



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

**DOTTORATO DI RICERCA in
Scienze Giuridiche**

Indirizzo

Diritto pubblico-Diritto urbanistico e dell'ambiente

CICLO XXXII

La conformazione delle istanze dei privati

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottoranda

Dott.ssa Federica Barletta

Tutore

Prof. Leonardo Ferrara

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni

Anni 2016/2020

INDICE-SOMMARIO

Premessa..... 1

CAPITOLO I

LA CONFORMAZIONE NELL'OTTICA DEL DIRITTO POSITIVO

1. Introduzione: conformazione e accertamento dei requisiti vincolati. Il profilo programmatico della prima parte dell'indagine.12

2. Preliminari metodologici nell'esame del diritto positivo.15

3. Le disposizioni normative che prevedono un obbligo espresso di invitare alla conformazione.17

 3.1. L'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241.18

 3.2. Gli artt. 46, 47 e 71, comma 3, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.28

 3.3. L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.31

 3.4. L'art. 6, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, recante il regolamento delle modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24, l. n. 241/1990.49

 3.5. L'art. 35, comma 2, d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33.50

 3.6. Gli altri riferimenti espressi all'invito alla conformazione dell'istanza a livello normativo primario e secondario.54

4. Le disposizioni normative che contengono un riferimento indiretto all'obbligo dell'amministrazione di invitare alla conformazione.	73
5. Le previsioni normative che, se interpretate letteralmente, prevedono la <i>possibilità</i> per l'amministrazione di invitare alla conformazione, nel caso in cui lo ritenga opportuno.....	78
5.1. L'art. 6, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241: un primo approccio e i profili problematici.....	79
5.2. Le altre discipline di settore a livello di normativa primaria e secondaria.....	84
6. Le ipotesi normative che prevedono che l'incompletezza o l'irregolarità della domanda sia preclusiva dell'ottenimento del vantaggio: la negazione espressa della conformazione della domanda.	93
7. La matrice strutturale comune delle ipotesi normative trattate.	98
7.1. Una precisazione terminologica circa la tipologia di atti di iniziativa considerati.	108
8. Alcune riflessioni sulle scelte di politica del diritto e prassi amministrativa che emergono dall'esame casistico. Dei risultati della categorizzazione, in particolare, guardando alle ipotesi di negazione espressa.	117
8.1. Il livello dell'apparato burocratico come chiave di lettura della scelta a favore della conformazione come obbligo o come facoltà. ...	119
9. (<i>Segue</i>) Il tessuto comune delle ipotesi di previsione dell'invito obbligatorio alla conformazione: la semplificazione.....	121
9.1. Ancora sui lineamenti comuni delle ipotesi di invito obbligatorio alla conformazione: la materia; il ricorrere di interessi forti e la centralità dell'individuo.	129

10. Qualche considerazione conclusiva: la tendenza alla previsione dell'invito alla conformazione come un obbligo. Dall'obbligo del soggetto pubblico alla pretesa del privato.....	134
---	-----

CAPITOLO II

LA CONFORMAZIONE DELLE ISTANZE DEI PRIVATI COME UNA PRETESA PROCEDIMENTALE

1. Introduzione.....	138
2. Il carattere obbligatorio dell'invito alla conformazione a cui è tenuta l'amministrazione quale conseguenza della struttura vincolata della fattispecie: il ruolo della legge nell'attribuzione del vantaggio al privato.....	140
3. La teoria generale delle pretese procedimentali: il collegamento con la discrezionalità e l'interesse legittimo.....	148
3.1. Le origini della nozione e le ragioni del collegamento.	155
4. (<i>Segue</i>) Il carattere delle pretese procedimentali nell'attività discrezionale.....	175
4.1. La natura strumentale delle pretese procedimentali correlata al conseguimento del c.d. bene della vita a cui è preordinato l'interesse legittimo.	177
4.2. Pretese procedimentali come facoltà inerenti all'interesse legittimo svincolato dal conseguimento del c.d. bene della vita.....	181
4.3. Pretese procedimentali come diritti soggettivi autonomi, distinti dall'interesse legittimo coinvolto nel procedimento.....	190
5. Specificazioni circa la natura della situazione giuridica soggettiva del privato a fronte di profili di accertamento vincolato.	196

6. Il carattere delle pretese procedurali del privato nell'ambito dei procedimenti con una fase di accertamento vincolato.....	215
7. La pretesa alla conformazione come pretesa procedimentale del privato.....	219

CAPITOLO III

LA PRETESA ALLA CONFORMAZIONE COME REGOLA: FONDAMENTO TEORICO E LIMITI DI OPERATIVITÀ

1. Introduzione.....	224
2. I principi generali: il principio di proporzionalità.	228
3. (<i>Segue</i>) Il principio di partecipazione come espressione di un'esigenza di garanzia e gli altri principi a questa connessi.	234
4. (<i>Segue</i>) Il principio di buon andamento e le sue declinazioni.....	244
5. La tensione tra esigenze di garanzia e di buon andamento quale problematica comune a tutte le pretese procedurali a carattere istruttorio. Il caso della comunicazione di avvio del procedimento.....	250
6. La ripartizione degli oneri istruttori: la conformazione sospesa tra metodo inquisitorio e dispositivo nell'attività conoscitiva dell'amministrazione.	263
7. Le tensioni generate dalla natura plurilaterale del rapporto: il rischio di immobilismo dell'amministrazione, la responsabilizzazione del privato e il principio di <i>par condicio</i>	272
8. Il rapporto inversamente proporzionale tra onere di diligenza del privato e obbligo di chiarezza dell'amministrazione.....	285
9. Il principio del soccorso procedimentale e la regola della conformazione.	289

10. La conformazione nel prisma dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990.....	300
11. Dalla regola della conformazione alle sue specificazioni settoriali espresse. In particolare, il soccorso istruttorio negli appalti.	304
12. La conformazione tra soccorso procedimentale e soccorso istruttorio: un sistema di cerchi concentrici.	310
13. La perimetrazione della regola della conformazione in ragione dell'autoresponsabilità dei privati. I limiti interni ed esterni di operatività della conformazione.	313
<i>Conclusioni</i>	331
<i>Bibliografia</i>	345

PREMESSA

Per *conformazione* si intende la possibilità per il privato, successivamente alla presentazione di una domanda incompleta o errata, di integrare o regolarizzare quanto in essa attestato in merito al possesso dei requisiti stabiliti dalla legge per l'ottenimento di un vantaggio giuridico o economico o per l'esercizio di una certa attività.

Questa pretesa alla conformazione – o meglio, a ricevere l'invito alla conformazione – è l'oggetto specifico della presente ricerca, che intende dunque esaminare l'esistenza di una regola che attiene alla categoria di quei precetti che informano la prima parte della fase istruttoria: quelle norme procedimentali che si risolvono in dettami circa il modo in cui la pubblica amministrazione conosce della situazione di fatto in cui si trova a operare.

Un simile percorso, dunque, condurrebbe all'espansione delle garanzie dell'individuo rispetto a un corretto svolgimento del procedimento. In effetti, l'esame di una pretesa che si sostanzia in un ulteriore passaggio procedimentale per l'amministrazione si inserisce nel contesto dell'incremento delle forme di tutela della posizione del privato rispetto alla funzione pubblica, avviato con la definizione delle regole procedurali che ne presidiano lo svolgimento, nell'ambito dell'evoluzione in senso dialogico e partitativo del rapporto tra amministrazione e cittadino.

In particolare, si intende valutare quali siano i compiti gravanti sull'amministrazione, o meglio sul responsabile del procedimento, davanti a una domanda erronea o incompleta in relazione a un requisito

stabilito dalla legge. Ci si chiede cioè, se il responsabile del procedimento sia tenuto, invece di respingere la domanda, a indurre il privato a rettificarla. Specularmente, la domanda che si pone è se il privato possa pretendere di essere invitato a tale attività di regolarizzazione o integrazione della sua domanda rispetto ai requisiti prescritti dalla legge, quale condizione preliminare per la legittimità del rigetto della stessa.

Perciò, concentrandosi sui procedimenti avviati a istanza di parte, si indaga l'esistenza di una regola alla conformazione, che si collochi all'inizio dell'istruttoria e sia operante solo in relazione a requisiti il cui accertamento è fisso, perché vincolati.

La limitazione del campo di indagine ai soli aspetti dell'attività fissati a priori dalla legge è imposta dalla fisionomia stessa della conformazione. Infatti, non ogni requisito può essere oggetto di regolarizzazione o integrazione ma solo quelli per i quali che vi è un parametro, predeterminato all'origine dalla legge di riferimento, per misurare in modo obiettivo l'incompletezza o l'irregolarità della domanda e rispetto al quale operare la rettificazione.

I requisiti soggetti a un accertamento rimesso alla valutazione discrezionale del soggetto pubblico invece non sono conformabili, perché non esiste un termine di raffronto fisso a cui guardare, che renda la loro verifica a esito prevedibile.

Questo non significa, tuttavia, che si considereranno solo procedimenti integralmente vincolati. Si prenderanno in considerazione, infatti, anche i procedimenti il cui esito dipende dall'esercizio di un potere discrezionale o da una valutazione tecnica, ma si guarderà a essi solo in relazione a quei requisiti stabiliti normativamente a priori e non suscettibili di valutazione da parte dell'autorità pubblica.

D'altro canto, al fine della ipotizzabilità di una pretesa alla conformazione, è indifferente il tipo di vantaggio giuridico o economico

a cui tende l'istanza del privato che attesti il possesso dei requisiti stabiliti dalla legge: questo può variare dall'ottenimento di un titolo abilitativo, al vantaggio economico derivante dall'avvio di una attività, al vantaggio giuridico che consegue alla possibilità di prendere parte a una procedura selettiva pubblica, senza che ciò modifichi la struttura di base su cui la conformazione può operare.

Delimitato così il campo di indagine è possibile fare un'ulteriore precisazione: esula dall'ambito di questa ricerca la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, di cui all'art. 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241. È importante fare questa puntualizzazione perché la comunicazione dei motivi ostativi potrebbe – a un primo sguardo – confondersi con l'invito alla conformazione. A ben vedere, tuttavia, i due istituti sono profondamenti diversi: l'art. 10-*bis* infatti prevede che l'amministrazione, nell'ambito dei procedimenti a istanza di parte, invii al privato una comunicazione, antecedente rispetto all'adozione di un provvedimento negativo di rigetto dell'istanza da questi presentata, a seguito della quale il privato può presentare per iscritto osservazioni o documenti funzionali a cambiare l'esito preannunciato del procedimento. Dunque, la comunicazione dei motivi ostativi non solo presuppone la chiusura dell'istruttoria ma, soprattutto, può concernere anche motivi ostativi politico-amministrativi; al contrario della conformazione, che è limitata, per natura, alla regolarizzazione o integrazione dei soli aspetti di diritto e fatto fissati a monte dalla legge.

Queste sono dunque le coordinate al cui interno il lavoro si muove: indagare se, laddove la legge abbia fissato a monte i requisiti per l'ottenimento di un vantaggio giuridico o economico e l'accertamento degli stessi sia rimesso all'amministrazione, senza che in tale verifica le spetti alcun margine di discrezionalità, nel nostro ordinamento sia rinvenibile una regola generale, o più regole specifiche, che prevedano

che l'amministrazione inviti il soggetto istante a conformare la sua domanda rispetto ai parametri normativi.

Di una simile regola, in verità, si trovano nel diritto positivo già diverse affermazioni puntuali. Per esempio, anzitutto, l'ipotesi dalla quale si è tratta la denominazione di "conformazione", ossia la disciplina della segnalazione certificata di inizio attività. Infatti, l'art. 19, comma 3, legge 7 agosto 1990, n. 241, usa proprio il termine conformazione per riferirsi alla facoltà a cui il privato è invitato dall'atto motivato inviatogli dall'amministrazione in caso di accertata carenza dei presupposti che sia sanabile.

Altri casi specifici si rinvencono, per esempio, nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, *ex art. 83, comma 1, lett. d)*, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50; oppure in relazione alle dichiarazioni sostitutive di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; nonché in materia di valutazione di impatto ambientale, art. 23, comma 3, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; o anche in materia di rilascio del permesso di costruire, *ex art. 20, comma 5, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*. Inoltre, sempre nella legge 7 agosto 1990, n. 241, è presente una previsione che pare evocare un'ipotesi di conformazione: il disposto dell'art. 6, laddove, alla lett. b), afferma che il responsabile del procedimento «può chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete».

Dunque, il *primo capitolo* della ricerca si dedica a una ricognizione dei dati ricavabili dal diritto positivo. Si osserva cioè come le norme si pongano in relazione ai casi in cui l'atto di iniziativa con cui il privato attesta il possesso dei requisiti stabiliti da una norma per l'ottenimento di certo vantaggio sia errato o incompleto.

Le ipotesi normative così individuate sono state divise in categorie, tenendo conto della formulazione letterale quanto alla previsione della conformabilità della domanda (*Cap. I, §§ 3 - 6*): una prima categoria

che accoglie quelle ipotesi nella quali la conformazione è prevista in termini di obbligo; una seconda categoria che racchiude le ipotesi che prevedono la conformazione della domanda ma usando una terminologia che allude a una “possibilità” del soggetto pubblico di invitare l’istante a tale rettifica; una terza categoria che contiene le previsioni che negano la conformazione.

Dopodiché, si è provato a individuare un tessuto comune tra le varie fattispecie (*Cap. I, § 7 - 9*). Da tale esame è emerso che le ipotesi che mostrano una apertura alla previsione della conformazione condividono una struttura analoga: sono accomunate dal prodursi a seguito della manifestazione di volontà del privato di un effetto propulsivo sull’attività dell’amministrazione, che si sostanzia nell’obbligo di esaminare l’istanza, così da accertare la sussistenza dei requisiti indicati dalla legge e procedere, in caso di riscontrate irregolarità, a invitare il privato alla conformazione.

A fronte di questo obbligo di procedere si pone un panorama vario di previsioni: dato che, seppur il catalogo di quelle che obbligano l’amministrazione a invitare alla conformazione sia più vasto, ve ne sono anche altre, la cui formulazione osta, almeno a una prima lettura, alla qualificazione del compito della amministrazione come di un obbligo.

Posto ciò, la diffusione nel diritto positivo di ipotesi di obbligano l’amministrazione a consentire al privato di rettificare la sua domanda, connessa anche alla pervasività delle politiche di semplificazione, a cui pare essere collegata una simile previsione, ha reso manifesta la centralità dell’esigenza di studiare la conformazione come una pretesa con una sua autonoma fisionomia. Invero, quantomeno rispetto alle ipotesi che espressamente si esprimono in termini di obbligo, inserite nella prima delle indicate categorie, è possibile rinvenire della conformazione una definizione comune, con caratteri specifici. Perciò, se ne è esaminata la

struttura (*Cap. II, § 2*), così da stabilire la posizione nel privato, specularmente all'obbligo dell'amministrazione, e individuare le condizioni di operatività della pretesa medesima (*Cap. III, § 11*).

Nel *secondo capitolo* del lavoro, pertanto, si valuta se la conformazione presenti o meno la fisionomia di una pretesa procedimentale. Nel verificare questa ipotesi si è partiti dallo studio di tali istituti (*Cap. II, § 3*), concentrandosi sulla valutazione di come sulla loro disciplina influisca il carattere vincolato dell'attività nella quale si inseriscono.

Il *terzo capitolo* del lavoro si concentra invece sulla teorizzazione della regola della conformazione, valutando il rapporto tra questa e i principi generali dell'azione amministrativa. L'esame di tale relazione è stato strutturato ponendo i singoli principi ai due poli opposti tra i quali oscilla la conformazione: ossia garanzia, da un lato, e logiche dell'efficienza, dall'altro.

Lo studio dell'impatto dei principi, a conferma del valore della previsione di una pretesa alla conformazione, è peraltro uno degli elementi sul quale il lavoro si concentra maggiormente: dato che la pretesa alla conformazione quale obbligo per l'amministrazione pare scontrarsi inevitabilmente con un problema di bilanciamento tra esigenze di partecipazione e garanzia del privato, da un lato e, dall'altro, pressioni efficientiste che impongono di non aggravare eccessivamente la macchina amministrativa (*Cap. III, § 5*).

Dopodiché, si è affrontata la questione della estensibilità della regola al di là delle ipotesi espresse. In questo contesto è stato esaminato il rapporto con l'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990, quale unica disposizione che, all'interno della legge generale sul procedimento amministrativo, si riferisce alla fase istruttoria, a parte qualche passaggio

precisamente codificato, come la comunicazione di avvio del procedimento.

L'esame dell'art. 6 ha imposto di chiarire il rapporto tra la conformazione e il soccorso istruttorio, principio tradizionalmente a tale articolo ricondotto. A quest'ultimo istituto, nel corso della trattazione, si è fatto riferimento come al soccorso procedimentale, per distinguerlo dal soccorso istruttorio previsto, con questa specifica denominazione, nel codice degli appalti, all'art. 83, comma 1, lett. d).

Soccorso procedimentale è un'espressione con la quale si allude a uno strumento diffuso, che si sostanzia in una serie non tassativa di compiti per il responsabile del procedimento, funzionali al più completo e sollecito svolgimento dell'istruttoria; ma anche, in termini più ampi, dell'intero rapporto tra amministrazione e cittadini che si svolge nel procedimento. Tale locuzione ricomprende una pluralità di aspetti eterogenei e indistintamente applicabili a ogni attività amministrativa, connessi dall'essere tutti espressione del principio di portata generale di collaborazione tra amministrazione e cittadini.

Posta la "dimensione" di tale istituto, già in prima battuta, la conformazione, anzitutto a causa del suo ambito operativo limitato, non pare potersi sovrapporre esattamente. Tant'è che ciò che si intende indagare è proprio la possibilità di isolare, all'interno del quadro più ampio e generale di un "dovere di soccorso" dell'amministrazione nell'ambito del rapporto procedimentale, una regola mirata che imponga al soggetto pubblico di invitare il privato a conformare la domanda che abbia presentato incompleta o errata, in base ai parametri fissati a monte dalla legge.

Le tracce dell'idea che, all'interno dei più ampi compiti istruttori gravanti sull'amministrazione sia possibile enucleare una specifica pretesa del privato a ricevere l'invito alla conformazione, possono

rinvenirsi nella domanda che Franco LEVI, già nel 1967, nel suo fondamentale lavoro *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, si poneva. Questi, infatti, si chiedeva «se nel nostro sistema sia da ritenersi esistente un principio generale che imponga all'amministrazione il cosiddetto "dovere di soccorso". Com'è noto si intende con ciò il dovere degli uffici amministrativi di collaborare con i cittadini per il soddisfacimento degli interessi di questi nelle varie procedure amministrative, in particolare di aiutarli nel compimento degli atti. Tra i vari aspetti di questo ampio dovere, vi è certo quello di integrare le prove presentate dal richiedente o, quanto meno di segnalare le eventuali lacune della documentazione»¹.

Nel momento in cui scriveva Levi, sembrava «utopistico» ritenere esistente la stessa regola del soccorso. Egli non negava che si potesse già allora trovare nella legislazione «qualche sporadica affermazione nel senso della vigenza di un tale principio». A suo avviso, però, queste andavano «considerate soltanto come sintomi di una tendenza» che si andava formando ma che ancora era solo ipotetica.

A oggi, il soccorso procedimentale ha invece una propria consistenza e pervasività. Il punto che invece non sembra essere ancora stato sviluppato concerne proprio la specificazione degli aspetti di cui già Levi riteneva esso fosse composto.

L'oggetto di questa ricerca si appunta proprio su questa prospettiva, proponendosi di studiare esattamente un aspetto di quel più «ampio dovere»: ossia l'obbligo per l'amministrazione non tanto di «integrare le prove presentate dal richiedente», quanto piuttosto di «segnalare [al privato] le eventuali lacune della documentazione» e della domanda presentata, consentendogli di conformarla.

¹ Giappichelli, Torino, pp. 384 – 385

Perciò, in tale parte della ricerca si è cercato di definire precisamente i confini della relazione tra i due istituti, andando a valutare come la natura vincolata dell'accertamento compiuto dall'amministrazione sul possesso dei requisiti permetta di passare dal principio del soccorso alla regola della conformazione (*Cap. III, § 9*).

La ricerca si chiude, infine, con alcune considerazioni in merito agli effetti che la presenza di una regola generale che obbliga l'amministrazione a invitare alla conformazione produce, sia sull'eventuale provvedimento di diniego non preceduto dall'invito, che sulla disposizione amministrativa che espressamente, in via generale, neghi la conformazione.

CAPITOLO I

LA CONFORMAZIONE NELL'OTTICA DEL DIRITTO POSITIVO

SOMMARIO: 1. Introduzione: conformazione e accertamento dei requisiti vincolati. Il profilo programmatico della prima parte dell'indagine. – 2. Preliminari metodologici nell'esame del diritto positivo. – 3. Le disposizioni normative che prevedono un obbligo espresso di invitare alla conformazione. – 3.1. L'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241. – 3.2. Gli artt. 46, 47 e 71, comma 3, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. – 3.3. L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. – 3.4. L'art. 6, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, recante il regolamento delle modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24, l. n. 241/1990. – 3.5. L'art. 35, comma 2, d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33. – 3.6. Gli altri riferimenti espressi all'invito alla conformazione dell'istanza a livello normativo primario e secondario. – 4. Le disposizioni normative che contengono un riferimento indiretto all'obbligo dell'amministrazione di invitare alla conformazione. – 5. Le previsioni normative che, se interpretate letteralmente, prevedono la possibilità per l'amministrazione di invitare alla conformazione, nel caso in cui lo ritenga opportuno. – 5.1. L'art. 6, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241: un primo approccio e i profili problematici. – 5.2. Le altre discipline di settore a livello di normativa primaria e secondaria. – 6. Le ipotesi normative che prevedono che l'incompletezza o l'irregolarità della domanda sia preclusiva dell'ottenimento del vantaggio: la negazione espressa della conformazione della domanda. – 7. La matrice strutturale comune delle ipotesi normative trattate. – 7.1. Una precisazione terminologica circa la tipologia di atti di iniziativa considerati. – 8. Alcune riflessioni sulle scelte di politica del diritto e prassi

amministrativa che emergono dall'esame casistico. Dei risultati della categorizzazione, in particolare, guardando alle ipotesi di negazione espressa. – 8.1. Il livello dell'apparato burocratico come chiave di lettura della scelta a favore della conformazione come obbligo o come facoltà. – 9. (*Segue*) Il tessuto comune delle ipotesi di previsione dell'invito obbligatorio alla conformazione: la semplificazione. – 9.1. Ancora sui lineamenti comuni delle ipotesi di invito obbligatorio alla conformazione: la materia; il ricorrere di interessi forti e la centralità dell'individuo. – 10. Qualche considerazione conclusiva: la tendenza alla previsione dell'invito alla conformazione come un obbligo. Dall'obbligo del soggetto pubblico alla pretesa del privato.

1. Introduzione: conformazione e accertamento dei requisiti vincolati. Il profilo programmatico della prima parte dell'indagine.

Questo primo capitolo è destinato allo studio di come il diritto si ponga a fronte dell'ipotesi di base che questa ricerca prende a riferimento: ossia quella in cui il privato presenti un'istanza finalizzata all'ottenimento di un vantaggio economico o giuridico, per il quale la legge richiede la titolarità di una serie di requisiti predeterminati, che egli attesta di possedere nell'istanza medesima, e di cui l'amministrazione ha il solo compito di accertare l'esistenza. Tale vantaggio a cui il privato aspira può indifferentemente consistere nell'ottenimento di un bene; nella facoltà di porre in essere un'attività; nonché nella possibilità di prendere parte a una procedura concorsuale e avere dunque la *chance* di vincerla.

In questa struttura si colloca la problematica che si intende esaminare: se il privato possiede in concreto i requisiti stabiliti dalla norma, che succede nell'ipotesi in cui l'atto di iniziativa con cui egli si rivolge all'amministrazione sia carente o erri nella rappresentazione di

uno di questi elementi? È possibile che, nonostante l'effettivo possesso dei requisiti, l'istante sia privato della possibilità di ottenere il vantaggio che gli sarebbe spettato se avesse avanzato una domanda completa e corretta?

Tale patologica situazione è esattamente il campo in cui la conformazione dell'atto privato trova la sua ragion d'essere: quale pretesa dell'istante a essere posto nella condizione di rettificare la dichiarazione presentata.

Pertanto, ciò che si intende esaminare è come nelle norme venga descritto il comportamento dell'amministrazione nel caso in cui l'istanza avanzata si presenti incompleta o errata, in relazione a quegli aspetti legislativamente stabiliti.

Le ipotesi normative si sono presentate da subito piuttosto numerose, ma anche estremamente eterogenee. Infatti, seppur il termine conformazione si rinvenga nella sola disciplina della scia, molte altre disposizioni, sia di rango primario che secondario, nonché atti amministrativi generali, prevedono ipotesi di rettificazione delle istanze.

In primo luogo, perché, come già detto, ipotesi contenenti un riferimento alla conformazione, si rinvencono anche in attività non integralmente vincolate. È per esempio il caso della Via o dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, *ex art. 12, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*; o ancora della casistica riferita a procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale.

Si tratta cioè di tutte quelle discipline nelle quali è possibile distinguere due fasi: una prima parte del procedimento che attiene strettamente al mero accertamento della sussistenza dei requisiti di ammissibilità della domanda; e una seconda parte che invece si sostanzia in una valutazione vera e propria dei requisiti di accoglimento, nella

quale si inserisce una scelta discrezionale o è richiesta una prova che comporta una valutazione tecnica.

In questi procedimenti la verifica della sussistenza dei requisiti di ammissione, come la rituale redazione della domanda, costituisce il presupposto logicamente antecedente rispetto alla fase successiva di valutazione vera e propria. La prima fase, costituendo un'applicazione delle regole fissate dalla legge o dalla *lex specialis* è vincolata, a differenza della seconda porzione di procedimento che invece è connotata da un margine valutativo, seppur tecnico.

Perciò, è in relazione a questa prima parte del procedimento che la conformazione opera: solo, cioè, in relazione all'incompletezza formale della domanda o alla carenza documentale e non, invece, in merito alla valutazione tecnica o discrezionale delle condizioni di accoglimento della domanda.

In secondo luogo, oltre a tale varietà strutturale, si riscontra tra le normative esaminate una diversificazione anche in punto di qualificazione del comportamento dell'amministrazione a fronte delle incompletezze o irregolarità dell'istanza. Infatti, questo non è descritto in modo uniforme: in alcuni casi è previsto un *obbligo* per l'amministrazione di invitare alla conformazione, come per esempio in materia di scia, dove la conformazione deve essere consentita tutte le volte in cui sia materialmente possibile; in altri casi, invece, è prevista la *possibilità* per l'amministrazione di scegliere se consentire o meno la rettificazione, in base a una valutazione di opportunità.

L'elemento che tuttavia resta invariato è il contenuto dell'invito, nel senso che il parametro rispetto al quale deve essere effettuata la conformazione è già prescritto dalla legge e non è affatto individuato dall'amministrazione.

Così delimitato e specificato l'ambito delle ipotesi che si sono prese in considerazione, il capitolo si dedica all'esame del tessuto comune

desumibile dalla casistica considerata. Queste considerazioni si andranno ad appuntare su due aspetti: da un lato, sulla valutazione delle tendenze desumibili dal diritto positivo nel senso della previsione estensiva dell'invito alla conformazione; dall'altro, sulla matrice strutturale comune delle ipotesi. Questo aspetto, nonostante sembri dimostrare la sensibilità del legislatore per l'obbligatorietà dell'invito alla conformazione e non lasci adito a dubbi in ordine alla circostanza che per il privato procedere alla conformazione è un onere e non un obbligo, non permette di definire in cosa esattamente consista la sua posizione soggettiva quanto al ricevimento dell'invito medesimo.

2. Preliminari metodologici nell'esame del diritto positivo.

Prima di passare in rassegna la casistica occorre un breve riferimento alla metodologia utilizzata. La natura trasversale della problematica, che necessariamente si intreccia con una vastissima gamma di materie oggetto di regolazione specifica e settoriale, ha reso necessario far ricorso all'uso di banche dati (*de jure*, Normattiva, Foro italiano) mediante la ricerca con parole e locuzioni rilevanti (es. «richiede al proponente la documentazione integrativa», «invita l'istante a regolarizzare l'istanza», «domanda regolarizzata», «invito a integrare», «documentazione incompleta», etc.), al fine di individuare un bacino di discipline che contengano un riferimento espresso alla conformazione (in senso positivo o negativo). Altre discipline sono state reperite con l'esame di singole pronunce giurisprudenziali. Infine, in ulteriori ipotesi normative è capitato di imbattersi durante l'attività di studio della dottrina sull'argomento.

Un'indagine di questo tipo, inevitabilmente, non può essere completa in quanto sconta la difficoltà di approcciarsi con una quantità

di ipotesi tendenzialmente infinita quanto sono indefinite e innumerabili le ipotesi di attività della vita regolate dal diritto amministrativo. D'altro canto, un censimento completo della normativa è inattuabile, dato che le fattispecie tipizzate dal legislatore in cui il privato, titolare di un interesse qualificato all'emanazione di un provvedimento a sé favorevole, può legittimamente presentare un'istanza alla quale segue l'obbligo di procedere in capo alla pubblica amministrazione sono uno spettro troppo ampio.

Perciò nel tentativo di "fare ordine" in questo guazzabuglio di settori si è provveduto ad accorpare i casi in base alle analogie riscontrate. A tal fine si è preso come criterio spartiacque il modo in cui nel testo è formulato il riferimento alla conformazione e sulla base di tale dato testuale si è distinto in due macro-gruppi le discipline a seconda della struttura in esse assunta dalla conformazione: in termini di *pretesa-obbligo* oppure di *mera possibilità* per l'amministrazione.

A queste due ipotesi si è poi contrapposto il caso del tutto contrario, ossia quello in cui la disciplina espressamente vieti la conformazione.

Questa diversificazione che si riscontra nelle varie discipline, quanto alla struttura della conformazione, è innegabile e di tutta evidenza. Prendere atto di un tale fenomeno peraltro è un passaggio di non poco conto nell'economia del presente lavoro, dato che spinge a domandarsi quale sia la *ratio* sottesa a tanta difformità.

Così, nell'isolare le ragioni di analogie e diversità, lette in un'ottica attenta alla tutela della parità di trattamento e alla valorizzazione dei principi costituzionali che presidiano i rapporti tra amministrazione e cittadini, si può tentare di valutare quale sia regola e quale l'eccezione per fornire uno schema che sia generale.

Infine, qualche ultima precisazione metodologica: in ogni categoria sono considerate, ove riscontrate, sia ipotesi di normazione primaria che di rango secondario. In nota è riportato l'articolo a cui si fa riferimento di volta in volta, con il relativo testo, in quanto si ritiene utile per l'analisi evidenziare le espressioni linguistiche utilizzate e il tempo verbale in ciascun caso.

3. Le disposizioni normative che prevedono un obbligo espresso di invitare alla conformazione.

In questo paragrafo sono esaminati quei casi in cui la legge espressamente prevede che l'amministrazione a fronte di una irregolarità o incompletezza della dichiarazione presentata dal privato rispetto al modello legale, debba invitare quest'ultimo alla conformazione, anziché negargli l'effetto favorevole.

La natura obbligatoria del comportamento dell'amministrazione a fronte dell'incompletezza dell'istanza è desunta, in primo luogo, dalla formulazione testuale della disposizione esaminata. Dopodiché, la lettura nel senso dell'obbligatorietà, in alcuni casi ha trovato conferma in precedenti riflessioni dottrinali, in tal altri è ricavabile anche dal senso complessivo della disposizione, in altri ancora è dimostrata dalla prassi applicativa attestata dall'esame della giurisprudenza.

Occorre comunque precisare che si è privilegiato soprattutto il dato ricavabile dall'interpretazione letterale: sia perché si ritiene particolarmente indicativo ai fini della ricerca; sia data la penuria di precedenti giurisprudenziali e specifici riferimenti dottrinali.

3.1. L'art. 19, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241.

La segnalazione certificata di inizio attività² rappresenta il primo caso da prendere in considerazione, anzitutto perché è quello dal quale

² Sul tema della scia la bibliografia è sterminata, anche perché va necessariamente fatto riferimento anche a tutta la dottrina occupatesi dell'istituto della dichiarazione preventiva prima che assumesse la denominazione di segnalazione. Si rimanda perciò solo a qualche contributo tra i molti: TRAVI A., *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, pp. 343 e ss.; FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Cedam, Padova, 1996, pp. 103 e ss.; BOSCOLO E., *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001; SCOTTI E., *Dichiarazione di inizio attività Scia*, in ROMANO A., (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 582 e ss.; PAJNO A., *Gli articoli 19 e 20 della legge 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 24 e ss.; ACQUARONE G., *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Giuffrè, Milano, 2000; LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000; GAFFURI F., *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 369 e ss.; GIULIETTI W., *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, Torino, 2008; PAOLANTONIO N., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 750 e ss.; MARTINES F., *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico privato*, Giuffrè, Milano, 2011; RUSSO M.A., *Dichiarazione di inizio attività (DIA)*, in *Enc. dir.*, agg. XVIII, Milano, 2010, pp. 1 e ss. Sulle influenze della legge n. 124/2015, del d. lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. SCIA 1) e del d. lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. SCIA 2) si cita: BOSCOLO E., *La SCIA dopo i decreti attuativi e la Legge Madia*, in *Giur. it.*, 2016, XII, cc. 2799 e ss. e STRAZZA G., *La SCIA nei decreti attuativi della "riforma Madia"*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 74 e ss.; SIMONATI A., *La disciplina della SCIA edilizia fra principi del governo del territorio e semplificazione amministrativa*, in *Le regioni*, 2016, pp. 589 e ss.; MAZZAMUTO M., *L'amministrazione senza provvedimento: la SCIA*, in PORTALURI P.L. (a cura di), *L'amministrazione*

si è tratta la terminologia “conformazione”, utilizzata in questa ricerca per indicare la regolarizzazione o l'integrazione dell'atto di iniziativa del privato in relazione ai requisiti fissati dalla legge a priori.

In secondo luogo, la scia merita di essere nominata per prima per l'ampiezza del suo campo applicativo³: tale istituto infatti ha finito per sostituire ogni tipo di autorizzazione vincolata che consista nel mero acclaramento di requisiti e presupposti di legge, in assenza di qualsivoglia elemento valutativo tecnico o discrezionale⁴. La pervasività degli strumenti di liberalizzazione⁵, di cui la segnalazione certificata di inizio

pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti pubblici e la riforma Madia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 33 e ss.

³ La norma indica un elenco molto vasto e non tassativo di ipotesi. Dunque, in via generale, è applicabile a ogni procedimento autorizzatorio vincolato. Il suo ambito operativo, perciò, supera il dato letterale, considerato meramente esemplificativo. In tal senso è unanime la posizione della dottrina, tra i molti: CERULLI IRELLI V., *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 60; SCHINAIA E., *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 187; ROMANO A., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 512 e ss. L'art. 19, l.n. 241/1990, fa riferimento peraltro anche a «le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale». Con questo inciso, come è stato notato da SCOTTI E., *Dichiarazione di inizio attività Scia*, cit., p. 595, è introdotto un elemento eterogeneo rispetto allo schema generale, che concerne la sostituzione di provvedimenti amministrativi e non di atti privati. L'autrice supera la problematica affermando l'irrilevanza del dato letterale, dovendosi interpretare la norma come volta a sostituire, in via generale, con una legittimazione *ex lege* l'effetto autorizzatorio. In realtà, pare potersi affermare che l'incongruenza non è poi così significativa, dato che ciò che è sostituito è l'atto amministrativo, mentre la domanda del privato diviene segnalazione ma mantiene il suo contenuto dichiarativo.

⁴ Sui limiti del campo di applicazione della scia, SCOTTI E., *Dichiarazione di inizio attività Scia*, cit., pp. 605 e s.

⁵ Per liberalizzazione deve intendersi il superamento del regime amministrativo incentrato sulla previa acquisizione del titolo al fine dell'accesso a un determinato

mercato o lo svolgimento di una data attività. Tuttavia, la liberalizzazione non comporta la totale scomparsa di una disciplina pubblicistica, che invece permane rispetto ai presupposti dell'attività e non esclude un controllo pubblico. Tale controllo, però, si svolge in un momento successivo, sotto forma di intervento repressivo o di invito alla conformazione, se possibile. Dunque, la liberalizzazione non è deregolazione. In tal senso, per tutti, CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3492 e ss. e ID., *Attività privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 631, secondo il quale l'art. 19 (e il 20) della l.n. 241/1990, sono l'«archetipo» della liberalizzazione. Sul tema si veda anche TRAVI A., *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 645 e ss.; D'ANGELO F., *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività, produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 807 e ss., in particolare nota 14. Si veda nello stesso senso anche TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 107 e ss., che distingue tra la soppressione piena del condizionamento pubblicistico (c.d. *deregulation*) e la sostituzione del regime pubblicistico con un sistema più rispettoso della libertà d'impresa (c.d. liberalizzazione temperata). Dunque, un tipo di liberalizzazione che sia temperata, «intesa come liberalizzazione “giudica”», «non comporta la totale scomparsa di una disciplina pubblicistica relativa ai presupposti ed alla conformazione dell'attività, né esclude il permanere di un controllo pubblico, il quale, però, non condiziona *ex ante* il diritto di intraprenderla, ma si svolge in un momento successivo in forma di potestà di conformazione e repressione. Sotto tale accezione [...] non viene affatto meno la regolazione pubblicistica, a tutela di beni costituzionalmente protetti e più in generale dell'utilità sociale». Questa posizione è conforme a quella più volte espressa dalla Corte costituzionale: per esempio, nella sentenza 20 luglio 2012, n. 200, per la quale «il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale». In termini analoghi, anche Corte Cost. nn. 152/2010, 247/2010, 167/2009. Il concetto di liberalizzazione è strettamente connesso a quello di semplificazione, sul quale si tornerà ampiamente nel prosieguo della ricerca (cap. I, § 9). Per adesso basti anticipare che la liberalizzazione dell'avvio di certe attività, di cui all'istituto della scia, è una delle sfaccettature che la semplificazione può assumere. Secondo la classificazione fornita da LIGUORI F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A. – S.C.I.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1223 e ss. vanno distinti almeno tre ambiti in cui si esplica la semplificazione: organizzazione; normativa; procedimentale. All'interno di quest'ultimo vi sono

attività è la massima espressione, è peraltro incalzata costantemente dalle spinte comunitarie e, più in generale, dalle esigenze della concorrenza, che premono per favorire il carattere vincolato delle autorizzazioni⁶. A oggi, dunque, il regime autorizzatorio tradizionale sopravvive esclusivamente ove residuino ambiti valutativi, nei quali peraltro opera il regime del silenzio assenso, *ex* dall'art. 20, l. n. 241/1990, che è la regola per i procedimenti a iniziativa di parte. La necessità di un'autorizzazione espressa dunque è relegata alle ipotesi che concernono un interesse c.d. critico (ambiente etc.), nella valutazione del quale riemerge uno spazio valutativo, tale da giustificare un regime derogatorio rispetto a quello della segnalazione o del silenzio assenso⁷.

Ciò precisato, la legge sul procedimento amministrativo prevede che, successivamente alla presentazione della segnalazione (e all'inizio dell'attività), l'amministrazione effettui un controllo a posteriori e, ai

almeno tre direzioni a cui la semplificazione risulta orientata: semplificazione strutturale (pareri, conferenze e accordi etc.); riduzione degli oneri gravanti sui privati e liberalizzazione dell'avvio di attività private. La scia appartiene a questa ultima categoria, quale ipotesi di semplificazione procedimentale funzionale a realizzare una forma di liberalizzazione. Più in generale, invece, sulla semplificazione in tema di pareri, conferenze e accordi PORTALURI P.L., *Disposizioni in tema di semplificazione procedimentale: pareri, conferenze di servizi, accordi di programma*, in *I servizi demografici*, 1999, pp. 457 e ss.

⁶ Si pensi per esempio ai principi espressi nella direttiva servizi Bolkestein (2006/123/ce) che ha espresso una preferenza per l'introduzione di sistemi di controllo *ex post* ai quali è possibile derogare solo nel caso in cui un tale tipo di controllo pubblico intervenisse in momento troppo successivo o non fosse in grado di tutelare l'interesse pubblico. Solo in tal caso sarebbe giustificato un controllo *ex ante*. A tal proposito cfr. CLARICH M., *Autorizzazioni, concessioni e rapporti tra amministrazioni*, in PORTALURI P. L. (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa, Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2014, p. 159.

⁷ FRACCHIA F., *Autorizzazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 598 e ss., in particolare pp. 606 e s.

sensi del co. 3, dell'art. 19, l. n. 241/1990⁸ (così come modificato dall'art. 6, co. 1, lett. a) della legge 7 agosto 2015, n. 124 e dall'art. 3, co. 2, lett. b), punto 2), del d. lgs. 30 giugno 2016, n. 126), ove riscontri una carenza dei requisiti stabiliti dalla legge, «qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente», inviti il privato a provvedere⁹, prescrivendo le misure necessarie, con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime.

⁸ Art. 19, co. 3, l. n. 241/1990: «L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, [disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e] prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. [...]».

⁹ L'atto della p.a, è di mero invito, nel senso che il privato è lasciato libero di scegliere se procedere o meno alla conformazione. Sul punto, FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 305 – 307. Non pare perciò corretto definire tale invito come un atto di diffida, da intendersi come l'atto con il quale l'amministrazione «intima ad un soggetto di esplicitare una determinata attività o di astenersi da un determinato comportamento, in esecuzione di un obbligo derivante da una legge o da un atto amministrativo», VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 113. Al contempo non pare potersi considerare una diffida neppure secondo la ricostruzione che di tale atto suggerisce BRANCASI A., *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, V, Torino, 1990, pp. 78 e ss., attribuendogli carattere novativo. Infatti, l'invito alla conformazione non va a intaccare o innovare la situazione soggettiva del cittadino denunciante. Tant'è che il divieto di prosecuzione dell'attività e l'ordine di rimozione degli effetti deriva direttamente dalla legge e dalla mancanza dei requisiti da questa prescritti: non dalla mancata conformazione.

