per l'accesso.

Ora, rispetto alla generale impostazione degli interessi partecipativi a cui si sta facendo riferimento, può dirsi che il tratto maggiormente comune, come considerato nel testo, e ripetuto in questa nota, risulti essere quello (invero, presente anche in altre teorizzazioni: cfr. *supra*, in nota) dell'invocazione, più o meno esplicita, di rimedi anticipatori per far fronte alle violazioni delle relative garanzie procedurali. Rispetto a tale ordine di rimedi, va però avvertito come, una volta che il Codice del processo amministrativo ha previsto, all'art. 34, co. 2, prima parte, il divieto per il giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (su cui cfr. in generale parte I, cap. IV, sez. I, par. 4.2 ss.), essi non possano più essere reputati, in generale, ammissibili (il riferimento, si intende, è alla partecipazione propriamente intesa, non ai casi di decisione sulle singole posizioni oggetto del procedimento comparativo attraverso la loro esclusione, per le quali non si verifica un'anticipazione di tutela in senso proprio). L'unica possibilità nel senso descritto, in tale contesto, consisterebbe quindi nell'introduzione di specifiche forme di tutela attraverso singole disposizioni normative, in deroga alla generale previsione codicistica appena richiamata. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, sez. II, par. 3.

sulla non annullabilità dell'atto per vizi formali o procedurali qualora il provvedimento non poteva essere diverso da quello adottato)¹¹.

Rispetto alla prospettazione svolta, è possibile, ad ogni modo, proporre anche una differente classificazione, la quale, razionalizzando gli indirizzi considerati e correlandoli alla rappresentazione da noi a suo tempo effettuata sui modi di intendere la situazione giuridica sostanziale che si rapporta con il potere amministrativo, consente di raccordare, al suo interno, il rapporto tra piano procedurale e piano sostanziale delle situazioni giuridiche, senza la necessità di riferirsi a categorie concettuali che, per come presentate, non risultano necessariamente indicative di uno specifico valore teorico corrispondente. La classificazione in questione può delinarsi, essenzialmente, nei seguenti termini.

In una prima prospettiva, la situazione sostanziale viene ricostruita nel senso tradizionale dell'interesse legittimo, inteso nei termini strutturali di una situazione (da noi definita) indirettamente strumentale rispetto al suo oggetto¹². Rispetto ad essa, gli interessi procedimentali, lo si era già visto a suo tempo, parteciperebbero della consistenza stessa della situazione giuridica soggettiva, in tal modo individuata (con tutte le discrasie, che, in proposito, si sono potute evidenziare). La tutela risulterebbe quindi essere, essenzialmente, di tipo impugnatorio, per come strumentale alla tutela dell'interesse sostanziale¹³.

In una seconda prospettiva, è possibile individuare obblighi di prestazione a cui sono riconducibili le pretese procedimentali; rispetto ad essi è estranea la relazione di carattere sostanziale, la quale, per quanto possa essere descritta in vario modo, presuppone, essenzialmente, una sua costruzione nei termini più o meno tradizionali dell'interesse legittimo. All'interno di tale generale impostazione, è possibile, più nello specifico, distinguere due differenti filoni ricostruttivi, i cui reciproci confini non sono, invero, solitamente oggetto di specifica individuazione: in questo senso, in una prima prospettiva, il rapporto pretesa-obbligo viene considerato in chiave più marcatamente sostanzialistica; mentre, per una seconda interpretazione, l'accento andrebbe posto, piuttosto, sul rilievo strutturale di carattere procedurale del rapporto stesso¹⁴. In tale scenario, si valorizza maggiormente il rimedio risarcitorio, nel primo caso, ovvero i mezzi di ripristino della garanzia violata, nel secondo¹⁵.

Si può poi considerare un ulteriore ordine di idee, in cui, invece, è il rapporto privato-P.A., nella sua interezza, ad essere assunto in chiave prettamente sostanzialistica (nella chiave, cioè, propria essenzialmente delle obbligazioni individualistico-sostanziali, nel senso a suo tempo spiegato), descrivendo conseguentemente, nei

¹¹ Cfr., su tali profili, quanto detto nel testo e nel corso delle note precedenti.

¹² Cfr. parte I, cap. III, par. 2 ss.

¹³ Si vedano, in proposito, le tesi, del primo gruppo, che si articolano, nelle differenti declinazioni, in questo senso, con particolare riferimento a quelle di F.G. Scoca e M. Nigro.

¹⁴ Cfr. le tesi, tra quelle riportate subito sopra, nel testo e nota, afferenti al secondo e al terzo gruppo, che si caratterizzano nel senso descritto. Si veda inoltre quanto si dirà *infra*, al par. successivo.

¹⁵ Cfr. ancora subito sopra, nel testo e in nota.

corrispondenti termini, il rilievo delle situazioni procedimentali¹⁶. In tale scenario, è possibile distinguere, in particolare, una generale impostazione, per cui vi sarebbe un obbligo di prestazione a cui sono riconducibili tutte le garanzie concernenti l'esercizio del potere¹⁷; e una più specifica considerazione del rapporto sostanzialistico, per cui sarebbe ravvisabile un obbligo di prestazione a cui è riconducibile la pretesa che attiene al rapporto di carattere sostanziale, rispetto al quale il rispetto delle garanzie formali e procedurali attiene agli obblighi secondari di comportamento o ad obblighi di protezione che caratterizzano il rapporto stesso¹⁸. La tutela si articola di conseguenza, valorizzando, in particolare, il risarcimento del danno come rimedio specifico alla violazione procedimentale, rispetto alla condanna ad un *facere* quale mezzo primario di tutela per come volto all'adempimento del generale obbligo di prestazione¹⁹.

Lo scenario appena riportato, per come in generale oggetto di descrizione, può dirsi dunque ricomporre, nel senso rappresentato, i termini tradizionali della problematica sulle situazioni procedimentali, proprie del diritto amministrativo, con l'analisi generale da noi effettuata, sulle situazioni giuridiche soggettive che si pongono rispetto al potere. In tal modo, può aggiungersi, viene fornita la base di partenza da cui si può muovere per il proseguo della nostra trattazione; la quale, a questo punto, è in grado di riprendere il discorso da dove lo si era in precedenza lasciato. Procedendo nell'analisi che ci si è proposti di effettuare in questa sede, ci si volgerà allora, come si è avuto modo di avvertire, a fornire una teorizzazione delle situazioni prettamente procedurali, all'interno del più ampio quadro ricostruttivo da noi proposto in ordine alle situazioni giuridiche inerenti al potere nell'ambito del diritto amministrativo.

2. La generale considerazione delle situazioni giuridiche prettamente procedurali

Nel considerare la fattispecie normativa concernente la vicenda costitutiva dell'effetto giuridico attinente al potere, si sono distinte diverse tipologie di norme sulla produzione degli atti precettivi, in relazione all'individuazione di un triplice ordine di prescrizioni: a) la prescrizione concernente l'attribuzione del potere, intesa come quella limitata all'individuazione del soggetto competente ad adottare l'atto; b)

¹⁶ Sul punto, si veda parte I, cap. III, par. 3.1 ss.

¹⁷ Tale impostazione si ritrova, in particolare, in A. Orsi Battaglini, richiamato subito sopra, in nota.

¹⁸ È la tesi, in particolare, di L. Ferrara, ricordata subito sopra, in nota, insieme alle sue specifiche declinazioni.

¹⁹ Come già visto nella parte I, cap. III, par. 3.1, dove le tesi in questione sono state oggetto di specifica considerazione.

quelle aventi ad oggetto i requisiti sostanziali che debbono essere concretamente rispettati perché l'atto possa essere legittimamente adottato; c) quelle relative alle modalità di esercizio del potere, relative, cioè, ai requisiti di procedura e di forma dell'atto²⁰.