In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata¹⁰.

Questa possibilità è chiaramente esclusa «in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni» e si applica perciò la sanzione di cui all'art. 483 c.p., salvo che costituisca più grave reato, *ex art. 21, l. n. 241/1990*.

Dunque, il rapporto tra amministrazione e privato nell'ambito della scia, oltre a essere caratterizzato dalla responsabilizzazione di quest'ultimo, è improntato a uno schema che mostra di preferire, ove possibile, la conservazione dell'attività rispetto alle misure inibitorie e ripristinatorie, che sono invece residuali. Infatti, nell'ambito di tale disciplina, la pubblica amministrazione è obbligata¹¹, a fronte di riscontrate carenze nella segnalazione, a esperire un tentativo di conformazione che condiziona la legittimità dell'eventuale misura repressiva e che è oggetto di autonoma tutela¹².

¹⁰ Il privato ha solo un onere di conformazione a seguito dell'atto di invito dell'amministrazione: egli si confermerà ove intenda continuare ad agire ed evitare l'emanazione del divieto. Non sussiste per il privato alcun obbligo di conformazione, «l'unica conseguenza derivante dalla non conformazione è l'emanazione del divieto di prosecuzione dell'attività (e dell'ordine di rimozione degli effetti)», così FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 306 e s., in particolare nota 319.

¹¹ Si tratta di un obbligo al cui rispetto è subordinata anche la legittimità dell'intervento repressivo. Così per PAJNO A., *Gli articoli 19 e 20 della legge 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537*, cit., p. 47. PALEOLOGO G., *La legge n. 241; procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, pp. 19 e ss. lo definisce invece un dovere.

¹² Cfr. MANNUCCI G., *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della Dia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1079 e ss., che, in particolare nella nota 43, tratta del diritto del dichiarante/segnalante alla conformazione, anche solo in via risarcitoria, «nel caso in cui vi sia un requisito o un presupposto diventato non conformabile, ma il cui adeguamento sarebbe stato possibile se vi fosse stata comunicazione». Questo rilievo è tratto da FERRARA L.,

L'obbligatorietà per l'amministrazione di consentire la conformazione si desume dalla formulazione della norma stessa, la quale enuncia quale presupposto della conformazione la sua *possibilità* (si fa riferimento all'inciso dell'art. 19, «ove ciò sia possibile»), intesa in senso oggettivo, vincolato, a prescindere da qualsivoglia bilanciamento di interessi¹³. Il parametro della possibilità di procedere alla conformazione è perciò la sola legge: non è l'amministrazione a stabilire la misura della legittimità dell'attività e scegliere, perciò, quando invitare alla conformazione.

Il rapporto diretto con la legge peraltro viene in rilievo anche in quanto consente di ricondurre a coerenza questa ipotesi con le altre che saranno oggetto di trattazione in seguito. Le altre ipotesi che saranno esaminate si discostano dalla scia, infatti, in quanto in esse l'istanza che il privato rivolge all'amministrazione determina l'avvio del procedimento e conseguentemente l'obbligo per il soggetto pubblico di istruire l'affare e, infine, emanare un provvedimento.

In effetti, la scia, da questo punto di vista, è molto diversa, dato che non si tratta di una vera e propria istanza che il privato rivolge all'amministrazione ma di una segnalazione privata, assoggettata al controllo postumo del soggetto pubblico, a cui segue – solo in via eventuale peraltro, dato che l'amministrazione potrebbe anche restare

Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 750.

¹³ In tal senso FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 186 e s., che a sua volta dichiara di convenire con SCHINAIA E., *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, cit., pp. 186 e ss. nell'affermare il «carattere vincolato dell'atto [di invito alla conformazione] in punto di *an*».

inerte nel termine previsto per l'esercizio della sua azione – l'apertura del procedimento.

Tuttavia, il carattere vincolato dell'attività, nonché la natura di mero accertamento del controllo che la pubblica amministrazione esercita, consentono di minimizzare – ai soli fini della ricerca sia chiaro – le differenze strutturali rispetto alla verifica preventiva dei presupposti normativamente stabiliti, legittimanti l'esercizio del diritto oggetto di autorizzazione vincolata.

Infatti, la circostanza che il controllo sulla sussistenza dei requisiti sia effettuato a posteriori rispetto alla presentazione della segnalazione, e anche rispetto all'avvio dell'attività, ne lascia invariata la sostanza: ossia di mero accertamento della sussistenza di tali presupposti, che non aggiunge nulla rispetto a quanto già stabilito a monte dalla legge e che conduce a un risultato univoco, esclusa ogni valutazione. Invero, dopo la presentazione della segnalazione, la legittimazione a iniziare l'attività discende *ex lege* dal possesso dei requisiti.

Peraltro, non è l'unico caso oggetto di esame in cui l'accertamento della sussistenza in concreto dei requisiti è effettuata a posteriori dall'amministrazione rispetto all'atto di iniziativa del privato: lo stesso avviene in materia di dichiarazioni sostitutive di cui al d.P.R. n. 445/2000¹⁴.

Infine, l'ipotesi di conformazione prevista dalla disciplina sulla scia deve essere precisata sotto un ultimo ma significativo profilo di peculiarità.

L'art. 19, co. 3, l. n. 241/1990 prescrive letteralmente che in caso di riscontrate irregolarità o incompletezze l'amministrazione è tenuta a invitare il privato «a conformare l'*attività* intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente». Questa dicitura fa presupporre che sia consentita la

¹⁴ A tal proposito si veda il paragrafo successivo: § 3.2.

correzione, così da renderla conforme alla legge, non tanto della segnalazione ma della stessa attività intrapresa e dei suoi effetti¹⁵. Dunque, questa ipotesi di conformazione è particolarmente incisiva, perché si sostanzia non solo nella possibilità di correggere quanto dichiarato, aggiungendo un dato che si era tralasciato di indicare ma di cui si era in possesso al momento dell'invio della segnalazione, ma anche nella modificabilità della situazione di fatto, successiva alla presentazione della segnalazione¹⁶.

Questo secondo tipo di correzione, incarna una forma di conformazione che ha una consistenza “materiale”, nella misura in cui concerne la regolarizzazione di un aspetto in precedenza non conforme alla legge e solo successivamente reso tale a seguito della conformazione medesima¹⁷.

¹⁵ La distinzione è chiara anche per PALEOLOGO G., *La legge n. 241; procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, cit., p. 19.

¹⁶ Per chiarire cosa a cosa si stia facendo riferimento pare utile fare un esempio pratico, che metta in luce la diversa consistenza che la conformazione può assumere. Così, sono considerati casi di conformazione legittima, sia l'integrazione dell'istanza costituita dal pagamento della sanzione pecuniaria prevista in caso di CILA tardiva, *ex art. 6 bis, co. 5, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*, che il soggetto segnalante non aveva precedentemente provveduto a pagare, avendo errato nella compilazione del modulo per le attività edilizie ordinarie gratuite; che il ripristino della corretta distanza tra un lavatoio e il contatore Enel; nonché l'indicazione corretta dell'altezza dei soffitti. Tutte queste “correzioni” vengono fatte rientrate nell'ambito di operatività del comma 3, dell'art. 19, l. n. 241/1990, eppure: nel primo caso si tratta di una modifica che non indice sull'attività; nel secondo si ha una conformazione materiale che consiste nella regolarizzazione di una situazione di precedente illegalità; nel terzo caso la modifica concerne uno stato preesistente ma indicato in modo errato nella segnalazione. L'esempio è tratto da TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 24 aprile 2017, n. 147.

¹⁷ Diversamente, l'altra ipotesi di conformazione, attenendo al contenuto della dichiarazione (al pari, per esempio, di quella delle dichiarazioni sostitutive di cui al d. P.R. n. 445/2000), concerne la mera dimostrazione di un requisito di cui si era già in possesso.

Una conferma del fatto che la conformazione nella scia possa assumere anche questa particolare veste può desumersi anche dalla problematica della illiceità o meno dell'attività esercitata nel periodo intercorrente tra la segnalazione e la conformazione. La questione può presentarsi in quanto, a seguito della presentazione della segnalazione, il privato può già avviare l'attività. Tuttavia, se dall'accertamento postumo della segnalazione emergessero delle difformità con quanto stabilito dalla legge per l'esercizio dell'attività avviata, quanto compiuto fino a quel momento risulterebbe non rispettare il dettato normativo. In tale contesto, ove possibile, interviene la conformazione che, tuttavia, fa venire meno l'illiceità dell'attività per il futuro e annulla l'utilità di una sanzione ripristinatoria, non sana l'illiceità pregressa che resta sanzionabile, seppur solo dal punto di vista pecuniario¹⁸.

Da questa problematica emerge chiaramente come, in materia di scia, la conformazione possa concernere anche requisiti non posseduti al momento della sua presentazione che vengono acquisiti successivamente, con la conformazione medesima. Altrimenti, se si trattasse solo di correggere un'indicazione errata di un requisito già posseduto non vi sarebbe contrasto con la legge, neppure nel periodo intercorrente tra la presentazione della segnalazione incompleta e la sua conformazione.

Occorre, tuttavia, precisare che la peculiare consistenza della conformazione che si manifesta nell'ambito della scia è connessa alla sua

¹⁸ FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 187 e ss. solleva tale questione. L'autore risolve il dubbio circa la portata retroattiva dell'efficacia sanante della conformazione guardando alla finalità di responsabilizzazione che è alla base del sistema della segnalazione. In questa ottica sarebbe contraddittorio non prevedere alcuna conseguenza nel caso in cui il cittadino abbia difettato nel compito che la norma gli assegna, ossia verificare la sussistenza delle condizioni che rendono legittima la sua attività. L'autore, perciò, conclude per la permanenza della illiceità, punita con sole sanzioni pecuniarie e afflittive ma non ripristinatorie.

stessa disciplina, in particolare in relazione alla circostanza che dopo la presentazione della segnalazione l'attività può essere immediatamente avviata. Da ciò consegue che la segnalazione, quale dichiarazione programmatica e informativa di un'attività ormai intrapresa, è "superata" dall'attività medesima: al punto che conformare la sola segnalazione non avrebbe senso. Perciò è immanente nella stessa struttura della segnalazione che sia ammessa una modifica *in itinere* e non solo l'attestazione di un elemento preesistente e già acquisito.

3.2. Gli artt. 46, 47 e 71, comma 3, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Tra le previsioni legislative che contengono un riferimento espresso all'obbligo dell'amministrazione di consentire al soggetto istante di rettificare la domanda che abbia presentato incompleta costituisce un riferimento significativo, anche per l'ampiezza del relativo campo di applicazione, il disposto del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recante la disciplina concernente la gestione della documentazione amministrativa. In particolare, gli artt. 46 e 47 di tale testo di legge prevedono un'ipotesi di conformazione espressa.

Per la verità, il collegamento non è diretto. Infatti, l'art. 71, co. 3, d.P.R. 445/2000, non prevede la conformabilità dell'istanza in sé per sé ma, piuttosto, disciplina la regolarizzazione delle dichiarazioni allegate all'istanza.

Tuttavia, la finalità della conformazione è la medesima: ossia il conseguimento del vantaggio giuridico o economico a cui tende l'istante. Infatti, l'irregolarità delle allegazioni può comportare la loro inesistenza e, conseguentemente, il rigetto della domanda della quale costituiscono presupposto. Invece, dalla conformabilità della documentazione discende la regolarizzazione della domanda e il suo accoglimento. Per questa

ragione, la disciplina dettata dal Testo Unico sulla documentazione amministrativa ha motivo di essere richiamata tra le ipotesi di conformazione espressa.

Tale normativa stabilisce che ove, nel procedimento, alcune informazioni concernenti stato, qualità personali e fatti, possano essere fornite mediante la presentazione di dichiarazioni sostitutive, all'istanza debba fare seguito il controllo dell'amministrazione sotto forma di un'istruttoria postuma alle allegazioni del privato.

Qualora, successivamente alla presentazione di tali allegazioni, emergano «irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità», il funzionario competente a ricevere la documentazione è tenuto a darne notizia all'interessato così da consentirgli di regolarizzare o completare quanto dichiarato¹⁹.

A fronte di tale invito, l'istante, così come avviene in materia di scia, è libero di scegliere se procedere a sanare la sua dichiarazione: questo adempimento costituisce, cioè, un onere ove si voglia evitare che il procedimento non abbia seguito²⁰.

Per l'amministrazione invece si tratta di un vero e proprio *obbligo*. Ciò si desume non solo da un'interpretazione letterale della norma ma anche dalla giurisprudenza.

Si riportano, a titolo chiarificatore, alcuni casi pratici. È stato, per esempio, qualificato come *obbligo* per l'amministrazione quello di dare notizia al privato della irregolarità della sua domanda di partecipazione

¹⁹ Dunque, il modello è: dichiarazione – istruttoria di accertamento postuma – invito alla conformazione.

²⁰ Art. 71, co. 3, d.P.R. n. 445/2000: «Qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito».

a un concorso per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica alla quale, in base al bando, doveva essere allegata la fotocopia del documento identità, consentendone così la conformazione. In questo caso, l'istante era stato escluso dalla graduatoria provvisoria perché il suo documento di identità non era più in corso di validità. Tale mancanza è stata valutata dalla giurisprudenza come una irregolarità non idonea a rendere la dichiarazione inesistente ma la contrario sanabile per conformazione²¹. In termini analoghi si è espresso anche il Consiglio di Stato secondo il quale, in relazione a una domanda presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di opere pubbliche di servizi, «la circostanza che sia stata allegata copia fotostatica di un documento scaduto non importa l'inesistenza della dichiarazione, ma semplicemente la sua irregolarità, che, in forza del successivo art. 71, impone al funzionario competente a ricevere la documentazione di darne notizia all'interessato, al fine della regolarizzazione o del completamento della dichiarazione»²².

L'obbligatorietà dell'invito alla conformazione in relazione alle dichiarazioni poste a corredo della domanda in base al dettato del d.P.R. n. 445/2000 è ben comprensibile se si considera quello che è il principale scopo delle dichiarazioni sostitutive. Infatti, la previsione di strumenti simili, inserita nel capo III del Testo unico, rubricato «semplificazione della documentazione amministrativa», è finalizzata ad agevolare i soggetti che si rivolgono alla pubblica amministrazione (presentando un'istanza o una segnalazione certificata di inizio attività²³), riducendo

²¹ In tal senso: Tar Campania, Salerno, 23 luglio 2018, n. 1158. Ugualmente: Tar Lazio, Roma, sez. III, 05 marzo 2013, n. 2361; Tar Liguria, Genova, sez. II, 13 ottobre 2010, n. 9201; Tar Veneto, Venezia, sez. III, 20 giugno 2007, n. 2007.

²² Cons. St., sez. V, 11 novembre 2004, n. 7339.

²³ Invero, il privato che presenti una scia può attestare il possesso dei requisiti previsti dalla legge per l'esercizio di quell'attività anche corredando la segnalazione

e semplificando gli oneri a loro carico, in particolare per ciò che riguarda quelle dimostrazioni per la cui prova sarebbe stato altrimenti necessario un documento pubblico. Tant'è che quanto stabilito dal Testo unico si inserisce tra le misure adottate al fine di attuare una progressiva riduzione dell'apparato burocratico amministrativo e un alleggerimento delle procedure, con lo scopo di rendere il dialogo tra amministrazione e cittadini più immediato e trasparente. Dunque, la previsione di una forma di ausilio obbligatorio, sotto forma di invito alla conformazione, per il privato che sia incorso in una svista si inserisce a pieno in un'ottica di questo tipo.

Peraltro, la previsione della conformazione *ex art. 71, co. 3, d.P.R. n. 445/2000*, ha una utilità bidirezionale, dato che non tutela solo il privato ma garantisce anche che la situazione da questi attestata corrisponda alla realtà dei fatti. A tal proposito occorre, inoltre, considerare che l'agevolazione degli adempimenti dell'istante a cui le dichiarazioni sostitutive sono funzionali, non sgrava l'amministrazione del compito di effettuare un'adeguata istruttoria, a prescindere dal fatto che sorgano dubbi sulla veridicità di quanto dichiarato.

3.3. L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

È un'ipotesi ascrivibile all'interno della categoria che prevede in modo espresso la conformazione obbligatoria quella prevista nel nuovo

con le dichiarazioni sostitutive e l'atto di notorietà, di cui agli articoli 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000. In tale contesto opereranno entrambe le ipotesi di conformazioni: quella dell'art. 19, co. 3, l. n. 241/1990 e quella dell'art. 71, co. 3, d.P.R. n. 445/2000. La struttura di fondo resta la medesima: istanza/segnalazione – allegazioni – istruttoria di accertamento postuma – invito alla conformazione.

Codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), all'art. 83, co. 9, così come da ultimo modificato dall'art. 52, co. 1, lett. d), del d.lgs. n. 56/2017²⁴.

La norma stabilisce che «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» possano essere sanate attraverso la procedura di «soccorso istruttorio», la quale prevede che la stazione appaltante assegni al concorrente un termine perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie.

Questa ipotesi, a causa della terminologia utilizzata dallo stesso Codice degli appalti che, nella rubrica dell'art. 83, si riferisce a tale istituto con la dicitura di «*soccorso istruttorio*», necessita di alcuni chiarimenti per essere trattata come un'ipotesi di conformazione espressa. Altrimenti, affermare che si tratti di un'ipotesi di tal fatta rischia di generare una certa confusione terminologica, anche considerato che la stessa nomenclatura (soccorso istruttorio) viene utilizzata per riferirsi al principio tradizionalmente connesso all'art. 6, della l. n. 241/1990.

Occorre sin da ora premettere che tale questione è centrale nel contesto della ricerca e sarà compiutamente esaminata in seguito²⁵. Infatti, la definizione della relazione intercorrente tra i tre termini

²⁴ Art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016: «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

²⁵ V. *infra*, Cap. III, §§ 9-12.

(soccorso istruttorio in materia di appalti; principio del soccorso istruttorio procedimentale, che deriva ma trascende e non esaurisce il significato dell'art. 6, l. n. 241/1990 e conformazione) è funzionale alla delimitazione dell'operatività di ciascuno di essi. Per adesso ci si limita tuttavia ad accennare a due aspetti problematici: il *primo* attiene al collegamento con il richiamato art. 6 della legge sul procedimento amministrativo; il *secondo* riguarda il rapporto tra il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, co. 9, del codice degli appalti e la conformazione.

Quanto al *primo* punto, va detto che il soccorso istruttorio in materia di appalti è tradizionalmente considerato in correlazione con il disposto dell'art. 6 della legge sul procedimento amministrativo, che consente al responsabile del procedimento di chiedere il rilascio o la rettifica di dichiarazioni o istanze incomplete. Tuttavia, tale relazione, come si vedrà, è qualcosa di più complesso di una semplice derivazione. Ciò si evince anche soltanto dalla differenza più evidente tra soccorso istruttorio in materia di appalti e previsione dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990: ossia la circostanza che l'attivazione della procedura di soccorso così come prevista espressamente nel nuovo Codice degli appalti è obbligatoria, mentre la formulazione della norma sul procedimento amministrativo è tale da prevedere, quantomeno a una interpretazione letterale, solo una possibilità di invitare alla rettifica (il responsabile del procedimento «può» chiedere la rettifica).

Oltre a ciò, anche l'ambito applicativo è molto diverso: l'art. 6 è norma generale; l'art. 83, co. 9, d. lgs. n. 50/2016, attiene esclusivamente alle materie alle quali il Codice si applica.

Quanto al *secondo* aspetto, il soccorso istruttorio dell'art. 83, d. lgs. n. 50/2016, al di là della terminologia utilizzata, presenta una struttura tale da risultare – nella sostanza – una ipotesi di conformazione, avente però carattere settoriale. Invero, la simmetria rispetto al modello

di studio a cui si è dichiarato di riferirsi si apprezza sotto almeno due visuali.

Anzitutto, si mostra nella collocazione operativa dello strumento previsto dal codice degli appalti che si inserisce all'inizio della fase istruttoria, dopo che l'operatore economico/istante ha avanzato la sua offerta/domanda.

In secondo luogo, si rinviene nella circostanza che la regolarizzazione, anche in questo settore specifico opera, con portata sanante, solo in relazione a carenze di elementi afferenti alla domanda prescritti dalla legge, senza coinvolgere in alcun modo il momento valutativo degli stessi.

Dunque, prescindendo dalla questione definitoria e dalla nomenclatura utilizzata, il disposto dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016 è analogo alle altre ipotesi di invito obbligatorio alla conformazione trattate in questo paragrafo.

Ciò precisato, è possibile passare all'analisi della suddetta disposizione legislativa.

L'istituto del soccorso istruttorio «rende possibile la sanatoria degli elementi o dichiarazioni non essenziali mancanti o irregolari, purché l'operatore economico da un lato sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine fissato da quest'ultima, comunque non superiore ai dieci giorni»²⁶.

Anche in giurisprudenza si rinvencono definizioni utili a stabilire i connotati essenziali della norma. Il Consiglio di Stato, per esempio, lo definisce come «un potere di ordine generale, operante alla stregua di

²⁶ Anac, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avalimento" e "soccorso istruttorio" anno 2017*, Roma, 2018, p. 13.

regola procedimentale in forza della quale la Pubblica amministrazione, prima di provvedere all'esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare o regolarizzare le proprie dichiarazioni»²⁷.

Dunque, si tratta di un istituto di portata generale finalizzato all'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria²⁸, la cui formulazione attuale è il frutto di un complesso problema di bilanciamento tra principi, sotto due profili caratteristici di criticità²⁹.

Il primo concerne la necessità di garantire il *favor participationis*: così da tutelare la libertà di iniziativa privata ma soprattutto l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione possibile alla gara funzionale a conseguire il più conveniente esito³⁰. Il secondo è rappresentato dal canone generale di concorrenza che impone il rispetto della *par condicio competitorum* tra i diversi operatori economici partecipanti alla medesima procedura.

²⁷ Cons. St., sez. V, 7 agosto 2017, n. 3913.

²⁸ SENZANI D., *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 424. Da altri è definito come un "aiuto" che la stazione appaltante dà a un determinato operatore economico, che sia incorso in un errore nella produzione dei documenti di gara. Così FREDIANI E., *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 623 e ss. Sennonché, qualificarlo come un *aiuto* nell'ambito di una procedura competitiva potrebbe sembrare per certi versi improprio, data la natura competitiva della procedura. Sul punto si tornerà nel prosieguo della ricerca.

²⁹ Le influenze dei due profili sulla disciplina sono esaminate da FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 216 e ss.

³⁰ SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, tomo I, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 402 che lo qualifica come «il vero interesse sotteso alla disposizione».

Il soccorso istruttorio è posto a cavallo tra queste due necessità: la garanzia della miglior cura dell'interesse pubblico, che passa attraverso la predisposizione di una procedura aperta e flessibile, la quale non escluda validi concorrenti per mere carenze documentali, da un lato; e l'incomprimibile necessità di non ledere con atti discriminatori le legittime aspettative dei privati partecipanti alla gara, dall'altro.

In questo contesto, la compensazione tra le tensioni opposte – apertura e flessibilità delle forme da una parte, e rigore procedurale e tutela della concorrenza dall'altra – pare essere stata raggiunta nella esclusione dalla portata sanante del soccorso in relazione alla possibilità di integrare *nel merito* la domanda³¹. Invero, laddove la norma afferma la piena possibilità di sanatoria degli elementi formali della domanda, consentendo l'ammissibilità di un soccorso istruttorio *anche* integrativo³², esclude comunque quell'integrazione che concerne le carenze «afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica».

Dunque, il punto di equilibrio pare essersi collocato su una visione sostanzialistica³³ dell'incompletezza della domanda: è vietata solo quella integrazione che alteri la *par condicio*, andando a introdurre un elemento

³¹ APERIO BELLA F., *L'istruttoria procedimentale*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 261 e ss.

³² In giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, già si rinveniva un'apertura alla previsione di forme di soccorso integrativo di questo tipo, per esempio: Tar Molise, Campobasso, sez. I, 12 giugno 2015, n. 241. Invece, più di recente, sempre nell'ottica di consentire l'integrazione purché non sostanziale: Tar Lazio, Roma, sez. I, 27 giugno 2019, n. 8414, secondo il quale «il soccorso istruttorio non può essere utilizzato dall'offerente per formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, essendo tale strumento finalizzato solo all'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o formalmente irregolare».

³³ In tal senso TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 34.

di cui l'operatore economico non era in possesso al momento della presentazione dell'offerta.

Tuttavia, non può tacersi che la formulazione odierna dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, costituisce l'esito di un articolato percorso evolutivo³⁴ su cui hanno inciso non solo i ripetuti interventi del legislatore, ma anche l'opera della giurisprudenza, nonché l'influsso delle direttive europee³⁵.

Inizialmente il soccorso istruttorio era disciplinato all'art. 15, del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, che stabiliva che «le amministrazioni possono invitare le imprese concorrenti a completare o a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati». A tale disposizione, abrogata dall'art. 256 del d. lgs. n. 163/2006, recante il previgente Codice degli appalti, si era sostituito il disposto dell'art. 46³⁶, del suddetto codice, in base al quale «le stazioni appaltanti invitano, *se necessario*, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

³⁴ Storia che è stata definita come «articolata e talora tormentata». Cfr. FREDIANI E., *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., p. 624.

³⁵ Tant'è che una primissima previsione dell'istituto è rinvenibile proprio nel diritto europeo. Infatti, il soccorso istruttorio era stato oggetto di disciplina a livello europeo già con la Direttiva del Consiglio n. 71/305/Cee del 26 luglio 1971 in materia di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici. Tale disposizione, all'art. 27, prevedeva che «l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli», relativamente al possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura.

³⁶ Art. 46, d. lgs. n. 163/2006: «Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Il ricorso al soccorso istruttorio era tuttavia limitato dal fatto che la stazione appaltante potesse, ferma restando la disposizione dell'art 46, stabilire espressamente nella *lex specialis*, purché con formulazione non equivoca³⁷, le prescrizioni aventi una portata tale da determinare, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura³⁸. Così il soccorso veniva meno tutte le volte in cui l'omissione del concorrente avesse riguardato una delle prescrizioni stabilite nel bando stesso come escludenti. Questa struttura permetteva peraltro di garantire il principio di *par condicio*, tutelato dalla previsione di un impianto di regole stabilite a priori nel bando, che assicurava che la competizione si svolgesse in una cornice di trasparenza e certezza.

Tale sistema tuttavia era stato messo in crisi a causa della tendenza della giurisprudenza a individuare delle ipotesi che, pur essendo previste dal bando come formalità obbligatorie, non dovessero essere

³⁷ La necessaria chiarezza delle disposizioni del bando affinché esplichino una portata escludente è stata affermata a più riprese dalla giurisprudenza, anche precedente al Codice. A tal proposito si richiama, per esempio, quanto affermato dal Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586 (in Cons. St., 2001, I, 1949), secondo il quale «le prescrizioni riguardanti specifici adempimenti in tema di gara per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica Amministrazione, quando possono dare luogo a dubbi o possono essere intese in più di un modo, devono essere interpretate con riferimento al contenuto sostanziale dell'adempimento e in modo da consentire la più ampia partecipazione di concorrenti». Analogamente, Tar Sicilia, Catania, sez. I, 10 febbraio 2000, n. 78, afferma: «nelle ipotesi di clausole ambigue del bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto della Pubblica Amministrazione deve accogliersi l'interpretazione che tuteli l'affidamento degli interessati di buona fede salvaguardando l'ammissibilità degli offerenti stante l'interesse pubblico al confronto più ampio possibile tra le offerte, fermo restando il limite della *par condicio*». Ancora: Cons. St., sez. VI, 4 marzo 1998 n. 226. Sul punto si veda poi il commento di MARI G., *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, in *Foro amm. TAR*, 2002, pp. 1133 e ss.

³⁸ *Ex plurimis*: Cons. giust. amm., sez. giurisd., 27 dicembre 2006, n. 802 e Cons. giust. amm, sez. IV, n. 4560 del 2005

intese come tali ma piuttosto come irregolarità sanabili, a condizione che l'esclusione non fosse comminata espressamente³⁹. Questa lettura contrapponeva dunque al rigido formalismo derivante dalla qualificazione di un adempimento come obbligatorio un'ottica incentrata sulla sostanza, in base alla quale l'inosservanza delle formalità disposte dal bando doveva essere intesa in modo restrittivo⁴⁰. Erano così considerati causa di esclusione solo quegli adempimenti da ritenersi di particolare interesse per la stazione appaltante oltre che espressamente previsti come tali⁴¹.

³⁹ Sull'evoluzione normativa dell'integrazione documentale, OCCHIENA M., GARUZZO H., *Documenti e informazioni complementari*, in SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1593 e ss.

⁴⁰ Tar Lazio, Roma, sez. III, 26 marzo 2007, n. 2586, che afferma essere «illegittima l'esclusione da una gara d'appalto di servizi a causa dell'irregolarità o incompletezza squisitamente formale della documentazione, qualora, secondo le previsioni dell'art. 46 d. lgs. n. 163 del 2006, la stessa possa essere facilmente sanata senza incidere sulla "par condicio" dei concorrenti, semplicemente invitando l'impresa interessata a completare o chiarire gli atti depositati». Nel caso di specie l'irregolarità era costituita dalla mancata sottoscrizione di alcuni allegati e dal mancato utilizzo, solo per uno di essi, di fogli intestati alla società, omissione che secondo la stazione appaltante «avrebbero impedito di riferire le attestazioni ivi contenute al legale rappresentante» della società concorrente.

⁴¹ Si tratta del criterio c.d. «teleologico in senso debole» OCCHIENA M., *Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in *Foro it.*, 1999, III, cc. 268 e ss. Si richiama a titolo esemplificativo di tale orientamento: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 5522, secondo cui «le formalità prescritte dal bando di gara debbono trovare rigida applicazione soltanto quando siano dirette ad assicurare un particolare interesse dell'amministrazione, oppure la "par condicio" dei concorrenti, mentre le stesse formalità degradano a mera irregolarità, qualora le finalità perseguite risultino egualmente ed integralmente soddisfatte; pertanto, il mancato rispetto delle formalità richieste dal bando, per dar luogo all'esclusione dalla gara, deve essere interpretato secondo il comune canone di

Successivamente, il limite costituito dalla espressa previsione come escludente di una clausola era stato superato da una nuova corrente interpretativa teologica c.d. forte, in base alla quale, anche nell'ipotesi di prescrizioni del bando qualificate espressamente come "a pena di esclusione", sarebbe stato doveroso ritenere realmente tali solo quelle clausole poste a garanzia di un interesse pubblico sostanziale e non meramente formale. Di tal ch , sarebbe stato necessario valutare quali irregolarit  avessero un'effettiva incidenza sullo svolgimento della gara, perch  lesive della *par condicio* dei concorrenti o dell'interesse sostanziale rappresentato dalla scelta del miglior contraente, e quali invece fossero irrilevanti sotto tale profilo⁴².

Questa prevalenza della sostanza sulla forma incontrava comunque un limite nella impossibilit  di completare la domanda con elementi

ragionevolezza, con la conseguenza che costituiscono mere irregolarit  le semplici carenze documentali e dichiarative, allorquando gli adempimenti richiesti dal bando siano stati comunque formalmente adempiuti». Quindi, mentre le clausole del bando di gara che prevedevano espressamente l'esclusione dalla procedura concorsuale erano da considerarsi di stretta interpretazione e non disapplicabili, incidendo sulla *par condicio* dei partecipanti, l'esclusione per cause non espressamente previste dal bando poteva avvenire esclusivamente per la violazione di formalit  o modalit  di partecipazione alla gara che corrispondessero a un interesse sostanziale dell'amministrazione, o che fossero poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti o preordinate a garanzie sostanziali, essenziali per il proficuo svolgimento della gara. In questo senso MARI G., *Sulla disapplicabilit  delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, cit., pp. 1133 e ss. anche per i riferimenti giurisprudenziali, tra cui si cita Cons. St., sez. V, 15 novembre 2001 n. 5843; Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2001 n. 5690; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001 n. 2830; Tar Sardegna, 8 giugno 2001 n. 671; Tar Puglia, Bari, 18 dicembre 2000 n. 4857.

⁴² In tal senso MARI G., *Sulla disapplicabilit  delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, cit., pp. 1133 e ss.

ulteriori, dovendosi attenere esclusivamente alla regolarizzazione di quanto già presentato⁴³.

Del resto, una precisazione circa lo spazio di libertà di scelta operativa della stazione appaltante⁴⁴ nel ricorso o meno al soccorso istruttorio era resa necessaria dalla formulazione del previgente codice soprattutto a causa del tradizionale collegamento tra l'istituto del soccorso istruttorio lì disciplinato e la previsione dell'art. 6, co.1, lett. b), della l. n. 241/1990. Dunque, in considerazione di tale necessità, nonché del citato affastellarsi di giurisprudenza non sempre concorde, alla iniziale disposizione del Codice erano stati aggiunti dei correttivi, indirizzati a disciplinare in modo più rigoroso l'uso dello strumento del soccorso. Tant'è che i primi interventi legislativi furono caratterizzati proprio dalla tendenza alla progressiva riduzione della discrezionalità della stazione appaltante circa l'operatività dell'istituto del soccorso, mediante l'introduzione di una sua più puntuale disciplina procedurale e di una delimitazione del novero delle irregolarità sanabili.

⁴³ *Ex multis*: Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965, per il quale, inoltre, nel caso in cui la documentazione prodotta dal concorrente sia carente «di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente». Nello stesso senso, Tar Valle d'Aosta, sez. I, 11 novembre 2009, n. 98 e Tar Campania, Napoli, sez. I, 09 giugno 2009, n. 3176.

⁴⁴ Così come nota parte della dottrina quando rileva come il dato letterale del previgente art. 46 finisse per far propendere per la mera facoltatività dell'attivazione del soccorso istruttorio. In questi termini, BERGONZINI G., *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G. (a cura di), *I contratti di lavori pubblici, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2014, pp. 299 e ss. Anche la giurisprudenza nella vigenza del vecchio codice non era univoca nel definire il soccorso istruttorio come un obbligo per l'amministrazione, per esempio, in termini di mera facoltà si esprime, Tar Piemonte, Torino, sez. II, 5 marzo 2010, n. 1426.; Cons. St., sez. V, 2 luglio 2001 n. 3595.

La prima delle tappe di questa evoluzione⁴⁵ è stata rappresentata dalle modifiche apportate al vecchio Codice degli appalti dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70/2011, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, il quale aveva introdotto il comma 1-*bis* all'art. 46⁴⁶. La disposizione aveva codificato le cause di esclusione, rendendole tassative⁴⁷, così da impedire che venisse lasciato alla libera interpretazione della stazione appaltante⁴⁸ la possibilità di prevederne di ulteriori⁴⁹.

⁴⁵ Per una ricostruzione storica dell'istituto, si veda tra gli altri DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, pp. 503 e ss.

⁴⁶ Art. 46, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006: «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

⁴⁷ Sul tema in generale, per tutti: GIANI R., *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 96 e ss.; RISSO F., *Il principio delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm. CDS*, 2013, pp. 2530 e ss.; DE NICTOLIS R., *Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 1012 e ss.

⁴⁸ In giurisprudenza, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 4 novembre 2013, n. 9376: «Da una lettura combinata dei due commi dell'art. 46, d.lg. n. 163 del 2006 [...] viene escluso il potere della stazione appaltante di ampliare discrezionalmente la gamma degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, viene meno il potere di autolimitare il campo di applicazione del dovere di "soccorso istruttorio"».

⁴⁹ CATALDO F., *Art. 46. Bando di gara*, in GAROFOLI R., FERRARI G. (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Nel diritto, Roma, 2013, pp. 940 e ss. In particolare, a p. 946, questi osserva come l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione avesse proprio lo scopo di evitare «clausole trabocchetto». Peraltro, la tassatività delle clausole di esclusione più che limitare la discrezionalità della stazione

L'apertura all'utilizzo dello strumento del soccorso continuava invece a trovare un limite invalicabile nella sola possibilità di regolarizzare o completare le domande comunque ritualmente presentate, mentre era del tutto escluso in caso di totale omissione nell'indicazione di un requisito necessario⁵⁰.

Successivamente, ulteriori modifiche al testo del Codice degli appalti sono state apportate degli interventi di cui al d.l. n. 90/2014, recante «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito in legge n. 114/2014⁵¹. Questa disposizione, con l'obiettivo di snellire le procedure e rilanciare così il sistema degli affidamenti pubblici, aveva aggiunto all'art. 38 del previgente Codice dei contratti pubblici un nuovo comma 2-*bis*, con il quale era stata stabilita una specifica disciplina procedurale del soccorso.

La disposizione, tuttavia, non aveva mancato di sollevare consistenti problemi interpretativi. In particolare, era risultata

appaltante, aveva aperto la strada a un controllo di meritevolezza sulle clausole della *lex specialis*, che si era già avviato mediante la diffusione in giurisprudenza dei citati criteri interpretativi teleologico “deboli” e “forti”. Questa tendenza aveva poi acquisito nuovo slancio in base al disposto del comma 1-*bis* dell'art. 46, d. lgs. 163/2006 e alla sanzione di nullità delle clausole di esclusione ulteriori. Oltre a ciò, la formula assunta dalla normativa «altri elementi essenziali» lasciava comunque un ampio margine di discrezionalità nella determinazione di cosa dovesse essere ritenuto tale.

⁵⁰ Tar Puglia, Lecce, sez. II, 19 dicembre 2013, n. 2549; Tar Marche, Ancona, sez. I, 06 novembre 2013, n.792; Cons. St., sez. V, 20 novembre 2013, n. 5470, secondo il quale il soccorso «non è applicabile nel caso in cui sia stata constatata la sostanziale assenza di un requisito essenziale per la partecipazione in corso di gara, atteso che in questo la regolarizzazione postuma si tradurrebbe, di fatto, in un'integrazione della domanda proposta, in violazione del principio della par condicio nei riguardi degli altri concorrenti».

⁵¹ Sul punto DE NICTOLIS R., *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *federalismi.it*, 2014, pp. 1 e ss.

controversa la previsione di una sanzione pecuniaria per l'operatore economico che fosse incorso in un errore nella predisposizione della documentazione di gara. Oltre a ciò, critica era anche l'individuazione dei tipi di irregolarità «non essenziali» e delle dichiarazioni «non indispensabili», in presenza dei quali la stazione appaltante non fosse tenuta a richiedere la regolarizzazione delle domande, né ad applicare alcuna sanzione⁵².

Al contempo, il medesimo d.l. n. 90/2014 aveva aggiunto un nuovo comma 1-*ter* all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, che estendeva la disciplina contenuta nell'art. 38, co. 2-*bis*, «a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara»⁵³.

⁵² FOÀ S., *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 1147 e ss.

⁵³ L'intervento riformatore del 2014 è stato interpretato dalla giurisprudenza nel senso della massima apertura a una lettura sostanzialistica del soccorso, al punto da risultare sanabili anche le omissioni derivanti dalla mancanza assoluta delle dichiarazioni, dato che la finalità della norma è quella di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali. Per esempio, in materia di dichiarazione che attenga alle sentenze di condanna di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), c.c.p. il Tar Lazio si è espresso nel senso della ricorrenza di una incompletezza dichiarativa sanabile nel caso, sottoposto alla sua attenzione, che concerneva la dichiarazione di non aver riportato condanne penali. In tale ipotesi, il tribunale amministrativo ha ritenuto che il reato emerso in sede di verifica non fosse grave (reato contravvenzionale di occupazione abusiva di spazio demaniale di modesta entità, riferito a opere realizzate dal dante causa del condannato) e dunque non potesse considerarsi falsa la relativa dichiarazione. Di tal ché, era possibile ricorrere al soccorso istruttorio. Così Tar Lazio, Roma, sez. II, 22 gennaio 2016, n. 798, con commento di APERIO BELLA F., *Potere di soccorso e requisito di moralità professionale: nuove declinazioni dell'“orientamento sostanzialista”*, in *lamministartivista.it*, 2016, pp. 1 e ss.

Nello stesso anno poi, l'istituto aveva dovuto fare i conti con le considerevoli pressioni del diritto europeo, sotto forma di una serie di direttive del 2014⁵⁴, che hanno poi condotto a una nuova modifica della disciplina. Tant'è che l'ultimo passaggio di questo percorso evolutivo è stato rappresentato dalla promulgazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di recepimento delle direttive europee⁵⁵. L'apporto del diritto dell'Unione aveva impresso peraltro all'istituto del soccorso un'impronta marcatamente antiformalista⁵⁶, nell'ottica del superamento di inutili aggravii procedurali per i partecipanti alle gare⁵⁷.

La scelta sostanzialistica permea dunque il nuovo Codice degli appalti, che prevede la sanatoria, non onerosa⁵⁸, della domanda e di

⁵⁴ Dir. 2014/23/UE, Dir. 2014/24/UE e Dir.2014/25/UE. Sul punto TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., pp. 291 e ss.; MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, pp. 1 e ss.; FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 264 e ss.

⁵⁵ L'originaria rubrica, che dava atto del recepimento delle Direttive europee, è stata sostituita con la dicitura «Codice dei contratti pubblici» dal d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

⁵⁶ L'impatto delle direttive europee nell'affermazione di una lettura più flessibile del soccorso è confermato dalla giurisprudenza. Per tutte Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16.

⁵⁷ LACAVALA G., *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 1141 e ss.

⁵⁸ Questa precisazione è il frutto delle modifiche apportate al codice dal d. lgs. n. 56/2017. Prima di questo intervento legislativo, l'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, stabiliva che «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000

qualsiasi elemento formale della stessa, escluse le carenze essenziali non sanabili. In particolare, il soccorso si applica nell'ipotesi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica».

La formulazione odierna pare esprimersi nel senso della massima espansione dell'operatività del soccorso istruttorio valevole, con efficacia sanante, per le «carenze di qualsiasi elemento formale» della domanda. Tuttavia, non è escluso che la stazione appaltante richieda requisiti di qualificazione, purché relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnica, più severi rispetto a quelli normativamente previsti, a condizione che la previsione sia proporzionale e ragionevole rispetto all'oggetto della gara⁵⁹.