Le norme relative alle prescrizioni *sub* a) e b), come visto, individuano la fattispecie della situazione giuridica di potere. Le norme sulla produzione di carattere formale, che vengono ora in questione, fanno riferimento alle prescrizioni *sub* a) e c), come pure già si è accennato. In questo senso, può evidenziarsi il duplice ruolo assunto dalla norma che individua il soggetto a cui il potere è attribuito, la quale rileva sia sotto il profilo della situazione giuridica di potere, individuandone appunto il referente soggettivo, sia come norma formale sulla produzione, attenendo alla titolarità a procedere all'accertamento e all'adozione del relativo atto decisorio. La duplicità in questione è caratteristica strutturale della produzione normativa, e, in relazione al modello procedurale proprio del potere amministrativo, conferisce alla capacità speciale rilievo giuridico anche in ordine all'attribuzione della possibilità di accertamento in relazione a quel determinato potere; conferisce, cioè, rilievo giuridico al profilo dell'attribuzione del potere anche sul piano prettamente procedurale, nella sua considerazione in ordine alla possibile configurazione di situazioni giuridiche di carattere procedurale.

In proposito, si è detto infatti come la norma, che individua in capo al soggetto di riferimento una situazione giuridica di potere, attribuisca anche la relativa capacità speciale di compiere il tipo di atto corrispondente. Sotto questo profilo, non si devono che aggiungere, a quanto già affermato, le considerazioni che derivano dall'aver ricondotto l'esercizio del potere all'espletamento della funzione: la capacità è dunque l'attitudine a porre in essere l'attività giuridicamente rilevante allo svolgimento del processo che porta a produrre la relativa situazione effettuale. In relazione a tale carattere, viene quindi a porsi la configurazione, in considerazione del dato normativo di riferimento, di situazioni giuridiche di carattere procedurale, le quali, facendo appunto riferimento come presupposto alla capacità in questione, rappresentano, come detto, il modo di essere del soggetto rispetto ad una norma procedurale, in relazione al profilo assiologico rappresentato dall'interesse del soggetto stesso, a cui l'ordinamento attribuisce rilievo giuridico.

Nello specifico, rispetto ad una considerazione normativa della funzione strutturata nel senso di un modello processuale di accertamento, a venire in questione sono le norme formali sulla produzione, per come rivolte ai requisiti di forma e di procedura dell'atto, insieme con le ulteriori prescrizioni concernenti la fattispecie dell'esercizio del potere aventi carattere procedurale, relative alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura. Le previsioni considerate, a loro volta, contemplanò strumenti diretti ad operare nell'ambito procedimentale, al fine di svolgere l'accertamento della sussistenza della situazione

²⁰ Si veda la parte I, cap. II, sez. I, par. 3.1.

di potere e di dare rappresentazione della relativa decisione; questi concernono sia l'autorità procedente, sia gli altri soggetti coinvolti nella realtà procedurale.

In particolare, tra gli strumenti in questione vi sono quelli idonei a porre il privato in condizione di poter affermare la sussistenza della situazione giuridica sostanziale espressa nella relativa pretesa e quindi influenzare in tal senso l'accertamento amministrativo, o comunque a consentire di salvaguardare il corretto svolgimento dell'accertamento medesimo e la relativa rappresentazione della decisione. Questi strumenti, in relazione al soggetto che si afferma titolare della pretesa sostanziale, si pongono come pretese o facoltà procedimentali, aventi ad oggetto beni strumentali (nello specifico, le garanzie del contraddittorio, la conclusione del procedimento entro un termine, ecc.) rispetto all'interesse sotteso alla pretesa sostanziale stessa.

Le pretese e facoltà procedimentali, così individuate, sono quindi strumentali all'affermazione della pretesa sostanziale in ambito procedimentale. Esse però risultano anche, in sé considerate, idonee a rilevare autonomamente, nei termini e nei modi che si dovranno definire, quali situazioni giuridiche di carattere procedurale, la cui lesione può essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, di modo da ottenere i rimedi giurisdizionali idonei a conferire la tutela che ad esse deve essere riconosciuta in relazione al modello procedurale corrispondente. In questo senso, vi è una generale convergenza con quelle impostazioni secondo cui, in vario modo, le situazioni procedimentali dovrebbero essere considerate in maniera essenzialmente analoga alle situazioni processuali in ambito giurisdizionale²¹; purché, in proposito,

²¹ Si veda il richiamo a tale inquadramento strutturale effettuato al par. precedente, e, all'interno di esso, alle varie posizioni che, tra quelle rappresentate ivi, in nota, si pongono – come detto, in vario modo – in senso sostanzialmente corrispondente.

Fra queste, lo si è visto, rileva in particolare l'impostazione di L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali*, cit., p. 850 ss., il quale, come riportato al par. precedente, n. 8, ha configurato (pp. 874-875) le pretese procedimentali (ottenere una decisione espressa e motivata, ottenerla entro un termine predeterminato, poter contraddire con l'organo procedente nel corso del procedimento) in analogia con quelle processuali scaturenti dal diritto di azione giurisdizionale. Tale posizione, va ricordato, si inserisce, più in generale, in quel filone dottrinale che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori (cfr. in proposito parte I, cap. II, sez. I, par. 2.1, cap. III, par. 4.1, e cap. V, par. 2.1; nonché *infra*, par. 3, n. 29), ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010 (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012. Sul rapporto tra la nostra impostazione e le po-

si tenga in dovuta considerazione la nostra ricostruzione della funzione, e, rispetto ad essa, si vengano a rappresentare le differenze esistenti tra la declinazione del modello procedimentale amministrativo e quella del modello procedimentale giurisdizionale, presenti nel nostro ordinamento²².

Secondo l'ordine di idee espresso nell'analisi dei caratteri della funzione²³ – e, in ordine al piano (prettamente) procedurale di essa, già nella sostanza anticipato altrove²⁴ – la declinazione della funzione quale processo formativo di una decisione, relativa ad una situazione giuridica di potere, impone infatti la sua considerazione sotto un profilo eminentemente strutturale. Nello specifico, tale profilo strutturale si rinviene nel rapporto tra la situazione giuridica di potere (quindi, gli aspetti strutturali della decisione: il suo carattere di atto di accertamento, il rilievo degli spazi di scelta, ecc.) e gli elementi relativi alle norme procedurali concernenti la fattispecie dell'esercizio del potere stesso (la struttura del procedimento e dell'atto che manifesta la decisione). Rispetto ad esso, si è evidenziato come l'aspetto teleologico non connoti direttamente la funzione, ma si esprima sul piano, essenzialmente strutturale, di tale rapporto; si esprima, in altri termini, nella scelta normativa di un particolare modello strutturale di procedimento a fronte di una decisione sulla situazione effettuale ricostruita, sul piano ugualmente normativo, attraverso determinati caratteri strutturali²⁵.

La struttura normativa della funzione è dunque ciò a cui si deve fare riferimento a fini della determinazione della consistenza e della declinazione delle situazioni procedurali. Se ciò vale, come si è avuto modo di spiegare, per le situazioni giuridiche a rilievo sostanziale, in ragione del carattere procedurale (concreto) che ad esse si deve riconoscere, lo stesso deve valere, *a fortiori*, per quelle prettamente procedurali (procedurali astratte), che nella procedura trovano l'insieme di tutti i loro elementi²⁶.

sizioni proprie di tale filone dottrinale, oltre a quanto già ampiamente considerato nel corso dell'intero lavoro, si tornerà diffusamente *infra*, in relazione alle singole questioni in questa sede affrontate.

²² Nei termini descritti, per come verranno specificati subito di seguito, in questo e nei prossimi paragrafi, ci si viene quindi a porre sia, in generale, rispetto alle varie posizioni sulle situazioni procedurali riportate al par. precedente, nel testo e in nota, sia, in particolare, rispetto a quelle, tra esse, che hanno configurato le situazioni giuridiche procedimentali connotandole sotto un profilo (più o meno) specificamente procedurale/processuale (inclusa, come detto, l'impostazione propria del filone oggettivistico, richiamata alla nota precedente).

²³ Cfr. parte I, cap. V, par. 2 ss.

²⁴ È la ricostruzione proposta ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 5 ss.

²⁵ Cfr. ancora parte I, cap. V, par. 3.4 ss.

²⁶ Si riprende, in questo modo, la linea ricostruttiva espressa nella parte I, cap. V, par. 2.1.