La progressiva azione chiarificatrice degli interventi giurisprudenziali ha riguardato poi, in particolare, la qualificazione dell'istituto in termini di facoltà o di obbligo; nonché l'effettiva perimetrazione della distinzione tra l'integrazione documentale e la mera regolarizzazione. In relazione al primo aspetto, ossia la definizione della cogenza della regola del soccorso, va richiamato quanto stabilito

euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara».

⁵⁹ Anac, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di avalimento e soccorso istruttorio* anno 2017. Inoltre, in giurisprudenza, Cons. St., sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352 e Cons. St., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828.

dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9⁶⁰. In tale pronuncia, l'adunanza plenaria ha affermato che l'istituto si risolve, «giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma "...invitano, se necessario...") e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti»⁶¹.

La questione è oggi risolta dalle modifiche apportate dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 19 (primo correttivo al Codice), con l'art. 52, co. 1, lett. d), alla formulazione dell'art. 83, co. 9, d. lgs. n. 50/2016: a oggi l'uso dell'indicativo "secco" «assegna» non lascia adito a dubbi.

Quanto alla distinzione tra integrazione e regolarizzazione, si tratta di un problema che si era da subito posto all'attenzione della giurisprudenza, che aveva contribuito a enucleare i casi in cui il soccorso istruttorio era da considerarsi vietato proprio sulla scorta della distinzione tra integrazione di documentazione già prodotta – ammissibile perché non lesiva della *par condicio* – e produzione *ex novo* di documentazione del tutto mancante, invece vietata⁶².

⁶⁰ Per una panoramica delle tematiche affrontate dalla decisione v. DE NICTOLIS R., *La riforma del codice appalti*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 617 e ss.

⁶¹ Così Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, punto 7.2.a).

⁶² Tra le molte, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084, dove si legge: «l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali. Ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (Cons. St. sez. V, 2.2.2010, n. 428; 15.1.2008, n. 36; 6.3.2006, n. 1068; 30.5.2006, n. 3280). In presenza di una prescrizione chiara, [...] la regolarizzazione costituirebbe violazione della *par condicio* fra i concorrenti. Inoltre, ai sensi dell'art. 46 D. Lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non possono servire a sopperire la mancanza di un documento quale

Sul punto si è pronunciata anche la già citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9⁶³. In base alla ricostruzione fornita da questa sentenza, il soccorso istruttorio è da considerarsi inoperante ogni volta che vengano «in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge». In ipotesi di tal fatta, invero, l'integrazione si risolverebbe in una lesione del principio di parità di trattamento, dato che la linea di demarcazione tra ciò che è consentito e ciò che non lo è va individuata nelle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando di gara. Posto ciò, la Corte ha riconfermato la distinzione tra regolarizzazione, consentita, perché connessa a una incompletezza formale, e integrazione, da escludersi perché legata a una incompletezza sostanziale che, ove superata genera un'inevitabile lesione della *par condicio*, operando come una sorta di rimessione in termini⁶⁴. In base a questo assunto, dunque, è consentita solo «la mera regolarizzazione» che attenga «a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi», il soccorso istruttorio diviene un istituto correttivo di irregolarità formali.

la certificazione dei carichi pendenti o la dichiarazione sostitutiva (Cons. St. sez. V, 22.2.2010 n. 1038)».

⁶³ Cfr. DE NICTOLIS R., *La riforma del codice appalti*, cit., pp. 617 e ss.

⁶⁴ In questi termini si esprime MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *Appalti pubblici*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 495. Sulla distinzione tra integrazione e regolarizzazione va richiamata la problematica generale relativa all'incompletezza documentale: sul tema, per tutti, FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 243 e ss. e SAITTA F., (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: commentario sistematico*, Cedam, Padova, 2008, pp. 401 e ss.

3.4. L'art. 6, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, recante il regolamento delle modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24, l. n. 241/1990.

Tra le ipotesi di conformazione espressa va poi annoverato il disposto dell'art. 6, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, che contiene il regolamento della disciplina delle modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24, l. n. 241/1990. La norma ha abrogato il precedente regolamento d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352 art. 4, co. 6, ma ne ha riprodotto la disciplina. Il comma 5 dell'art. 6⁶⁵, d.P.R. 184/2006, infatti, prevede che, nel caso in cui sia necessario ricorrere al procedimento di accesso formale, se la richiesta presentata risulti irregolare o incompleta, l'amministrazione, entro dieci giorni, è

⁶⁵ Art. 6, d. P.R. n. 184/2006: «1. Qualora non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sull'accessibilità del documento o sull'esistenza di controinteressati, l'amministrazione invita l'interessato a presentare richiesta d'accesso formale, di cui l'ufficio rilascia ricevuta. 2. La richiesta formale presentata ad amministrazione diversa da quella nei cui confronti va esercitato il diritto di accesso è dalla stessa immediatamente trasmessa a quella competente. Di tale trasmissione è data comunicazione all'interessato. 3. Al procedimento di accesso formale si applicano le disposizioni contenute nei commi 2, 4 e 5 dell'articolo 5. 4. Il procedimento di accesso deve concludersi nel termine di trenta giorni, ai sensi dell'articolo 25, comma 4, della legge, decorrenti dalla presentazione della richiesta all'ufficio competente o dalla ricezione della medesima nell'ipotesi disciplinata dal comma 2. 5. Ove la richiesta sia irregolare o incompleta, l'amministrazione, entro dieci giorni, ne dà comunicazione al richiedente con raccomandata con avviso di ricevimento ovvero con altro mezzo idoneo a comprovarne la ricezione. In tale caso, il termine del procedimento ricomincia a decorrere dalla presentazione della richiesta corretta. 6. Responsabile del procedimento di accesso è il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente».

tenuta a darne comunicazione al richiedente, cosicché questi possa presentarla nuovamente corretta.

A fronte dell'esercizio del diritto di accesso dunque l'amministrazione che riceve una dichiarazione incompleta o irregolare è *tenuta* a dare all'interessato la possibilità di correggerla.

Anche la giurisprudenza pare confermare la qualificazione dell'avviso scritto all'interessato della irregolarità come un vero e proprio obbligo per l'amministrazione. Tant'è che l'eventuale inerzia del soggetto pubblico, avendo generato nell'interessato il legittimo affidamento sulla regolarità formale della propria richiesta, non può più essere eccepita in sede giurisdizionale⁶⁶.

3.5. L'art. 35, comma 2, d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Un'ipotesi interessante di conformazione espressa e obbligatoria è poi quella che si può reperire nella disciplina del diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. In particolare, laddove il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, all'art. 35⁶⁷, disciplina gli obblighi di pubblicazione relativi ai procedimenti amministrativi e ai controlli sulle dichiarazioni sostitutive, gravanti su ciascuna amministrazione.

⁶⁶ In tal senso: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 10 novembre 2011, n. 2714. In questo caso l'istante aveva presentato una richiesta di accesso a Equitalia senza ottenere risposta entro i successivi trenta giorni e si era perciò rivolta al Tar affinché ordinare l'ostensione del documento richiesto. Equitalia si era difesa eccependo che l'istanza di accesso era irregolare in quanto sottoscritta dal solo difensore, senza la esibizione del relativo mandato. Il Tar oltre a respingere nei fatti l'eccezione ha anche ribadito l'obbligatorietà dell'invito alla regolarizzazione.

⁶⁷ La norma è stata modificata dal d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97, tuttavia, le parti che qui interessano (co. 1, lett. d) e co. 2) non sono state interessate dalle modificazioni.

Per quanto specificamente concerne i procedimenti a istanza di parte è previsto che le amministrazioni indichino sui propri siti gli atti e i documenti da allegare all'istanza e la modulistica necessaria, compresi i fac-simile per le autocertificazioni⁶⁸.

Nel caso in cui i previsti obblighi di pubblicazione non siano adempiuti, alle amministrazioni è preclusa la possibilità di richiedere l'utilizzo dei moduli e formulari non indicati sul sito e i relativi procedimenti possono essere avviati anche in assenza degli stessi. Inoltre, in tali casi, l'amministrazione non solo non può respingere l'istanza adducendo il mancato utilizzo dei moduli o formulari, ma non può farlo neppure a causa della mancanza a corredo dell'istanza degli atti o documenti non indicati sul sito. Al contrario, l'amministrazione «deve invitare l'istante a integrare la documentazione in un termine congruo»⁶⁹.

La formulazione letterale della norma è, in realtà, piuttosto ambigua. Non è chiaro infatti se il divieto di provvedimento inibitorio

⁶⁸ Se ne riporta il testo. Art. 35, co. 1, lett. d), d. lgs. n. 33/2013: «Le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati relativi alle tipologie di procedimento di propria competenza. Per ciascuna tipologia di procedimento sono pubblicate le seguenti informazioni: [...] d) per i procedimenti ad istanza di parte, gli atti e i documenti da allegare all'istanza e la modulistica necessaria, compresi i fac-simile per le autocertificazioni, anche se la produzione a corredo dell'istanza è prevista da norme di legge, regolamenti o atti pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, nonché gli uffici ai quali rivolgersi per informazioni, gli orari e le modalità di accesso con indicazione degli indirizzi, dei recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale, a cui presentare le istanze».

⁶⁹ Art. 35, co. 2, d. lgs. n. 33/2013: «Le pubbliche amministrazioni non possono richiedere l'uso di moduli e formulari che non siano stati pubblicati; in caso di omessa pubblicazione, i relativi procedimenti possono essere avviati anche in assenza dei suddetti moduli o formulari. L'amministrazione non può respingere l'istanza adducendo il mancato utilizzo dei moduli o formulari o la mancata produzione di tali atti o documenti, e deve invitare l'istante a integrare la documentazione in un termine congruo».

sia riferito solo all'assenza «di tali atti» – che, da come il testo è formulato potrebbero sembrare essere rappresentati dai «moduli o formulari» – oppure riguardi, più in generale, ogni ipotesi di mancata produzione di atti o documenti necessari per l'accoglimento della domanda non indicati come tali sul sito istituzionale dell'amministrazione.

A favore di questa seconda interpretazione, al di là dell'uso improprio di «tali», fa propendere la circostanza che la disposizione dell'art. 35 sia la riproduzione di un'altra norma, successivamente abrogata dall'art. 53, co. 1, lett. l), del medesimo d. lgs. n. 33/2013, che invece era ben più chiara nel qualificare l'assenza di documenti o atti che le amministrazioni avrebbero dovuto indicare sui propri siti come da allegare all'istanza, quale condizione dell'invito alla conformazione. Si fa riferimento all'art. 6, co. 1, lett. b), e co. 2, lett. b), del d. l. 13 maggio 2011, n. 70 (decreto sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

In particolare, l'art. 6 dell'abrogato decreto-legge prevedeva al comma 1, lett. b), gli obblighi di pubblicazione gravanti sulle pubbliche amministrazioni, individuati: nell' «elenco degli atti e documenti necessari per ottenere provvedimenti amministrativi». La disposizione aggiungeva poi che altri atti o documenti non potessero essere richiesti a meno che non fossero «strettamente necessari» e, comunque, non potessero «costituire ragione di rigetto dell'istanza del privato»⁷⁰. Soprattutto, il comma 2, lett. b), d. l. 70/2011, era molto chiaro nello

⁷⁰ Art. 6, co. 1, lett. b), d.l. n. 70/2011: «le pubbliche amministrazioni devono pubblicare sul proprio sito istituzionale l'elenco degli atti e documenti necessari per ottenere provvedimenti amministrativi; altri atti o documenti possono essere richiesti solo se strettamente necessari e non possono costituire ragione di rigetto dell'istanza del privato».

stabilire un vero e proprio obbligo generale di conformazione⁷¹. Infatti, era precisato che «allo scopo di rendere effettivamente trasparente l'azione amministrativa e di ridurre gli oneri informativi gravanti su cittadini e imprese», in caso di inottemperanza di quanto previsto in punto di obblighi di pubblicazione, la pubblica amministrazione procedente non potesse respingere l'istanza «adducendo la mancata produzione di un atto o documento», ma dovesse «invitare l'istante a regolarizzare la documentazione in un termine congruo». La norma peraltro sanzionava con la nullità il rigetto della domanda, dovuto alla causa all'essenza di un atto o documento, non preceduto dall'invito alla conformazione: «il provvedimento di diniego non preceduto dall'invito di cui al periodo precedente è nullo»⁷².

⁷¹ Art. 6, co. 2, lett. b), d.l. n. 70/2011: «allo scopo di rendere effettivamente trasparente l'azione amministrativa e di ridurre gli oneri informativi gravanti su cittadini e imprese: 1) le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, entro il 30 ottobre 2011, pubblicano sui propri siti istituzionali, per ciascun procedimento amministrativo ad istanza di parte rientrante nelle proprie competenze, l'elenco degli atti e documenti che l'istante ha l'onere di produrre a corredo dell'istanza. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e le attività ivi previste sono svolte nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali previste in base alla legislazione vigente; 2) in caso di mancato adempimento di quanto previsto al numero 1) la pubblica amministrazione procedente non può respingere l'istanza adducendo la mancata produzione di un atto o documento e deve invitare l'istante a regolarizzare la documentazione in un termine congruo. Il provvedimento di diniego non preceduto dall'invito di cui al periodo precedente è nullo. Il mancato adempimento di quanto previsto dal numero 1 è altresì valutato ai fini della attribuzione della retribuzione di risultato ai dirigenti responsabili».

⁷²Si trattava di una nuova ipotesi di nullità "testuale" prevista dall'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990. La definizione di «nullità testuale», in relazione alla quarta ipotesi di nullità di cui all'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990, laddove stabilisce che «è nullo il provvedimento amministrativo [...] negli altri casi previsti espressamente dalla legge», è da attribuire a CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 224.

Dalla lettura del testo del decreto-legge abrogato emerge con evidenza come nella trasposizione nel decreto legislativo del 2013 si sia persa tutta la chiarezza – e in parte anche la forza – di tale disposizione. Il decreto del 2001 invero si apriva all’obbligo di conformazione in modo molto più esplicito: riferiva l’invito alla conformazione alla mancata produzione in generale di «un atto o documento» da allegare all’istanza, mentre la formulazione dell’art. 35 del d. lgs. n. 33 /2013, facendo riferimento ai «moduli o formulari», rende la regola molto più incerta. Inoltre, si è perso completamente il riferimento al regime di nullità del provvedimento di diniego non preceduto dall’invito.

Ciò nonostante, la formulazione precedente induce comunque a preferire una lettura dell’art. 35 del d. lgs. n. 33/2013 che connetta l’invito alla conformazione alla mancanza degli atti e dei documenti da allegare all’istanza non indicati dall’amministrazione sui siti istituzionali. Perciò, accogliendo questa interpretazione – in base alla quale, nel caso di inottemperanza agli obblighi di pubblicazione, l’amministrazione è tenuta a invitare il privato alla conformazione, quale condizione di legittimità del rigetto della domanda a causa della sua incompletezza – allora la disposizione in esame conterrebbe un’ipotesi di conformazione espressa obbligatoria dalla portata applicativa estremamente vasta e significativa.

3.6. Gli altri riferimenti espressi all’invito alla conformazione dell’istanza a livello normativo primario e secondario.

Tra le altre ipotesi in cui la pretesa alla conformazione pare assumere la veste di un obbligo per l’amministrazione va citato il caso

previsto nel Codice dell'ambiente, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 23, co. 3, circa la presentazione dell'istanza di Via⁷³.

Tale articolo è stato oggetto di diversi interventi legislativi: infatti, è stato sostituito dall'art. 1, co. 3, del d.lgs. n. 4/2008, modificato dall'art. 2, co. 19, lett. a), b) e c) del d. lgs. n. 128/2010 e nuovamente sostituito dall'articolo 12, co. 1, d.lgs. n. 104/2017, di attuazione della direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014.

In particolare, l'art. 12, d.lgs. 104/2017 è andato a sostituire l'art. 23, d. lgs. n. 152/2006, nell'indicare quelli che sono i documenti che devono essere allegati all'istanza di Via⁷⁴. Il successivo comma 3 del medesimo articolo⁷⁵ stabilisce invece le conseguenze che si verificano nel

⁷³ Sul tema BARONE A., *Dopo la V.I.A.: la sicurezza "sostenibile" nel d. lgs. n. 104/2017*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2018, pp. 291 e ss. Il richiamo al procedimento di VIA è giustificato anche dal suo carattere trasversale, in quanto esso interagisce con tutti o quasi gli altri procedimenti di settore. In tal senso FERRARA R., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir. e soc.*, 2006, pp. 507 e ss. Dello stesso autore si richiama poi: *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 3179 e ss. Sulla Via si cita poi TRIMARCHI BANFI F., *Aspetti del procedimento per la valutazione di impatto ambientale*, in *Amministrare*, 1989, pp. 275 e ss.

⁷⁴ Sui documenti da allegare all'istanza, seppur in riferimento alla disciplina precedente la riforma del 2017, si rinvia a CAFAGNA M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. pp. 354 e ss.

⁷⁵ Art. 23, co. 3, d.lgs. n. 152/2006: «Entro quindici giorni dalla presentazione dell'istanza di Via l'autorità competente verifica la completezza della documentazione [...]. Qualora la documentazione risulti incompleta, l'autorità competente richiede al proponente la documentazione integrativa, assegnando un termine perentorio per la presentazione non superiore a trenta giorni. Qualora entro il termine assegnato il proponente non deposita la documentazione integrativa, ovvero qualora all'esito della verifica, da effettuarsi da parte dell'autorità competente nel termine di quindici giorni, la documentazione risulti ancora incompleta, l'istanza si intende ritirata ed è fatto obbligo all'autorità competente di procedere all'archiviazione».

caso in cui l'istanza risulti mancante di uno di tali presupposti, prevedendo che l'amministrazione sia tenuta a richiedere al proponente la documentazione integrativa⁷⁶.

Questa ipotesi rappresenta uno di quei casi apparentemente "problematici" a cui si è fatto riferimento quando, nell'introduzione a questo capitolo, si è andati a delimitare l'ambito della ricerca normativa.

Si tratta infatti di un'ipotesi di conformazione che si pone tra quelle site ai confini più sfrangiati di operatività dell'istituto, a causa dell'ampio margine di valutazione tecnica lasciato all'amministrazione in procedimenti di questo tipo⁷⁷. Tuttavia, come si è già avuto modo di

⁷⁶ A questa normativa fa riferimento FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 342, come a un esempio di diffusione del soccorso procedimentale anche al di là del disposto dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241/1990.

⁷⁷ È proprio in ragione di questa struttura ampiamente discrezionale, peraltro, che la disciplina in materia di Via prevede considerevoli spazi dedicati alla partecipazione dei privati, al fine di assicurare lo sviluppo di decisioni concordate e condizionate. Ciò si traduce nel fatto che nei procedimenti di Via sempre più spesso l'efficacia del provvedimento finale è sottoposta a una lunga lista di condizioni correlate agli esiti della partecipazione procedimentale. In questo senso FERRARA R., *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 651 e ss. Conseguentemente, il procedimento di Via costituisce una delle più esplicite espressioni della prassi diffusasi nel diritto amministrativo di utilizzare moduli di decisione pubblica «condizionale». Cfr. FREDIANI E., *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 447 e ss. PIZZANELLI G., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Giuffrè, Milano, 2010. Peraltro, come nota COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 98 e ss., la rilevanza costituzionale degli interessi ambientali esige «proprio per la sua elevata qualità, un'effettiva ponderazione degli interessi». Tale necessità giustifica il particolare rilievo degli istituti di partecipazione in materia ambientale. Invero, la valorizzazione delle garanzie partecipative permette di "stemperare" la «responsabilità della funzione di tutela ambientale fra i vari soggetti istituzionali e verso la società civile nel suo complesso», (p. 104, nota 29), nella soluzione dei complessi problemi posti dall'utilizzo di risorse naturali.

chiarire, seppur la conformazione operi solo in relazione a quelle porzioni di procedimento a esito certo e non valutativo, ciò non esclude che si possa prendere in considerazione anche procedimenti nei quali all'accertamento dei requisiti per la presentazione dell'istanza segue un momento di valutazione tecnica.

Nel caso della Via, appunto, è oggetto di invito alla conformazione non l'accertamento tecnico dei requisiti per la valutazione favorevole, ma la completezza formale della domanda. Questo dato è infatti obiettivamente accertabile, in quanto gli elementi di cui la richiesta deve essere corredata sono predeterminati dalla legge. All'interno del procedimento di Via si distingue perciò tra una fase istruttoria vera e propria che coincide con la verifica tecnica della compatibilità ambientale di un determinato progetto di impianto e che qui non interessa, perché esula dal campo applicativo della conformazione e una fase *preliminare* di verifica della completezza della documentazione presentata⁷⁸.

È a proposito solo di questa fase preliminare che la conformazione, come si desume dall'uso del verbo all'indicativo, pare essere prevista dalla norma come un *obbligo* per la pubblica amministrazione. Infatti, il testo della norma prevede che, a seguito del ricevimento dell'istanza di Via, l'autorità competente è tenuta a verificare «la completezza della documentazione» e «qualora la documentazione risulti incompleta», essa «*richiede* al proponente la documentazione integrativa, assegnando un termine perentorio per la presentazione» della stessa⁷⁹.

Inoltre, la formulazione riproduce lo stesso meccanismo che si è avuto modo di apprezzare nelle altre ipotesi fin ora considerate: a seguito dell'invito alla conformazione, il privato è titolare di un onere di

⁷⁸ TRIMARCHI BANFI F., *Aspetti del procedimento per la valutazione di impatto ambientale*, cit., pp. 375 e ss.

⁷⁹ Art. 23, co. 3, d. lgs. n. 152/2006.

procedere alla regolarizzazione. Nel caso in cui entro il termine assegnato non depositi la documentazione integrativa l'istanza si intende ritirata.

Altra ipotesi espressa è quella di cui al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale), art. 148⁸⁰, co. 2, in materia di domanda di brevetto. In questo caso, la norma è formulata in modo tale da far presupporre l'esistenza di un obbligo per l'Ufficio italiano brevetti e marchi di richiedere l'integrazione della domanda.

⁸⁰ Art. 148, d.lgs. n. 30/2005, n. 30: «1. Le domande di brevetto, di registrazione e di rinnovazione di cui all'articolo 147, comma 1, non sono ricevibili se il richiedente non è identificabile o non è raggiungibile e, nel caso dei marchi di primo deposito, anche quando la domanda non contiene la riproduzione del marchio o l'elenco dei prodotti ovvero dei servizi. L'irricevibilità, salvo quanto stabilito nel comma 3, è dichiarata dall'Ufficio italiano brevetti e marchi. 2 L'Ufficio italiano brevetti e marchi invita il richiedente a fare le necessarie integrazioni, soggette ad un diritto di mora in caso di pagamento tardivo, entro il termine di due mesi dalla data della comunicazione se constatata che: a) alla domanda di invenzioni industriali e modelli di utilità non è allegato un documento che possa essere assimilato ad una descrizione ovvero manchi parte della descrizione o un disegno in essa richiamato ovvero la domanda contiene, in sostituzione della descrizione, il riferimento ad una domanda anteriore di cui non sono forniti il numero, la data di deposito, lo stato in cui è avvenuto il deposito ed i dati identificativi del richiedente; b) alla domanda di varietà vegetale non è allegato almeno un esemplare della descrizione con almeno un esemplare delle fotografie in essa richiamate; c) alla domanda di modelli e disegni non è allegata la riproduzione grafica o fotografica; d) alla domanda di topografie non è allegato un documento che ne consenta l'identificazione; e) non sono consegnati i documenti comprovanti il pagamento dei diritti prescritti entro il termine di cui all'articolo 226. e-bis) non è indicato un domicilio [in Italia] ovvero un mandatario abilitato. 3. Se il richiedente ottempera all'invito dell'ufficio entro il termine di cui al comma 2 o provvede spontaneamente alla relativa integrazione, l'Ufficio riconosce quale data del deposito, da valere a tutti gli effetti, quella di ricevimento della integrazione richiesta e ne dà comunicazione al richiedente. Se il richiedente non ottempera all'invito dell'ufficio entro il termine di cui al comma 2, salvo il caso in cui, entro tale termine, abbia fatto espressa rinuncia alla parte della descrizione o disegno mancanti di cui al comma 2, lettera a), l'Ufficio dichiara l'irricevibilità della domanda ai sensi del comma 1».

La disposizione, invero, anzitutto elenca i casi in cui la domanda è da considerarsi irricevibile: come avviene, per esempio, quando il richiedente non sia identificabile o non sia raggiungibile⁸¹ e, nel caso dei marchi di primo deposito, anche quando la domanda non contenga la riproduzione del marchio o l'elenco dei prodotti o dei servizi. In queste ipotesi l'incompletezza è sostanziale, perché concerne l'indicazione degli elementi essenziali per l'identificazione del brevetto. Di tal ché al vizio non è prevista sanatoria.

Al di fuori di queste ipotesi che non sono conformabili, le incompletezze della domanda elencate nel comma 2 fondano l'obbligo per l'amministrazione ricevente di invitare alla conformazione, quale motivo di legittimità della dichiarazione di irricevibilità della domanda.

Ancora, la materia della tenuta degli albi professionali rappresenta un fertile terreno di indagine per l'individuazione di ipotesi di conformazione, considerato che al soggetto preposto alla tenuta dell'albo è attribuito esclusivamente il compito di accertare, senza che vi sia spazio per elementi valutativi, il possesso in capo al richiedente dei requisiti stabiliti dalla legge.

Questa caratteristica della materia dell'iscrizione agli albi professionali è stata più volte affermata anche dalla giurisprudenza. In particolare, la questione è stata sottoposta all'attenzione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, da ultimo nel 2017, in rapporto alla tematica dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione per la suddetta materia. Le Sezioni unite, aderendo a costante giurisprudenza, hanno ribadito come si è «da sempre affermato che il rapporto tra colui

⁸¹ Il dato letterale della norma è ambiguo nel fare riferimento all'ipotesi di irraggiungibilità. A rigor di logica il termine raggiungibile non dovrebbe far riferimento a un esperimento tentativo di mettersi in contatto con il richiedente ma alla mera assenza di indicazioni di reperibilità dello stesso.

che aspira all'iscrizione all'albo professionale e l'ordine preposto alla tenuta dell'albo medesimo si identifica con la dicotomia diritto soggettivo - obbligo, anziché con quella interesse legittimo - potere pubblico. Infatti, l'ordine professionale non ha facoltà di valutare se la chiesta iscrizione corrisponda all'interesse pubblico, ma ha solo il compito di verificare se in realtà l'aspirante sia nel possesso dei requisiti appositamente voluti dalla legge, in quanto tale possesso è condizione necessaria e sufficiente per ottenere l'iscrizione, la quale deve essere disposta se quei requisiti sussistono e deve essere invece negata nel caso contrario»⁸².

Per tale ragione, l'iscrizione agli albi professionali è un campo nel quale la conformazione ben si presta a operare. Tuttavia, non tutte le leggi professionali la prevedono: per esempio, la legge l. 18 febbraio 1989, n. 56, relativa all'iscrizione nell'Albo degli psicologi, non contiene nessuna indicazione che possa essere considerata un riferimento alla conformazione⁸³.

⁸² In questi termini, Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 2017, n. 6821. Precedentemente, Cass. civ., Sez. Un., n. 20587/2008. Anche il Consiglio di Stato condivide questa ricostruzione. Per tutte, Cons. St., sez. IV, 07 giugno 2005, n. 2925, che afferma che «la controversia concernente il diniego, da parte della commissione esaminatrice, della domanda di ammissione alla sessione speciale dell'esame di Stato per titoli per l'iscrizione all'albo degli psicologi, prevista dall'art. 33, l. 18 febbraio 1989 n. 56, rientra nella giurisdizione del g.o., essendo l'indicata tutela attinente a posizioni di diritto soggettivo dell'interessato, ed inconfigurabile alcuna discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'accertamento dei requisiti e delle condizioni di ammissione al descritto concorso».

⁸³ Lo stesso vale l'iscrizione all'albo degli architetti e degli ingegneri. Invero, il r. d. 23 ottobre 1925, n. 2537, prevede, all'art. 9, che la deliberazione con cui l'ordine ha deliberato sulla domanda di iscrizione si notificata all'interessato nel termine di cinque giorni, senza nulla dire in merito alla regolarizzabilità della domanda. Solo dopo la deliberazione, ai sensi dell'art. 10, è previsto che l'interessato possa ricorrere all'assemblea generale.

Invece, in relazione all'Albo degli avvocati, la legge professionale forense, 31 dicembre 2012, n. 247, art. 17, co. 12⁸⁴, presenta una formulazione che pare rinviare alla conformazione. Invero, in base a tale norma, nei casi in cui sia rilevata la mancanza di uno dei requisiti necessari per l'iscrizione elencati nello stesso art. 17, il Consiglio dell'Ordine deve invitare l'iscritto a presentare eventuali osservazioni entro un termine stabilito, consentendogli così, anche per audizione orale, di attestare il possesso dei requisiti prescritti.

Non può tacersi peraltro il fatto che la formulazione della norma, laddove si riferisce alla presentazione di «osservazioni», sia tale da evocare il testo dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, relativo alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Ora, come già accennato, questo strumento non è oggetto del presente lavoro per due ordini di ragioni. La prima è che esso attiene a una fase diversa del procedimento, si inserisce cioè a istruttoria conclusa. La seconda è determinata dal fatto che si tratta di un istituto che non è esclusivo predicato dell'attività di accertamento a esito vincolato. Infatti, le osservazioni che il privato presenta a seguito della comunicazione di cui all'art. 10-*bis* non servono tanto ad allegare un requisito della domanda mancante, prescritto come necessario dalla legge, o a regolarizzare un dato non corretto, quanto, piuttosto, a replicare ai motivi che l'amministrazione ha indicato come ostativi all'accoglimento dell'istanza. Tali osservazioni servono, cioè a “far cambiare idea” all'amministrazione, a suggerirle una diversa lettura del quadro

⁸⁴Art. 17, co. 12, legge professionale forense n. 247/2012: «Nei casi in cui sia rilevata la mancanza di uno dei requisiti necessari per l'iscrizione, il consiglio, prima di deliberare la cancellazione, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento invita l'iscritto a presentare eventuali osservazioni entro un termine non inferiore a trenta giorni dal ricevimento di tale raccomandata. L'iscritto può chiedere di essere ascoltato personalmente».

istruttorio, a influire sulla valutazione dei requisiti e non (o almeno non solo) a provare l'esistenza di un requisito legislativamente stabilito a priori ed effettivamente posseduto ma non allegato.

Dunque, nonostante le similitudini linguistiche tra la formulazione della legge professionale e la legge sul procedimento amministrativo quanto alla comunicazione dei motivi ostativi, va rammentato che il procedimento nel quale si esamini la titolarità dei requisiti al fine di ottenere l'iscrizione nell'albo degli avvocati è di mero accertamento della sussistenza delle condizioni di legge, a esito fisso, integralmente vincolato. Ciò considerato, non si vede come le osservazioni presentate dall'istante nell'ambito di tale procedimento possano avere altro significato se non quello di una rettifica di quanto allegato nella domanda di iscrizione. Perciò, pare potersi qualificare anche questa ipotesi come un esempio di conformazione.

Occorre comunque precisare che tra i requisiti stabiliti dall'art. 17 della legge forense, quali condizioni necessarie all'iscrizione all'albo, nell'accertamento dei quali il Consiglio dell'Ordine non ha alcun margine di apprezzamento libero, ve ne è uno che si presta a una valutazione, per la scarsa puntualità della sua formulazione. Si tratta di quello indicato alla lett. h) del suddetto articolo, ossia la necessità per l'istante di «essere di condotta irreprensibile secondo i canoni previsti dal codice deontologico forense». Rispetto a questo presupposto di iscrizione la conformazione pare doversi escludere, mancando un preciso parametro sul quale operarla. Semmai, rispetto a questo requisito la norma potrebbe essere letta in un'ottica più vicina al significato dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

Nella categoria della conformazione espressa si richiama poi la disciplina relativa al rilascio del passaporto. Invero, in presenza di una serie di requisiti fissati dalla legge, e previa la mera verifica dell'esistenza

degli stessi, la pubblica amministrazione è tenuta a rilasciare tale atto autorizzatorio.

L'art. 8, co. 2 e 3, l. 21 novembre 1967, n. 1185 prevede che al fine del rilascio del passaporto, «ove necessario» l'amministrazione richieda il completamento dell'istruttoria⁸⁵. L'inciso «ove necessario», lungi dal far affiorare un margine di discrezionalità per l'amministrazione quanto alla possibilità di scegliere se invitare alla conformazione, pare alludere a una *necessarietà oggettiva*, considerato che i presupposti del rilascio del passaporto sono stabiliti a priori dalla legge. Dunque, l'invito alla conformazione è obbligatorio, nel caso in cui la regolarizzazione sia necessaria in base a quanto richiesto dalla legge e non per una valutazione di opportunità dell'amministrazione.

Del resto, tale formulazione evoca l'inciso «qualora sia possibile» previsto in materia di segnalazione certificata di inizio attività dall'art. 19, co. 3, l. n. 241/1990, che si è visto riferirsi a una possibilità oggettiva di regolarizzazione e non a una scelta dell'amministrazione.

Il modello della conformazione obbligatoria espressa, previsto in materia di scia è riprodotto, in modo simile, anche in altre ipotesi settoriali.

Tra queste si annovera, per esempio, quanto disposto dal d. l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 2, in materia di interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica realizzabili mediante denuncia di inizio attività. La norma prevede che l'operatore che intenda avviare i relativi lavori, almeno trenta giorni prima

⁸⁵ Art. 8, co. 2 e 3, l. n. 1185/1967: «L'ufficio competente, entro quindici giorni dal ricevimento della domanda, corredata dalla prescritta documentazione, rilascia il passaporto, richiede, ove necessario, il completamento dell'istruttoria, o rigetta la istanza, indicando le cause che ostano al rilascio. Ove si renda necessario il completamento dell'istruttoria, il termine di cui sopra, previa comunicazione all'interessato, è prorogato di altri quindici giorni».

dell'effettivo inizio degli stessi, presenti allo sportello unico dell'Amministrazione territoriale competente la denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione e dagli elaborati progettuali, che attesti la conformità delle opere da realizzare alla normativa vigente. Ai sensi del comma 10 di tale articolo⁸⁶, nel caso in cui l'amministrazione ricevente riscontri «l'assenza di una o più delle condizioni legittimanti», è tenuta a notificare all'interessato un ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, accompagnato dall'indicazione delle modifiche necessarie per l'accoglimento della domanda. In relazione a questa ipotesi di difformità dal modello legale, l'indicazione delle modifiche volte a conformare l'attività alla normativa pare atteggiarsi come un obbligo per l'amministrazione al pari che nella disciplina della scia.

Va tuttavia aggiunto che la disciplina prevede l'invio dell'ordine di arresto dell'intervento corredato dalle indicazioni per la conformazione anche qualora «esistano specifici motivi ostativi di sicurezza, incolumità pubblica o salute»: ossia in relazione a un aspetto che non è connesso al mero accertamento della presenza di una difformità rispetto al modello legale. Infatti, il riscontro da parte dell'amministrazione circa l'esistenza di una situazione di pericolo consiste in una valutazione discrezionale che esula dall'ambito applicativo della conformazione.

Prevede esplicitamente l'invito alla conformazione il Regolamento per l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili

⁸⁶ Art. 2, co. 10, d.l. n. 112/2008: «Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 4 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni legittimanti, ovvero qualora esistano specifici motivi ostativi di sicurezza, incolumità pubblica o salute, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, contestualmente indicando le modifiche che si rendono necessarie per conseguire l'assenso dell'Amministrazione. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche e le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa vigente».

dei procedimenti amministrativi di competenza dell'Agenzia del demanio, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In base al disposto dell'art. 3, co. 5⁸⁷, del provvedimento del 29 settembre 2012, n. 64627, in caso di istanza irregolare, incompleta o mancante di parte dalla documentazione necessaria, il responsabile del procedimento «invita l'istante a regolarizzare l'istanza o la documentazione».

Nello stesso senso si pone anche l'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri, 14 novembre 2017, n. 24, relativa alle domande di finanziamento agevolato, *ex art.* 24, d.l. n. 189/2016, per sostenere il ripristino e il riavvio delle attività economiche nel territorio dei Comuni danneggiati dagli eventi sismici del 2016. Quanto alla procedura di accesso al finanziamento, all'art. 9, co. 7⁸⁸, è previsto che ove alcuni degli

⁸⁷ Art. 3, co. 5, prov. n. 64627/2012: «Qualora l'istanza sia ritenuta irregolare, incompleta ovvero non sia corredata dalla documentazione di cui al comma 3, il responsabile del procedimento ne dà comunicazione al soggetto interessato entro un termine congruo rispetto al termine di durata del procedimento, indicando le cause dell'irregolarità o dell'incompletezza ovvero la documentazione mancante. In tali casi, il responsabile del procedimento invita l'istante a regolarizzare l'istanza o la documentazione in un periodo di tempo congruo e la nuova decorrenza del termine inizia dal ricevimento da parte dell'unità organizzativa competente dell'istanza perfezionata o completata o della documentazione mancante».

⁸⁸ Si riporta il testo integrale dell'art. 9, Ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri, n. 42/2017: “1. Le agevolazioni di cui all'art. 8 sono concesse alle imprese beneficiarie dal soggetto gestore sulla base di una procedura valutativa con procedimento a sportello, secondo quanto stabilito dall'art. 5 del decreto legislativo n. 123/1998. [...] 4. Le domande di agevolazione, redatte in lingua italiana, devono essere presentate esclusivamente per via elettronica, utilizzando la procedura informatica messa a disposizione nel sito di cui al comma 3 secondo le modalità e gli schemi indicati. [...] 5. Alla domanda di cui al precedente comma 4, oltre al programma di spesa, deve essere allegata la seguente documentazione: [...] 7. Nel caso in cui uno o più allegati alla domanda risultino illeggibili, errati o incompleti, il Soggetto gestore provvede a darne comunicazione all'istante a mezzo PEC assegnando un termine massimo di 10 giorni per la regolarizzazione o l'integrazione della domanda. Qualora

allegati della domanda risultino illeggibili, errati o incompleti, ne sia consentita la conformazione. Infatti, la disposizione prevede che a fronte della irregolarità, «il Soggetto gestore provvede a darne comunicazione all'istante a mezzo PEC assegnando un termine massimo di 10 giorni per la regolarizzazione o l'integrazione della domanda».

Va poi richiamato, quale ipotesi di conformazione obbligatoria, quanto stabilito dal d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244, recante il Regolamento sulle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'articolo 2, co. 24, lett. a), della legge 14 novembre 1995, n. 481. La disposizione⁸⁹ stabilisce che le istanze presentate ai sensi dell'art. 2, co. 12, lett. m), l. n. 481/1995, dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, se irregolari o incomplete, obbligano gli uffici, entro quindici giorni dal ricevimento, a darne comunicazione agli istanti, specificandone le ragioni e assegnando un termine per la regolarizzazione o il completamento. Qualora, tuttavia, l'atto sia manifestamente infondato o non venga rispettato il termine per la regolarizzazione o il completamento, ne viene disposta l'archiviazione.

Presenta un'ipotesi di conformazione espressa anche il d.lgs. 29 dicembre 2016, n. 253, di attuazione della direttiva 2014/66/UE, sulle

l'istante non proceda alla regolarizzazione o all'integrazione della domanda entro il termine di cui al precedente periodo, il Soggetto gestore provvede a respingere la domanda”.

⁸⁹ Art. 3, commi 6 e 7, d.P.R. n. 244/2001: «6. Quando l'atto di cui al comma 2 è irregolare o incompleto, gli uffici ne danno comunicazione all'istante entro quindici giorni, specificandone le ragioni ed assegnando un termine per la regolarizzazione o il completamento. 7. Se l'atto di cui al comma 2 risulta manifestamente infondato o, comunque, non diretto a dare impulso ad interventi di competenza dell'Autorità, ovvero se non è rispettato il termine per la regolarizzazione o il completamento o se l'istanza è stata nelle more soddisfatta dall'esercente, ne viene disposta l'archiviazione. Di quest'ultima è data comunicazione ai soggetti direttamente interessati».

condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari⁹⁰. Ai sensi dell'art. 1, co. 7⁹¹, di tale disposizione legislativa alla domanda che deve essere presentata dall'entità ospitante allo sportello unico per l'immigrazione devono essere allegati documenti comprovanti una determinata serie di requisiti. L'amministrazione ricevente, dopo aver proceduto alla verifica della regolarità, della completezza e dell'idoneità della domanda, se riscontra irregolarità sanabili o incompletezza nella documentazione, è tenuta a invitare l'istante all'integrazione e alla regolarizzazione della documentazione.

Rientrano in questo primo gruppo di ipotesi che prevedono la conformazione espressa obbligatoria anche alcuni decreti ministeriali.

Tra questi si cita, per esempio: il decreto del Ministero degli affari esteri, 7 gennaio 2013, n. 19, recante il regolamento di attuazione della legge 9 luglio 1990, n. 185 e successive modificazioni, in materia di esportazione, importazione e transito di materiali d'armamento. Il regolamento in questione stabilisce che, per ottenere la certificazione che attesta l'affidabilità dell'impresa per quanto concerne la sua capacità di rispettare le restrizioni all'esportazione dei materiali di armamento

⁹⁰ Con questa locuzione, *ex art.* 1, co. 2, d. lgs. n. 253/2016, si intende il distacco temporaneo di uno straniero, che si trova a lavoro fuori del territorio dell'Unione europea, da un'impresa stabilita in un paese terzo, a cui lo straniero è legato da un rapporto di lavoro, a un'entità ospitante stabilita in Italia, appartenente alla medesima impresa o gruppo di imprese.

⁹¹ Art. 1, co. 2, d.lgs. n. 253/2016: «La documentazione relativa ai requisiti di cui al comma 1 e alle condizioni di cui al comma 5 è presentata, dall'entità ospitante, entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, allo sportello unico per l'immigrazione di cui al medesimo comma 5, che procede alla verifica della regolarità, della completezza e dell'idoneità della stessa. In caso di irregolarità sanabile o incompletezza della documentazione, l'entità ospitante è invitata ad integrare la stessa ed il termine di cui al comma 8 è sospeso fino alla regolarizzazione della documentazione».

ricevuti da un altro Stato membro, usufruendo di una autorizzazione generale di trasferimento, occorre indicare e dimostrare una serie di requisiti puntualmente stabiliti nella legge n. 185/1990 e nel decreto stesso. Ai sensi dell'art. 12, co. 6⁹², l'amministrazione ricevente la richiesta è tenuta alternativamente: a rilasciare l'attestato di certificazione; a rigettare l'istanza con provvedimento motivato se non vi sono i presupposti; oppure, in caso di incompletezza della documentazione allegata alla domanda, a richiederne l'integrazione.