Sull'idoneità della struttura normativa della funzione a conferire una determinata consistenza alle situazioni giuridiche prettamente procedurali, cfr. espressamente già *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 281 ss.; nonché, anticipandosi l'impostazione generale poi sostenuta nella parte I del presente lavoro, con particolare riferimento alle situazioni prettamente procedurali, *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*,

3. I caratteri generali delle situazioni giuridiche prettamente procedurali quali correlati al modello processuale corrispondente alla struttura normativa della funzione

L'analisi precedentemente compiuta ha permesso di descrivere come la rappresentazione della funzione come farsi della decisione consenta una specifica considerazione degli aspetti sostanziali ad essa inerenti, che tendono ad emergere sotto il profilo strutturale della stessa funzione. In tale quadro, l'emersione dei relativi rilievi contenutistici si è detto allora dipendere dalla considerazione che l'ordinamento attribuisce ad una determinata attività sotto il profilo della funzione, e, conseguentemente, alle modalità in cui essa, in considerazione di questo elemento strutturale, si viene a svolgere²⁷.

Tale ragionamento, in ordine alle situazioni giuridiche a rilievo sostanziale, ha portato alla ricostruzione di una situazione di pretesa in senso tecnico che si rapporta con la situazione di potere, in ragione del rilievo che, sul piano della struttura del processo formativo della decisione, assume l'attività di accertamento. Poiché, infatti, il processo formativo della decisione è normativamente costruito come processo di accertamento, si assume che l'ordinamento conferisca una specifica rilevanza all'ac-

in *Pers. amm.*, 2019, ora modificato e con il titolo *Considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 335 ss.

²⁷ Si veda, per tale ordine di considerazioni, la parte I, cap. V, par. 2, ed ivi i relativi riferimenti.

In particolare, si è detto come tale rappresentazione sia emersa attraverso la considerazione della funzione sotto il suo profilo strutturale, rispetto alla sua concezione tradizionale improntata all'aspetto teleologico del potere (largamente diffusasi soprattutto in ragione dell'autorevolezza di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss.). L'originaria rappresentazione della funzione in termini strutturali, quale rivolta alla trasformazione del potere nell'atto (propria dell'impostazione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. pp. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 176 ss.), ha consentito di valorizzare il profilo strutturale dell'attività, ponendone in ombra l'elemento teleologico, in maniera più o meno marcata in ragione delle differenti teorizzazioni (in particolare, il riferimento è al filone oggettivistico che da F. Benvenuti ha preso le mosse, per i cui riferimenti si rimanda alla parte I, cap. II, sez. I, par. 2.1, e cap. III, par. 4.1, tra cui in particolare l'impostazione di G. Berti), così fondando una distinzione delle differenti procedure che sia riferibile al loro dato strutturale. Rispetto ad essa, si è spiegato come il passo successivo sia stato quello di incentrare la rappresentazione della funzione (non tanto sul processo di produzione normativa, quanto) sul processo formativo della decisione rispetto alle possibili alternative in ordine alla soluzione del relativo problema normativo (F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss.). Per tale via, è stata possibile una più specifica considerazione degli aspetti sostanziali alla stessa funzione inerenti, che dunque tendono ad emergere sotto il profilo strutturale.

certamento stesso; ciò comporta che, anche qualora nella struttura normativa sostanziale della situazione giuridica di potere sia presente un margine di scelta, in ordine al suo esercizio, inerente al profilo teleologico della discrezionalità, è comunque possibile concepire, in ragione della considerazione congiunta del dato sostanziale con il dato procedurale, la fattispecie della situazione di potere, e la corrispondente fattispecie della situazione di pretesa ad essa ricollegata, ricomprensive in sé anche gli elementi discrezionali del potere stesso, e, quindi, un rapporto nel senso di sussistenza/insussistenza del potere di produrre (validamente) l'effetto a cui si relaziona una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. In questa prospettiva, l'equiparazione normativa, lo si è spiegato, avviene sotto il profilo procedurale; mentre rimane intatto il rilievo sostanziale della discrezionalità, che tuttavia rileva come limite procedurale dell'autorità che deve effettuare, in relazione ai medesimi elementi discrezionali, l'accertamento, con le conseguenze che si è avuto modo di descrivere in ordine alla declinazione del corrispondente processo giurisdizionale²⁸.

Ora, il rilievo che per l'ordinamento assume la struttura normativa della funzione è stato in questo senso considerato in merito alla relazione, di ordine procedurale, tra interesse sostanziale del soggetto ed esercizio del potere (situazioni procedurali concrete). Il rilievo in questione deve, a questo punto, essere preso in esame anche in ordine alla differente relazione, che si pone tra interesse del soggetto al procedimento di accertamento ed esercizio dell'attività di verifica da parte dell'autorità procedente. La considerazione che la struttura normativa della funzione sia quella di un processo di accertamento, infatti, se valsa a conferire una determinata consistenza alle situazioni di carattere procedurale concreto (situazioni a rilievo sostanziale), vale anche – e, come detto, *a fortiori* – a definire la declinazione di quelle di carattere procedurale astratto (prettamente procedurali).

Nella prospettiva della funzione, il processo perde, infatti, lo si ripete, la sua connotazione teleologica, per come in sé considerata, per assumere rilievo sotto il profilo strutturale²⁹; profilo che, in via generale, si è detto esprimersi nella possibili-

²⁸ Si rimanda, in ordine alla specificazione della nostra tesi, alla parte I, cap. V.

²⁹ Cfr. la parte I, cap. II, sez. II, par. 4, e cap. V, par. 2.1, n. 56; nonché già *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 55 ss.

La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione (cfr. subito sopra, in nota), ha posto infatti, lo si è visto a suo tempo, anche le basi per il superamento della considerazione teleologica del processo (secondo la posizione tradizionale, che richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4); nell'ottica adottata, quest'ultimo deve, quindi, necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicitazione della funzione. Si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere. Si noti che, con la qualificazione dell'interesse, un certo legame teleologico ancora permane, così come nella successiva distinzione, effettuata dall'A., *op. ult. cit.*, pp. 1137-1138, tra processi contenziosi e processi non contenziosi; nel contesto descritto, ad ogni modo, il contraddit-

tà per le parti di rappresentare in contraddittorio l'interesse di cui sono portatrici³⁰.

Si è però spiegato in precedenza come il riferimento al contraddittorio può portare ad una genericità dei contenuti del modello processuale, e come, per tale via, sia possibile approntare differenti modelli strutturali³¹, i quali abbiano come comune denominatore il conferimento di rilevanza giuridica alla partecipazione dei portatori degli interessi coinvolti e l'impossibilità, per l'autorità decidente, di porre nel

torio rappresenta "la espressione giuridica che hanno le parti di agire in quel processo che è comune ad entrambe", il quale pertanto, "malgrado si manifesti soprattutto nel processo in cui si espliciti una funzione giurisdizionale", non è a quest'ultimo limitato: ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739. La dottrina successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha posto in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss., il quale, in relazione alla propria impostazione espressa ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, ha considerato come il modello strutturale del processo, attraverso la rilevanza giuridica attribuita alla presenza dei portatori dei differenti interessi, sia ciò che consente al fenomeno della trasformazione del potere di emergere sotto il profilo della funzione (per la compiuta analisi del pensiero di tale A., si veda parte I, cap. II, sez. I, par. 2.1, nel testo e in nota, e cap. V, par. 2.1, n. 54); nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di riportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come ricordato poco sopra, in nota, quale farsi della decisione: cfr. parte I, cap. V, par. 2, ed ivi i relativi riferimenti.

³⁰ Si veda ancora la parte I, cap. II, sez. II, par. 4, e cap. V, par. 2.1, n. 56; *Il contraddittorio*, cit., p. 55 ss.