Si richiama poi il decreto del Ministero dello Sviluppo economico, 15 luglio 2015, n. 89154, recante la disciplina delle modalità di svolgimento delle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi e dei relativi controlli. La disciplina in materia prevede che il Ministero in un momento antecedente alla presentazione dell'istanza per il rilascio del permesso di prospezione, del permesso di ricerca, della concessione di coltivazione o del titolo concessorio unico, accerti, con un procedimento c.d. di «pre-qualifica», il possesso dei requisiti necessari, stabiliti all'art. 7 del decreto. In questo contesto è prevista una ipotesi esplicita di conformazione, al comma 7, del già richiamato art. 7, d.m. n. 89154/2015⁹³: che, infatti, prevede che

⁹² Art. 12, co. 6, d.m. n. 19/2013: «L'Autorità nazionale - UAMA, sentito il Segretariato generale della difesa - Servizio del registro nazionale delle imprese con le modalità di cui al comma 5, entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza: a) rilascia l'attestato di certificazione, che deve contenere tutte le indicazioni di cui all'articolo 10-*series*, comma 4, della legge; b) rigetta l'istanza con provvedimento motivato; c) richiede l'integrazione dell'istanza se ritiene la documentazione incompleta. La richiesta di integrazione sospende il decorso del termine».

⁹³ Art. 7, co. 7, d.m. n. 89154/2015: «Il procedimento di pre-qualifica ha la durata di 90 giorni decorrenti dalla data di presentazione della relativa istanza. Entro 30 giorni dal ricevimento della istanza di pre-qualifica il Ministero verifica la completezza della relativa documentazione. Qualora l'istanza risulti incompleta, il Ministero richiede al proponente la documentazione integrativa da presentare entro un termine non superiore a 30 giorni; i termini del procedimento si intendono interrotti fino alla

«qualora l'istanza risulti incompleta, il Ministero richiede al proponente la documentazione integrativa da presentare entro un termine non superiore a 30 giorni».

Ancora, è prevista, in base al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, del 15 giugno 2016, n. 100807, la conformazione in relazione all'istanza di interpello abbreviato da presentare all'Agenzia delle entrate da parte del contribuente, che aderisca al regime dell'adempimento collaborativo, di cui all'art. 6, co. 2, d. lgs. n. 128/2015. L'art. 5, co. 2 e 3, d.m. 100807/2016⁹⁴, stabilisce, appunto, che nel caso in cui l'istanza sia carente di uno o più requisiti all'uopo necessari, l'ufficio inviti il contribuente alla relativa regolarizzazione. Allo stesso scopo sono previste anche interlocuzioni.

Si richiama poi il decreto del Ministero dello sviluppo economico del 26 ottobre 2012, n. 230 che contiene il regolamento relativo ai requisiti di professionalità e ai criteri per l'espletamento della selezione finalizzata all'iscrizione nell'elenco dei soggetti che possono essere nominati segretari generali di camere di commercio, nonché ai relativi obblighi di formazione, in attuazione dell'art. 20 della l. 29 dicembre 1993, n. 580, così come modificata dal d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 23. La disposizione, all'art. 4, prevede che «nel caso di domanda irregolare o incompleta il responsabile del procedimento ne dà comunicazione al

presentazione della documentazione integrativa. Qualora il proponente non presenti la documentazione integrativa entro il termine stabilito, la istanza si intende rigettata».

⁹⁴ Art. 5, co. 2 e 3, d.m. n. 100807/2016: «2. Nei casi in cui l'istanza sia carente di uno o più requisiti di cui all'art. 4, comma 1, l'ufficio invita il contribuente alla relativa regolarizzazione. [...]. I termini per la risposta iniziano a decorrere dal giorno in cui la regolarizzazione è stata effettuata. 3. L'Agenzia delle entrate può effettuare interlocuzioni con il contribuente, anche invitandolo a comparire per mezzo del suo legale rappresentante ovvero di un suo procuratore, al fine di verificare la regolarità dell'istanza e la completezza delle informazioni fornite e di acquisire ulteriori elementi informativi».

richiedente entro trenta giorni, indicando le cause di irregolarità o di incompletezza e fissando un termine [...] per la regolarizzazione».

Altro caso che, pur presentando una formulazione problematica, pare prevedere espressamente l'obbligo di conformazione e dunque è stato inserito in questa categoria, è quello disciplinato dal decreto del Ministero dello sviluppo economico, del 10 settembre 2010, n. 47987. Tale decreto detta le Linee guida per il procedimento di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti di produzione di elettricità da fonti rinnovabili, nonché linee guida tecniche per gli impianti stessi, di cui all'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387. In materia di autorizzazione unica è stabilito che l'amministrazione competente, entro 15 giorni dal ricevimento dell'istanza, ne verifichi la completezza formale e comunichi al richiedente l'avvio del procedimento⁹⁵.

In detto termine inoltre l'amministrazione deve anche dare notizia all'istante dell'eventuale improcedibilità della sua domanda per carenza della documentazione prescritta. In tal caso, tuttavia, il procedimento non è necessariamente concluso dato che può essere riavviato dalla data di ricevimento dell'istanza completa. Inoltre, se, trascorso il termine, l'amministrazione non ha comunicato l'improcedibilità, il procedimento si intende avviato. Dal testo pare lecito ritenere che, in caso di mancata comunicazione dell'improcedibilità, la domanda non possa essere respinta

⁹⁵ Art. 4, co. 4, all. I, d.m. n. 47987/2010: «Entro 15 giorni dalla presentazione dell'istanza, l'Amministrazione competente, verificata la completezza formale della documentazione, comunica al richiedente l'avvio del procedimento ai sensi degli articoli 7 e 8 della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni e integrazioni, ovvero comunica la improcedibilità dell'istanza per carenza della documentazione prescritta; in tal caso il procedimento può essere avviato solo alla data di ricevimento dell'istanza completa. Trascorso detto termine senza che l'amministrazione abbia comunicato l'improcedibilità, il procedimento si intende avviato».

per motivi attinenti a una carenza documentale che l'istante avrebbe potuto sanare se solo avesse ricevuto la comunicazione.

Nel trattare questa ipotesi, così come già chiarito per la Via, va tenuto distinto il momento valutativo tecnico⁹⁶, insuscettibile di conformazione, da quello che invece attiene alla verifica della completezza della domanda. Infatti, è solo quest'ultimo aspetto, oggetto di un accertamento a esito fisso, che può essere conformato, ove non corrisponda alle previsioni legali, che ne costituiscono il parametro predeterminato di confronto.

Infine, sempre in questa prima categoria, occorre fare riferimento al diritto dell'Unione Europea.

In particolare, è utile richiamare la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016, per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610(RSP)), che attiene alla verifica del rispetto del diritto a una buona amministrazione, sancito all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'ambito delle procedure amministrative dell'Unione, al fine di adottare atti che siano imparziali, equi e tempestivi. A tal proposito, viene evidenziata l'importanza, nei procedimenti avviati su richiesta di una delle parti, di notificare l'istante del ricevimento della domanda e indicare altresì «le informazioni necessarie a consentire alla parte di esercitare i suoi diritti di difesa durante il procedimento amministrativo»⁹⁷. Tale diritto,

⁹⁶ Infatti, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che l'autorizzazione unica in materia di impianto di energia rinnovabile non sia un atto vincolato. Da ultimo, per tutte, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 6 giugno 2019, n. 3082.

⁹⁷ Par. 22 dei considerando, (2016/2610(RSP)): «Nel caso in cui il procedimento amministrativo sia avviato su richiesta di una delle parti, il diritto a una buona amministrazione impone all'amministrazione dell'Unione di notificare per iscritto il ricevimento della domanda. Nell'avviso di ricevimento dovrebbero essere indicate le informazioni necessarie a consentire alla parte di esercitare i suoi diritti di difesa durante il procedimento amministrativo. Tuttavia, l'amministrazione dell'Unione

tuttavia, viene meno qualora si tratti di domande inutili o abusive che potrebbero compromettere l'efficienza del sistema amministrativo: richieste di tal fatta possono essere legittimamente respinte dall'amministrazione dell'Unione⁹⁸.

La disposizione prosegue poi indicando espressamente le norme procedurali che disciplinano le attività delle amministrazioni dell'Unione. All'art. 7, sono regolati i procedimenti a iniziativa di parte e, a tal proposito, è espressa una chiara scelta antiformalistica, nella misura in cui è stabilito che «le richieste di avviare un procedimento non sono soggette a inutili requisiti formali. Esse indicano chiaramente il nome della parte richiedente, un indirizzo per le notifiche, l'oggetto della richiesta, i fatti pertinenti e i motivi della richiesta, una data e un luogo e l'autorità competente alla quale sono indirizzate».

Sempre il medesimo articolo poi contiene il riferimento alla conformazione⁹⁹. La norma stabilisce infatti, che nel caso in cui la richiesta «non sia conforme a uno o più dei requisiti», nell'avviso di ricevimento deve essere «indicato un termine ragionevole entro il quale rimediare all'irregolarità o presentare gli eventuali documenti mancanti».

dovrebbe avere il diritto di respingere le domande inutili o abusive che potrebbero compromettere l'efficienza amministrativa».

⁹⁸ Si tratta peraltro di un chiaro esempio di bilanciamento tre esigenze garantiste e partecipatorie da un lato ed efficientiste, dall'altro, che evoca la problematica del bilanciamento tra principi che sarà affrontata nel cap. III, §§ 2, 3, 4 e 5.

⁹⁹ Art. 4, (2016/2610(RSP)): «Nel caso in cui la richiesta non sia conforme a uno o più dei requisiti di cui al paragrafo 2, nell'avviso di ricevimento è indicato un termine ragionevole entro il quale rimediare all'irregolarità o presentare gli eventuali documenti mancanti. Le richieste inutili o manifestamente infondate possono essere respinte in quanto irricevibili mediante un avviso di ricevimento motivato succintamente. Nei casi in cui uno stesso richiedente presenti abusivamente più richieste in successione, non è inviato alcun avviso di ricevimento».

4. Le disposizioni normative che contengono un riferimento indiretto all'obbligo dell'amministrazione di invitare alla conformazione.

Nell'esame del diritto positivo si rinvencono poi delle ipotesi nelle quali dalla dicitura del testo – seppur non vi sia un riferimento espresso a un atto di invito alla regolarizzazione – è possibile evincere la previsione della possibilità di conformare la domanda presentata incompleta.

Questo paragrafo è dedicato all'esame di questa tipologia di casi, nei quali la conformazione, seppur paia assumere la fisionomia di un obbligo di invito per l'amministrazione, non è prevista espressamente come tale. Nelle disposizioni qui esaminate infatti la presenza di un obbligo di invitare alla regolarizzazione a volte emerge dal riferimento all'obbligo di comunicare all'istante l'incompletezza della sua domanda, così che questi sia messo nella condizione di conformare quanto dichiarato; altre volte, la norma disciplina i termini di conclusione del procedimento e stabilisce che questo sia sospeso fino al ricevimento della domanda completa o regolarizzata, con ciò implicando una richiesta di documentazione integrativa.

Passando all'esame casistico, tra queste ipotesi si annovera il provvedimento della Banca d'Italia, del 22 giugno 2010, n. 46588, recante la disciplina relativa alla individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi che prevede, in relazione ai procedimenti a iniziativa di parte, che della irregolarità o incompletezza delle domande venga data comunicazione agli istanti, i quali possono poi procedere alla sua conformazione¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Art. 2, co. 3, prov. 46588/2010: «Se la domanda è irregolare o incompleta ne viene data comunicazione all'istante entro un termine pari alla metà di quello fissato per la durata del procedimento, o nel termine eventualmente diverso previsto da specifica disposizione, indicando le cause della irregolarità o della incompletezza. In

Tra le ipotesi che presentano una disciplina espressa di conformazione mediante un riferimento indiretto si richiama poi il Regolamento di attuazione degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, relativo ai procedimenti amministrativi di competenza della Corte dei conti di cui alla delibera del 31 maggio 2017, n. 1, che all'art. 3 disciplina i procedimenti a istanza di parte. La norma prevede che la domanda, redatta attraverso moduli e formulari pubblicati sul sito istituzionale della Corte dei conti, debba essere corredata da alcuni documenti dai quali risulti la sussistenza dei requisiti e delle condizioni richiesti dalla legge o da regolamento per l'adozione del provvedimento. Nel caso in cui tale documentazione risulti incompleta o irregolare il responsabile del procedimento ne deve dare comunicazione all'istante e il termine di conclusione del procedimento resta sospeso fino al completamento o alla regolarizzazione della domanda¹⁰¹. Pertanto, tramite il riferimento all'obbligo di comunicare l'incompletezza o l'irregolarità dell'istanza la norma implicitamente prevede la possibilità di conformazione.

Si esprimono in termini analoghi anche la deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, del 28 dicembre 1999, n. 56000, art. 3, co. 4¹⁰² e il d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, Testo unico

questi casi, il termine per la conclusione del procedimento decorre dalla data di ricevimento della domanda regolarizzata o completata».

¹⁰¹ Delibera della Corte dei conti, 31/05/2017, n. 1, art. 3, co. 4: «Ove la domanda dell'interessato sia ritenuta irregolare o incompleta, il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'istante entro sessanta giorni, indicando le cause dell'irregolarità o della incompletezza. In questi casi il termine decorre dal ricevimento della domanda regolarizzata o completata».

¹⁰² Art. 3, co. 4, del. 56000/1999: «Ove la domanda dell'interessato sia ritenuta irregolare o incompleta ne viene data comunicazione all'istante entro sessanta giorni, indicando le cause dell'irregolarità o della incompletezza. In questi casi il termine iniziale decorre dal ricevimento della domanda regolarizzata o completata».

delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, all'art. 1033, co. 4¹⁰³. Entrambe le disposizioni stabiliscono, con identica formulazione letterale, che «ove la domanda dell'interessato sia ritenuta irregolare o incompleta, il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'istante entro sessanta giorni, indicando le cause dell'irregolarità o della incompletezza. In questi casi il termine decorre dal ricevimento della domanda regolarizzata o completata». Dunque, in entrambe le ipotesi la previsione dell'obbligo di comunicare i motivi di irregolarità o di incompletezza indirettamente comporta la conformabilità della domanda.

Inoltre, l'appena citato Testo unico in materia di ordinamento militare contiene un ulteriore riferimento alla conformazione, seppur implicito, in materia di iscrizione nel registro nazionale delle imprese e consorzi di imprese operanti nel settore dei materiali d'armamento. La norma stabilisce che le domande di iscrizione nel registro, da presentarsi al Ministero della difesa, debbano contenere le indicazioni in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 127, d.P.R. n. 90/2010, e altresì debbano essere corredate dalla documentazione puntualmente dal medesimo decreto. In tali casi, il termine di conclusione del procedimento di iscrizione resta sospeso «per il tempo intercorrente tra la richiesta dell'amministrazione, in caso di domanda incompleta o non sufficientemente documentata, e l'adempimento da parte dell'istante»¹⁰⁴.

¹⁰³ Art. 1033, co. 4, d.P.R. n. 90/2010: «Qualora la domanda o istanza sia ritenuta irregolare o incompleta, l'unità organizzativa responsabile deve darne comunicazione all'istante entro sessanta giorni, indicando le cause dell'irregolarità o della incompletezza. In questi casi, il termine iniziale del procedimento decorre dal ricevimento della domanda regolarizzata o completata».

¹⁰⁴ Art. 129, d.P.R. n. 90/2010: «1. Il procedimento per l'iscrizione nel registro deve concludersi nel termine di sessanta giorni. 2. Il termine è sospeso per il tempo

Lo stesso riferimento indiretto a una possibilità di conformazione si ha nel già richiamato decreto del Ministero degli affari esteri, 7 gennaio 2013, n. 19, recante il regolamento di attuazione della legge 9 luglio 1990, n. 185, in materia di esportazione, importazione e transito di materiali d'armamento. La domanda volta a ottenere l'autorizzazione necessaria per i trasferimenti intracomunitari di materiali di armamento deve contenere l'indicazione di alcuni requisiti e avere quali allegati una serie di documenti elencati del decreto. Il termine per l'esame della domanda e il rilascio dell'autorizzazione richiesta «resta sospeso in caso di richiesta di documentazione o notizie integrative da parte dell'amministrazione ricevente sino all'acquisizione della stessa»¹⁰⁵. La stessa formulazione¹⁰⁶ è riportata in relazione alla licenza globale di cui all'art. 10 *series*, l. n. 185/1990.

Tra le ipotesi che sembrano prevedere indirettamente la conformazione va anche annoverato il d. lgs. 15 maggio 2015, n. 112, di

intercorrente tra la richiesta dell'amministrazione, in caso di domanda incompleta o non sufficientemente documentata, e l'adempimento da parte dell'istante».

¹⁰⁵ Art. 8, co. 5, d.m., n. 19/2013: «La domanda per il rilascio della licenza globale di progetto di cui all'articolo 11, comma 5-*bis*, della legge, è presentata al Ministero degli affari esteri - UAMA e inviata per conoscenza, a cura dell'operatore, al Ministero della difesa - Segretariato generale della difesa, II Reparto. Il Ministero degli affari esteri provvede, entro il termine di sessanta giorni, a rilasciare l'autorizzazione richiesta o a comunicare, con provvedimento motivato, il diniego. Il decorso del termine resta sospeso in caso di richiesta di documentazione o notizie integrative da parte del Ministero degli affari esteri sino all'acquisizione della stessa».

¹⁰⁶ Art. 9, co. 3, d.m., n. 19/2013: «La domanda per il rilascio della autorizzazione globale e individuale di trasferimento è presentata all'Autorità nazionale - UAMA, e inviata per conoscenza, a cura dell'operatore, al Ministero della difesa - Segretariato generale della difesa - II Reparto. L'Autorità nazionale - UAMA provvede entro il termine di sessanta giorni a rilasciare l'autorizzazione richiesta o a comunicare, con provvedimento motivato, il diniego. Il decorso del termine resta sospeso in caso di richiesta di documentazione o notizie integrative da parte dell'Autorità nazionale - UAMA sino all'acquisizione della stessa».

attuazione della direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico. Il suddetto decreto legislativo, nel disciplinare il procedimento di rilascio della licenza per le imprese con sede in Italia la cui attività principale consista nella prestazione di servizi per il trasporto ferroviario, indica una serie di requisiti necessari per ottenere l'autorizzazione. La norma stabilisce, tra le altre cose, anche le tempistiche del procedimento e prevede che la licenza venga rilasciata «entro novanta giorni dal ricevimento delle informazioni complete»¹⁰⁷. Dunque, con questo riferimento alla completezza, quale condizione per far iniziare a decorrere il termine per la conclusione del procedimento, pare implicare una forma di conformazione.

Occorre peraltro aggiungere che tale disposizione ha abrogato il precedente decreto del Ministero delle Infrastrutture (2 febbraio 2011, n. 52024) che, in relazione all'individuazione dei requisiti per il rilascio della licenza nazionale per lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri stabiliva l'obbligo, in caso di incompletezza dell'istanza, per l'autorità procedente di richiedere al proponente la documentazione integrativa, con sospensione del procedimento¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Art. 7, co. 4, d. lgs. n. 112/2015: «La licenza è rilasciata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per i trasporti, la navigazione, gli affari generali ed il personale, Direzione generale per il trasporto e le infrastrutture ferroviarie, entro novanta giorni dal ricevimento delle informazioni complete di cui al comma 3, con provvedimento comunicato al soggetto richiedente. Il rigetto della richiesta deve essere motivato».

¹⁰⁸ Art. 2, d.m. n. 52024/2011: «Qualora l'istanza risulti incompleta, l'autorità procedente richiede al proponente la documentazione integrativa da presentare entro il termine di trenta giorni. In tal caso i termini del procedimento sono sospesi fino alla presentazione della documentazione integrativa».

5. Le previsioni normative che, se interpretate letteralmente, prevedono la possibilità per l'amministrazione di invitare alla conformazione, nel caso in cui lo ritenga opportuno.

Tra le ipotesi normative nelle quali ci si è imbattuti nel corso dell'indagine vanno distinte alcune normative che è possibile inserire in categoria diversa rispetto a quella finora esaminata per il modo in cui in esse è qualificato il comportamento dell'amministrazione a fronte della riscontrata irregolarità o incompletezza dell'istanza.

Infatti, se nella prima categoria sono stata elencate disposizioni normative che, in modo espresso o indiretto, prevedevano un *obbligo* per l'amministrazione di invitare alla conformazione, le discipline adesso in analisi, pur contenendo anch'esse un riferimento alla conformazione della domanda, sembrano lasciare all'amministrazione la *possibilità* di scegliere se invitare o meno il privato alla rettificazione di quanto abbia presentato incompleto o irregolare.

Pare, cioè, che l'amministrazione non sia automaticamente tenuta a richiedere la conformazione, quale condizione di legittimità del successivo provvedimento di rigetto dell'istanza, ma possa scegliere: se procedere in tal senso e consentire la conformazione o non farlo e rigettare la domanda. La decisione se invitare o meno alla conformazione sembra, perciò, essere rimessa a una valutazione del soggetto pubblico.

Le disposizioni che si sono raggruppate in questa categoria si presentano dal punto di vista lessicale simili: si nota l'uso del verbo modale (potere), anziché dell'indicativo secco e di espressioni come «nel caso».

5.1. L'art. 6, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241: un primo approccio e i profili problematici.

L'art. 6, lett. b), della legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁰⁹, è la prima tra le ipotesi di questo secondo gruppo, a condizione che di tale disposizione venga scelta una lettura attinente al dato letterale.

Il testo della norma stabilisce che il responsabile del procedimento¹¹⁰, nell'ambito delle misure funzionali «all'adeguato e

¹⁰⁹ Art. 6, lett. b), l. n. 241/1990: il responsabile del procedimento «accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali».

¹¹⁰ Tema trattato con una certa assiduità dalla dottrina. Tra i diversi contributi si richiama: TARULLO S., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, pp. 299 e ss.; CARLONI E., *Il principio di verità tra i principi del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, pp. 30 e ss.; CANAVESIO G., *Il responsabile del procedimento*, in ALBERTI, P. AZZARITI G., CANAVESIO G., GALLO C.E., QUAGLIA M.A., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 31 e ss.; DE NICTOLIS R., *Il responsabile del procedimento di rilascio di concessione edilizia*, in *Urb. e app.*, 2001, pp. 935 e ss.; RENNA M., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge 241*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 535; ID., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 13 e ss.; ID., *Il responsabile del procedimento a dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 297 e ss.; LAZZARA P., *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in ROMANO A., *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 262 e ss.; RUSSO G. E NAVARRA G., *Il responsabile del procedimento amministrativo nella pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini, 1998; CESARINI L., *Divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, obblighi del responsabile del procedimento e sindacato di ragionevolezza del giudice*, in *Rass. giur. umbra*, 1999, pp. 288 e ss.; MIGNONE C., *Note sul responsabile del procedimento*, in *Quaderni*

sollecito svolgimento dell'istruttoria», «può chiedere [...] la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete». Dunque, tra ciò che il responsabile del procedimento può fare nello svolgimento della sua funzione va annoverata la possibilità di chiedere la *rettifica* di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete.

Ora, in conformità alla sistematica adottata in questo contesto e, di conseguenza, privilegiando il dato letterale, si desume che sia *facoltà* del funzionario invitare l'istante a rettificare la sua domanda o dichiarazione erranea o incompleta: e non un obbligo. A questa conclusione si giunge dal momento che la norma recita: «può».

Per tale ragione questa norma è discussa in questa sede.

Questa considerazione si presenta però problematica e introduce necessariamente una delle questioni che la trattazione di tale articolo solleva. Infatti, nonostante il dato letterale¹¹¹, sia in dottrina – non in modo unanime –, che in giurisprudenza – dove invece si registra invece una certa costanza –, questa previsione è interpretata come qualcosa di più rispetto a una mera possibilità¹¹²: nel senso dell'*obbligo*¹¹³, del

regionali, 1991, pp. 39 e ss.; PIGNATARO S., *Il responsabile del procedimento amministrativo alla luce delle innovazioni in atto nella pubblica amministrazione*, in *Trib. amm. reg.*, 2003, pp. 298 e ss.

¹¹¹ Considerata questa tendenza, l'inserimento dell'ipotesi esaminata nel paragrafo dedicato a riunire i casi in cui la conformazione si presenta come una facoltà potrebbe sembrare inopportuna. Sennonché, anzitutto, come si è anticipato, nell'analisi delle ipotesi normative si è privilegiato il dato letterale; inoltre, una interpretazione diversa, non in termini di possibilità ma in termini di obbligo e non di dovere costituirebbe una presa di posizione sul contenuto della norma che per adesso è prematura.

¹¹² Questo aspetto sarà ripreso successivamente Cap. III, § 9.

¹¹³ Usano direttamente il termine *obbligo* VILLATA R. – SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XI, Torino, 1995, spec. 591 e s, che parlano di «regola che obbliga il responsabile del procedimento» a fronte di irregolarità o incompletezze della domanda.

*dovere*¹¹⁴, o secondo la formula ibrida di *potere/dovere*¹¹⁵. Va tuttavia precisato che sia la giurisprudenza che la dottrina quando leggono nel disposto dell'art. 6, lett. b), qualcosa di più stringente di una possibilità, si riferiscono principalmente al principio tradizionalmente a questa ricondotto, ossia il c.d. *soccorso istruttorio*, del quale l'art. 6 è considerato la norma di riferimento¹¹⁶.

¹¹⁴ Si riferisce, per tutti, a un «dovere», LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 384. Ugualmente ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, pp. 289 e s., che tratta del soccorso come di uno sviluppo e ampliamento dei «doveri di informazione» dell'amministrazione. Questi, peraltro, specifica, a dimostrazione di come l'uso della parola *dovere* non necessariamente escluda che questo sia in realtà considerato un *obbligo*, che «questi doveri di informazione rispondono ad una precisa *obbligatorietà* giuridica» (corsivo nostro). Invero, occorre precisare l'uso del termine «dovere» non sembra sempre discendere da una scelta effettiva in punto di distinzione tra dovere e obbligo. Dalla lettura dei contributi dottrinali in materia pare che la frequente qualificazione come *dovere* voglia semplicemente sottolineare la più stretta pregnanza del comportamento richiesto rispetto all'idea di mera facoltà che invece il verbo *potere* sembra implicare. Inoltre, sempre di dovere e non di facoltà si tratta anche per MATTALIA M., *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 573 e ss.

In giurisprudenza poi, come nota anche SAIITA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., p. 400, pare pacifico il recepimento dell'idea che la norma non disciplini una mera facoltà ma un «vero e proprio dovere». Si citano solo alcune pronunce. Oltre alla fondamentale Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, per tutte: Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 16 luglio 2015, n. 9540; Tar Umbria, sez. I, 15 gennaio 2015, n. 20; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 23 ottobre 2013, n. 1924; Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 23 gennaio 2013, n. 39; Cons. St., sez. IV, 6 settembre 2010, n. 6463.

¹¹⁵ Si trova la formula *potere/dovere*, per esempio, in Tar Piemonte, sez. II, 13 novembre 2010, n. 4140; Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n.1993.

¹¹⁶ Così, per esempio, SAIITA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 391 e ss. Inoltre, tratta del «soccorso istruttorio» riferendolo all'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, anche APERIO BELLA F., *L'istruttoria procedimentale*, cit., pp. 261 e ss.; nonché, LAZZARA P., *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in ROMANO A., *L'azione amministrativa*, cit., pp. 272 e s.

Questa considerazione conduce alla seconda problematica sollevata dall'art. 6, l. n. 241/1990, ossia la necessità di distinguere all'interno del significato di tale disposizione quello che è il diretto contenuto della norma, da quello che, invece, è il principio generale a essa riconnesso. L'art. 6 è, infatti, considerato espressione del c.d. principio del *soccorso istruttorio* o, come si preferisce, *soccorso procedimentale*¹¹⁷, per distinguerlo dall'istituto che opera, come si è visto, in relazione alla materia delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici¹¹⁸.

Per soccorso procedimentale si intende cioè un principio di portata generale in base al quale l'amministrazione collabora¹¹⁹ con i cittadini nello svolgimento dell'attività amministrativa¹²⁰. Tale proposito si

¹¹⁷ L'uso di questa espressione, preferibile dato che evita confusioni rispetto all'istituto disciplinato del codice degli appalti, è da attribuire principalmente a FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., *passim*.

¹¹⁸ Peraltro, l'uso della terminologia "soccorso istruttorio" è variamente criticata. Per esempio, SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 391 e s., si esprime in modo critico circa questa terminologia, definendola «anfibia», perché fruibile sia nel procedimento che nel processo; nonché caratterizzata da «un'estrema aleatorietà concettuale e applicativa». Inoltre, lo stesso autore, in particolare p. 403, si chiede se «è corretto l'uso del termine «soccorso istruttorio» (riferendoci al sostantivo e non anche all'aggettivo, che va bene)? Soccorso, aiuto, ausilio: di questo si tratta veramente? Si può veramente aiutare un soggetto che è e mentre è in competizione con altri?».

¹¹⁹ Il nesso tra l'istituto del soccorso istruttorio e il principio di collaborazione è piuttosto diffuso nella letteratura che si è occupata del tema. Per tutti si rinvia a TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 361 e ss., in particolare nota 230.

¹²⁰ Una delle prime definizioni di «soccorso istruttorio», peraltro già richiamata in premessa, è rinvenibile in LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 384 e s., secondo il quale con questa terminologia si intende «il dovere degli uffici amministrativi di collaborare con i cittadini per il soddisfacimento degli interessi di questi nelle varie procedure amministrative, in particolare di aiutarli nel compimento degli atti». L'autore individuava poi, come

sostanza nella previsione di una serie non tassativa¹²¹ di compiti per il responsabile del procedimento, tra cui *anche* quello di chiedere agli interessati il rilascio delle dichiarazioni mancanti.

Tale istituto ha una sua autonoma fisionomia ed è stato ampiamente esaminato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che presenta un campo applicativo più ampio e generale rispetto al solo disposto dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, in quanto si spinge ben oltre la richiesta di integrazioni a cui tale articolo di riferisce. Anzi, abbraccia anche fasi diverse del procedimento e indica complessivamente un modo di intendere i rapporti tra l'amministrazione e il privato.

Parallelamente, la norma in discussione non può essere interpretata soltanto come espressione del soccorso procedimentale, ma ha anche un contenuto diverso. Ciò si desume dalla lettura del dato testuale, in particolare quanto all'uso del termine «rettifica». Questo aspetto, peraltro, pare essere rimasto finora un po' in ombra nella lettura dominante della norma, ma ove fosse maggiormente valorizzato permetterebbe di evidenziare l'irriducibilità della disposizione rispetto al principio del soccorso procedimentale.

Invero, mentre il soccorso procedimentale è un principio valevole in generale, per ogni tipo di attività amministrativa, discrezionale o vincolata, la «rettifica» di cui all'art. 6, lett. b) è un'operazione di integrazione o modificazione che è immaginabile solo laddove vi sia un parametro *fisso* rispetto al quale realizzare la correzione: cosa che accade

anticipato, tra i vari aspetti di questo ampio dovere anche «quello di integrare le prove presentate dal richiedente o, quanto meno di segnalare le eventuali lacune della documentazione».

¹²¹ La natura solo esemplificativa dei compiti espressamente indicati nell'art. 6, l. n. 241/1990, è pacificamente riconosciuta. Per tutti, IMMORDINO M., CAVALLARO C.M., GULLO N., *Il responsabile del procedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 452.

solo in relazione agli aspetti vincolati dell'attività. È peraltro la stessa etimologia del vocabolo a suggerire una lettura di questo tipo: rettificare significa “fare dritto”, ossia fare in modo che riassuma la forma corretta¹²².

Posto ciò, pare potersi affermare con relativa certezza che non vi è esatta sovrapposizione tra il soccorso procedimentale e la regola di cui all'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990. Nondimeno, anche solo attenendoci al dato letterale, si nota come l'intera legge generale sul procedimento amministrativo, in realtà, non si riferisca mai direttamente a tale istituto.

Pertanto, se si scinde lo specifico dettato dell'articolo in questione dal principio del soccorso procedimentale è possibile valutare il rapporto tra questa norma e la conformazione, senza correre il rischio di fraintendimenti. Altrimenti, invece, potrebbe sembrare che dietro al termine *conformazione* si celi solo un modo diverso di chiamare il *soccorso procedimentale*: cambiando la forma ma non la sostanza dell'istituto. Invece, occorre sin da subito chiarire, non si tratta di nozioni intercambiabili.

5.2. Le altre discipline di settore a livello di normativa primaria e secondaria.

Molte sono poi le ipotesi di settore che prevedono, quantomeno attenendoci alla formulazione letterale, una *possibilità* di invitare conformazione della domanda.

Tra queste si cita per esempio quanto stabilito nel Testo unico dell'edilizia, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in materia di procedimento di rilascio del permesso di costruire. A tal proposito è previsto che il termine

¹²² Dal lat. tardo *rectificare*, comp. di *rectus* “dritto” e tema di *facere* “fare”. Cfr. per tutti, il Vocabolario Treccani – versione *on line* www.treccani.it – *ad vocem*.

di conclusione del procedimento «può essere interrotto» affinché il responsabile del procedimento richieda «documenti che integrino o completino la documentazione presentata e che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente»¹²³.

Si tratta perciò di un'ipotesi, come si rileva dalla lettura del testo, che non prevede un invito obbligato alla conformazione della domanda che si presenti incompleta ma la *possibilità* di inviare l'invito, in base alla scelta del soggetto che istruisce il procedimento.

Altra ipotesi analoga è quella prevista in materia ambientale a proposito dell'autorizzazione integrata ambientale (Aia). Il Codice dell'ambiente, all'art. 29 *ter*, co. 4¹²⁴, prevede infatti che l'autorità competente, verificata la completezza della domanda ricevuta e della

¹²³ Art. 20, co. 5, d.P.R. n. 380/2001: «Il termine di cui al comma 3 può essere interrotto una sola volta dal responsabile del procedimento, entro trenta giorni dalla presentazione della domanda, esclusivamente per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata e che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente. In tal caso, il termine ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa».

¹²⁴ Art. 29-*ter*, co. 4, d. lgs. n. 152/2006: «Entro trenta giorni dalla presentazione della domanda, l'autorità competente verifica la completezza della stessa e della documentazione allegata. Qualora queste risultino incomplete, l'autorità competente ovvero, nel caso di impianti di competenza statale, la Commissione di cui all'art. 8-bis potrà chiedere apposite integrazioni, indicando un termine non inferiore a trenta giorni per la presentazione della documentazione integrativa. In tal caso i termini del procedimento si intendono interrotti fino alla presentazione della documentazione integrativa. Qualora entro il termine indicato il proponente non depositi la documentazione completa degli elementi mancanti, l'istanza si intende ritirata. È fatta salva la facoltà per il proponente di richiedere una proroga del termine per la presentazione della documentazione integrativa in ragione della complessità della documentazione da presentare».

documentazione allegata, se riscontra incompletezze «potrà chiedere apposite integrazioni».

Tale disposizione, al pari di quella, già esaminata, in materia di Via, art. 23, co. 4, d. lgs. n. 152/2006, si riferisce alla fase istruttoria preliminare, di accertamento della completezza della domanda e della documentazione; da tenere distinta dalla fase istruttoria vera e propria, nella quale si svolgono le valutazioni tecniche.

Leggendo questa disposizione in parallelo rispetto alla disciplina della Via, si nota come i due casi, quanto alla conformazione, siano costruiti in modo diverso. Infatti, in caso di Aia, infatti, l'invito alla conformazione è descritto dal legislatore come una semplice possibilità per l'amministrazione; mentre nel procedimento di Via è obbligatorio.

Altra ipotesi da inserire in questa categoria è quella prevista dal Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259). Occorre precisare che, anche in questo caso, si tratta di un procedimento nel quale vi è un ampio margine di valutazione tecnica per il soggetto pubblico nell'esame dei requisiti di concessione dell'autorizzazione. Ciò nonostante, vi è comunque una fase "preistruttoria" nella quale il compito dell'amministrazione è di mero accertamento: si tratta della fase di ricezione della documentazione e della domanda e di verifica della sua completezza. In relazione a questo momento l'amministrazione è vincolata: infatti, il corredo di documenti che devono essere allegati all'istanza è stabilito a priori dalla legge. Perciò, l'operatività dell'istituto della conformazione è necessariamente limitato a questa primissima parte del procedimento, nella quale la legge costituisce un parametro di accertamento fisso.

Ciò precisato, la norma in relazione ai procedimenti autorizzatori relativi alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici stabilisce che la relativa istanza debba essere corredata

della documentazione atta a comprovare il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, relativi alle emissioni elettromagnetiche¹²⁵. Dopo la sua ricezione, «il responsabile del procedimento può richiedere, per una sola volta¹²⁶ [...] il rilascio di dichiarazioni e l'integrazione della documentazione prodotta». Tale richiesta integrativa interrompe il termine per la formazione del silenzio assenso, che riprende a decorrere dal momento dell'avvenuta integrazione documentale.

Occorre comunque precisare che la giurisprudenza, nonostante il tenore letterale della norma («può richiedere»), interpreta la disposizione in modo più deciso, come qualcosa di più di una facoltà: non tuttavia come un obbligo ma come un *dovere*. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha affermato che «la locuzione “può” è volta solo a delimitare nel tempo

¹²⁵ Art. 87, co. 5, d. lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche): «Il responsabile del procedimento può richiedere, per una sola volta, entro quindici giorni dalla data di ricezione dell'istanza, il rilascio di dichiarazioni e l'integrazione della documentazione prodotta. Il termine di cui al comma 9 riprende a decorrere dal momento dell'avvenuta integrazione documentale».

¹²⁶ In questa ipotesi la limitazione a una sola volta della possibilità di chiedere l'integrazione è posta a garanzia del privato. Infatti, in materia di installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica è prevista espressamente la formazione del silenzio assenso decorsi 90 giorni dalla presentazione dell'istanza o della denuncia (art. 87, co. 9). Dunque, il limite di una sola richiesta integrativa è finalizzato a evitare la reiterazione di tale domanda da parte del responsabile del procedimento che eluderebbe la regola del silenzio assenso, considerato che l'invio della richiesta di integrazione ha un effetto interruttivo sul decorso del termine in cui esso si va a formare. Il termine per la formazione del silenzio-assenso peraltro non è interrotto nel caso in cui il responsabile del procedimento invii la richiesta di integrazione documentale tardivamente, successivamente cioè al quindicesimo giorno dalla ricezione dell'istanza. In questo senso, da ultimo: Tar Lazio, Latina, sez. I, 16 ottobre 2018, n. 527; per Tar Campania, Napoli, sez. VII, 11 maggio 2017, n. 2542, la tardività della richiesta costituisce una causa di illegittimità della diffida dall'effettuare l'intervento.

l'esercizio del potere [limitato ai 15 giorni dalla ricezione dell'istanza] e non certo a mutare in senso peggiorativo per il privato i rapporti con l'Amministrazione». Tant'è che non può in alcun modo essere intesa come se «la richiesta di integrazione documentale» fosse «meramente facoltativa»¹²⁷. Questa interpretazione peraltro deriva dal raffronto di tale disposizione con il soccorso istruttorio (*rectius*: procedimentale), che come già accennato viene definito in termini di «dovere» dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria.

Si è proceduto comunque a inserire in questa categoria tale previsione perché, come si è detto, nello scegliere un criterio in base al quale ordinare le ipotesi normative, si è privilegiato quello dell'interpretazione letterale. Inoltre, posta la diversità tra dovere e obbligo, che sarà ripresa successivamente, non sarebbe stato possibile inserire questa ipotesi neanche nella prima categoria.

Altro caso emblematico è quello che si trae dalle Linee guida dell'Anac, n. 7, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relative all'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ex art. 192 d. lgs. n. 50/2016. Tale disposizione,

¹²⁷ Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1993. In questa ipotesi, sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, il Comune adduceva la legittimità del comportamento tenuto dal responsabile del procedimento non aveva ritenuto di dover chiedere alcuna documentazione alla società ricorrente, poiché ai sensi dell'art. 87 del d. lgs. n. 259/2003, vi sarebbe solo una facoltà in tal senso. La censura è stata ritenuta infondata, in ragione del fatto che la norma, «prevede [...] un potere-dovere di integrazione [...]». In alcun modo, quindi, la norma può essere interpretata nel senso che nel procedimento di cui all'art. 87 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, la richiesta di integrazione documentale diventi meramente facoltativa. A differenza di quanto ritiene l'appellante, in conclusione, la locuzione “può” è volta solo a delimitare nel tempo l'esercizio del potere e non certo a mutare in senso peggiorativo per il privato i rapporti con l'Amministrazione».

tra le altre, cose prevede che il decorso del termine per la conclusione del procedimento per l'accertamento dei requisiti di iscrizione, possa essere sospeso «nel caso di approfondimenti istruttori o richieste di integrazione documentale»¹²⁸. In questo caso dunque è lasciata alla scelta dell'amministrazione la possibilità di attivare la conformazione.

Peraltro, nelle istruzioni circa le modalità di avvio dei procedimenti di verifica del possesso dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco, indicate nel comunicato del Presidente dell'Autorità del 31 luglio 2018, è stabilito che espressamente che l'Autorità «si riserva», di procedere direttamente «alla comunicazione delle risultanze istruttorie laddove si ravvisi una evidente carenza dei requisiti per l'iscrizione all'elenco di cui in oggetto, cui le amministrazioni potranno controdedurre allegando la documentazione mancante o ritenuta necessaria».

Nello stesso senso, ossia nel segno della facoltatività dell'invito alla conformazione, si pongono poi alcuni decreti ministeriali.