In proposito, si è visto a suo tempo come, nella scienza processualista, a fronte della posizione tradizionale, che richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale (cfr. la nota precedente), si sia venuta affermando l'impostazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. Tale impostazione generale si deve in particolar modo ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea di quella tracciata da F. Benvenuti (negli scritti richiamati alla nota precedente), ha specificato in che modo la partecipazione debba atteggiarsi perché possa parlarsi di processo. Più nello specifico, si è in proposito affermato che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.). L'eventuale conflitto di interessi (ID., *Processo*, cit., p. 1073; ID., *Procedimento e processo*, cit., pp. 827-828; ID., *Istituzioni*, cit., p. 84; ID., *Diffusione*, cit., pp. 870-871) è, in questa prospettiva, un elemento teleologico estraneo alla struttura procedimentale e come tale inidoneo a caratterizzarla (così come lo è il rapporto fra l'interesse dell'atto e gli interessi delle altre parti, secondo il criterio proposto da Benvenuti di cui alla nota precedente, criticato da Fazzalari).

³¹ Si veda ancora quanto spiegato nella parte I, cap. II, sez. II, par. 4; nonché ne *Il contraddittorio*, loc. ult. cit.

nulla il rilievo di questa attività, pur potendo disattenderne i risultati³². Si è allora ritenuto di dover improntare la ricostruzione ad un canone specifico di carattere garantistico, il rispetto del quale, in sé, viene a porre in una particolare chiave funzionale lo stesso modello processuale³³. A loro volta, modelli ulteriori, che a tale cano-

³² Secondo la tradizionale posizione di E. FAZZALARI, *Processo*, cit., p. 1073, infatti, “il contraddittorio non si articola, in tutti i tipi di processo, mediante poteri (e facoltà e doveri) uguali per contenuto e numero, ché anzi può, di volta in volta, essere realizzato dalla norma in forme qualitativamente e quantitativamente diverse (...). Si pensi (...) alle differenze fra processi, come quello di cognizione civile, che attuano, attraverso complesse e complete partecipazioni, il principio dispositivo, e processi che, invece, circoscrivono la partecipazione degli interessati, confinando l’iniziativa all’autore dell’atto o, almeno, limitando il contraddittorio alla discussione di temi e prove, proposti e raccolte dall’autore dell’atto” (analogamente, ID., *Istituzioni*, cit., p. 88; ID., *Diffusione*, cit., p. 870; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 829). Allo stesso modo, l’autore dell’atto finale non deve necessariamente essere un soggetto terzo, ma può coincidere con uno dei contraddittori; purché questi sia posto, nella fase preparatoria dell’atto, sul piede di simmetrica parità rispetto agli altri contraddittori, non potendosi invece fare riferimento al contraddittorio laddove la partecipazione di soggetti ulteriori sia meramente episodica e non strutturata: così E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 86, secondo cui “l’autore dell’atto finale può essere uno dei contraddittori, ma non lo è necessariamente (...) ciò accade, di regola, per gli organi pubblici in sede di amministrazione attiva (...). L’autore dell’atto finale non è, invece, un contraddittore quante volte sia estraneo agli interessi in contesa, cioè non sia parte di quella situazione (così il giudice, l’arbitro), o sia atteggiato come tale, pur senza esserlo effettivamente (così la pubblica amministrazione in sede di controllo). La qualità di contraddittore, ove ricorra per l’autore dell’atto, importa, peraltro, un’essenziale conseguenza: quand’anche sia un organo pubblico, munito d’imperio, quell’autore è posto, durante la fase preparatoria dell’atto (e salva quindi la sua preminenza nella fase di emanazione del provvedimento), sul piede di simmetrica parità rispetto all’altro o agli altri contraddittori” (analogamente ID., *Diffusione*, cit., p. 870; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 828; ID., *Processo*, cit., p. 1072).