Tra questi è possibile citare il decreto del Ministero dell'Industria, del commercio e dell'artigianato, del 24 maggio 2001, n. 273, recante i criteri per il finanziamento di progetti promossi dalle associazioni dei consumatori. Tale decreto, in relazione alla domanda di ammissione ai benefici di cui all'art. 16, l. n. 57/2001, da parte delle associazioni di consumatori e utenti, stabilisce che l'amministrazione, ricevuta la

¹²⁸ Punto 5.2., linee guida Anac, n. 7: «Entro 30 giorni dalla data di presentazione della domanda di iscrizione è avviato il procedimento per l'accertamento dei requisiti di iscrizione. Il termine per la conclusione del procedimento è di 90 giorni decorrenti dall'avvio dello stesso. Tale termine è sospeso nel caso di approfondimenti istruttori o richieste di integrazione documentale».

domanda, «potrà» richiederne la regolarizzazione o l'integrazione, per i soli aspetti formali e documentali¹²⁹.

Uguualmente, il decreto del Ministero della Giustizia, del 19 settembre 2013, n. 160, in relazione alla domanda iscrizione all'Albo degli amministratori giudiziari, prevede che «può essere richiesta», per una sola volta, l'integrazione della domanda o dei suoi allegati entro 30 giorni dal ricevimento della stessa¹³⁰.

Anche il decreto del Ministero della Giustizia, 24 settembre 2014, n. 202, recante il Regolamento circa i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento, ai sensi dell'art. 15 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (come modificata dal d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221), presenta una formulazione analoga. In particolare, dopo aver indicato i requisiti di iscrizione nell'art. 4, nell'articolo successivo¹³¹ è descritto il relativo procedimento. In questa

¹²⁹ Art. 3, co. 5-6-7, d.m. n. 27372001: «5. Le domande devono pervenire entro le ore 13 del quarantacinquesimo giorno decorrente dalla data di entrata in vigore del presente regolamento. Per le domande inviate a mezzo posta fa fede la data del timbro di spedizione. 6. Ogni plico deve recare, oltre alla data di spedizione, la dicitura: 'Progetto ai sensi dell'articolo 16 della legge 5 marzo 2001, n. 57'. 7. L'ufficio competente potrà richiedere la regolarizzazione o l'integrazione della domanda, per i soli aspetti formali e documentali, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della stessa. L'associazione dovrà ottemperare entro i quindici giorni successivi, decorrenti dalla data del ricevimento della suddetta richiesta. Decorso invano tale termine la domanda sarà considerata inammissibile».

¹³⁰ Art. 5, d.m. n. 160/2013: «Sulla domanda di iscrizione provvede il responsabile dell'Albo. 2. Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro 90 giorni dal ricevimento della domanda; può essere richiesta, per una sola volta, l'integrazione della domanda o dei suoi allegati entro 30 giorni dal ricevimento della stessa. La richiesta di integrazione interrompe il termine, che inizia nuovamente a decorrere dalla data in cui risulta pervenuta la documentazione integrativa richiesta».

¹³¹ Art. 5, d.m. n. 202/2014: «1. Il responsabile del registro approva il modello della domanda per l'iscrizione, con l'indicazione degli atti e dei documenti idonei a

sede è previsto che il procedimento possa essere sospeso, dalla «richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati» che «è ammessa per una sola volta». Dunque, la possibilità di inviare tale richiesta pare costruita come una mera eventualità, che non segue in via diretta alla riscontrata incompletezza e che non è oggetto di obbligo per l'amministrazione.

Con una formula identica si esprime il decreto del Ministero della Giustizia, 26 febbraio 2015, n. 32, che regola le modalità tecniche e operative per lo svolgimento delle vendite dei beni mobili e immobili mediante gara telematica nei casi previsti dal Codice di procedura civile, all'art. 5, co. 3¹³².

È parso utile, inoltre, richiamare brevemente anche la prassi di alcuni Comuni nella predisposizione dei bandi, così da saggiare quale sia la propensione degli enti locali circa l'uso della conformazione.

A tal proposito sono stati presi in considerazione alcuni bandi, a titolo meramente esemplificativo, del Comune di Firenze (Prot. n. 325315

comprovare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 4 di cui la domanda deve essere corredata. Il modello approvato è pubblicato sul sito internet del Ministero. 2. La domanda è sottoscritta e trasmessa unitamente agli allegati. La sottoscrizione può essere apposta anche mediante firma digitale e la trasmissione può aver luogo anche a mezzo posta elettronica certificata. 3. Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro trenta giorni a decorrere dalla data di ricevimento della domanda. La richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati è ammessa per una sola volta e sospende il predetto termine per un periodo non superiore a trenta giorni. La mancata adozione del provvedimento di iscrizione nei termini di cui al presente comma equivale al diniego di iscrizione».

¹³² Art. 5, co. 3, d.m. n. 32/2015: «Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro trenta giorni a decorrere dalla data di ricevimento della domanda. La richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati è ammessa per una sola volta e sospende il predetto termine per un periodo non superiore a trenta giorni. La mancata adozione del provvedimento di iscrizione nel termine di cui al presente comma equivale a diniego dello stesso».

del 16.10.2018¹³³, Prot. n. 326898 del 16.10.2018¹³⁴; Prot. n. 316127 del 8.10.2018¹³⁵) da cui è emerso l'uso della medesima locuzione: «l'Amministrazione si riserva, a suo insindacabile giudizio, di richiedere ai candidati di regolarizzare o integrare la domanda di partecipazione».

L'impostazione, anche se in termini parzialmente diversi, è risultata essere la stessa anche nel Comune di Milano, per esempio nel bando relativo alla concessione di un premio di laurea (Det. Dir. n. 74 del 10.10.2018, art. 4, «L'assenza di documentazione può essere causa di esclusione, eventuali errori formali, ma non sostanziali, presenti nella stessa potranno essere sanati in un termine congruo che verrà comunicato dall'Amministrazione»).

Tuttavia, la tendenza nella predisposizione dei bandi pare essere quella di negare la conformabilità della domanda. Pertanto, diversi esempi di bandi costruiti secondo lo schema della negazione espressa della conformazione saranno trattati nel paragrafo successivo, perché inseriti nella terza delle individuate categorie.

¹³³ Bando Comune di Firenze, per la copertura di in posto di insegnante nella scuola dell'infanzia, Prot. n. 325315, 16.10.2018, art. 4, co. 10: «L'Amministrazione si riserva, a suo insindacabile giudizio, di richiedere alle/ai candidate/i di regolarizzare o integrare la domanda di partecipazione entro un termine assegnato».

¹³⁴ Bando Comune di Firenze per la copertura di un posto di Dirigente del Servizio Società partecipate, Associazioni e Fondazioni della Direzione Ufficio Segreteria Generale e Affari Istituzionali, Prot. n. 326898, 16.10.2018, art. 3, co. 6: «L'Amministrazione si riserva, a suo insindacabile giudizio, di richiedere ai candidati di regolarizzare o integrare la domanda di partecipazione entro un termine assegnato».

¹³⁵ Bando Comune di Firenze per posto a tempo pieno e indeterminato nel profilo professionale di istruttore direttivo geologo, Prot. n. 316127, 8.10.2018, art. 3, co. 10: «L'Amministrazione si riserva, a suo insindacabile giudizio, di richiedere ai candidati di regolarizzare o integrare la domanda di partecipazione entro un termine assegnato».

6. Le ipotesi normative che prevedono che l'incompletezza o l'irregolarità della domanda sia preclusiva dell'ottenimento del vantaggio: la negazione espressa della conformazione della domanda.

Seguendo lo schema delineato in premessa si sono raggruppati in quest'ultima categoria i casi formulati così da escludere espressamente la conformazione della domanda.

Le ipotesi che si sono riscontrate che si esprimano in tal senso si inseriscono per la maggior parte all'interno di procedimenti di valutazione comparativa concorrenziali.

Va detto dunque che i casi esaminati e inseriti in questa categoria si presentano meno variegati rispetto a quelle contenute nelle altre due già trattate. Infatti, qui non risultano ipotesi di attività del tutto vincolata, ma solo discipline nelle quali a una fase di istruttoria preliminare ad accertamento fisso segue una fase nella quale deve essere compiuta una valutazione tecnica.

Queste disposizioni sono strutturate in modo tale che in relazione alla fase a esito vincolato, in caso di accertata incompletezza o irregolarità della domanda, non è previsto nessun passaggio obbligatorio intermedio nel quale sia possibile la conformazione della domanda. L'amministrazione può quindi direttamente negare quanto richiesto.

Per rappresentare questa categoria è possibile fare una rapida rassegna di alcune ipotesi esemplificative. Tuttavia, deve essere chiaro che un'indagine di questo tipo non può che essere meramente esemplificativa e priva di qualsivoglia pretesa (neanche minima) di completezza.

Ciò precisato, tra gli esempi che mostrano questo tipo di struttura è possibile fare un'ulteriore distinzione che si appunta sul modo in cui la negazione della conformazione è costruita.

Nella maggior parte dei casi, infatti, la normativa è formulata con un generico riferimento alla necessità che la documentazione da allegare alla domanda e la domanda medesima siano complete, o che sia rispettata la modalità prescritta di presentazione della stessa: in caso contrario, segue il rigetto. In altri invece è previsto nella disciplina di settore un requisito della domanda la cui assenza comporta l'irricevibilità della stessa.

Segue il primo di questi schemi, per esempio, la richiesta di contributi allo spettacolo dal vivo di cui al decreto del Ministero dei Beni e delle attività culturali e del turismo, 27 luglio 2017, n. 150232, ove è previsto, all'art. 34, che, in caso di documentazione incompleta, il contributo sia revocato direttamente¹³⁶.

Uguualmente, accade circa la domanda di accesso al finanziamento agevolato delle imprese nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni elettroniche, disciplinata dal decreto del Ministero dello sviluppo economico, del 1° giugno 2016, n.101924. Tale disposizione stabilisce infatti l'irricevibilità delle proposte progettuali presentate in modo difforme e/o con documentazione incompleta¹³⁷.

¹³⁶ Art. 34, d.m. n. 150232/2017: «La documentazione consuntiva richiesta dall'amministrazione deve essere inviata in forma completa entro e non oltre centoottanta giorni dalla data dell'avviso di ricevimento della notifica di assegnazione da parte dell'amministrazione medesima. Decorso tale termine, e in caso di documentazione incompleta, il contributo è revocato».

¹³⁷ Art. 7, co. 4, d.m. n. 101924/2016: «La proposta progettuale e la documentazione di cui al comma 3 sono presentate secondo gli schemi resi disponibili con il provvedimento di cui al comma 1. Le proposte progettuali presentate in modo difforme e/o con documentazione incompleta rispetto a quanto indicato sono considerate irricevibili».

Nello stesso senso si atteggia anche il bando del Comune di Prato del 9 maggio 2018¹³⁸, relativo alla domanda di contributo a integrazione dei canoni di locazione – anno 2018 – che stabilisce l'improcedibilità della domanda in caso di mancata compilazione delle dichiarazioni e/o allegazione dei documenti.

Inoltre, sempre in senso negativo rispetto alla conformazione a causa dell'incompletezza della domanda, si pone la domanda di partecipazione al concorso pubblico indetto dalla A.S.L. Napoli 1 Centro (deliberazione n. 1123 del 21 giugno 2010) per la copertura di 74 posti di Assistente amministrativo, che vieta di sanare «a posteriori» la domanda o la documentazione allegata.

Nonché, il bando relativo alle procedure selettive per la copertura di tredici posti di professore Ordinario, presso l'università degli Studi di Firenze, area umanistica, (Decreto rettorale, 5 settembre 2018, n. 1152, Prot. n. 137060, pubblicato sull'Albo Ufficiale, n. 12356, dal 10 ottobre 2018 al 8 novembre 2018) che stabilisce che, una volta inviata, la domanda non possa più essere modificata e vieta «da parte del candidato, integrazioni di alcun genere successivamente alla scadenza dei termini»¹³⁹.

¹³⁸ Art. 4, co. 2, bando del Comune di Prato per contributo a integrazione dei canoni di locazione del 09/05/2018: «La domanda di contributo deve essere correttamente compilata nonché corredata dei documenti obbligatori indicati al successivo punto 3. La mancata compilazione delle dichiarazioni e/o allegazione dei documenti obbligatori rende improcedibile la domanda che di conseguenza non verrà prodotta, né protocollata; pertanto la domanda non sarà presente nelle graduatorie in quanto non portata a conclusione [...]».

¹³⁹ «Una volta inviata, la domanda non potrà più essere modificata. Qualora si rendano necessarie eventuali modifiche o integrazioni, il candidato dovrà procedere al ritiro e alla compilazione di una nuova domanda. Tale operazione dovrà effettuarsi comunque entro la data di scadenza del bando, e precisamente entro le ore 13 (ora italiana) del giorno 8 novembre 2018. La data e l'ora di ricezione della domanda sono attestate dal sistema informatico mediante ricevuta che verrà automaticamente

Nega espressamente qualsiasi possibilità di conformazione e dunque l'esistenza di un obbligo istruttorio in tal senso anche il bando relativo al concorso pubblico, per esami, a trenta posti di Consigliere parlamentare della professionalità generale¹⁴⁰. Qui, è previsto che la domanda di partecipazione venga inviata esclusivamente per via telematica, entro il termine stabilito, alla scadenza del quale l'applicazione non permetterà più la compilazione e l'invio della domanda. Inoltre, l'art. 6, comma 1, del suddetto bando prevede testualmente l'«esclusione di oneri istruttori per l'Amministrazione», e stabilisce che «l'Amministrazione non si fa carico di alcun onere istruttorio al fine dell'acquisizione o del completamento dei dati richiesti nella domanda di partecipazione, non dichiarati ovvero dichiarati in maniera incompleta dal candidato, ovvero nel caso in cui non sia stata completata la procedura di invio della domanda di partecipazione».

In queste ipotesi, come in tantissime altre, l'amministrazione nella predisposizione del bando si riferisce a una generica necessità di completezza della domanda, arrivando addirittura, nell'ultimo dei casi proposti, a negare l'esistenza di un proprio onere istruttorio, quanto all'acquisizione o al completamento dei dati richiesti nella domanda di partecipazione.

In altre ipotesi, invece, si è detto la negazione della conformazione assume una veste differente: la singola disciplina indica un requisito o un

inviata via e-mail all'indirizzo indicato in fase di registrazione. Allo scadere del termine utile per la presentazione, il sistema non permetterà più l'accesso e l'invio del modulo elettronico. Si fa presente che la procedura on line resterà attiva anche durante i giorni di chiusura dell'Ateneo. I titoli e le pubblicazioni devono essere posseduti alla data di scadenza del bando; non saranno pertanto ammesse, da parte del candidato, integrazioni di alcun genere successivamente alla scadenza dei termini».

¹⁴⁰ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 30-07-2019, n. 60.

adempimento alla cui inosservanza segue la mancata considerazione della dichiarazione che a quella afferisce, con conseguente esclusione dalla procedura.

Tra questi casi si può citare il decreto del Ministero dell'istruzione, 7 giugno 2016, n. 120, recante il Regolamento dei criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonché le modalità di accertamento della qualificazione dei commissari. In particolare, in relazione alla domanda per l'inserimento nella lista dalla quale sono sorteggiati i componenti della commissione per l'abilitazione scientifica nazionale è stabilito che «non saranno prese in considerazione le pubblicazioni prive dei codici identificativi corretti» e che se l'ANVUR reputa che dal *curriculum* e dalla documentazione acclusi alla domanda non risulta attestato il rispetto dei requisiti, il direttore generale comunica direttamente l'esclusione dalle liste per il sorteggio¹⁴¹.

Nello stesso senso si colloca la disciplina delle progressioni economiche orizzontali (PEO) all'interno della categoria del personale tecnico-amministrativo in servizio presso l'Università. Questo dato è emerso dall'esame delle disposizioni di alcuni istituti universitari, che appunto si esprimono in tal senso. Si fa riferimento ai bandi

¹⁴¹ Art. 8, co. 3-4-5, d.m. n. 120/2016: «3. Entro quaranta giorni dalla ricezione della lista, l'ANVUR accerta il rispetto dei requisiti stabiliti dal comma 1, lettera c). 4. I valori degli indicatori attribuiti a ciascun aspirante commissario sono calcolati esclusivamente sulla base dei codici identificativi delle pubblicazioni scientifiche riportati nella domanda, secondo il modello allegato al bando commissari. Non saranno prese in considerazione le pubblicazioni prive dei codici identificativi corretti. 5. Se l'ANVUR reputa che dal curriculum e dalla documentazione acclusi alla domanda non risulti attestato il rispetto dei requisiti stabiliti dal comma 1, lettera c), ne informa per iscritto il direttore generale, il quale comunica per via telematica all'interessato entro dieci giorni l'esclusione dalle liste per il sorteggio».

dell'Università di Firenze (d.d.G. n. 1068/2017) e dell'Università di Siena (d.d.G. 1353/2015)¹⁴².

Si richiama poi sempre come esempio di questo tipo di negazione della conformazione il bando per pubblico concorso straordinario, per assegnazione di sedi farmaceutiche, nei Comuni della Regione Lombardia, (Decreto Direzione Generale Sanità, n. 9986 del 8 novembre 2012 e verbale n. 1 del 13 febbraio 2013), in base al quale «la Commissione stabilisce di non valutare e non attribuire alcun punteggio alle dichiarazioni sostitutive del candidato mancante degli elementi indicati nel modulo *on-line* di cui all'art. 5 del bando di concorso tale da non consentire alla medesima l'identificazione, con certezza e in modo univoco, del titolo di cui il candidato dichiara il possesso [...]».

7. La matrice strutturale comune delle ipotesi normative trattate.

Come si è già specificato, sono state prese in considerazione quelle ipotesi normative in cui un soggetto privato si rivolge all'amministrazione e dichiara¹⁴³ di possedere i requisiti di fatto e di

¹⁴² Università di Siena, d.d.G. 1353/2015, art. 3: «Alla domanda il candidato potrà eventualmente allegare l'elenco delle pubblicazioni e dei prodotti di ricerca di cui risulta autore / coautore, indicando accanto a ciascuna di esse la tipologia desunta dagli standard definiti dal MIUR e dall'ANVUR (v. Scheda riepilogativa, Allegato B) e l'eventuale codice ISBN / ISSN: la mancata compilazione di tale Scheda, ovvero dichiarazioni parziali o errate, comporteranno l'esclusione di pubblicazioni / prodotti di ricerca nella valutazione dei titoli previsti dal procedimento di selezione per le progressioni economiche orizzontali relative all'anno 2015».

¹⁴³ Si intende cioè fare riferimento ad alcune forme che possono assumere le dichiarazioni del privato. Sul concetto di dichiarazione in generale si richiama SCHLESINGER P., *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 371 e ss.

diritto richiesti a priori dalla normativa di settore per l'ottenimento di un vantaggio economico o giuridico.

La prospettiva scelta da questa indagine – quella di considerare solo quegli gli aspetti dell'attività ad accertamento fisso, perché vincolati, dato che solo rispetto a essi è immaginabile una conformazione – ha permesso, da un lato, di delimitare l'esame casistico e, al contempo, dall'altro, ha condotto a includere nella ricerca procedimenti molto diversificati tra loro.

Infatti, anzitutto, si è tenuto fuori dal campo della ricerca tutti quegli atti di iniziativa che danno luogo a un rapporto contrattuale o che siano funzionali alla stipulazione di un accordo tra privati e amministrazione.

In secondo luogo, le ipotesi di conformazione riscontrate spaziano dai procedimenti concernenti attività vincolate (come nel caso della scia) a quei procedimenti nei quali al momento di accertamento vincolato del possesso dei requisiti della domanda, nel quale si esplica la conformazione, segue un momento di valutazione discrezionale o tecnica. In relazione ai procedimenti riferibili a quest'ultimo tipo poi, si sono esaminati sia procedimenti non concorrenziali (come quello di Via), che caratterizzati da concorrenzialità tra i vari aspiranti a un unico vantaggio (come nelle procedure concorrenziali di affidamento di lavori pubblici o nelle altre ipotesi richiamate di valutazione comparativa pubblica).

Inoltre, ferma questa delimitazione, gli spunti offerti dal diritto positivo, tenuto conto dell'impatto delle strategie di semplificazione dell'azione amministrative e di liberalizzazione di talune attività private, hanno proiettato la ricerca al di là dei limiti del modello autorizzatorio classico. Tant'è che la prima disciplina esaminata è stata quella della scia.

Nonostante la grande varietà che si è riscontrata nell'esame delle ipotesi trattate è possibile individuare all'interno delle discipline che, a vario titolo, fanno riferimento alla conformazione una matrice strutturale comune.

Anzitutto, l'atto del privato si pone in tutte le ipotesi esaminate, nei confronti dell'azione amministrativa, come avente carattere *necessario*¹⁴⁴: nel senso che l'azione del soggetto pubblico deve essere preceduta dall'atto di iniziativa del privato. In effetti, si tratta di ipotesi che concernono aspetti lasciati alla libera disposizione del privato¹⁴⁵, rispetto alle quali manca un autonomo interesse pubblico¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sul carattere necessario nei confronti del provvedimento delle istanze private v. SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940 (rist. 1964), pp. 139 e s. Questo carattere accomuna sia i procedimenti a istanza di parte "classici", che le domanda di partecipazione alle procedure comparative concorrenziali, «nel senso che la collaborazione degli interessati costituisce un elemento indispensabile ai fini della loro materiale e giuridica esistenza», cfr. VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Cedam, Padova, 2002, pp. 145 e s., nota 56. Occorre precisare tuttavia che le domande degli interessati a prender parte alle procedure di valutazione comparativa concorrenziale, pur rappresentando l'atto iniziale con cui il privato manifesta la sua volontà di partecipare al procedimento, non possono essere definite tecnicamente identiche agli atti di iniziativa che avviano procedimenti a impulso di parte. Infatti, nei procedimenti di questo tipo, la fase di iniziativa si concretizza nell'emanazione e nella pubblicazione dell'avviso pubblico di avvio della procedura; ciò nonostante, l'atto privato è indispensabile per la sua prosecuzione e, in una certa misura dà avvio, quantomeno per l'istante medesimo, al procedimento. In tal senso sempre VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., pp. 145 e s., nota 57.

¹⁴⁵ Sul nesso che unisce l'iniziativa alla disposizione della situazione giuridica soggettiva coinvolta si rimanda a VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 201.

¹⁴⁶ Come nota LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, Jovene, Napoli, 2008, p. 184, in particolare nota 3, l'istanza è

Dopodiché, tutti gli atti giuridici¹⁴⁷ che si sono considerati sono atti di iniziativa con cui il soggetto privato si rivolge all'amministrazione, manifestando la propria volontà¹⁴⁸ di ottenere un dato vantaggio e che inducono un comportamento attivo nel soggetto pubblico¹⁴⁹.

Se si prende in esame questa definizione è possibile enucleare vari elementi di comunanza tra le fattispecie esaminate: sono *i) manifestazioni di volontà* del privato¹⁵⁰; che tendono al conseguimento di un *ii) vantaggio*; aventi un *iii) effetto propulsivo* sul soggetto pubblico, qualificabile come un *obbligo*.

l'elemento propulsore che sorregge tutto il procedimento. In quanto tale è caratterizzata da quel preciso «intento» che regge gli atti negoziali.

¹⁴⁷ Sulla nozione di atti giuridici si v. SANTORO PASSARELLI F., *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 203 e ss.

¹⁴⁸ Sull'argomento si cita per tutti, quale riferimento anche per gli studi che si sono poi occupati dell'argomento: MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, A.R.E., Roma, 1931.

¹⁴⁹ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 835 e ss. si riferisce a questi atti come a quelli che aprono «cronisticamente» il procedimento. Negli stessi termini ESPOSITO G. M., *Il diritto all'iniziativa procedimentale. Struttura e funzione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2012, p. 80. Sulla precisazione terminologica della tipologia di atti da considerare tali si tornerà nel § 7.1.

¹⁵⁰ Per manifestazione di volontà si intende un atto che esprime la volontà del soggetto che lo emana, a seguito del quale è nella potestà di tale soggetto realizzare il fine in ordine al quale la volontà si è determinata. In tal senso v. BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, Le Monnier, Firenze, 1961, p. 23. Per parte della dottrina, si cita innanzitutto SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 38 e ss., le istanze sono dichiarazioni di volontà. Negli stessi termini anche BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 1975, p. 103. In senso contrario BISCARETTI DI RUFFIA P., *La proposta nel diritto pubblico*, Anonima romana editoriale, Roma, 1936, p. 40. Anche la segnalazione certificata di inizio attività può essere considerata una dichiarazione di volontà dato che con essa il privato manifesta all'amministrazione la volontà di avviare una certa attività e, ove ne ricorrano i presupposti di legge, ha il diritto di farlo.

In relazione al primo aspetto, punto *i*), se si volesse fare riferimento a una distinzione risalente¹⁵¹ – quella tra dichiarazioni di desiderio e di volontà¹⁵² – oggetto di analisi sarebbero solo le domande ascrivibili a questa seconda categoria. Considerato che solo a fronte di queste ultime vi è un *diritto di volere* del richiedente e un contrapposto *obbligo di agire* dell'interpellato¹⁵³.

¹⁵¹ Per quanto sia stata oggetto di critiche consistenti. Tra tutte quelle formulate da SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 138 e 146 – 151. In particolare, l'autore critica la nozione di manifestazioni di sentimento, facendo riferimento all'indirizzo a cui fa capo SANTI ROMANO (*Corso di diritto amministrativo*, 3° ed., Cedam, Padova, 1937, pp. 246 e ss.), sulla scorta della considerazione che il sentimento è qualcosa di personalissimo e non può essere connotazione propria di enti giuridici, i quali non sono dotati di per sé di vita psichica ma mutuano i loro atti da soggetti fisici. Al contempo, egli pone delle riserve anche rispetto alla categoria delle manifestazioni di desiderio, quand'anche sia desiderio giuridico, come per BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit. Infatti, secondo Sandulli, in primo luogo, a nulla rileva la circostanza che la volontà sia sufficiente al raggiungimento del fine cui si dirige, ossia il criterio usato da Bracci per distinguere tra manifestazione di volontà e manifestazione di desiderio e volontà potenziale. In secondo luogo, la determinazione giuridica di un atto è da farsi con riguardo alla sua propria funzione e non in funzione dell'influenza che sia in grado di esercitare in ordine all'effetto che nasce da una fattispecie più ampia, nella quale l'azione sia andata a convergere.

¹⁵² Si fa riferimento alla distinzione proposta da BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., p. 23. Sono manifestazioni di desiderio quelle che «esprimono un'aspirazione del soggetto, ma sono giuridicamente insufficienti in quanto il soggetto non ha la possibilità di volente l'attuazione». Si definiscono manifestazioni di volontà, invece, quelle che «esprimono una volontà e sono giuridicamente sufficienti in quanto è nella potestà del soggetto realizzare il fine in ordine al quale la volontà si è determinata». La distinzione è ripresa anche da BISCARETTI DI RUFFIA P., *La proposta nel diritto pubblico*, cit., p. 41, che la usa per operare un distinguo, anche terminologico, all'interno della categoria delle «istanza»: tra *domande* che sono istanze contenenti dichiarazioni di desiderio e *richieste* che, invece, sono istanze che esprimono dichiarazioni di volontà.

¹⁵³ Questa distinzione si trova in BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., p. 37, nota 27, e viene utilizzata

A ogni modo, anche prescindendo dalla distinzione tra dichiarazioni di volontà e di desiderio, considerato che ogni domanda è – in fin dei conti – una dichiarazione di volontà, dato che «con la domanda – si abbia o non si abbia il diritto di ottenere – si chiede sempre qualche cosa che si vuole, o, per lo meno che si vorrebbe»¹⁵⁴, sono tali anche quelle finora esaminate.

Da tale qualificazione discende che per la validità della dichiarazione valgono le regole generali del diritto privato sulla capacità e sui vizi di volontà dell'istante¹⁵⁵. La capacità di agire si consegue al raggiungimento del diciottesimo anno di età e si applicano le norme sull'incapacità naturale, sull'errore, violenza e dolo.

Tali manifestazioni tendono ad azionare un “comportamento” del soggetto pubblico che ha sempre per oggetto un risultato vantaggioso per il privato istante sul piano sostanziale¹⁵⁶. Tale vantaggio, punto *ii*), può tuttavia assumere diverse vesti.

dall'autore per evidenziare la differenza tra domanda e proposta. In particolare, le proposte condividono la posizione di quelle tra le domande che sono giuridicamente insufficienti, perché hanno «un contenuto di desiderio: ad es. tutte le domande il cui accoglimento è rilasciato al potere più o meno discrezionale di un organo». Mentre le domande con cui si chiede la tutela di diritti o quelle per richiedere certificati, per esempio, obbligano il soggetto passivo ad agire e danno diritto al richiedente di pretendere.

¹⁵⁴ SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 139.

¹⁵⁵ PALEOLOGO G., *Istanza, III) Istanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1988, pp. 1 e ss.; ESPOSITO G. M., *Il diritto all'iniziativa procedimentale*, cit., pp. 85 e s. e MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 220 e ss.

¹⁵⁶ Come nota PALEOLOGO G., *Istanza*, cit., pp. 1 e ss. «apertura del procedimento amministrativo ad istanza di parte ha senso per le sole misure favorevoli alla parte in questione». Si veda poi SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 139. Evidenzia quale caratteristica comune degli atti di iniziativa l'essere rivolte a l'acquisizione di un vantaggio anche: BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 105. Del medesimo avviso, anche MELONCELLI

Può coincidere con l'emanazione di un provvedimento che, trattando di aspetti vincolati sarà un provvedimento abilitativo¹⁵⁷, che consegue al mero riscontro circa la sussistenza dei requisiti di idoneità richiesti dalla legge; può essere il vantaggio giuridico ed economico che discende dal poter avviare un'attività; così come può anche consistere, per esempio, nel vantaggio giuridico che comporta l'ammissione della domanda di partecipazione a una procedura concorsuale.

In riferimento all'ottenimento di quel vantaggio non vi è spazio per l'esercizio di potere discrezionale¹⁵⁸ da parte dell'amministrazione. L'applicazione della legge o della *lex specialis*, laddove enuncia i presupposti della domanda, è per l'amministrazione un atto vincolato, indipendentemente dall'esito finale del procedimento¹⁵⁹.

Dunque, l'istante è titolare di una posizione che, pur non concernendo sempre il conseguimento del vantaggio finale, attiene sicuramente all'esito certo della fase di verifica del possesso dei requisiti della domanda fissati dalla legge.

Inoltre, altro tratto di comunanza tra le ipotesi esaminate è costituito dall'intensità d'azione dell'atto privato, che è tale da determinare un mutamento nello stato dell'amministrazione, *costretta* ad attivarsi, in quanto gravata di un obbligo di fare¹⁶⁰. Tali atti, invero, una

A., *L'iniziativa amministrativa*, cit., p. 181 e pp. 263 e ss., che ritiene che l'atto di avvio da parte del privato esprima una tensione di quel soggetto verso un bene della vita o, in generale, un interesse.

¹⁵⁷ Cfr. SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, p. 625.

¹⁵⁸ BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., p. 37, nota 27.

¹⁵⁹ VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., p. 136.

¹⁶⁰ Invero, «la presentazione dell'istanza tendente ad ottenere un certo provvedimento è in generale sufficiente a far sorgere il dovere d'ufficio, cioè a

volta rivolti all'amministrazione, producono un *iii) effetto propulsivo*¹⁶¹ rispetto al comportamento della stessa.

Sorge cioè a carico dell'amministrazione un obbligo di procedere¹⁶², innanzitutto, a esaminare la domanda¹⁶³ e poi alla attribuzione del vantaggio richiesto, ove naturalmente chi chiede possieda i prescritti requisiti.

determinare la necessità di agire» dell'amministrazione. Cfr. LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, pp. 134 e ss.

¹⁶¹ A tal proposito si richiama l'insegnamento di GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 275, secondo il quale il tratto comune degli atti di iniziativa è il c.d. effetto propulsivo, ossia la capacità di taluni atti privati di costituire in capo all'autorità destinataria un obbligo di fare. Anche SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 134, 138, afferma che le domande e le istanze svolgono nel procedimento effetti propulsivi. Stessa espressione si ritrova in BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., in particolare pp. 62 e ss. l'autore evidenzia come non tutti gli atti del procedimento siano accomunati da tale effetto.

¹⁶² Come ricorda GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 275 e s., per parte della dottrina l'atto di iniziativa genera nella p.a. un obbligo di provvedere, per altra parte, invece, si tratta di un obbligo di procedere, per altre ancora può aversi obbligo di provvedere se all'atto di iniziativa seguono provvedimenti vincolati e obbligo di procedere se ne deriva un provvedimento discrezionale. Tuttavia, l'esistenza di un momento di accertamento che si interpone tra la domanda e il rilascio del provvedimento, anche in caso di attività vincolata, rende per Giannini più corretto parlare di obbligo di procedere, cioè di porre in essere i successivi atti della sequenza procedimentale.

¹⁶³ Anche in giurisprudenza, di recente, è stato riaffermato l'esistenza in capo all'amministrazione di un «obbligo di provvedere» che «sussiste anche in assenza di un'espressa previsione legislativa che tipizzi l'istanza del privato. In particolare, una istanza diretta ad ottenere un provvedimento favorevole, determina un obbligo di provvedere quando chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo, pur in assenza di una norma specifica che attribuisca al privato un autonomo diritto di iniziativa (*ex plurimis*: C. di St. 2318/2007; C. di St. 7975/2004)». Cfr. Tar Puglia, Lecce, 1° ottobre 2019, n. 650.

Ciò avviene senza dubbio quando il privato si rivolge alla p.a. con un atto che è assimilabile per certi versi a un atto del procedimento, nel senso che produce effetti procedurali, inquadrabili nell'*iter* di svolgimento della funzione amministrativa¹⁶⁴, più precisamente ne segna l'avvio ma, comunque, non è un atto amministrativo¹⁶⁵.

Similmente tuttavia accade, pur tenendo ben presenti le profonde differenze rispetto agli atti di iniziativa veri e propri, anche nell'ipotesi in cui il privato presenti una segnalazione certificata che, non necessariamente, conduce all'avvio del procedimento.

In questo secondo modello, l'atto del privato genera in capo all'amministrazione un *onere* di procedere, pena la perdita della possibilità per la stessa di esercitare i suoi poteri inibitori¹⁶⁶. Dunque, in un primo momento il rapporto che si crea tra dichiarante e

¹⁶⁴ Cfr. BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 100 – 101, specialmente nota 2, secondo il quale gli atti del privato appartengono al procedimento nella misura in cui producono al suo interno effetti identici a quelli determinati da atti di pubbliche autorità. Nel senso che il ruolo di iniziativa di un'istanza del singolo e di una richiesta di un'amministrazione ha la stessa forza giuridica. È, dunque, identico per gli effetti che produce ma intimamente diverso quanto alla posizione in cui il soggetto privato e l'amministrazione si trovano rispetto al provvedimento da emanare. Infatti, i privati subiscono gli effetti del provvedimento mentre gli organi che formulano richieste, pareri, e simili sono in genere indifferenti rispetto al prodursi di tali effetti.

¹⁶⁵ Come già precisava Santi ROMANO nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, p. 243.

¹⁶⁶ MAZZAMUTO M., *L'amministrazione senza provvedimento: la SCIA*, cit., pp. 60 e s., afferma che la presentazione della segnalazione indica alla p.a. quelli che sono i casi «nei quali sarebbe *doveroso* che operasse le sue verifiche». Egli richiama poi l'insegnamento di LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., pp. 134 e ss., per asserire come il procedimento di scia assomigli a un procedimento a istanza di parte, nel senso che «la presentazione della DIA/SCIA è “sufficiente a far sorgere il dovere d'ufficio”».

amministrazione è pre-procedimentale¹⁶⁷, dopodiché, nell'ipotesi in cui l'amministrazione si attivi per non perdere la facoltà inerente all'onere di cui è investita, si genera, nell'ambito di un procedimento vero e proprio, quale contropartita nei confronti del privato, un *obbligo istruttorio* che presenta la stessa struttura e ha medesima pregnanza del primo segmento dell'obbligo di precedere indotto da una domanda vera e propria.

In entrambe le ipotesi, perciò, sia che l'amministrazione pubblica sia direttamente investita di un obbligo conseguenze all'istanza, sia che proceda a seguito del prodursi a suo carico di un onere susseguente alla segnalazione, il primo tassello in cui si sostanzia l'azione amministrativa è *l'obbligo di esaminare l'atto privato*.

L'amministrazione è dunque tenuta a istruire la pratica e accertare quanto dichiarato.

Nello svolgimento di tale funzione istruttoria si colloca anche l'invito a conformare la domanda.

Questo compito, tuttavia, nella pratica, come si evince dal diritto positivo, ha assunto più forme: in alcuni casi si presenta come un obbligo espressamente sancito di rivolgere un invito al privato affinché integri quanto dichiarato; in altri, è stato rimesso alla discrezionalità del soggetto pubblico, che può scegliere se inviare o meno l'invito alla conformazione; infine, in altri ancora, è stato espressamente negato.

¹⁶⁷ In tema di denunce qualificate, per il carattere pre-istruttorio o pre-procedimentale, del rapporto, si veda anche MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 332 e ss.

7.1. Una precisazione terminologica circa la tipologia di atti di iniziativa considerati.

Come si evince dall'esame del diritto positivo, l'atto di iniziativa con cui il privato si rivolge all'amministrazione può assumere varia denominazione: *istanza*, *domanda* o *richiesta*. L'uso di questi termini come sinonimi – come si intende fare nel contesto di questo lavoro – non è del tutto pacifico¹⁶⁸. Anzi, ne viene fatto un utilizzo promiscuo, sia in dottrina che nella legislazione¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Trattando il tema dell'iniziativa procedimentale emerge immediatamente come vi sia una variegata quantità di atti, con diverse denominazioni, che sono sommariamente accomunati. Questo dato è ben presente alla dottrina che si occupa del tema, la quale, nel trattare con l'uno o l'altro termine, sente la necessità innanzitutto di specificarne le differenze e non manca di evidenziare la necessità "di sistemare" la categoria. In tal senso per esempio VERNILE S., *Il provvedimento in forma semplificata*, Editoria scientifica, Napoli, 2017, p. 41, che evidenzia la confusione tra i termini istanza, domanda, sollecitazione, richiesta, proposta, etc., che si trova nei testi di legge.

¹⁶⁹I termini *domanda*, *richiesta* e *istanza* sono usati indifferentemente da MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, cit., per esempio a pp. 56 e 65. Nello stesso senso RACCA G., *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XIII, Torino, 1997, pp. 368 e ss.; Per SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 141 e ss., solo "domanda" e "istanza" sono da considerarsi sinonimi, mentre il termine "richiesta" starebbe a indicare un atto di iniziativa compiuto da un organo amministrativo in adempimento di un proprio dovere d'ufficio; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 633. Anche PALEOLOGO G., *Istanza*, cit., pp. 1 e ss., usa indifferentemente il termine istanza e domanda. Egli insiste sul ruolo dell'istanza quale «modo quasi unico d'eteroiniziativa all'avvio» del procedimento e la definisce come quella «dichiarazione che il soggetto privato – o pubblico, ma agente nella propria capacità privatistica, rivolge a un'autorità amministrativa, al fine di ottenere un comportamento di questa, consistente in un'attività reale, oppure in un'attività intellettuale, sia essa l'emanazione d'un provvedimento o d'una dichiarazione di scienza». In questo lavoro, tuttavia, si prende a esame solo le istanze presentate dai privati. SCOGNAMIGLIO A., *Istanze alla pubblica amministrazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV,

Quale che sia la terminologia utilizzata, tali atti si inseriscono a pieno titolo nella struttura definita nel precedente paragrafo, quali atti di iniziativa che costituiscono manifestazioni di volontà, che tendono all'ottenimento di un vantaggio e producono un effetto propulsivo sull'amministrazione. Al contrario invece le proposte¹⁷⁰ e le denunce¹⁷¹

Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3284 e ss. accosta domande, istanze e richieste. Nello stesso senso anche BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 103.

Nella legislazione, si pensi solo alla terminologia utilizzata nella legge 241/1990. All'art. 2, co.1, è usato il termine *istanza*, per indicare atti di iniziativa del privato e al comma 6 del medesimo articolo si fa riferimento alla *domanda*. Lo stesso uso di *istanza* viene fatto negli artt. 2 *bis*, co. 1 *bis*; 6, co. 1, lett. b); 8, co. 1, lett. *c-ter*) e 10 *bis*. Nell'art. 14, la conferenza di servizi istruttoria può essere indetta su *richiesta* anche del privato interessato; sempre a una *richiesta* dell'interessato può seguire l'indizione della conferenza preliminare per progetti di particolare complessità e insediamenti produttivi di beni e servizi. All'art. 14 *bis* per stabilire a partire da quando iniziano a decorrere i cinque giorni che spettano all'amministrazione per indire la conferenza si prende a riferimento il momento del ricevimento della *domanda*, se il procedimento è a iniziativa di parte. Nell'art. 18 *bis* invece sono accomunati i concetti di *istanza*, *segnalazione* e *comunicazione*. All'art. 20 si trova il termine *istanza* ma in caso di inerzia dell'amministrazione, il silenzio equivale ad accoglimento della *domanda*. L'art. 25 tratta della *richiesta* di accesso ai documenti.

¹⁷⁰ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA P., *La proposta nel diritto pubblico*, cit., p. 146; SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 641; ID., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 146 e ss.; BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 174 e ss.; BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., pp. 24 e ss.; CASULLI V. R., *Proposta*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1957, pp. 95 e ss.; CARACCILO LA GROTTIERA E., *La proposta nell'attività della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; TRAVI A., *Proposta*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1997, pp. 100 e ss.

¹⁷¹ Tengono le denunce distinte dalle domande, istanze e richieste sia SCOGNAMIGLIO A., *Istanze alla pubblica amministrazione*, cit., pp. 3284 e ss. che BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 103.

esulano dal presente campo di indagine, proprio perché non presentano i caratteri di cui sopra.

Le prime, infatti, pur non avendosi in dottrina unanimità di vedute circa la loro definizione¹⁷² e nonostante il termine sia stato utilizzato per indicare le attività più disparate¹⁷³, non producono quell'effetto propulsivo che si è assunto come discrimine per individuare la categoria degli atti di iniziativa che interessano ai fini della ricerca: «chi propone non va oltre il suggerimento di una certa azione, che ritiene opportuna»¹⁷⁴. Invero, questa tipologia di atti ha una funzione di iniziativa, come si desume tra l'altro dalla dall'etimologia del termine *pro-ponere* che richiama l'idea di “mettere davanti” all'attenzione di qualcuno¹⁷⁵, ma non l'autorità che le riceve è tenuta soltanto a vagliare l'opportunità di dar corso al procedimento¹⁷⁶. Questo carattere non obbligatorio ma facoltativo è comune alle diverse teorizzazioni.

Secondo l'opinione più risalente la proposta «è una speciale pronuncia mediante la quale un'autorità amministrativa od un soggetto

¹⁷² In particolare, BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 174 e ss. si discosta da tutta la dottrina precedente nel qualificare le proposte come manifestazioni di desiderio. Qualifica invece le proposte come dichiarazioni di volontà anche CASULLI V. R., *Proposta*, cit., p. 98. Secondo SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 154 - 156, invece, le proposte sono atti aventi natura mista, quali dichiarazioni di volontà e di giudizio.

¹⁷³ Limitandosi ad alcuni esempi: si va dalla proposta di contratto, artt. 1326 - 1329, 1333, 1335, 1336, 1887 c.c., alla proposta dei ministri per l'emanazione degli atti del Presidente della Repubblica, art. 89, co. 1, Cost., alla proposta del Presidente del Consiglio dei ministri per la nomina dei ministri, art. 92, co. 2, Cost.

¹⁷⁴ SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 159.

¹⁷⁵ CASULLI V. R., *Proposta*, cit., p. 96.

¹⁷⁶ Cfr. SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 652. Anche se diverso è il caso delle proposte vincolanti (p. 641). Prescinde dalla classificazione delle proposte tra vincolanti e non vincolanti, ponendo l'accento sul carattere comune della facoltatività del loro accoglimento CASULLI V. R., *Proposta*, cit., p. 96.

privato, valendosi di un potere di iniziativa ad essi attribuito per la soddisfazione di un interesse statale, esprimo un *desiderio* giuridico al quale la legge attribuisce vario valore vincolante»¹⁷⁷. Sennonché le manifestazioni di desiderio (o di volontà potenziale), pur esprimendo un'aspirazione del soggetto, sono giuridicamente insufficienti, in quanto il soggetto non ha la possibilità di volerne l'attuazione¹⁷⁸.

La motivazione che questa dottrina utilizza per individuare dei caratteri differenziali tra le proposte e le domande¹⁷⁹ si rifà alla distinzione tra domande che concernono un aspetto dell'attività amministrativa nel quale vi è potere discrezionale e domande che, invece, attengono ad aspetti di vincolatezza. Questa dottrina qualifica le prime come dichiarazioni di desiderio, giuridicamente insufficienti, in quanto il loro accoglimento è rimesso al potere più o meno discrezionale di un organo; e, le seconde, come dichiarazioni di volontà, contenenti veri e propri imperativi che obbligano il ricevente ad agire. Solo a fronte di queste ultime esiste il diritto del soggetto di pretendere una data azione¹⁸⁰.

Considerato che, in questo lavoro, si intende trattare esclusivamente di atti che presentano proprio la seconda caratteristica, la distinzione tra proposta e domanda¹⁸¹ non può che essere massima.

¹⁷⁷ Si fa qui riferimento al lavoro che per primo si è occupato del tema della proposta: BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit. Per la citazione letterale v. pp. 25 e 26.

¹⁷⁸ BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., p. 23.

¹⁷⁹ BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., pp. 36 e s.

¹⁸⁰ BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., p. 37, in particolare nota 27.

¹⁸¹ Ma vale anche se al termine domanda sostituiamo quello di istanza o richiesta, come nel linguaggio scelto nell'ambito di questo lavoro.

Inoltre, anche per quella parte della dottrina che vede nelle proposte una forma di manifestazione di volontà¹⁸², anziché di desiderio, esse sono comunque diverse dalle domande, perché differente è l'interesse che chi le avanza mira a soddisfare: nelle proposte è un interesse statale, che non riflette un particolare interesse del proponente; nelle domande è un interesse proprio del soggetto istante¹⁸³.

Peraltro, anche abbracciando la dottrina che mette in discussione il carattere di atto di iniziativa delle proposte la distanza dalla tipologia di atti che qui interessa è chiaramente evidente. In base a tale ricostruzione le proposte avrebbero un rilievo «più naturalistico che giuridico, poiché chi propone vuole certo, almeno psicologicamente, svolgere un'azione di sollecito del provvedimento. Ma l'esistenza di questa sua intenzione non basta, da sola, a fare della dichiarazione un atto apprezzabile come momento iniziale del procedimento»¹⁸⁴: di tal che non sarebbero veri e propri atti di iniziativa. In questo senso, le proposte si differenziano nettamente dalle domande, istanze o richieste a cui qui si fa riferimento; così come, sono da tenere distinte anche dalle segnalazioni, dato che a seguito della segnalazione – e non della proposta, dunque, – si genera un onere per l'amministrazione di attivarsi.

Perciò, è l'assenza dell'effetto propulsivo a far espellere dall'ambito dell'analisi le proposte.

Quanto alla seconda esclusione il discorso è più complesso.

¹⁸² Ossia CASULLI V. R., *Proposta*, cit., p. 98. Mentre non condivide questa posizione BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 178 e ss., che pure critica la definizione delle proposte come manifestazioni di desiderio.

¹⁸³ A tal proposito CASULLI V. R., *Proposta*, cit., p. 97.

¹⁸⁴ Si fa qui riferimento alla posizione di BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp.187 e ss.

Invero, il termine *denuncia* si presta a maggiori fraintendimenti, dato che si tratta di una nomenclatura utilizzata dal legislatore in modo spesso impreciso¹⁸⁵.

Basti anche solo pensare al caso, emblematico, dell'art. 19 della legge sul procedimento amministrativo. Invero, l'istituto disciplinato dall'art. 19, l. n. 241/1990, prima di assumere la denominazione di *dichiarazione* di inizio attività (a opera dell'art. 21, co. 1, lett. a), l. 11 febbraio 2005, n. 15) e poi di *segnalazione* (a seguito delle modifiche apportate dall'art. 49, co. 4 *bis*, d. l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122), era definito *denuncia*¹⁸⁶.

Inoltre, anche al di là della varietà linguistica, al vocabolo *denuncia*, la dottrina¹⁸⁷ aveva assegnato da tempo una connotazione

¹⁸⁵ Nel diritto civile, per esempio, è qualificata come “denuncia” anche l'azione con cui un soggetto si rivolge al giudice per ottenere la sospensione o l'abbattimento dell'opera illegittima: artt. 1117 e 1118 c.c. e 688 c.p.c., relativi, rispettivamente, alla denuncia di nuova opera e di danno temuto e alla forma delle relative istanze. Sulle denunce di nuova opera e di danno temuto cfr. MASI A., *Denuncia di nuova opera (storia)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 155 e ss. e JANNUZZI A., *Denuncia di nuova opera. (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 172 e ss.; CABELLA PISU L., *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Dig. (disc. priv.)*, V, Torino, 1989, pp. 196 e ss.; BASILICO G., *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007 e ID., *La denuncia di danno temuto: il procedimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 297 e ss.

¹⁸⁶ Per un'analisi dell'evoluzione storica dell'istituto e, in particolare del testo originario dell'art. 19, l. n. 241/1990, si rimanda a MARTINES F., *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., pp. 8 – 42.

¹⁸⁷ Secondo la dottrina più risalente si intendeva con il termine denuncia una dichiarazione con la quale un privato, a prescindere da ogni formalità e dalla titolarità di un interesse diretto o indiretto, nonché, perfino della capacità giuridica di diritto pubblico, portava a conoscenza della p.a. notizie relative all'esistenza di un atto, emanato da un'autorità inferiore rispetto a quella ricevente la denuncia, che egli riteneva «illegittimo o sconveniente». Lo scopo di tale azione era sollecitare l'autorità superiore a esercitare i suoi poteri di ufficio e rimuovere l'atto amministrativo. Cfr.

specificata, del tutto diversa rispetto al significato dello strumento di semplificazione di cui all'art. 19, l. n. 241/1990¹⁸⁸ e, in generale, distante proprio dalla categoria degli altri atti di iniziativa procedimentale.

In particolare, il significato attribuito al termine *denuncia* era considerato diverso rispetto all'istituto di cui all'art. 19, l. n. 241/1990, indipendentemente dalla sua nomenclatura, per molteplici ordini di ragioni, che sono le stesse per le quali se ne esclude la trattazione nel presente contesto.

Si tratta di una ragione che può dirsi di ordine strutturale dal momento che riguarda la loro collocazione nella dinamica del procedimento.

Innanzitutto, per denuncia si intende un atto che precede l'apertura formale del procedimento, che si colloca in una fase generalmente definita di preiniziativa o preistruttoria.

TENTOLINI O., *Denuncia amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 456 e ss. Altra dottrina coeva riferiva la medesima definizione anche al caso in cui la dichiarazione fosse rivolta alla stessa p.a. emanante l'atto, affinché questa esercitasse i suoi poteri di revoca o annullamento d'ufficio. V. DE ROBERTO A., *Denuncia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 149 e ss. Sull'argomento poi v. SCOGNAMIGLIO A., *Istanze alla pubblica amministrazione*, cit., che distingue tra istanze – domande e denunce – esposti – segnalazioni. Sul concetto di denuncia vera e propria si richiama nei manuali SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 138 e ss.; BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1959; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, cit., pp. 552 e ss.; MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI L. e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 2° ed., Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 596 e ss. Specificamente sul significato del termine “denuncia”: SCOGNAMIGLIO A., *Denuncia (dir. amm.)*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1784 e ss.; PALEOLOGO G., *Denuncia amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 1 e ss.; BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 145.

¹⁸⁸ La distinzione tra le denunce (ora segnalazioni) certificate di inizio attività e le denunce in senso proprio è avvalorata da SCOGNAMIGLIO A., *Denuncia*, cit., pp. 1784 e ss.

In secondo luogo, le mere denunce non sono assimilabili a dichiarazioni di volontà – come sono, invece, gli atti di iniziativa finora considerati – ma sono atti con cui un soggetto manifesta un giudizio o una opinione all'amministrazione. Le denunce, cioè, possono eventualmente contenere anche una richiesta, ma sono intrinsecamente diverse dagli atti di iniziativa con cui si manifesta una volontà preordinata all'ottenimento di un vantaggio. Per questa ragione non possono produrre i medesimi effetti, in primo luogo, quello propulsivo¹⁸⁹, né sono di esclusiva spettanza del privato che le presenta.

Infatti, le denunce, limitandosi a portare a conoscenza dell'amministrazione circostanze di fatto, non costituiscono mai il presupposto necessario dell'azione amministrativa¹⁹⁰. L'amministrazione potrebbe agire ugualmente, anche in mancanza della denuncia e, comunque, non è vincolata dal contenuto della stessa quanto all'oggetto della sua azione¹⁹¹. Le denunce hanno, in altri termini, principalmente una funzione collaborativa.

¹⁸⁹ In tal senso, ESPOSITO G. M., *Il diritto all'iniziativa procedimentale*, cit., pp. 103 – 105.

¹⁹⁰ In questo significato la denuncia nel diritto amministrativo presenta delle analogie significative con la sua controparte penalistica, vista in contrapposizione con la nozione parallela di querela. Infatti, la denuncia, in diritto penale, pur potendo anche contenere richieste all'autorità giudiziaria di procedere contro il fatto denunciato, esplica la sua funzione essenzialmente sul piano della comunicazione dell'esistenza di un fatto di reato, per il quale le autorità inquirenti avrebbero comunque potuto procedere anche d'ufficio, in assenza di comunicazione. Quando invece il fatto è perseguibile solo a querela di parte, la stessa costituisce una condizione di procedibilità per l'esercizio dell'azione penale, rispetto a quel reato. Del pari, nel diritto amministrativo, la domanda di parte è condizione necessari affinché la p.a. vi proceda.

¹⁹¹ CASSESE S., *Chiesto e pronunciato nel procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. pubbl.*, 1997, pp. 139 e ss.

Questo non accade, si ribadisce, negli altri atti con i quali il privato si rivolge alla p.a. con lo scopo di perseguire la soddisfazione di un suo interesse sostanziale, che rappresentano sempre il presupposto per l'azione del soggetto pubblico¹⁹².

Al contrario, la presentazione della denuncia induce l'amministrazione a procedere ma non è: né condizione per l'esercitabilità del potere pubblico, né la sua assenza paralizza l'amministrazione dal perseguirlo autonomamente¹⁹³.

Fatte queste inevitabili precisazioni, lo schema generale è il seguente: il privato invia all'amministrazione una dichiarazione (nel senso sopra precisato) nella quale attesta la sussistenza delle condizioni e dei requisiti indicati dalla legge per il rilascio di un provvedimento, lo svolgimento di una certa attività o, comunque, l'ottenimento di un effetto favorevole.

Dopodiché l'amministrazione è investita di un obbligo che consiste in un comportamento *istruttorio*, di accertamento e controllo.

È a questo punto che si inserirebbe l'obbligo di invitare alla conformazione. La questione, se trattata in termini di regola generale, come si proporrà di fare nel prosieguo della ricerca, si pone in rapporto con la problematica del regime di completezza della domanda presentata. Infatti, quello che si esamina è l'atteggiarsi del diritto rispetto agli atti dei privati, come appena descritti, che presentino dei vizi forma o delle incompletezze, in relazione agli obblighi in tal caso gravanti sull'amministrazione.

¹⁹² Mentre la proposizione di denuncia non rappresenta in nessun caso il presupposto necessario del provvedimento. Cfr. SCOGNAMIGLIO A., *Denuncia*, cit., p. 1785.

¹⁹³ BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 105, riconosce alle denunce una certa influenza nei confronti dell'azione amministrativa ma mai quell'effetto propulsivo, apprezzabile in termini giuridici.

8. Alcune riflessioni sulle scelte di politica del diritto e prassi amministrativa che emergono dall'esame casistico. Dei risultati della categorizzazione, in particolare, guardando alle ipotesi di negazione espressa.

Svolto così l'esame delle norme che, a vario titolo, si pongono in relazione con la conformazione, in questo paragrafo ci si propone di trarne alcune riflessioni, al fine di valutare se esista un tessuto comune.

I dati emersi da questo lavoro di indagine sono, a dire il vero, già stati oggetto di una prima elaborazione quando si è distinto le tre macrocategorie nelle quale sono stati riuniti, per analogie e dissomiglianze, le varie ipotesi normative, in base alla portata cogente, come obbligo o come mera facoltà, del compito assegnato all'amministrazione di consentire la conformazione, o all'espressa esclusione della conformabilità.

Già questa prima classificazione ha permesso di far affiorare alcuni dati interessanti circa le inclinazioni del diritto positivo e della prassi applicativa. In particolare, la così realizzata ripartizione ha consentito di mettere a confronto le disposizioni inserite nei vari gruppi e valutare l'esistenza di tratti comuni, tali da poter fornire qualche spunto utile a formulare delle ipotesi che spieghino perché proprio in alcune disposizioni e non in altre sia prevista la conformazione.

Il primo dato che è emerso grazie a questa categorizzazione è numerico: si sono riscontrate molte più ipotesi di conformazione che dinieghi espressi, e di questi ultimi nessuno a livello di normazione primaria, mentre le ipotesi di conformazione come obblighi concernono settori di fondamentale rilevanza.

Già questo dato inizia pare far emergere dal tessuto normativo una chiara tendenza del legislatore che va nel segno della affermazione del valore di una previsione che obblighi l'amministrazione a invitare alla conformazione dei requisiti vincolati.

Inoltre, concentrandosi sulle disposizioni che si approssiano in modo negativo espressamente rispetto alla conformazione, dalla compiuta classificazione affiora anche un altro elemento strutturale significativo. Invero, le ipotesi che sono state trattate nell'ultima categoria, cioè quelle nella quale si sono raggruppati quei casi formulati in modo tale da escludere la possibilità di conformare la domanda e, conseguentemente, anche qualsivoglia doverosità dell'invito da parte dell'amministrazione, sono accomunate dalla circostanza di essere tutti procedimenti nei quali alla fase di accertamento a esito vincolato segue un momento tecnico-valutativo. Sono, per la precisione, per lo più, procedimenti di valutazione compartiva concorrenziale.

Questo dato conduce a una riflessione.

Suggerisce come uno dei problemi della previsione di un obbligo generalizzato di conformazione sia rappresentato dalla partecipazione al procedimento di più soggetti: è la struttura plurilaterale dei rapporti concorsuali che rischia di ostare alla conformazione, in quanto mette in gioco una serie di valori, celerità della procedura, necessità di efficienza dell'apparato pubblico, tutela della *par condicio*, che potrebbero stridere con la previsione di una regola di conformazione, ove questa non fosse opportunamente circoscritta.

La questione, tuttavia, è più complessa. Come si è già tentato di mostrare nell'esposizione analitica delle ipotesi del terzo gruppo, la negazione della conformazione non avviene sempre allo stesso modo: in alcuni casi si trova una negazione generalissima e assoluta della possibilità di regolarizzazione, se non addirittura degli oneri istruttori della p.a.; in altri invece, il bando descrive espressamente il requisito, seppur formale, in assenza del quale è comminata l'esclusione dalla gara o la mancata considerazione della dichiarazione alla quale l'inosservanza afferisce. Questo diverso modo di escludere la conformazione non è irrilevante: in un caso contrasta direttamente con la previsione di un obbligo di conformazione; nell'altro, seppur l'equilibrio sia delicato,

potrebbe convivere con l'obbligatorietà della conformazione, in presenza di clausole di esclusione espressa, dal contenuto chiaro e non fraintendibile.

8.1. Il livello dell'apparato burocratico come chiave di lettura della scelta a favore della conformazione come obbligo o come facoltà.

Un altro piano di indagine su cui l'esame del diritto positivo induce a riflettere attiene al "livello" dell'apparato burocratico amministrativo a cui l'ipotesi che prevede o meno la conformazione si riferisce, inteso come "distanza" dell'amministrazione dal cittadino coinvolto nella procedura.

Infatti, scorrendo il terzo gruppo, ossia quello che raccoglie le ipotesi di negazione espressa della possibilità di conformare la domanda, è immediatamente palese l'assenza di disposizioni legislative di rango primario e di portata generale, mentre, al contrario le ipotesi riscontrate sono per lo più decreti ministeriali e atti amministrativi generali. In effetti, l'esclusione espressa di ogni conformabilità della domanda sembrerebbe essere una prassi comune nella predisposizione dei bandi delle amministrazioni comunali.

Questo dato, per quanto sconti la inevitabile limitatezza della ricerca, che non poteva estendersi alla valutazione di ogni bando, non pare essere privo di significato. Anzi, la circostanza che nella prassi dei Comuni vi sia la propensione a negare la conformazione induce a considerare l'esistenza di un collegamento tra la previsione di questa regola e l'affermarsi di una "cultura" del rapporto amministrativo più garantista e centrata sulla persona. La regola della conformazione infatti, pare accompagnarsi a un diverso approccio alla relazione pubblico – privato, che assume come punto di vista quello dell'individuo¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Si fa, com'è evidente, riferimento al percorso evolutivo del ruolo dell'amministrazione avviato a partire dalle riflessioni di Feliciano BENVENUTI (*Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952,

Nelle amministrazioni degli enti locali minori, invece, sembra persistere una mentalità amministrativa più “tradizionale” che individua un ruolo del soggetto pubblico più autoritario. Peraltro, si tratta di un’impostazione che può essere facilmente attribuita a un adagiarsi sulla soluzione più “comoda”, piuttosto che a una consapevole scelta di opportunità. Infatti, è sicuramente più “facile” respingere le domande incomplete piuttosto che attivarsi per permettere al privato di integrarle, ma non necessariamente questa politica ha alle spalle una seria riflessione sui costi dell’operazione, considerato anche l’eventuale contenzioso che potrebbe seguire al rigetto della domanda.

Nondimeno, è significativo che sia proprio nel settore delle procedure a evidenza pubblica, dove operano imprese forti – partecipanti “professionisti” – che la conformazione si è sviluppata di più, nella veste del soccorso istruttorio. Parimenti non pare essere casuale che sia nei rapporti con l’uomo qualunque – il partecipante “laico” –, a livello locale più basso, che la conformazione incontra più ostacoli¹⁹⁵.

Peraltro, il valore garantista dell’introduzione di un obbligo di invitare alla conformazione è evidente se si prende a riferimento il cittadino comune che, in via di considerazione del tutto generale, è più facile che incorra in sviste e dimenticanze sanabili. In questo caso, infatti, la previsione di un passaggio formale ulteriore, quale l’obbligo di invito alla conformazione, potrebbe rappresentare una utile barriera difensiva che lo ripara da chi è più “forte”.

pp. 118 e ss., ora in *Scritti giuridici, Vita e pensiero*, I, Milano, 2006, IV vol., pp. 1117 e ss.; *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, pp. 807 e ss., poi in *Scritti giuridici, Vita e pensiero I*, Milano, 2006, IV vol., pp. 3223 e ss. e *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994).

¹⁹⁵ FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, GLF editori Laterza, Roma, 2014, p. 136, nota come gli apparati amministrativi «paiono essere portati per una sorta di vocazione naturale profonda, a rivelarsi forti con i deboli e deboli con i forti».

9. (Segue) Il tessuto comune delle ipotesi di previsione dell'invito obbligatorio alla conformazione: la semplificazione.

Sin qui la ricerca di un filo rosso tra le ipotesi analizzate si è concentrata soprattutto sulla terza categoria individuata, quella della negazione espressa della conformazione. Se si prendono in esame invece le fattispecie del primo gruppo, ossia quelle in cui la conformazione è prevista nel testo della disposizione legislativa e è formulata in modo tale da risultare un obbligo per l'amministrazione, il primo elemento di rilievo è dato dal collegamento con l'oggetto della loro disciplina e le politiche di semplificazione.

Risulta infatti che le ipotesi di invito obbligatorio alla conformazione attengono per lo più a materie che sono state oggetto di politiche di semplificazione¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Il tema della semplificazione amministrativa può essere affrontato da molte visuali a cui corrispondono una altrettanto vasta letteratura. Si richiamano solo alcuni dei contributi che si sono occupati specificatamente di questo tema: CASSESE S., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 699 e ss.; FERRARA R., *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 323 e ss.; CASETTA E., *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 335 e ss.; OCCHIENA M., *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e soc.*, 1998, pp. 475 e ss.; TORCHIA L., *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 385 e ss.; CHITI M. P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CDS*, 2006, pp. 1057 e ss.; LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio e autoresponsabilità privata*, Philos, Roma, 2005; ID., *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 475 e ss.; ID., *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 679 e ss.; SANDULLI M.A. (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, cit.; MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000; CARLI M., *La semplificazione normativa e amministrativa nelle regioni*, in

Ora, non si nasconde una certa diffidenza nel far riferimento a un concetto così “evanescente”¹⁹⁷ quale quello di semplificazione, dalle molteplici sfaccettature¹⁹⁸. Tuttavia, la semplificazione si collega alla conformazione e questo parallelismo è piuttosto manifesto.

Basti considerare che, come si è già evidenziato, la conformazione è prevista espressamente in procedimenti che attengono allo sviluppo della libertà di iniziativa economica, all’ingresso nel mercato dei servizi e all’avvio di attività e che le riforme aventi come obiettivo la

astrid-online.it, 2012; DE GRAZIA D., *Informatizzazione e semplificazione dell’attività amministrativa nel ‘nuovo’ codice dell’amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 611 e ss.; PINELLI C., *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa - Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 355 e ss.; SALVIA F., *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 447 e ss.; VESPERINI G., *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, pp. 203 e ss.

¹⁹⁷ Come nota TRAVI A., *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*, 2016, p. 2: «semplificazione» rimane un termine generico, che designa un metodo generale, più che un contenuto obiettivo o un risultato specifico. Le ragioni della semplificazione suscitano un consenso immediato; la semplificazione amministrativa rischia però di diventare un a sorta di slogan che riassume modalità molto diverse e che non è in grado di rappresentare caratteri specifici». Per FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 154 e ss., «è la stessa categoria, generale e *bonne à tout faire*, della semplificazione a suscitare dubbi e perplessità ovvero a presentarsi, comunque, come pluri-strutturata e polisemica. [...] essa è ormai divenuta un vero e proprio feticcio “ideologico”».

¹⁹⁸ Per tutti, evidenzia la pluralità di angolature a partire dalle quali può essere osservato il fenomeno della semplificazione, CASETTA E., *La difficoltà di «semplificare»*, cit., pp. 336 e ss., che enuclea almeno tre profili nei quali risalta l’esigenza di semplificazione: il settore normativo, «caratterizzato spesso da una congerie di disposizioni differenti tra di loro per origine storica e per ispirazione politica»; l’ambito di attività a carico del cittadino che si rapporta all’amministrazione e l’azione amministrativa stessa.

semplificazione amministrativa concernono i medesimi settori: lo sviluppo economico e l'apertura del mercato¹⁹⁹.

La ragione per la quale le politiche di semplificazione si sono innanzitutto concentrate in materie legate allo sviluppo economico è abbastanza evidente²⁰⁰. Emerge, infatti, chiaramente dallo stretto e manifesto legame tra difficoltà di crescita economica e scarsa efficienza dell'apparato burocratico – amministrativo che, troppo pesante, lento e complicato, finisce per costituire un ostacolo allo sviluppo di un modello economico avanzato e più funzionale²⁰¹. D'altro canto, è di immediata comprensione che, riducendo i vincoli – “i laccioli” – che gravano sulle imprese tanto maggiori divengono le capacità di *performance* del mercato capitalistico²⁰².

Perciò, le politiche di semplificazione, soprattutto nella veste di strumenti di garanzia del risultato, si sono manifestate con forza in quei

¹⁹⁹ In questo settore la semplificazione assume principalmente, ma non solo, il volto della liberalizzazione, che appunto è stata definita come una misura «anticrisi». Cfr. MERUSI F., *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 579 e ss.

²⁰⁰ MAZZAMUTO M., *L'amministrazione senza provvedimento: la SCIA*, cit., p. 35, a proposito delle politiche pubbliche di semplificazione ricorda come si tratti di interventi che da sempre permangono nell'agenda politica proprio anche a causa del legame con la materia delle libertà economiche, a cui si connette la costante pressione «dei principi europei di tutela della concorrenza e delle libertà economiche, specialmente ove si tratti di barriere amministrative di accesso al mercato, come nel caso delle autorizzazioni».

²⁰¹ LAZZARA P., *Il principio di semplificazione del procedimento*, in RENNA M. E SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 533 e ss.

²⁰² FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 155, che evidenzia, inoltre, come la riforma degli apparati politico – amministrativi non possa che tendere alla semplificazione indotta inesorabilmente dalle «ragioni (forti) dell'economia e dello sviluppo nel quadro delle economie mondializzate».

settori in cui la necessità primaria è quella di creare un contesto competitivo.

Altro esempio di coincidenza tra rami interessati da politiche di semplificazione e ambiti nei quali è prevista la conformazione è costituito dalle discipline ambientali, settore di innegabile rilevanza sistemica che ha finito per essere a sua volta investito dal percorso delle misure semplificatorie²⁰³. A tal proposito è indifferente che, come si è visto, in materia di valutazione di impatto ambientale sia previsto un obbligo di invitare alla conformazione, mentre nel caso di autorizzazione integrata ambientale, la conformazione sia strutturata come una facoltà lasciata all'amministrazione. Ciò che invece risalta è che, in entrambi i casi, di conformazione si parli espressamente.

Oltre a questi due casi, gli sviluppi di tale prospettiva, quanto al riscontrato rapporto tra disciplina espressa della conformazione e settori interessati da misure di semplificazione, si apprezzano anche in altri ambiti. Si pensi ai vantaggi in termini di risultato derivanti dalla previsione di una disciplina procedurale più chiara e comprensibile, che trova terreno fertile nell'ampliamento degli obblighi di pubblicazione delle amministrazioni sui propri siti istituzionali: ipotesi che, come si è visto, prevede espressamente l'obbligo di conformazione in caso di mancata pubblicazione (art. 35, d. lgs. n. 33/2013); o, ancora, all'apertura del sistema a favore di meccanismi di autoresponsabilità dei privati che si sostanziano nella riduzione degli oneri su questi gravanti quanto ai documenti da allegare alle istanze, tramite la diffusione di

²⁰³ Sul tema specificamente SCOTTI E., *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la via e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, pp. 353 e ss. Occorre tuttavia rammentare che la tutela dell'interesse ambientale pone dei limiti all'utilizzo di determinati istituti di semplificazione. In tal senso COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., p. 99, in particolare nota 15.

sistemi di autodichiarazione, di cui agli artt. 46, 47 e 71 del d.PR. n. 445/2000.

Dunque, preso atto di questa coincidenza tra ambiti applicativi occorre chiedersi il perché di questa convergenza: si tratta cioè di indagare la ragione per la quale la conformazione pare accompagnarsi alle misure di semplificazione.

Per svolgere questa riflessione non resta che partire dal concetto di semplificazione.

A tal proposito, attenendoci, come suggerito da autorevole dottrina²⁰⁴, a un piano meramente descrittivo, la semplificazione è prima di tutto un metodo che raggruppa una serie di strumenti di accelerazione e alleggerimento procedurale, in particolare dell'istruttoria, ovvero di liberalizzazione di attività sottratte ai vincoli procedurali di un controllo preventivo da parte del soggetto pubblico.

Questo tratto pare idoneo a suggerire una formula definitoria della semplificazione come «braccio armato» della riforma dell'amministrazione in «amministrazione di risultato»²⁰⁵ e perciò «norma di massima accelerazione, e dunque di *performance* delle procedure»²⁰⁶.

²⁰⁴ FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 156.

²⁰⁵ Sull'amministrazione di risultato IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 57 e ss.; ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 299 e ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in IMMORDINO M. – POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 433 e ss.; SPASIANO M., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. In senso critico inoltre CASSESE S., *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 941 e ss.

²⁰⁶ FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 152 e 154.

Se è così è allora la circostanza che le “materie” in cui l’esigenza di semplificazione è più marcata e quelle nelle quali si presenta espressamente la conformazione coincidano, parrebbe quasi una contraddizione.

Se la conformazione è un passaggio aggiuntivo, un incremento di garanzie procedurali, allora non si spiega perché la maggior evoluzione di questo istituto si sia presentata proprio in rapporto a settori investiti da quell’ «ansia di provvedere»²⁰⁷ che costituisce un carattere comune degli istituti di semplificazione e che si accompagna alla diminuzione del valore dei passaggi procedurali²⁰⁸.

La semplificazione, infatti, come accelerazione, concentrazione di procedimenti, riduzione degli oneri burocratici, antiformalismo, pare entrare in contrasto con l’incremento delle forme di partecipazione procedimentale, che si collegano al valore della completezza dell’istruttoria²⁰⁹, quale può essere la regola di invitare alla conformazione delle domande che siano state presentate incomplete.

A un primo sguardo, dunque, questa potrebbe sembrare un’incoerenza del sistema, un evento casuale nella formulazione di alcune disposizioni legislative.

²⁰⁷ CASSETTA E., *La difficoltà di «semplificare»*, cit., per esempio a p. 344 la descrive come una delle anime del procedimento, alla base dei principi di efficacia ed economicità.

²⁰⁸ E, di conseguenza, del rilievo dei suoi vizi, come codificato nell’art. 21 *octies*, della l. n. 241/1990.

²⁰⁹ Sul rapporto tra la previsione di una regola generale di invitare alla conformazione e il principio di completezza dell’istruttoria si tornerà nei capitoli successivi, quanto sarà affrontato direttamente il problema del bilanciamento tra principi sotteso alle scelte legislative che si sono orientate nel senso dell’obbligatorietà della conformazione.

Senonché, questa coincidenza ben può essere spiegata guardando alla fisionomia stessa della conformazione, quale strumento di espressione del bilanciamento tra principi tendenzialmente opposti.

Invero, la diffusione di strategie di semplificazione ha condotto a un ripensamento dell'assetto degli interessi pubblici e privati in vista del raggiungimento dell'ottimo risultato nel minor tempo possibile. Da qui si è posta *ex novo* la necessità di trovare un equilibrio tra la vocazione alla celerità – primo riferimento sotteso agli impulsi semplificatori – e le insopprimibili esigenze garantiste delle posizioni individuali. La composizione di questi opposti bisogni, indispensabile per ottenere una semplificazione di “qualità”, ha richiesto l'introduzione di meccanismi che costituissero, appunto, espressione di un corretto bilanciamento.

La previsione in termini di obbligo dell'invito alla conformazione in materie come la segnalazione certificato di inizio attività, il settore degli appalti o le dichiarazioni sostitutive di cui al d.P.R. n. 445/2000, pare essere figlia proprio di questo tentativo di riequilibrio tra la tutela degli interessi privati e il perseguimento dell'interesse pubblico, alla cui cura è preposta la pubblica amministrazione.

Perciò la chiave di lettura del nesso tra conformazione e semplificazione va ricercata nella composizione tra valori contrastanti, che trovano riscontro nelle due «anime»²¹⁰ del procedimento²¹¹: la prima

²¹⁰ Riprendendo la terminologia di CASSETTA E., *La difficoltà di «semplificare»*, cit., pp. 344 e ss.

²¹¹ GARDINI G., *Comunicazione di avvio del procedimento e obbligo di risultati: ossia della difficoltà di informare semplificando*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 198. Sulla relazione tra il procedimento, inteso come sede naturale delle garanzie, e le misure di semplificazione, che incrementano l'efficienza dell'amministrazione in quanto strumenti di accelerazione di performance delle procedure, si veda anche, cfr. FERRARA R., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del*

garantista, che tende a privilegiare il valore della completezza dell'istruttoria quale fondamento di una scelta ponderata; e la seconda, che invece, privilegia il *risultato*, la celerità, e che si collega ai principi di conservazione, di efficacia e di economicità dell'agire pubblico.

Tra questi due poli, l'invito alla conformazione rappresenta lo strumento individuato dal legislatore come possibile punto di equilibrio, che consente di salvaguardare entrambi i valori²¹².

Si tratta cioè di un istituto in cui i due interessi e i valori che vi attengono trovano un «momento di forzata composizione»²¹³, nell'ottica della semplificazione. Infatti, la conformazione incarna un duplice valore di utilità: sia per il privato, in quanto funzionale all'accoglimento dell'istanza, più in fretta e con un minor dispiego di risorse; che per la

risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 102 e ss.

²¹² Pare essere di medesimo avviso, nel suo lavoro monografico, FREDIANI F., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 63 e s., per quanto si debba precisare che il termine di riferimento di questa opera è il "soccorso procedimentale" che nella ricostruzione dell'autore non combacia con l'oggetto di questa ricerca, come sarà spiegato meglio nella terza parte del presente lavoro. L'autore, a pp. 55 e ss., rileva chiaramente il legame tra dovere di soccorso dell'amministrazione e principio di semplificazione, da intendersi come metodo di razionalità procedurale, che non sia mera accelerazione ma anche strumento che implementa la razionalità della procedura, come peraltro osservato dall'autorevole insegnamento di Franco Gaetano COCA (*Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 557 e ss.), ivi richiamato.

²¹³ L'espressione è di GARDINI G., *Comunicazione di avvio del procedimento e obbligo di risultati: ossia della difficoltà di informare semplificando*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, cit., p. 186, che la usa in relazione all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, art. 7, l. n. 241/1990. Tuttavia, ben si attaglia anche all'istituto della conformazione. Anzi, il suo accostamento alle problematiche sottese all'applicazione dell'art. 7, l. n. 241/1990 rispetto all'attività amministrativa vincolata, è significativo e sarà rispeso compiutamente nel prosieguo della ricerca.

qualità dell'azione amministrativa, nella misura in cui concorre alla realizzazione di un'accorta e diligente capacità di gestione delle pratiche da parte del soggetto pubblico²¹⁴.

Di tal ché, il rapporto tra conformazione e politiche di semplificazione sembra essere così articolato: la prima argina le derive negative della seconda e, al contempo, ne è in parte strumento attuativo, nel senso che conduce a una più celere soddisfazione delle legittime aspettative dei privati.

9.1. Ancora sui lineamenti comuni delle ipotesi di invito obbligatorio alla conformazione: la materia; il ricorrere di interessi forti e la centralità dell'individuo.

Dall'esame delle ipotesi normative di invito obbligatorio alla conformazione emerge che queste concernono, in linea di massima, interessi forti dell'individuo, quali la libertà di iniziativa economica, il diritto di accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione, il diritto ambientale, e in generale l'aspettativa del soggetto privato a confrontarsi con un sistema amministrativo trasparente e comprensibile che non frapponga ostacoli burocratici all'ottenimento di quanto spetta e alla fruizione del servizio.

La conformazione è infatti anzitutto prevista in materia di segnalazione certificata di inizio attività, strumento che ha segnato il superamento dei regimi autorizzatori e delle misure di condizionamento delle libertà economiche²¹⁵, e che rappresenta il principale modello di sviluppo e garanzia del diritto di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione.

²¹⁴ FREDIANI F., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 66.

²¹⁵ ROMANO A., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, cit., pp. 513 e ss.

Il settore “caldo” della libertà di iniziativa economica è interessato da una disciplina espressa della conformazione non sono in relazione alla scia, nella veste di mezzo di tutela dell’accesso al mercato e del libero avvio delle attività economiche, ma anche per ciò che concerne la partecipazione alle procedure concorsuali pubbliche, con riferimento alla disciplina contenuta nell’art. 83, comma 1, lett. d) del nuovo Codice degli appalti. Questo ultimo caso è particolarmente significativo anche in ragione del fatto contiene la formulazione più chiara e articolata di conformazione, per quanto in tale disciplina abbia assunto la denominazione di soccorso istruttorio.

La circostanza che la teorizzazione più completa di una regola di conformazione si sia prodotta in materia di procedure concorsuali pubbliche non pare essere casuale. Infatti, si tratta di un ambito nel quale il grande numero di soggetti coinvolti determina una maggiore complessità della procedura nella quale devono trovare composizione la molteplicità di interessi economici, pubblici e privati che a loro appartengono.

La conformazione si presenta poi espressamente in materia di accesso ai documenti amministrativi. Questa coincidenza peraltro pare quasi scontata considerato che la natura e la centralità del diritto di accesso striderebbero con una sua limitazione per motivi non spiccatamente sostanziali. Tant’è che il mancato rispetto dell’obbligo di invitare alla regolarizzazione della domanda è sanzionato con la sua ineccepibilità in sede giurisdizionale.

Il collegamento tra conformazione e trasparenza dell’operato della pubblica amministrazione si spinge peraltro oltre la sua previsione espressa in caso di istanza di accesso incompleta e si mostra anche sotto una diversa sfaccettatura: quella degli obblighi di pubblicazione e pubblicità delle informazioni gravanti sull’amministrazione.

Infatti, si è visto che l’art. 35, d. lgs. n. 33/2013, prevede che le amministrazioni siano obbligate a pubblicare sui propri siti istituzionali, in relazione ai procedimenti a istanza di parte, le informazioni relative

alla modulistica e agli atti e documenti da allegare alla domanda. Questo obbligo è assicurato mediante la predisposizione di una “sanzione” per l'amministrazione che, ove inadempiente, non può respingere l'istanza per mancanza di un documento non indicato nel sito come necessario: essa invece è tenuta a invitare l'istante a integrare la documentazione. Considerato che l'altra faccia dell'obbligo di pubblicazione gravante sulla pubblica amministrazione è il diritto della collettività anzitutto – ma anche del privato, inteso come “chiunque” – all'informazione e alla trasparenza, la conformazione si pone in questo ambito come uno strumento di garanzia di tali valori. Perciò, anche in questo caso pare esserci un legame tra conformazione e tutela dei diritti fondamentali.

Ciò, sembra trovare conferma anche dalla previsione di un obbligo di invitare alla conformazione nella disciplina della presentazione delle istanze di Via, settore caratterizzato da una chiara centralità della partecipazione procedimentale e del ruolo del privato²¹⁶. Si tratta peraltro di una disciplina che presenta, al pari di quella degli appalti, un forte carattere anticipatorio delle necessità e delle tendenze che andranno poi a pervadere l'intero sistema amministrativo. Tale caratteristica è propria, in realtà, della materia ambientale²¹⁷ complessivamente intesa ma che, in relazione alla Via, è ancor più evidente data la collocazione

²¹⁶ Richiama l'attenzione sul particolare rilievo delle forme di partecipazione nell'ambito del diritto dell'ambiente, COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., pp. 95 e ss.

²¹⁷ Si esprime sulla funzione del diritto ambientale quale «diritto – sonda», «laboratorio nel quale si materializzano problemi e anticipano soluzioni che trovano, poi, collocazione più diffusa e sistemica nell'ordinamento generale», FERRARA R., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, cit., p. 510, 519, 521. Egli ne rileva la «straordinaria capacità di fare sistema, plasmando regole ed istituti che poi trascinano in altri settori sensibili dell'ordinamento», connettendola all'affermarsi nel mondo contemporaneo della c.d. “società del rischio” – espressione ormai celebre, coniata dal sociologo tedesco Ulrich Beck.

generale e trasversale che questa occupa nel complesso dei procedimenti ambientali²¹⁸.

Perciò, pare potersi affermare il collegamento tra la previsione obbligatoria dell'invito alla conformazione e i diritti fondamentali della persona. Invero, la conformazione è espressamente stabilita proprio in quei settori in cui il bilanciamento tra le esigenze dell'individuo e le ragioni dell'amministrazione pare fortemente orientato verso le prime. Sembra, in altre parole, che la previsione della conformazione sia propria di quei rami in cui si è verificato uno spostamento del punto di vista: dall'angolo visuale dell'amministrazione e quello dell'individuo.

Questa attenzione per la valorizzazione dell'individuo pare un terreno comune su cui si incontrano tutte le riflessioni condotte a partire dall'esame casistico.