Ora, è evidente che, ponendosi in questa prospettiva, si assiste ad una “capacità espansiva del contraddittorio”, idonea a portare le logiche processuali al di là dell’ambito proprio del processo giurisdizionale: in questo senso L.P. COMOGGIO, *Contraddittorio (principio del)*, I *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l’essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche “come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell’orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico”, come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss. D’altro canto, il riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un’ipotesi ricostruttiva definita. Proprio in questo modo, però, è possibile pervenire alle considerazioni effettuate nel testo, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione. Nel senso descritto, dunque, come detto nel testo, il contraddittorio si esplica ogniqualvolta l’attività delle parti può essere disattesa quanto ai suoi risultati, ma non può essere obliterata/ignorata (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 82; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione*, cit., pp. 869-870; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 827). Ciò che si verifica anche nell’ambito del procedimento amministrativo, il quale si caratterizza per un modello strutturale fondato sulla mancanza o sull’incompleta separazione tra l’organo decidente e i contraddittori, secondo la particolare caratterizzazione che se ne è data ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 202 ss., nonché in *Considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione*, cit., p. 347 ss., per come ripresa in questa trattazione, nella parte I, cap. V, par. 2.1, e per come verrà sviluppata nel presente capitolo.

³³ Si veda quanto considerato nella parte I, cap. II, sez. II, par. 4, ove si richiamava, in questo senso, la ricostruzione effettuata, sul canone dell’art. 6 CEDU, ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*,

ne possano rapportarsi, pur di per sé non perfettamente aderendovi, mantengono intatta la loro sostanza processuale nel momento in cui la loro struttura normativa, nel conferire rilevanza giuridica all'attività svolta, non consente di porre nel nulla il rilievo dell'apporto dei contraddittori. In queste ipotesi, vi è una struttura del modello processuale che corrisponde ad una differente considerazione che esso riceve, sul piano funzionale, da parte dell'ordinamento³⁴.

La possibilità di differenti declinazioni di tale profilo strutturale non è stata, però, più oltre approfondita nella parte precedente. Ciò che veniva in rilievo, ai fini della ricostruzione della situazione giuridica a rilievo sostanziale, era, infatti, essenzialmente la necessità di verificare la corrispondenza della realtà procedurale amministrativa ad un processo di accertamento, ad una procedura avente, cioè, i caratteri soggettivi e oggettivi per poter essere qualificata come processo di accertamento³⁵. Nella prospettiva procedurale astratta, invece, la funzione non assume rilievo uni-

spec. p. 181 ss.; *Considerazioni su situazioni giuridiche procedurali*, cit., p. 357 ss. Sul punto si veda quanto si dirà al par. successivo, nel testo e in nota.

³⁴Cfr. ancora *Il contraddittorio procedimentale*, cit., spec. p. 202 ss.; *Considerazioni su situazioni giuridiche procedurali*, cit., p. 348 ss., secondo la prospettiva che è stata ripresa, in via generale, nella parte I, cap. V, par. 2 ss., per descrivere il modello generale proprio dell'azione amministrativa, di cui alla l. n. 241/1990. Si veda subito di seguito, al par. successivo.

³⁵Sui quali cfr. parte I, cap. V, par. 2 ss.

In particolare, come si è poco innanzi ricordato, nel testo e in nota, ciò che caratterizza il modello processuale è la presenza di una procedura in contraddittorio: il processo, infatti, nella prospettiva della funzione, lo si ripete nuovamente, perde la sua connotazione teleologica, per assumere rilievo sotto il profilo strutturale, cosicché si può affermare che vi è un processo laddove vi siano parti che possano rappresentare l'interesse di cui siano portatrici all'interno di una procedura in contraddittorio, ove non sia possibile, all'autorità decidente, obliterare l'attività delle parti nel procedimento. In questo senso, si è potuto quindi sostenere che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura generale – secondo quanto già detto, e che si verrà a riprendere al par. successivo, nel testo e in nota – è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori.

Sotto il profilo della caratterizzazione oggettiva del modello procedurale, questo è stato qualificato come modello processuale di accertamento (parte I, cap. V, par. 2.2 ss.). In proposito, si è considerato che, per la configurazione di un'attività di accertamento, deve assumere rilievo normativo, all'interno del modello procedurale in questione, la verifica e la valutazione dei fatti rilevanti: ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori di cui agli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività deve, poi, essere inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consenta di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, deve rapportare la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività verrebbe, quindi, unitariamente considerata quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo; con le conseguenze, in ordine alla configurazione della situazione giuridica a rilievo sostanziale, di cui si è dato riscontro.