Infatti, sia il collegamento tra previsione della conformazione e le materie concernenti interessi forti dell'individuo, sia il rapporto con le misure di semplificazione, nonché il fatto che una maggiore apertura verso la conformazione sembri andare di pari passo con un "livello" amministrativo-burocratico di riferimento più "evoluto" che abbia già abbracciato un diverso modo di guardare ai suoi rapporti con il privato²¹⁹, sembrano essere tutti indizi del nesso esistente tra

²¹⁸ Così FERRARA R., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, cit., pp. 513 – 515, che evidenzia la valenza generale del procedimento di Via che, pur avendo una sua tipizzata disciplina autonoma, interagisce con tutti o quasi gli altri procedimenti nel settore ambientale: si tratta, cioè di «un procedimento di procedimenti» che occupa una «collocazione davvero strategica e centrale».

²¹⁹ Non a caso è nel diritto comunitario che, in prima battuta, pare essersi affermata l'idea di un sistema che ponga al centro l'individuo. Ciò si evince dal fatto che l'art. 41 della Carta di Nizza nel riconoscere il diritto a una buona amministrazione crea una «scala gerarchica», nella quale «il livello della garanzia pare preordinato a quello dell'efficienza», andando così a preferire un criterio che privilegia l'individuo. Cfr. BARTOLINI A., *Le situazioni soggettive procedurali di derivazione europea*, in DONATI A., GARILLI A., MAZZARESE S., SASSI A. (a cura di),

positivizzazione della regola della conformazione e centralità dell'individuo.

Questo collegamento sembra confermato anche da un altro punto di vista: la centralità dell'individuo si riflette nell'idea di un rapporto più lineare, agile e garantista con l'amministrazione²²⁰. In questo senso le ipotesi normative di conformazione obbligatoria avvalorano l'idea del ruolo di tale strumento come garanzia dell'individuo contro gli eccessi di formalismo e, in generale, nei confronti del volto più burocratico-autoritario dell'amministrazione.

Ciò, risulta chiaro prendendo una delle prime ipotesi esaminate, ossia il disposto del d. lgs. n. 445/2000, in materia di regolarizzazione delle dichiarazioni sostitutive allegare alle istanze, ispirato proprio a una logica di riduzione degli oneri burocratici e di alleggerimento degli oneri gravanti sul privato. Nella stessa direzione conducono anche altre ipotesi più specifiche come la conformabilità della domanda di brevetto (art. 148, d. lgs n. 30/2005) o di iscrizione all'albo degli avvocati (art. 17, comma 2, legge professionale forense n. 247/2012).

Nello stesso solco si pone anche la propensione della giurisprudenza a leggere in modo "sostanzialistico" le previsioni del bando di gara nelle procedure concorsuali²²¹, con la precisazione tuttavia che sono gli eccessi di formalismo, ingiustificati e non funzionali alla tutela dell'interesse

Studi in onore di Antonio Palazzo, vol. I, DONATI A., SASSI A. (a cura di), *Diritto Privato. Fondamenti etici e processo*, Utet, Torino, 2009, pp. 57 e ss.

²²⁰ Con specifico riferimento alle procedure concorsuali VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., p. 153, nota come «il principio di formalità delle domande ha subito un ridimensionamento, in parte riconducibile alla generale semplificazione dei rapporti fra amministrazione e cittadino».

²²¹ VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., p. 153 e p. 169

dell'amministrazione di riferimento o della *par condicio* a essere ritenuti lesivi.

Si tratta cioè di casi in cui il privato è titolare di una situazione soggettiva che non pare possa subire limitazioni per motivi meramente burocratici, dovuti a un eccesso di formalismo.

10. Qualche considerazione conclusiva: la tendenza alla previsione dell'invito alla conformazione come un obbligo. Dall'obbligo del soggetto pubblico alla pretesa del privato.

L'esame del diritto positivo conduce in definitiva ad affermare una preferenza del legislatore, già allo stato attuale piuttosto diffusa, a disciplinare l'invito alla conformazione come un obbligo per l'amministrazione.

Ciò è evidente, se si considera che la conformazione è prevista già direttamente in materie come la scia, ossia in relazione a uno strumento che ha una *vis* applicativa estremante pregnante, nonché in relazione ai pubblici appalti. Questa disciplina in particolare è tradizionalmente considerata un settore "traino"²²² per l'evoluzione in senso garantista del diritto amministrativo complessivamente inteso, a causa del suo forte rilievo pubblico, della visibilità dei suoi risultati e del respiro europeo della sua disciplina²²³. È cioè un ambito nel quale si anticipano le

²²² La dottrina amministrativistica ha ormai da tempo riconosciuto alla materia degli appalti lo status di "settore sensibile": da ultimo cfr. GAMBARDELLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 18, nota 62; nonché tra i più risalenti, anche da questi ricordati v. LONGOBARDI N., *Le "Amministrazioni indipendenti". Profili introduttivi*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1774 e ss. e STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico: riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 11.

²²³ L'influenza del diritto europeo sulla disciplina interna delle procedure a evidenza pubblica è un dato innegabile. Tra i motivi di questa interconnessione si

problematiche che poi si profileranno in tutta la disciplina procedimentale.

In definitiva, perciò, la conformazione si presenta espressamente in settori aventi una capacità “esplorativa” spiccata, nei quali l’attenzione pare essersi focalizzata principalmente sugli interessi della persona. In tali ambiti l’individuo è più “forte”: perché titolare di un diritto fondamentale o perché attore giuridico ed economico dotato di maggiori risorse per “far sentire la propria voce”: come avviene, per esempio, appunto nel settore degli appalti pubblici, dove, non a caso, la conformazione ha avuto il maggiore sviluppo. Non si può infatti trascurare che è con il sistema delle imprese che l’apparato amministrativo si trova più spesso a dialogare: con un soggetto cioè che non è il cittadino “qualunque” ma il partecipante “professionista”, il solo in grado di «marchiare a fuoco il procedimento»²²⁴, imprimendovi in modo indelebile il segno del suo passaggio.

Inoltre, la riscontrata correlazione tra semplificazione e invito alla conformazione fa presupporre che, la prevedibile evoluzione in senso espansivo della dimensione applicativa della semplificazione, faccia da volano per l’estensione anche della operatività della conformazione. Infatti, la semplificazione, per quanto si sia sviluppata di più in alcuni settori, ha l’attitudine a costituire un canone generale, un metodo, che plasma tutta la struttura procedimentale dell’azione amministrativa.

richiama, per un approccio empirico, quella fornita da MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S., (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, II, pp. 1378 e ss., che individua la ragione dell’estensione della regolamentazione europea nelle dimensioni quantitative del fenomeno, data l’incidenza della spesa per contratti degli Stati membri sul prodotto interno lordo dell’Unione europea. Questo rilievo quale fattore economico significativo si riflette sulla garanzia dell’effettività di garantire alcuni canoni europei, quali la libertà di stabilimento, il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, la libera prestazione di servizi etc.

²²⁴ FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 136.

Procedendo di pari passo con la previsione della conformazione anche la disciplina positiva di quest'ultima dovrebbe seguire il medesimo percorso.

Dunque, le riflessioni svolte a partire dalle risultanze della disamina analitica fanno complessivamente emergere una tendenza alla previsione di un *obbligo* per l'amministrazione di invitare alla conformazione. Ciò, pare rapportabile alla propensione ad attribuire all'individuo nel sistema del diritto amministrativo un ruolo crescente, quale sviluppo del binomio tradizionale autorità-libertà, nel senso di un arretramento del confine esterno della prima rispetto al secondo termine della contrapposizione, che valorizzi una prospettiva maggiormente garantista.

Peraltro, la circostanza che l'uso della conformazione nel diritto positivo si accompagni a questo modo di intendere il rapporto amministrazione-individuo non sorprende. Infatti, la predisposizione di una precisa sequenza di regole procedurali è andata storicamente di pari passo con lo sviluppo in senso dialogico e condiviso del modello di amministrazione, cosicché l'invito alla conformazione, come inteso nel contesto del presente lavoro, potrebbe andare ad aggiungersi al novero degli obblighi a cui nel procedimento è già tenuta l'amministrazione²²⁵.

Dunque, tirando le fila del discorso se, a seguito dell'atto di iniziativa, si è venuta a creare una relazione tra amministrazione e privato, dove la prima è titolare di un obbligo, non resta che valutare in cosa consista la speculare posizione del privato.

²²⁵ Si tratterebbe, dunque, di un ulteriore completamento della logica del contraddittorio paritario, così come lo è stato la previsione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza contenuta nell'art. 10-bis, della l. n. 241/1990, misura che ha «completato la logica del contraddittorio in contestazione», MERUSI F., *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, cit., p. 549.

CAPITOLO II

LA CONFORMAZIONE DELLE ISTANZE DEI PRIVATI COME UNA PRETESA PROCEDIMENTALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il carattere obbligatorio dell'invito alla conformazione a cui è tenuta l'amministrazione quale conseguenza della struttura vincolata della fattispecie: il ruolo della legge nell'attribuzione del vantaggio al privato. – 3. La teoria generale delle pretese procedimentali: il collegamento con la discrezionalità e l'interesse legittimo. – 3.1. Le origini della nozione e le ragioni del collegamento. – 4. (*Segue*) Il carattere delle pretese procedimentali nell'attività discrezionale. – 4.1. La natura strumentale delle pretese procedimentali correlata al conseguimento del c.d. bene della vita a cui è preordinato l'interesse legittimo. – 4.2. Pretese procedimentali come facoltà inerenti all'interesse legittimo svincolato dal conseguimento del c.d. bene della vita. – 4.3. Pretese procedimentali come diritti soggettivi autonomi, distinti dall'interesse legittimo coinvolto nel procedimento. – 5. Specificazioni circa la natura della situazione giuridica soggettiva del privato a fronte di profili di accertamento vincolato. – 6. Il carattere delle pretese procedimentali del privato nell'ambito dei procedimenti con una fase di accertamento vincolato. – 7. La pretesa alla conformazione come pretesa procedimentale del privato.

1. Introduzione

L'esame analitico svolto nel capitolo precedente ha permesso di riscontrare l'esistenza di un considerevole numero di previsioni espresse in cui la conformazione è stabilita e descritta come un *obbligo* per l'amministrazione.

Perciò, considerata la diffusione – già abbastanza significativa – di tale previsione e la presumibile espansione della sua operatività a causa del riscontrato legame con le politiche di semplificazione, pare possibile affermare l'*autonoma fisionomia* della conformazione.

La conformazione appare, dunque, come un istituto che ricomprende tutte quelle ipotesi normative che sono state esaminate nel corso del precedente capitolo, che variamente si esprimono nel senso di consentire la rettifica delle domande presentate incomplete, prevedendo un obbligo in tal senso per l'amministrazione. Tali previsioni possono perciò essere considerate, complessivamente, come espressioni di questo istituto e non come dettami isolati e puntuali.

Questo ruolo unificante della conformazione mette in luce le ragioni che inducono a soffermarsi su tale regola. Invero, quantomeno laddove vi è un'espressa previsione normativa che obblighi l'amministrazione a consentire la rettifica, si versa nell'ambito di operatività dell'istituto che qui interessa, che dunque merita di essere autonomamente analizzato, così da evidenziarne struttura e condizioni di operatività.

Pertanto, in questo capitolo, prendendo come punto di partenza le ipotesi che espressamente prevedono l'invito alla conformazione come un obbligo per l'amministrazione, si andrà a evidenziarne la struttura di base, così da definire le reciproche posizioni delle parti. Invero, se per l'amministrazione è previsto un obbligo di invito alla conformazione, la speculare posizione del privato deve essere ancora esaminata.

Anzitutto, dunque sarà individuata l'ossatura comune delle fattispecie che prevedono la conformazione come un obbligo: ossia, il *ruolo della legge*. Infatti, ogniqualvolta quest'ultima stabilisca espressamente i requisiti per l'acquisizione di un determinato vantaggio, al suo ottenimento non può frapporsi una scelta rimessa all'amministrazione. Alla pubblica amministrazione, cioè, in caso di accertato possesso dei requisiti stabiliti dalla legge, non resta che attribuire il vantaggio che, dunque, *spetta* al privato²²⁶.

Ciò significa che la relazione tra amministrazione e cittadino, nelle ipotesi considerate finisce per travalicare la dimensione formale – ossia l'esame dell'atto del privato – e abbracciare anche quella sostanziale: assumendo la fisionomia di un rapporto giuridico di *pretesa-obbligo*.

Individuate dunque le ragioni del carattere obbligatorio dell'invito alla conformazione nella struttura vincolata della fattispecie, il capitolo proseguirà esaminando come si atteggi la posizione delle parti all'interno di un rapporto nel quale è la sola norma a definire ciò che spetta al privato, così da vagliare il carattere della sua posizione, speculare all'obbligo dell'amministrazione.

In particolare, verrà valutato se questa posizione sia assimilabile²²⁷ alle pretese procedimentali, in quanto funzionale all'ottenimento del vantaggio giuridico o economico che spetta al privato in possesso dei requisiti di legge.

Tale operazione, tuttavia, presuppone la descrizione del quadro delle teorizzazioni attorno alla categoria generale delle pretese

²²⁶ BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 107.

²²⁷ Non si può parlare di esatta coincidenza con la categoria delle pretese procedimentali perché è oggetto di esame anche il caso in cui l'istanza del privato è sostituita da una scia e, dunque, non vi è, in prima battuta, un procedimento vero e proprio. Tuttavia, in questo caso, la natura della pretesa di cui il privato è titolare si avvicina a quella delle pretese procedimentali nella misura in cui influisce sulla possibilità di ottenere il vantaggio a cui il segnalante tende.

procedimentali. In questo contesto le peculiarità delle fattispecie che costituiscono l'ambito dell'indagine, ossia il carattere vincolato delle stesse e l'assenza di un margine valutativo nella fase di accertamento della sussistenza dei presupposti della domanda, hanno imposto di aprire una parentesi di precisazione. Infatti, dall'esame dell'approccio dottrinale e giurisprudenziale rispetto al ruolo delle pretese procedimentali è emersa una tendenza a legare questo tema principalmente ai profili *discrezionali* dell'attività amministrativa.

Dunque, in primo luogo, verrà descritta la disciplina generale delle pretese procedimentali, in rapporto all'attività discrezionale e all'interesse legittimo. Questo esame sarà condotto gettando anche uno sguardo, in ottica storica, alle origini della nozione e al perché di tale collegamento.

Dopodiché, chiarita definitivamente la diversa struttura delle fattispecie prese in esame, ci si soffermerà sulla natura delle situazioni soggettive nell'ambito dell'attività vincolata e degli aspetti vincolati della stessa per valutare se e come questa diversa fisionomia muti l'operatività delle pretese procedimentali, così da giungere a rispondere alla domanda iniziale: se la conformazione può essere accostata alle pretese procedimentali.

2. Il carattere obbligatorio dell'invito alla conformazione a cui è tenuta l'amministrazione quale conseguenza della struttura vincolata della fattispecie: il ruolo della legge nell'attribuzione del vantaggio al privato.

La natura obbligatoria dell'invito alla conformazione si evince, come anticipato nell'introduzione al presente capitolo, dalla struttura delle fattispecie esaminate: ossia il legame tra la dichiarazione del privato

e l'ottenimento del vantaggio a cui egli aspira, che vede nella predeterminazione a priori in una norma il suo elemento caratteristico.

Infatti, nei casi esaminati la norma descrive compiutamente i fatti²²⁸ e i presupposti in presenza dei quali sono integrate le condizioni per la produzione degli effetti giuridici. Dunque, il rapporto tra soggetto pubblico e privato, nonché i vari interessi in esso coinvolti, è predeterminato integralmente dalla norma²²⁹. Perciò, è nella sola norma che va ricercata la garanzia dell'ottenimento del vantaggio giuridico o economico: che sia quello *finale* come nel caso di attività integralmente vincolata, o quello "*intermedio*" nel caso di requisiti vincolati di un'attività discrezionale o tecnica²³⁰.

L'assetto che ne deriva non è, dunque, condizionabile da parte del soggetto pubblico, al quale viene richiesto solo di *accertare* una situazione che si fonda in modo diretto sulla norma: solo punto di riferimento della posizione di ciascuno.

²²⁸ Sulla definizione di fatto giuridico, fattispecie e rapporto di causalità tra fatto ed effetto si rimanda a SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 331 e ss.

²²⁹ «Il rapporto, in cui si concreta la situazione giuridica attiva, è oggettivo e deriva unicamente dalla norma; ed è solo in virtù della norma che la situazione esiste», così GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Jovene, Napoli, 1949, p. 254.

²³⁰ La valutazione degli interessi è già stabilita compiutamente nella legge in entrambe le ipotesi. Solo che nel primo caso coincide con il conseguimento – o la conservazione – dell'oggetto stesso della pretesa, dato che manca, appunto, quell'elemento di ponderazione che rende incerto il risultato finale. (cfr. ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 e ss., in particolare p. 18). Nel secondo, invece, la sintesi degli interessi è già compiuta dalla legge solo per ciò che riguarda l'aspetto vincolato; mentre il risultato finale non è garantito a priori. Infatti, a esso si frappone l'attività amministrativa di bilanciamento tra gli interessi, in vista della tutela dell'interesse pubblico primario, indicato in astratto nella norma attributiva del potere.

Lo schema, perciò, è quello *norma-fatto*²³¹: l'atto vincolato²³² rende esplicito il contenuto definito dalla norma in astratto, senza aggiungere

²³¹ Lo schema è di CAPACCIOLI E., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Giuffrè, Milano, 1973 ora in *Diritto e processo*, Cedam, Padova, 1978, pp. 349 e ss., in particolare a p. 359 vengono spiegate le due sequenze: *norma-fatto* e *norma-potere-fatto*. Nella prima la norma regola direttamente il fatto, dunque è assente ogni potere di scelta: vi sono diritti e obblighi e il giudizio è di accertamento. Nella seconda la norma attribuisce a un soggetto il potere di provvedere all'assetto delle situazioni oggettive: vi sono interessi legittimi e la tutela consiste nell'annullamento dell'atto emanato nell'esercizio del potere. Nello sviluppo della questione vengono poi in rilievo anche le nozioni di norme di azione e di relazione che CAPACCIOLI affronta in *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 45, e pp. 48 e s. In particolare, l'autore afferma che le norme di azione non sono volte a garantire il soddisfacimento soltanto dell'interesse pubblico (ossia l'interesse primario) e solo occasionalmente gli altri interessi ma che, anche in esse, è presente una valutazione degli interessi secondari. Questo temperamento si ha sia per l'attività discrezionale, che per gli atti vincolati (o per gli aspetti vincolati degli atti). La differenza sta nel fatto che, per gli aspetti vincolati, la valutazione degli stessi è già compiuta dalla legge, una volta per tutte. All'interessato il vantaggio sostanziale è attribuito dalla legge in relazione al verificarsi di una determinata situazione: l'amministrazione non deve operare alcun temperamento. Nell'attività discrezionale la legge attribuisce alla p.a. il potere per il soddisfacimento dell'interesse primario (pubblico), pur operando un bilanciamento con gli interessi secondari. Perciò, sono norme di azione quelle che attribuiscono alla p.a. un potere di valutazione degli interessi (pubblico e privato – primario e secondario), da fare volta per volta, e norme di relazione quelle che già realizzano il bilanciamento. A tal proposito si rimanda anche a ID., *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di C. Furno*, ora in *Diritto e processo*, Cedam, Padova, 1978, pp. 338 e ss.

²³² SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, ann. III, Milano, 2010, pp. 46 e ss., per la citazione pp. 52 e s.: «un atto è “vincolato” (in tutto o in parte) quando la legge, i regolamenti o comunque altri atti come certi piani o programmi descrivono con precisione una fattispecie e stabiliscono con altrettanta precisione le conseguenze giuridiche che debbono derivare dall'esistenza di tale fattispecie, così che all'apparato amministrativo, privo di qualsiasi potere di scelta fra interessi, non resta, nella sostanza, che verificare l'esistenza dei fatti previsti ed eventualmente affermare le conseguenze che ne derivano».

o modificare alcunché²³³. In questa sequenza non vi è spazio per altro: la funzione onnicomprensiva della norma genera la situazione soggettiva che esiste dal momento in cui la fattispecie si verifica. Infatti, la posizione di vantaggio del privato trova la sua derivazione necessaria ed esclusiva nella norma, che indica a priori le sue condizioni di esistenza, rappresentate nell'istanza.

²³³ Interessanti a tal proposito sono gli spunti che derivano dagli studi di filosofia del linguaggio. In particolare, si richiamano i concetti di regole, *regolanti* e *costitutive* espressi da SEARLE J.R., *Speech acts. An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Londra, 1969, trad. it., CARDONA G.R., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976, pp. 61 e 80. Sono *regole regolanti* quelle che disciplinano forme di comportamento che già esistono in precedenza e indipendentemente; mentre sono *regole costitutive* quelle che creano e definiscono nuove forme di comportamento, come per esempio le regole degli scacchi che non si limitano a regolare il modo di giocare ma creano la possibilità stessa di giocare. Un sistema di regole costitutive crea un istituto umano che è il presupposto dell'esistenza dei *fatti istituzionali*. Ciò rimanda a un'ulteriore distinzione, quella tra *fatti bruti* e *fatti istituzionali*. Dove anche questi ultimi «sono sì dei fatti, ma la loro esistenza, a differenza di quella dei fatti bruti, presuppone l'esistenza di certi istituti umani» (p. 82). Collegando questa teorica al problema che qui ci interessa, gli atti vincolati, così come i fatti bruti di Searle, vengono presi in considerazione in quanto accadono empiricamente. Dopodiché, al fatto bruto si riconetterà un significato sulla base delle regole che lo regolano (che saranno tuttavia regolanti e non costitutive), dato che nulla di nuovo stanno creando.

In un contesto di questo tipo, anche la dichiarazione del privato che manifesta la sua volontà è esterna alla struttura ontica della situazione soggettiva²³⁴, la quale deriva solo dalla legge²³⁵.

²³⁴ Si fa qui riferimento al dibattito attorno alla correlazione tra diritto soggettivo ed elemento volontaristico. Di diritto soggettivo sono state date molte definizioni: per esempio ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNIERI A., MATTEI U., MONATERI P.G., SACCO R., *Il diritto soggettivo*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Utet, Torino, 2001, p. 63. parlano di «varietà di accezioni del diritto soggettivo»; RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1975, pp. 236 e ss. Per una ricostruzione delle elaborazioni dogmatiche attorno a tale figura si rinvia a GENTILI A., *Pretesa*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 1 e ss. Tuttavia, nella grande eterogeneità di accezioni attribuite a questa figura l'elemento volontaristico è stato comunque ritenuto di grande importanza. A tal proposito PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 81 e ss. e GALGANO F., *Diritto privato*, XVI ed., Cedam, Padova, 2013. In particolare, è possibile individuare due teorie in merito: quella che si incentrava sull'elemento volontaristico e quella che, invece, guardava all'interesse protetto. In un primo momento era prevalsa la centralità della dimensione volontaristica. Cfr. SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 335 e ss.; RUSSO E., *Il concetto di diritto soggettivo*, in DONATI A., GARILLI A., MAZZARESE S., SASSI A. (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. I, DONATI A., SASSI A. (a cura di), *Diritto Privato. Fondamenti etici e processo*, Utet, Torino, 2009, pp. 57 e ss. e BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, LXIV, cc. 2 e ss. Successivamente si era diffusa una concezione che poneva l'elemento volontaristico fuori della struttura del diritto soggettivo: si trattava della teoria dell'interesse giuridicamente protetto. Su tale concezione avevano preso posizione in senso critico vari autori, per esempio: MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., pp. 114 e ss. che affermava come non si possa far «consistere [il diritto soggettivo] in un interesse giuridicamente protetto, perché, se il termine interesse viene inteso in senso soggettivo, come esigenza del soggetto che sia data soddisfazione a certi suoi bisogni (e oggetto dell'interesse è un bene, giudicato atto alla soddisfazione di quei bisogni), incontriamo le stesse difficoltà opposte dall'esistenza di soggetti che non hanno il "minimum" psichico per avvertire e determinare siffatte esigenze; e, se inteso in senso oggettivo, come necessità od opportunità presunte dall'ordinamento giuridico che sia data soddisfazione a taluni bisogni, esso, oltre tutto, appare la ragione del conferimento del diritto soggettivo che un elemento della sua struttura». Era poi seguita una via mediana, che si caratterizzava per valorizzare entrambe le componenti. Si fa, per esempio, riferimento alla concezione espressa da BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 2 e ss. Era emersa così la definizione del diritto soggettivo

Tuttavia, la dichiarazione del privato svolge un ruolo fondante nella produzione dell'effetto, perché è diretto specchio della situazione di fatto descritta nella norma, in quanto strumento di esternazione della volontà²³⁶ del titolare del diritto che vuole il prodursi dell'effetto giuridico. Conseguentemente, se la dichiarazione del privato è il mezzo di rappresentazione di uno stato di fatto, che vede nella sola norma origine e regola, solo una circostanza sostanziale può inficiare il generarsi dell'effetto.

Perciò, l'atto del privato, quanto alla sua localizzazione all'interno del meccanismo di produzione dell'effetto, è il primo passaggio; mentre l'intervento dell'amministrazione chiude la sequenza, accertando un effetto che si è originato dalla rispondenza della situazione di fatto a quanto stabilito a monte della norma: l'effetto si origina nella legge²³⁷, si

quale *agere licere*, come facoltà di agire per la realizzazione dell'interesse. A tal proposito si cita BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile, Norme, soggettivi e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1986, pp. 285. Nonché, nello stesso senso, anche TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, ILVI ed., Cedam, Padova, 2013, p. 3.

²³⁵ Si ricorda a proposito anche l'insegnamento di CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, p. 517, secondo il quale la manifestazione di volontà deve esserci per la produzione degli effetti, che però si producono solo in quanto la legge lo consenta.

²³⁶ Evoca la centralità del momento volitivo proprio all'interno del meccanismo di produzione dell'effetto FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 76 e s., secondo il quale il momento di reale produzione dell'effetto giuridico si situa nella richiesta del cittadino. Da questa considerazione l'autore mette in luce la somiglianza tra autorizzazioni di carattere vincolato e sentenze di accertamento costitutivo.

²³⁷ Cosa che peraltro costituisce un dato unificante per tutte le moderne concezioni del diritto soggettivo. In tal senso RODOTÀ S., *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 223 e ss.

manifesta con la dichiarazione del privato e viene *solo accertato* dall'amministrazione.

Dunque, se l'attività dell'amministrazione è di sola verifica della corrispondenza della situazione di fatto alla norma, essa è *obbligata* a invitare il privato a regolarizzare quanto abbia dichiarato. In caso contrario, quell'atto che respinga la domanda per il solo fatto della sua incompletezza finirebbe per prevalere su quanto stabilito nella norma, indicando nella completezza medesima, *ex post*, una condizione di esistenza del vantaggio.

Casomai, dato che le condizioni di attribuzione del vantaggio devono essere predeterminate, affinché sia integrata la struttura al presentarsi della quale si impone l'invito alla conformazione, sarà ammissibile accrescere a monte i limiti alla produzione del vantaggio, aggiungendo requisiti o modalità di esteriorizzazione degli stessi a carattere escludente.

Invece, l'amministrazione non pare possa impedire a posteriori la produzione di un effetto che origina da un fatto descritto nella norma come indispensabile e rispecchiato nella dichiarazione, perché un vizio meramente formale, non qualificato a monte in modo certo e uguale per tutti, come condizione di esistenza del vantaggio, non può essere pretesto per impedire la produzione dell'effetto.

Dunque, davanti a uno schema in cui è la norma l'unico parametro di raffronto della completezza della domanda, l'amministrazione è tenuta alla conformazione dalla struttura medesima della fattispecie. Se è la legge a dire chiaramente cosa spetta a chi, e a che condizioni, allora il

soggetto pubblico non ha alcun potere²³⁸: si trova posto in una situazione di vincolatezza²³⁹ che è lo stato di *obbligatorietà*.

²³⁸ GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 266 e ss. che associa la nozione di potere al solo potere discrezionale e dunque nega che l'atto vincolato possa essere considerato esercizio di potere: al punto che di atto si tratta e non di provvedimento. Nello stesso senso LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 376 e ss. che afferma come di potere amministrativo possa parlarsi solo nel caso in cui la p.a. disponga di un certo margine di discrezionalità; altrimenti l'attività amministrativa è affermazione della volontà di un precetto, che è semplice proiezione nel concreto di quanto posto dalla legge. Parla invece di «potere vincolato» SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 369. Con ciò intendendo che anche l'atto vincolato può essere espressione di un "potere" autoritativo, in quanto, anche in relazione ad ambiti o aspetti vincolati dell'attività, è previsto come indispensabile che l'amministrazione emani un atto che regoli il rapporto e questo, pur avendo un contenuto prestabilito dalla legge, incide unilateralmente sulle situazioni soggettive dei privati: perciò è autoritativo in senso giuridico. Questa affermazione va riconnessa alla riflessione circa il significato del concetto di autoritarietà, svolta dall'autore a pp. 352 e s. Questi, seppur in relazione alla definizione del potere discrezionale, distingue il potere autoritativo in senso sostanziale dal concetto giuridico di autoritatività. Il primo attiene alla rilevanza della scelta dell'amministrazione per gli interessi degli altri, nel senso che la scelta si impone «anche contro i loro interessi, ad altri, pur se relativa ad atti che possono essere emanati solo per loro iniziativa». In tal senso la discrezionalità è sempre un potere autoritativo. Mentre diverso è il concetto giuridico di autoritatività, ossia «il potere di incidere unilateralmente sulle libertà e sui diritti degli altri» sulle posizioni giuridiche soggettive degli altri. In questa accezione, l'atto adottato dall'amministrazione nell'ambito di una scelta discrezionale può anche non avere un effetto giuridico autoritativo, così come, invece, l'atto vincolato è autoritativo in senso giuridico. Quanto appena descritto è da riconnettersi a sua volta a quanto verrà esplicitato in seguito, *infra* § 5, a proposito del tema della diversa costitutività degli atti vincolati o discrezionali. A tal proposito si nota per adesso che entrambi condividano tale efficacia, da rintracciare nell'essere comunque indispensabili alla produzione dell'effetto, che modifica la situazione soggettiva del privato, ma con una diversa gradazione. Agli atti vincolati infatti si applica una costitutività in senso largo, come mera efficacia accertativa della volontà della legge. L'atto, cioè, fa venire in essere l'effetto precostituito dalla legge ma non è diretta

3. La teoria generale delle pretese procedurali: il collegamento con la discrezionalità e l'interesse legittimo.

Chiarito così il carattere obbligatorio dell'invito, occorre adesso guardare alla posizione del privato, che si sostanzia in una pretesa, la cui natura richiama quella delle pretese procedurali.

La fonte primaria per la disciplina generale di tali istituti è rappresentata dalle norme contenute nella legge n. 241/1990, segnatamente in quelle contenute nel Capo III²⁴⁰. Queste disposizioni predispongono una serie di “*passaggi*” procedurali che consistono in *obblighi* per l'amministrazione a cui corrispondono altrettante *facoltà* per i privati, indicate con varie denominazioni²⁴¹. Nella legge, invero, tali facoltà sono qualificate come per lo più come «diritti» (per esempio: di accesso, di partecipazione etc.), ma la terminologia usata dal legislatore

espressione della scelta dell'amministrazione, come invece l'atto espressione di potere discrezionale.

²³⁹ In altri termini quando «le leggi, i regolamenti o gli altri atti specificativi dell'indirizzo politico contengono indicazioni talmente precise ed univoche che, nel momento in cui si deve provvedere in una concreta situazione di fatto, non vi è che da applicare puntualmente quanto già determinato con quegli atti, gli apparati amministrativi sono privi di qualsiasi potere discrezionale e si trovano invece in situazione di vincolatezza» cfr. SORACE D., *Atto amministrativo*, cit., in particolare p. 52.

²⁴⁰ Si tratta di norme con una forte attitudine processuale, «giacché sono preordinate a stabilire le fasi e gli adempimenti procedurali necessari per giungere alla definizione della fattispecie, nonché i comportamenti facoltativi o doverosi, delle parti». GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 89.

²⁴¹ Un esame accurato delle varie teorizzazioni, anche data l'autorevolezza della fonte, si ritrova in SCOCA F. G., *L'interesse legittimo – Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 241 – 271.

non è stata ritenuta vincolante per i molteplici interpreti che si sono interrogati sulla loro natura²⁴².

Il tratto comune in questa varietà di definizioni è dato dalla circostanza che la predisposizione di queste regole di comportamento per la p.a. garantisce al privato di prendere parte al procedimento, introducendo fatti e valutazioni volti a rappresentare i propri interessi, in modo da orientare le scelte del decisore pubblico²⁴³ e, comunque,

²⁴² Sul punto della qualificazione delle facoltà inerenti al procedimento si tornerà *infra* § 4. Occorre comunque sin d'ora precisare che non c'è univocità nella terminologia usata dai numerosissimi autori che si sono occupati del tema. Si trovano riferimenti a: pretese procedimentali, pretese partecipative, diritti etc. Nel prosieguo si preferirà l'espressione pretese procedimentali perché neutra rispetto alla qualificazione come diritti, considerato che la loro natura è questione dibattuta, e onnicomprensiva delle plurime vesti che tali pretese possono assumere. Infatti, alla suddetta categoria appartengono facoltà diverse che rimandano tutte, seppur diversamente, alla partecipazione al procedimento di formazione delle decisioni amministrative: alle volte assumeranno la conformazione di strumenti di difesa del contraddittorio, altre di prestazione, altre ancora di partecipazione. Perciò il termine pretese procedimentali pare quello più adeguato.

²⁴³ Il tema delle pretese procedimentali si collega all'affermarsi del principio partecipativo BASSI F., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 746 - 750, inteso come «frutto buono» dell'evoluzione in senso pluralistico della società civile e politica. Con il passaggio dallo stato monoclasse allo stato pluriclasse a cui si accompagna la «polverizzazione» della titolarità del potere politico a causa della nascita della partitocrazia e dell'affermarsi nel tessuto sociale di numerosi gruppi organizzati espressione di interessi corporativi, che con la loro forza di pressione acquisiscono quote più o meno ampie di tale potere, si modifica profondamente lo stesso modo di esercizio del potere politico. La legge diviene il risultato di un patteggiamento tra le segreterie dei partiti politici e i gruppi di pressione e si incrina la posizione di supremazia della p.a. Si diffonde dunque l'idea che l'attività della p.a. di gestione degli interessi della collettività possa essere svolta più efficacemente se vi partecipano anche i diretti interessati. Dunque, al principio di autoritatività, che fino ad allora era stato il «pilastro portante della p.a.», si sostituisce «il primato del consenso».

assicurare che queste siano conformi agli esiti dell'istruttoria compiuta, verificabile secondo criteri di razionalità, logicità e proporzionalità²⁴⁴.

Lo scopo perciò che qualifica le pretese del privato nel procedimento è la possibilità di incidere sulla statuizione finale²⁴⁵: contribuendo all'ottenimento del vantaggio finale o evitando l'emanazione di un provvedimento con effetti negativi.

Questa correlazione con l'esercizio della funzione amministrativa che si esplica nel procedimento ha fatto sì che la dogmatica sviluppatesi attorno alle pretese procedimentali si sia concentrata principalmente sul ruolo delle stesse in relazione all'attività discrezionale²⁴⁶. Invero, in esse sono stati individuati degli strumenti che consentono l'ingresso di tutti gli interessi coinvolti nel procedimento, così da fornire un quadro completo nel quale il soggetto pubblico operi il bilanciamento. Sono dunque state qualificate principalmente come mezzi di partecipazione del privato all'esercizio del potere discrezionale.

Si tratta dunque di un legame che è nato quasi in modo automatico, con l'affermarsi della visione del procedimento come *modo di svolgimento della funzione*. Infatti, assimilato l'esercizio della funzione

²⁴⁴ GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 90.

²⁴⁵ Secondo SCOCA F. G., *L'interesse legittimo – Storia e teoria*, cit., p. 233, infatti, «la tutela fisiologica degli interessi privati ha sede esclusivamente nel procedimento».

²⁴⁶ Questa scelta di campo è seguita anche da LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 1967, che, come spiega a p. 140, limita la sua indagine agli accertamenti di fatto che precedono l'emanazione di un provvedimento amministrativo e non la estende a quelli compiuti in vista d'emanazione di un mero atto amministrativo. Egli giustifica questa decisione affermando che, dato che «l'atto-provvedimento rappresenta la manifestazione tipica e massima di volontà dell'amministrazione, è chiaro che le questioni delicate sulla rilevanza del «conoscere» sotto il profilo della legittimità sono connesse alla problematica della discrezionalità».

alla discrezionalità²⁴⁷, quale forma dell'attività amministrativa che massimamente si lega all'idea di potere pubblico, nella sua componente di scelta tra più soluzioni legittime, e divenuto il procedimento la sede dell'acquisizione e del confronto tra interessi pubblici e privati, è venuta spontanea la correlazione con l'attività discrezionale. Da qui il passo è stato breve nel collegare la partecipazione (e gli istituti in cui essa si sostanzia), che nel procedimento trova sede privilegiata²⁴⁸, alla discrezionalità²⁴⁹. Si è diffusa così l'idea che più ampio è il margine di

²⁴⁷ CASETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 8 e s., scrive: «chiarita la posizione dei privati nel procedimento, occorre ritornare al quesito originario e vedere in che modo la loro partecipazione incida sull'esercizio della funzione, ossia sulla discrezionalità».

²⁴⁸ BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 802, secondo cui «il momento percepibile della partecipazione trova sede nel procedimento [...]. Si può dire allora che indirettamente la partecipazione valorizza il procedimento, ma contribuisce anch'essa a dargli un significato del tutto nuovo: da adempimento di taluni passaggi prestabiliti, il procedimento diventa sede per la definizione dell'interesse sociale che, appunto secondo le preferenze della società amministrata, deve essere soddisfatto con la singola iniziativa». Dello stesso autore si veda anche *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 1861 e ss. Inoltre, FANTINI S., *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in CAVALLO B. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 88 e s., secondo cui «la partecipazione caratterizza principalmente l'istruttoria, vero baricentro del procedimento» e aggiunge «se dunque l'istruttoria è la fase centrale in cui l'amministrazione procede alla verifica dei fatti ed all'acquisizione e ponderazione degli interessi al fine di far emergere, in una sorta di *making process*, possibili alternative decisionali, è allora evidente come proprio qui la partecipazione assuma la sua più evidente ragione d'essere».

²⁴⁹ Il collegamento tra discrezionalità e partecipazione è diretto: «la discrezionalità, che è comparazione di interessi e scelta successiva tra soluzioni legittime e possibili, presuppone la individuazione e determinazione del "fatto". In ordine a essa rileva la manifestazione di interessi del privato, in quanto permette una integrazione della

discrezionalità, maggiore è l'esigenza di intervento dei privati²⁵⁰. Ne è emersa la necessità di arginare il potere pubblico e influenzarne l'esercizio, a cui si è risposto con la predisposizione di un percorso obbligatorio e ben definito nel corso del quale l'interesse pubblico primario si incontra e scontra con gli altri interessi, pubblici e privati, e si applica al caso concreto. Su questo aspetto la procedimentalizzazione dell'attività discrezionale ha svolto un ruolo fondamentale²⁵¹, muovendosi nel senso di ampliare sempre più i margini della legittimità rispetto ai profili di merito²⁵² e, dunque, la tutela del cittadino.

conoscenza, un arricchimento della istruttoria». Così, Casetta E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, cit., pp. 8 e s.

²⁵⁰ SALA G. A., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 307 e ss.

²⁵¹ Si richiama a tal proposito Ferrera R., *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, III, c. 28, secondo il quale le «regole del gioco» di «democrazia procedurale» fissate dalla legge sul procedimento amministrativo, formalizzando l'«innesto della cultura della dialettica processuale» sul procedimento amministrativo. Tali regole procedurali di partecipazione si traducono in un «sistema di doppia garanzia: in favore dei privati che possono così rappresentare il proprio punto di vista in connessione con il “modo di farsi dell'azione amministrativa”, ben potendo in questo modo orientare l'esito finale; ed a vantaggio della stessa amministrazione procedente alla quale il privato apporta elementi di valutazione “non marginali” [...] in vista del raggiungimento di obiettivi di risultato secondo le regole della proporzionalità e del buon andamento». Più in generale sulla nozione di merito amministrativo e sull'evoluzione di tale concetto nel senso dell'ampliamento dello spazio di legittimità e conseguente riduzione del merito, si richiama Giliberti B., *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013, in particolare pp. 91 e ss.

²⁵² Peraltro, come nota Cognetti S., *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, pp. 102 e ss., alla scelta di dettare una disciplina dettagliata della procedura amministrativa da noi attuata, com'è noto, con la l. n. 241/1990, era sotteso il conflitto tra i sostenitori e gli oppositori di un'amministrazione sempre più vincolata dalla legge. Per i sostenitori di tale strada era prioritario, appunto, assicurare maggiori garanzie a favore degli amministrati quale contrappeso al potere pubblico che con l'evolversi della società

L'affermatosi collegamento tra partecipazione e discrezionalità ha influito inevitabilmente sulla qualificazione delle pretese procedimentali: infatti questa tematica si intreccia a doppio filo con quello dell'interesse legittimo²⁵³. D'altro canto, se l'interesse legittimo si esprime nell'ambito del procedimento non può che porsi in stretta relazione con le *pretese* spettanti al privato all'interno di esso.

Tuttavia, la diversità tra le due categorie, interessi legittimi da un lato e "interessi" procedimentali dall'altro, che risiede nel contenuto di ciascuno di esse²⁵⁴, ha reso evidente la necessità di chiarire i rapporti

aveva finito per sottrarre un sempre maggior numero di settori alla disponibilità dell'individuo. I fautori dell'altra posizione, al contrario, ponevano l'accento sulla necessità di garantire all'amministrazione il potere di modellare in modo flessibile la propria azione, così da realizzare un ottimale perseguimento dell'interesse pubblico. Queste due posizioni sono state in parte ideologizzate e radicalizzate al punto da porre in termini di opposizione il rapporto tra *garanzia* ed *efficienza*.

²⁵³ A tal proposito si richiama TRAVI A., *Interessi procedimentali e pretese partecipative: un dibattito aperto (A proposito di due contributi di Duter e Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 531 e s. L'autore sottolinea le differenze tra interesse legittimo, interesse procedimentale e pretese partecipative, affermando come gli ultimi concetti rappresentino profili cruciali per la riflessione sul primo. In particolare, all'interesse legittimo viene attribuita una rilevanza procedimentale, strettamente legata alla sua natura sostanziale, intesa come «interesse al bene della vita che è oggetto del potere amministrativo». L'interesse procedimentale si realizza nel procedimento ma in un'ottica di «tendenziale indifferenza rispetto al bene della vita». Le pretese procedimentali invece sono di difficile inquadramento: da un lato, attengono allo svolgimento della medesima azione amministrativa a cui si riconduce l'interesse legittimo; dall'altro sono anche autonome. Quanto alla differenza tra interesse procedimentale e pretese partecipative, il discrimine sta nel fatto che il primo rileva in punto di definizione dell'ampiezza della partecipazione (soprattutto quanto ai criteri di legittimazione per l'intervento); le seconde rilevano sul piano del contenuto delle prerogative di chi sia legittimato a partecipare; entrambi: «identificano le coordinate della partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo».

²⁵⁴ Gli interessi procedimentali hanno per oggetto comportamenti a cui è tenuta la p.a. come parte, strumentali al pieno rispetto del diritto di partecipazione, contraddittorio e di difesa; l'interesse legittimo attiene al piano sostanziale, seppur

reciproci. Perciò, lo studio delle facoltà inerenti al procedimento si lega all'esame dell'interesse legittimo; così come, il modo di atteggiarsi del rapporto tra questi due elementi è correlato alle diverse accezioni in cui si guarda a questa controversa figura soggettiva²⁵⁵, nonché alla natura delle facoltà medesime.

poi la sua definizione sia diversa nelle varie teorizzazioni. Cfr. SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 107.

²⁵⁵ Esula dai confini di questo lavoro dare una definizione di tale controversa situazione giuridica, frutto di una lunga evoluzione interpretativa del pensiero giuridico. In materia di interesse legittimo la produzione dottrinale è vastissima, a titolo esemplificativo si richiama una parte di essa. Per ciò che riguarda gli studi che hanno indagato l'origine della figura dell'interesse legittimo si rimanda a: CAMMEO F., *Commentario della legge sulla giustizia amministrativa*, I, Vallardi, Milano, 1911, in particolare pp. 376 e ss.; SANDULLI A., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano, Napoli, 1963, pp. 11 e ss.; BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 589 e ss.; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, cfr. soprattutto pp. 67 e ss.; GIANNINI M. S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 229 e ss.; SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 272 e ss.; GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 e ss., in senso diametralmente opposto AMORTH A., *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, pp. 64 e ss.; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, p. 189; MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, pp. 49 e ss.; GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., pp. 238 e ss.; PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962; NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, cc. 469 e ss.; GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit. Inoltre: SORACE D., *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, cc. 205 e ss.

3.1. *Le origini della nozione e le ragioni del collegamento.*

Per chiarire perché le pretese procedimentali siano nate e si siano evolute in stretta connessione con l'attività discrezionale occorre accennare alle origini della categoria. Invero, la ragione di tale collegamento si lega al tema dell'evoluzione del modo di guardare al procedimento²⁵⁶, consacrata definitivamente nella legge 7 agosto 1990, n. 241²⁵⁷.

²⁵⁶ Tra la mole di lavori che si sono occupati del tema si richiama solo alcuni dei contributi più specifici. In ordine alfabetico: BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1117 e ss.; BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit.; CARDI E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, aggiorn., 1995, pp. 1 e ss.; GALEOTTI S., *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, pp. 504 e ss.; FORTI U., «Atto» e «procedimento» amministrativo (note critiche), in *Riv. dir. pubbl.* 1930, pp. 349 e ss.; MIELE G., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, 1933, III, cc. 376 e ss.; SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*; ID., *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1021 e ss.; SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 28 e ss.; SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit.; SERRA M. T., *Contributo ad uno studio sull'istruttoria nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991, spec. 48 – 69. Per un'analisi di diritto comparato sui diversi modelli della legislazione sul procedimento imprescindibile il riferimento a PASTORI G. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Neri pozza, Vicenza, 1964. Si veda inoltre BERTI G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e Soc.*, 1980, pp. 440 e ss.; CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; CASSESE S., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"* e TORCHIA L., *I modelli di procedimento amministrativo*, in TORCHIA L. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova, 1993, pp. 1 e ss. e pp. 33 e ss. e PALICI DI SUNI PRAT E., *Il diritto al procedimento: profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1994.

²⁵⁷ In Italia una disciplina espressa del procedimento amministrativo si è sviluppata relativamente tardi rispetto ad altri Stati occidentali, dal momento che è stata attuata solo con la legge 7 agosto 1990, n. 241. Diversamente, in altri paesi europei

ed extraeuropei una legge volta a disciplinare (quantomeno i principi) a cui doveva informarsi lo svolgimento dell'attività amministrativa era stata emanata con diversi anni di anticipo rispetto all'esperienza del nostro ordinamento. Com'è noto, il modello più antico e organico di procedimentalizzazione dell'attività amministrativa è costituito dalla normazione austriaca, di cui alla legge 21 luglio 1925, n. 274, (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* – AVG 1925) modificata nel 1950. A questo modello, avente carattere principalmente giustiziale, si sono rifatte, nel periodo immediatamente successivo, le leggi di molti altri ordinamenti. In particolare, la Polonia, con il regolamento del Presidente della Repubblica del 21 marzo 1928, poi affiancato dal Codice della procedura amministrativa, di cui alla legge 14 giugno 1960; la Jugoslavia, con una legge del 9 novembre 1930 e la Cecoslovacchia, con il regolamento delegato del 13 gennaio 1928. Inoltre, anche se solo successivamente, pure l'Ungheria, con la legge contenente il Codice sulle norme generali degli atti amministrativi del 9 giugno 1957, ha ripreso il modello della legge austriaca. Ai principi della legislazione austriaca si sono poi richiamati anche i paesi scandinavi: la Norvegia, con la legge 10 febbraio 1967; la Svezia, nel 1972 e la Danimarca nel 1987. L'altro modello procedurale di riferimento è rappresentato dal sistema adottato negli Stati Uniti con l'*Administrative procedure act* dell'11 giugno 1946, quale risposta nel periodo del *New Deal* all'espansione delle funzioni della pubblica amministrazione e alle esigenze di garanzia del privato. A questo schema si è rifatto, per esempio, Israele, con la legge 15 dicembre 1958. Sono poi seguiti, con sistemi originali, per esempio, la Spagna con la *Ley de Procedimiento Administrativo* del 17 luglio 1958, che in realtà riformava la *Ley (de Bases) del Procedimiento Administrativo* del 19 ottobre 1889, in cui erano regolati solo principi e regole base del procedimento, rimettendo la loro successiva puntualizzazione a specifici regolamenti; la Svizzera con la legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968, a cui seguirono altre leggi adottate in materia dai singoli Cantoni; la Germania, dove la legge sulla procedura amministrativa del 1976 è stata preceduta da diversi progetti di legge e leggi ormai abrogate, nonché normative dei singoli *Länder*. Per un esame completo delle esperienze negli ordinamenti di altri Stati in materia di disciplina procedurale non si può che rimandare a PASTORI G., *La procedura amministrativa*, cit., che per quanto ormai risalente continua a rappresentare un fondamentale punto di riferimento per approcciarsi ai sistemi stranieri sul tema, anche per la vastità e completezza del materiale tradotto in esso riportato. Dello stesso periodo LANGROD G., *La procédure administrative non contentieuse à la lumière des tendances modernes en Droit administratif comparé*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 1055 e ss. Molto utile anche PALICI DI SUNI PRAT E., *Il diritto al procedimento: profili di diritto comparato*, cit. Si richiama inoltre, GUALMINI E., *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma, 2008, che realizza una panoramica

Infatti, è solo tramite la rivisitazione del procedimento, inteso non più in senso unitario²⁵⁸ ma privilegiandone la discontinuità²⁵⁹ rispetto al provvedimento, e la scoperta centralità della sua struttura²⁶⁰, che si

complessiva sull'evoluzione delle strutture amministrative di Stati Uniti, Inghilterra, Francia, Spagna, Germania e Italia. Per il diritto spagnolo si rimanda invece a GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I – II, Civitas, Madrid, 2017 e MORON M. S., *Derecho Administrativo*, XVI, Tecnos, Madrid, 2017, in particolare pp. 487 e ss. per l'evoluzione storica. Per la Francia invece seppur risalente HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, IV ed., Larose & Forcel, Paris, 1901; LANGROD G., *Procédure administrative et droit administratif*, in *Revue de droit public*, 1948, pp. 549 e ss. e AUBY J. B., *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

²⁵⁸ BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, p. 288, afferma l'indipendenza concettuale e la rilevanza intrinseca del procedimento. Infatti, dato che «nell'atto appare solo la risultanza finale e talvolta neppure fedele di questo sviluppo [ovvero dello sviluppo di una determinata forza giuridica che si attua nel procedimento inteso in senso sostanziale], è necessario tenere distinte le due entità [atto e procedimento] ed assegnare a ciascuna di esse una struttura ed una funzione proprie nell'ambito dei fenomeni giuridici». E ancora, «il procedimento ha una validità sua, la quale è data dall'essere esso espressione necessaria e talora anche sufficiente di una data forza giuridica».

²⁵⁹ ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 132.

²⁶⁰ Al punto che il provvedimento era divenuto mero «riepilogo, preformato – almeno nella parte essenziale – nelle fasi precedenti del procedimento stesso» in cui si è svolto il confronto dialettico. Cfr. NIGRO M., *Il procedimento legislativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 15, che richiama a sua volta l'idea di Schmitt Gläeser. ID. *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 267 e s. Per GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 292: «la volontà procedimentale è volontà provvedimentale». Nello stesso senso LEDDA F., *L'attività amministrativa, in Il diritto amministrativo degli anni 80': atti del 30. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como*,

arriva a parlare di *rapporto procedimentale*²⁶¹. L'attenzione si focalizza cioè sulla relazione giuridica²⁶²: sul rapporto che si instaura tra amministrazione e destinatari del provvedimento già prima dell'emanazione di quest'ultimo²⁶³.

Questo cambio di prospettiva²⁶⁴ appresta gli elementi idonei a porre in luce l'importanza del momento di "incontro" tra p.a. e cittadino

Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 83 e ss., afferma la prevalenza nell'ambito dell'attività amministrativa del processo formativo della decisione, rispetto al provvedimento. ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 152, dove l'autore spiega come il cittadino concorra all'attività produttiva della decisione, che sarà formalmente espressa nell'atto giuridico o nel provvedimento.

²⁶¹ NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., pp. 469 e ss. e in particolare, p. 474, dove viene affermato che si è avuto uno «spostamento del baricentro dell'attività amministrativa dall'atto all'iter di formazione della decisione».

²⁶² In BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., pp. 3223 e ss. La dimensione relazione del procedimento è poi affrontata dallo stesso autore in, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., pp. 22 e ss.

²⁶³ Così PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 183, nonché BERTI G., *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 41 e ss.; v. anche GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, pp. 138 e ss.

²⁶⁴ In tal senso, NIGRO M., *Il procedimento legislativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., pp. 14 e s. Inoltre, in tal senso, fra i molti, BRUGALETTA F., *La partecipazione dei privati nel procedimento amministrativo: orientamenti della legislazione e della giurisprudenza*, in *Giur. amm. sic.*, 1994, pp. 993 e ss. secondo il quale «il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa si va spostando dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione, ossia all'istruttoria, ed in conseguenza l'atto finale tende ad assumere sempre più il carattere di un riepilogo di quanto è avvenuto nell'istruttoria». Su questo aspetto ha richiamato l'attenzione in sociologia la teoria comportamentistico razionale. A tal proposito si richiama il fondamentale

nel procedimento: sede privilegiata in cui trovare strumenti volti a consentire il migliore svolgimento della funzione e assicurare la certezza del diritto²⁶⁵.

Tale percorso, dunque, ha condotto alla centralità del concetto di partecipazione e all'autonoma rilevanza delle situazioni soggettive che nell'ambito del procedimento si manifestano²⁶⁶. Infatti, è solo a seguito di questa evoluzione che, all'interno della generale categoria dell'interesse legittimo, si iniziano a distinguere più situazioni rispondenti a diversi beni e viene individuata la specie degli "interessi procedimentali"²⁶⁷.

Fino ad allora, invece, le situazioni giuridiche soggettive interne al procedimento²⁶⁸ erano state relegate in posizione subalterna rispetto ai diritti e agli interessi regolati dal provvedimento²⁶⁹.

SIMON H.A., *Administrative behavior*, II ed., New York, 1957, trad. it., *Il comportamento amministrativo*, II ed., Il Mulino, Bologna 2001.

²⁶⁵ PASTORI G., (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., p. 25.

²⁶⁶ In questo periodo dell'evoluzione della dogmatica sul procedimento amministrativo si pone il problema della autonomia degli interessi procedimentali. In senso critico si esprime NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., p. 477, che evidenzia come una concezione che valorizzi tale autonomia non si comprenda se sia di aiuto alla chiarificazione della nozione di interesse legittimo «oppure di turbamento oltre che di ostacolo».

²⁶⁷ A tal proposito il primo riferimento è costituito da GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. proc.*, 1963, pp. 12 e ss. Com'è noto, l'autore distingue tre specie di interessi individuali tutelati dall'ordinamento: interessi di mera legittimazione, interessi procedimentali e interessi legittimi. Questa distinzione è criticata da CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 20 e s. che classifica la distinzione come nulla più che una «sfumatura».

²⁶⁸ Che potevano nascere dalla eventuale partecipazione dei soggetti interessati alle fasi propedeutiche all'adozione dell'atto finale. V. a tal proposito GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 6.

²⁶⁹ Queste, infatti, non potevano che essere considerate come situazioni precarie e temporanee, prive di autonoma rilevanza: diritti in formazione (cfr. FORTI U., *Diritto*

Questo perché il percorso formale tramite cui l'amministrazione giungeva alla emanazione del provvedimento non era stato considerato dalla dottrina²⁷⁰ come dotato di una autonoma rilevanza²⁷¹. In realtà, il procedimento²⁷² era ben conosciuto anche dalla dottrina più antica, ma

amministrativo, II ed., Jovene, Napoli, 1931, pp. 118- 120), che avrebbero trovato tutela solo con il perfezionarsi del provvedimento.

²⁷⁰ Per la dottrina italiana precedente alla legge n. 241/1990 si richiama tra gli autori che, seppur con varietà di sfumature avevano aderito a una concezione sostanziale del procedimento, ridotto alla categoria dell'atto giuridico: CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, cit.; FORTI U., «Atto» e «procedimento» amministrativo (note critiche), cit., pp. 349 e ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit.; GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.; MIELE G., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, cit., pp. 376 e ss.; RAGGI L., *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, pp. 214 e ss.; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1954; AMORTH A. – RANELLETTI O., *Atti amministrativi*, in *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1937, pp. 1902 e ss. Quanto alla costruzione della concezione formale dell'atto amministrativo il riferimento è a SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 1021 e ss. Per approfondimenti ulteriori sulla dottrina amministrativa di fine Ottocento si rimanda a MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, III ed., Laterza, Roma - Bari, 2004, spec. pp. 50 e ss.; GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, pp. 179 e ss. e DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1992.

²⁷¹ Tuttavia, già alla fine del sec. XIX, una parte della dottrina (MANNA G., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, I, 1876, pp. 339 e ss. e MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, F.lli Bocca, Torino, 1892, pp. 589 e ss.) aveva proposto la ricostruzione del procedimento amministrativo in termini di rapporto, sulla scia della dottrina austriaca e tedesca. In questa prospettiva era stata affermata la giuridicità delle forme dell'agire amministrativo, in quanto anche la forma trova la sua disciplina nel complesso delle norme di diritto pubblico. Cfr. SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., p. 82.

²⁷² Che era descritto come una serie di atti (per esempio, MIELE G., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, cit., pp. 119 e ss. insiste in particolare sulla non omogeneità degli elementi del procedimento), destinati a confluire e identificarsi nell'atto principale, volti alla produzione dell'effetto giuridico. L'identificazione tra procedimento e atto principale, nonché la funzione meramente strumentale degli atti preparatori, è spiegata da SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa*,

a esso si guadagnava come al *farsi dell'atto*²⁷³: non era considerato nella sua intrinseca funzione²⁷⁴. Invero, solo dall'atto conclusivo si riteneva che nascesse un rapporto giuridico²⁷⁵ da cui derivavano gli effetti previsti dalla legge attributiva del potere.

cit., p. 82, in virtù dell'esigenza espressa dalla giurisprudenza dell'epoca di limitare la facoltà di ricorrere al solo atto produttivo dell'effetto finale.

²⁷³ In questo contesto, i precedenti dell'esternazione dell'atto, erano rilevanti e dovevano essere conoscibili al fine di tutelare il privato, ma solo «dovendosi controllare il provvedimento», cfr. BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 780.

²⁷⁴ Tant'è vero che «il procedimento si vedeva nascere e concludere in relazione ad un atto già individuato e quindi successivamente alla individuazione dell'interesse da coltivare», cfr. BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 781.

²⁷⁵ Sul concetto di rapporto giuridico va citata la ricostruzione di SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., SCIALOJA V., I, Torino, 1886, 4, pp. 36 e ss., che descrive il rapporto come «una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto», riscontrando la ragione di tale rapporto nel conflitto delle libertà. Si richiama poi CICALA F. B., *Il rapporto giuridico*, II ed., F.lli Bocca, Firenze, 1935, pp. 15 e ss.; LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Cedam., Padova, 1950, pp. 10 e ss.; BOBBIO N., *Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico*, in *Scritti in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione*, Cedam, Padova, 1953, pp. 41 e ss., che esamina l'opera di Alessandro LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., la quale accoglie la concezione del diritto come di rapporto giuridico; MIELE G., *I principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, pp. 103 e ss.; PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir. XXXVIII*, Milano, 1987, pp. 289 e ss. che definisce il rapporto giuridico come «il vincolo intercorrente tra due o più soggetti, nell'ambito del quale le diverse posizioni giuridiche siano in grado di influenzarsi reciprocamente». Inoltre, occorre soffermarsi sull'uso del concetto che si ritrova in BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Cedam, Padova, 1996, in particolare p. 383. In quest'ultima ricostruzione la nozione di rapporto giuridico assume un ruolo contrale al fine della parificazione dei soggetti, infatti, «è solo in quanto egli [il cittadino] si trova in un rapporto con la Pubblica amministrazione che egli può concorrere all'attività e all'azione dell'amministrazione e difendersi dagli eventuali arbitrii di quest'ultima». Sul tema del rapporto giuridico v. anche CASTRONOVO G., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 653 e ss. e GIACCHETTI S., *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in

A tale formula²⁷⁶, che vedeva nei singoli atti le parti di un tutto, secondo la concezione di «atto-procedimento»²⁷⁷, è seguita una descrizione formale del procedimento, come sequenza di atti

Cons. St., 2000, pp. 2038 e ss. Più di recente, FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 113 e ss. e PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 29 e ss.

²⁷⁶ Sul punto si veda GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, cit., pp. 2 ss. che nota come questa scarsa attenzione per il procedimento amministrativo sia da rapportare all'uso della nozione di rapporto giuridico formulata dalla pandettistica e ripresa dalla dottrina civilistica, secondo cui il negozio giuridico rappresenta la fonte costitutiva, modificativa ed estintiva del rapporto tra privati. A partire da questa nozione la dogmatica giuspubblicistica appunta la sua attenzione sul provvedimento come origine del rapporto tra amministrazione e cittadini. Si guardi anche BOBBIO N., *Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico*, cit., pp. 41 e ss. Riconosce la dipendenza concettuale dal diritto civile delle teorie che si focalizzano solo sul rilievo del provvedimento anche OCCHIENA M., *Situazioni soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 54 e s., nota 3, e pp. 57 e ss. Alla concezione che negava la rilevanza esterna degli atti endoprocedimentali se ne affiancava un'altra secondo la quale tali atti erano comunque idonei a produrre effetti, seppur di minore intensità rispetto a quello finale. Si esprime in questo senso CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 550 e s.

²⁷⁷ L'espressione è di FORTI U., «Atto» e «procedimento» amministrativo (*note critiche*), cit., p. 365. L'autore, in particolare pp. 361 – 364, distingue tra un procedimento in senso stretto e uno in senso ampio. Con il primo faceva riferimento al concetto di atto-procedimento, ossia al caso in cui il procedimento tiene luogo dell'atto, nel senso che vi è una serie di atti successivi aventi un effetto prodromico e parziale rispetto all'atto finale da cui deriva l'effetto giuridico. La nozione di procedimento in senso ampio, invece, «si riferisce invece ad una serie di atti, che, pur essendo dotati di individualità giuridica propria, son collegati da ciò che intervengono nella vita di un più ampio rapporto, influenzando sul nascere sullo svolgersi o sulla fine di esso, e provenendo or dall'uno or dall'altro dei due (o più) soggetti del rapporto medesimo; onde appaiono ricongiunti per così dire in una superiore unità». Questi due «tipi» di procedimento ben possono intrecciarsi ma, ai fini del concetto di procedimento che qui ci interessa, si fa riferimento alla nozione di procedimento in senso stretto.

preparatori²⁷⁸, preliminari all'emanazione del provvedimento finale²⁷⁹. La diversa prospettiva non aveva tuttavia mutato di molto il modo di guardare alle situazioni soggettive procedimentali sorte prima della fase costitutiva dell'effetto finale²⁸⁰. Ciò nonostante, si era iniziato ad avvertire una certa sensibilità per problema della configurabilità di autonome situazioni soggettive in pendenza del procedimento, percepite come situazioni del tutto diverse dalla nozione di «frazione di diritti» prospettata dalla dottrina precedente²⁸¹.

Le situazioni soggettive endoprocedimentali hanno acquisito una loro autonomia invece quando il procedimento è stato collegato alla nozione di *funzione*²⁸². È in questa fase che sono state gettate le basi,

²⁷⁸ Il riferimento è a SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 296 – 300.

²⁷⁹ Per ulteriori approfondimenti v. BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 17 – 20. Per gli influssi che le teorie di Sandulli hanno avuto nel successivo dibattito scientifico in materia di procedimento si rimanda a CARDI E., *Procedimento amministrativo*, cit., pp. 1 e ss.; VILLATA R. – SALA G., *Procedimento amministrativo*, cit., pp. 574 e ss.

²⁸⁰ Infatti, nonostante la teoria dei diritti in attesa di formazione fosse stata abbandonata, le situazioni soggettive endoprocedimentali venivano ricondotte a mere aspettative, «fatti psichici» del soggetto che nulla avevano a che vedere con il diritto. Queste situazioni soggettive acquisivano dunque una rilevanza tra la fase costitutiva e la fase integrativa dell'efficacia, ma sotto forma di diritti in stato di pendenza. Cfr. SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 308 e pp. 295 e 300.

²⁸¹ Cfr. SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 303.

²⁸² Questo cambio di prospettiva è da attribuire ai lavori di Feliciano BENVENUTI e alla grandissima influenza che essi hanno avuto nell'evoluzione dottrinale sviluppatasi attorno alla nozione di procedimento. Sul punto è dunque d'obbligo citare di tale autore: *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 40 e ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 118 ss. in base al quale, da un punto di vista oggettivo, il procedimento è stato definito come fenomeno della funzione e l'atto come la manifestazione del risultato di quella funzione. Sul concetto di funzione si richiama

come accennato, per la configurazione delle pretese procedurali come fortemente connesse al carattere discrezionale dell'attività. Infatti, la funzione per eccellenza viene identificata in quella nella quale si esplica il potere discrezionale dell'amministrazione e il procedimento ne è manifestazione sensibile²⁸³: luogo deputato all'acquisizione e ponderazione degli interessi.

poi MODUGNO F., *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 301 e ss. e MIELE G., *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, pp. 686 e ss.

²⁸³ Da intendersi come concretizzazione del potere in atto: BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 121. Inoltre, si rimanda sempre al medesimo autore, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., pp. 1 e ss. per la precisazione secondo cui funzione e potere sono due cose diverse. La funzione è esercizio del potere per un atto ma non si risolve nel solo potere. A conclusioni non dissimili era giunto anche BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., in particolare pp. 285 e ss. e nota 64, p. 293. Il punto di vista che egli sostiene è che il potere definito come «energia giuridica attuale», sia cosa distinta dalla sua trasformazione in procedimento sostanziale, ossia *funzione*. La funzione, dunque, è un fenomeno che percorre l'intero procedimento e consiste nell'attuazione sostanziale del potere. In questo processo di sviluppo gli interessi pubblici e privati altro non sono che «elementi di struttura della funzione» stessa. Dunque, egli distingue, da un lato, il *procedimento sostanziale – funzione* e, dall'altro, il *procedimento formale*. Il primo attiene all'attuazione del potere; il secondo è *forma* di attuazione di quel potere, ossia realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione. La distinzione tra procedimento inteso come forma e come funzione, da considerare quale termine sostanziale a cui far riferimento, è stata criticata da parte della dottrina che la ha ritenuta eccessivamente evanescente. Come ricorda BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 20 e s., che a sua volta richiama GALEOTTI S., *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 32 e ss., il principale argomento a sostegno di queste posizioni è: se il potere si esplica attraverso la progressione di una serie di atti e se tale progressione altro non è che il procedimento, allora «non si riesce a vedere in cosa il procedimento e la funzione si distinguano». Sempre secondo Bergonzini, la teoria espressa da BERTI G., in *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 279 - 280, ossia che il potere è energia giuridica attuale che si trasforma e si attua mediante la funzione (procedimento sostanziale – il *come* della trasformazione del potere) da non confondere con la *forma* (procedimento formale),

In questo contesto, ribaltato il ruolo dell'atto finale, che aveva perso la sua centralità²⁸⁴, diviene rilevante innanzitutto il preciso *iter* di regole procedimentali²⁸⁵ che imbrigliano la funzione e prevedono e

non convince, dato che non permette di individuare profili sensibilmente diversi nel momento in cui pone comunque l'accento sul modo di svolgimento del potere.

²⁸⁴ ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., a p. 121 e 123, usa l'espressione «dequotazione del provvedimento» facendo esplicito riferimento a quella usata da GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc dir.*, XXVII, Milano, 1977, per definire la tendenza di una parte della dottrina a ridimensionare l'importanza del provvedimento. NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., p. 268, definisce il provvedimento come «il bilancio di una azienda che riassume le scritture contabili e ne dà una rappresentazione sintetica e statica» tuttavia «se si vuole conoscere la situazione contabile dell'azienda nella sua interezza e complessità, bisogna ricorrere alle scritture contabili, nelle quali si trova una rappresentazione analitica e dinamica di essa»

²⁸⁵ L'attenzione per la procedimentalizzazione porta alla distinzione tra due sistemi: il procedimento in senso stretto e il processo (BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 132 – 136). Secondo la distinzione proposta da BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., pp. 783 e ss., nella prima categoria erano stati inseriti quei procedimenti composti da atti omogenei per direzione, ossia tesi a soddisfare uno stesso interesse sostanziale, quello del soggetto che realizza l'atto. La seconda categoria, quella del processo, invece era stata definita come quella estrinsecazione della funzione in cui i soggetti che intervengono perseguono un interesse che è loro proprio e non è quello dell'autore dell'atto. Si era, cioè, giunti ad affermare che, nonostante la funzione amministrativa trovasse, di regola, la sua forma di estrinsecazione nel procedimento, nulla vietava che fosse svolta nella veste di processo, ossia secondo la struttura tipica della funzione giurisdizionale. La possibilità di sviluppare la funzione amministrativa tramite una procedura tipicamente contenziosa era divenuta ipotizzabile solo in quanto si era iniziato a guardare in modo neutro sia alle forme di procedimentalizzazione, vedendo in esse solo strumenti (BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 137), sia alla funzione: né amministrativa, né giurisdizionale, né legislativa. Cfr. BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 783, sottolinea come l'elemento distintivo tra processo e procedimento in senso stretto sia il diverso peso degli interessi coinvolti. Quanto alla funzione, in particolare pp. 786 – 787, l'autore

garantiscono l'intervento dei cittadini²⁸⁶. Dunque, si assiste alla «giurisdizionalizzazione»²⁸⁷ del procedimento²⁸⁸, che porta al diffondersi

afferma che questa, quale «sostanza processuale dell'attività», acquista evidenza nelle forme della procedimentalizzazione ma di per sé è neutra e, anzi, quale traduzione di un precetto, resta attaccata alla norma, ha un carattere prioritariamente e genericamente normativo. La sua colorazione rispetto ai poteri dello Stato avviene solo in seguito quando si collega a un certo tipo di soggetto e a un tipo di atto. La funzione infatti è traduzione - momento diffusivo - della norma che sta sopra la separazione tra legislazione, amministrazione e giurisdizione. Uno degli esempi che l'autore porta a fondamento di questa tesi è quello dei Consigli regionali. Questi attuano una funzione genericamente normativa unitaria ma che, attraverso differenti modalità di collegamento tra organo e atto, si suddividono in procedimenti legislativi, regolamentari o amministrativi.

²⁸⁶ Peraltro, l'affermarsi di un modello simile è condizione per l'attuazione di un modello di amministrazione di tipo dialogico e non monologico, che per quanto più facile, sia per i livelli esecutivi, che per quelli politici direttivi, è lontano da un ideale di civiltà in cui il potere è autolimitato dalla procedura. Su questo aspetto BENVENUTI F., *Prefazione*, in PASTORI G. (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., pp. XIII - XIV.

²⁸⁷ TREVES G., *Il principio «audi altera partem» nel procedimento amministrativo*, in *Tecnica dell'organizzazione della P.A.*, 1957, I, pp. 19 e ss. legge proprio nella progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento un fattore di cambiamento nel volto dell'amministrazione. Nel senso che questo processo contribuisce alla attenuazione e scomparsa della contrapposizione tra Stato e società civile, teorizzata e consolidata in epoca liberale, a favore di un'amministrazione erogatrice di servizi e l'affermarsi dello stato sociale. LEVI F., *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, pp. 1625 e ss., in particolare a p. 1628, parla del «socializzarsi dell'amministrazione e della politica», quale effetto comune delle forme di espressione della partecipazione.

²⁸⁸ Il fenomeno dell'espansione degli schemi processuali era comune ai vari rami del diritto. In tal senso PREDIERI A., *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nel procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 13, che tratta dell'estensione del metodo processuale non solo al procedimento amministrativo ma anche a quello legislativo. In tal senso pp. 4 e 60. Sul punto, cfr. CASSESE S., *Il privato ed il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1970, pp. 31 e ss., in particolare nota 11.

del concetto, tipicamente processuale, di contraddittorio²⁸⁹ anche nel procedimento²⁹⁰, nel quale assume la declinazione di *partecipazione*²⁹¹.

²⁸⁹ Concetto fino ad allora relegato alle dinamiche processuali. Per un inquadramento della nozione si v. BENVENUTI F., *Contraddittorio – diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 738 ss., che affronta il tema solo dal profilo del processo amministrativo, sia di fronte al Consiglio di Stato, che di fronte alle Giunte provinciali amministrative.

²⁹⁰ Un esempio concreto di come l'idea dell'importanza del ruolo del privato, nella veste di contraddittorio, fosse penetrata, seppur in modo ancora embrionale, nel sistema del diritto amministrativo è costituito dal richiamo «alle deduzioni e osservazioni per iscritto delle parti interessate» nell'ambito degli affari attribuiti alle autorità amministrative, già contenuto nell'art. 3, co. 1, della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E (c.d. legge abolitiva del contenzioso amministrativo). Questo riferimento all'intervento del privato è stato al centro di un acceso dibattito in merito alla sua reale portata e al suo campo applicativo. Quanto alle principali voci del dibattito dottrinale si cita: ORLANDO V. E., *La giustizia amministrativa*, in ORLANDO V. E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, S.E.L., Milano, 1901, pp. 675 e ss., secondo il quale la forma di partecipazione di cui all'articolo in oggetto era «assai lieve» perché priva di un sistema di garanzie che assicurasse che le deduzioni dei privati venissero prese in considerazione. Peraltro, per l'autore tale norma andava considerata operante solo in relazione al ricorso gerarchico. Anche la dottrina precedente pare essere stata del medesimo avviso: per tutti GIANNINI M. S., *Giustizia amministrativa*, Jandi Sapi ed., Roma, 1963, p. 46. Per GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957, pp. 105 e ss. l'art. 3, co. 1, della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, avrebbe avuto solo carattere programmatico. Ossia, l'intenzione del legislatore era quella di istaurare un sistema di formazione degli atti amministrativi che prevedesse la collaborazione del cittadino, così da assicurarne la legittimità e l'opportunità, sia tramite una partecipazione all'istruttoria preventiva di formazione dell'atto, sia sotto forma di impugnativa, mediante il ricorso in via gerarchica, dell'atto formatosi. Senonché, la legge di abolizione del contenzioso amministrativo, per la materia che andava a regolare, non poteva che riguardare solo questo ultimo aspetto, mentre quanto al primo, che aveva solo un contenuto generale e programmatico, occorreva rinviare ad altre leggi amministrative. Si richiama poi BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 214 – 251, in particolare nota 94 e p. 216, dove afferma come non si possa pensare di «richiamarsi oggi, con possibilità di successo all'art. 3 come ad una disposizione che contenga una regola generale sul contraddittorio; questo non solo per le ombre che ancora sembrano rimanere, dal

punto di vista interpretativo, sulla sua esatta portata, ma, soprattutto, perché il contrario orientamento della giurisprudenza, secolare e costante, è talmente radicato che solo un intervento del legislatore potrebbe probabilmente far riemergere l'art. 3 ad operante disciplina del contraddittorio tra Amministrazione e cittadini». In senso contrario GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, Cedam, Padova, 1971, p. 30, secondo il quale l'art. 3 contiene un «principio generale di diritto positivo». Inoltre, SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 301 e ss., in particolare p. 303, rammenta come «sembra fuor di dubbio che questa legge avesse introdotto il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Per quanto se ne sa, sembra altrettanto certo che il nuovo istituto abbia avuto scarso seguito. In dottrina lo si ricorda appena». Si richiama poi, FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 42 e ss. che fa riferimento all'introduzione del principio del contraddittorio e al modo in cui ci venne recepito dalla dottrina, nell'esaminare il rapporto tra questo principio e la partecipazione tramite la lettura dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990.

²⁹¹ Per quanto occorre rammentare che, come evidenziato in dottrina, in particolare SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, cit., p. 307: contraddittorio e partecipazione non sono la stessa cosa. Infatti, «il contraddittorio è nato e cresciuto nel processo. Il principio del contraddittorio dice che nessuno può essere soggetto alla decisione di un giudice, se non ha avuto la possibilità di rappresentare i fatti, addurre prove, esprimere la propria opinione, contro dedurre, contrattaccare ecc. Esso è dunque una fondamentale espressione del diritto di difesa, divenuto principio generale che presiede allo svolgimento di ogni processo, sancito in Italia dall'art. 24 Cost. («*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*»). [...]. La partecipazione al procedimento amministrativo è fenomeno profondamente diverso. Essa non attiene, infatti, al diritto di difendersi contro una pretesa altrui di fronte ad un giudice. Mira, al contrario, a contribuire alla formazione delle decisioni dell'autorità amministrativa affinché meglio si conoscano gli interessi coinvolti e se ne tenga conto. Il punto cruciale per comprendere il significato profondo della partecipazione è che tali interessi non necessariamente si contrappongono all'assetto verso cui si orienta l'amministrazione. Possono benissimo cospirare con esso, e sollecitare una miglior definizione del provvedimento, ad es. inserendolo in un contesto più vasto. Gli interessi in cui l'amministrazione va ad incidere con la propria azione possono insomma presentare una serie di aspetti e di sfaccettature di cui solo i portatori degli interessi stessi sono consapevoli. In termini più tradizionali, si può dire che la partecipazione è il veicolo attraverso il quale gli interessati possono contribuire all'esercizio della discrezionalità

Infatti, la necessità primaria diviene procedimentalizzere «la ponderazione comparativa dell'interesse primario rispetto agli interessi secondari nell'attività discrezionale»²⁹², perché il principale effetto di questo percorso di estensione degli schemi processuali²⁹³ è proprio il rendere “controllabile” lo svolgimento della funzione amministrativa, eliminando l'alone di impenetrabilità che aveva attorniato fino ad allora il procedimento²⁹⁴.

da parte della pubblica amministrazione. [...] Mentre però il contraddittorio si svolge tra posizioni per definizione antagoniste (tra parti: attore e convenuto, pubblico ministero e imputato), di fronte ad un'autorità giudicante chiamata ad accogliere o respingere la domanda, assolvere o condannare, la partecipazione non necessariamente vede parti l'una contro l'altra armate. Il contrasto di interessi può esserci, ma anche non esserci. Ciò cui si mira è conseguire il risultato più equilibrato, complessivamente il migliore». Questa definizione permette di distinguere nettamente l'uno e l'altro istituto ma tralascia di considerare che la partecipazione ha più sfaccettature e spesso la componente “avversativa” non è affatto insignificante. Inoltre, il privato che “partecipa” non cerca il risultato “complessivamente migliore” ma quello a lui più favorevole. Sul rapporto tra contraddittorio e partecipazione si esprime anche VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 16 – 18, seppur riferendosi a questi principi dopo l'entrata in vigore della l. n. 241/1990.

²⁹² Su questo aspetto insiste anche GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 273 e s. Egli tuttavia ricorda che: «però la procedimentalizzazione può investire anche gli aspetti non discrezionali dell'attività dell'autorità (aspetti vincolati) e può investire anche attività non autoritative».

²⁹³ Reso possibile dall'affermazione della neutralità della procedimentalizzazione che rendeva ammissibile che anche la funzione amministrativa venisse svolta in forme processuali. Come spiega BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 137- 145, secondo il quale il procedimento per quanto sia la forma tipica di manifestazione della funzione amministrativa e il processo di quella giurisdizionale nulla vieta che si abbia una funzione amministrativa svolta nelle forme del processo.

²⁹⁴ LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 346 e ss. evidenzia l'utilità del parallelismo tra processo e procedimento al fine di disporre di schemi giudici ben sperimentati così da inquadrare l'attività dell'amministrazione e cogliere i punti nodali dell'istruttoria amministrativa. Al contempo, tuttavia, egli

Nel nuovo contesto, dunque, la scelta amministrativa – quale individuazione della regola del caso concreto – diviene necessariamente il prodotto di una «dialettica partecipata»²⁹⁵ in cui sia assicurata la predisposizione del materiale di elaborazione della decisione: interessi e fatti che, così raccolti, vengono comparati e composti²⁹⁶.

evidenzia anche la necessità di utilizzare questo spunto con cautela, dato che la stessa nozione di “processo giurisdizionale” non è sufficientemente precisa, ricomprendendo più strutture diverse tra loro: processi retti dal principio dispositivo o inquisitorio, con lite o senza lite etc. In tal senso, nel commentare quanto affermato da BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 134 e ss., ossia l’idea che il procedimento si avvicini al processo o recepisca istituti processuali tutte le volte in cui al privato è consentito intervenire, l’autore osserva come occorra guardare al valore – al rilievo giuridico – che viene assegnato alle osservazioni e alle richieste del privato e non sia sufficiente arrestarsi alla sola presenza e partecipazione dell’interessato, qual elemento costante in ogni processo giurisdizionale.

²⁹⁵ FANTINI S., *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, cit., p. 89. Era iniziato cioè un processo di «addomesticamento del potere» (cfr. ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 126), per quanto potere giuridico, fattispecie normativa e atto giuridico restassero inscindibilmente legate. In tal senso ROMANO TASSONE A., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di economia e commercio dell’Università degli studi di Messina*, 1981, n. 2, p. 409. Nello stesso senso, BERTI G., *La responsabilità pubblica, (costituzione e amministrazione)*, Cedam, Padova, 1994. Per DALFINO E – PACCIONE L., *Le basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, CXVII, cc. 386 e s., anche la ricostruzione di Benvenuti guardava comunque al procedimento nell’ottica dell’autorità, che non veniva superata dalla sua rappresentazione quale sede di composizione degli interessi. Infatti, gli interessi privati che si affacciano nel procedimento restano comunque relegati in una posizione di alterità rispetto alla funzione amministrativa, su cui si concentra l’autorità dell’agente. Parla invece di «crisi del momento autoritativo» BASSI F., *Autorità e consenso*, cit., pp. 744 e ss., in particolare p. 749, secondo il quale si è avviata una linea evolutiva che conduce a una situazione in cui «al primato dell’autorità tenderà a sostituirsi il primato del consenso».

²⁹⁶ Cfr. NIGRO M., *Il procedimento legislativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., pp. 12 e 13, secondo cui la scelta amministrativa cessa di essere monopolio

Di conseguenza l'attenzione finisce per incentrarsi sugli strumenti tramite cui nel procedimento sono valorizzati gli apporti dei soggetti esterni, considerati principalmente come veicolo di contribuzione all'esercizio della discrezionalità e, parallelamente, sull'interesse dei soggetti privati coinvolti nel processo decisionale pubblico a prender parte a tale decisione e influenzarla, i c.d. interessi procedimentali²⁹⁷.

Come è stato notato, peraltro, l'ascesa di tale tipologia di interessi era immanente nell'evoluzione della società e dei rapporti tra amministrazione e cittadino. Infatti, quasi come «interessi legittimi del futuro», non potevano non seguire all'evoluzione della società, nella quale

dell'elemento burocratico e diventa anche prodotto dell'elemento partecipativo. Perciò due principi antitetici quali quello burocratico e quello partecipativo finiscono per coesistere. Questa coesistenza è il frutto dell'evoluzione dello stato di diritto in senso sociale-pluralistico e rappresenta il tentativo di comporre un «mutevole e ragionevole equilibrio fra concentrazione del potere e suo dissolvimento».

²⁹⁷ GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 13. Secondo la prima ricostruzione che di tali interessi era stata offerta, questi non attenevano direttamente a beni della vita ma vi incidevano, seppur mediamente, muovendosi esclusivamente all'interno del procedimento. Questa teoria proposta da Giannini, in primo luogo in: *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 269, non è accolta da tutta la dottrina. Per esempio, CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, cit., pp. 20 e 21, afferma, che gli interessi procedimentali non avrebbero natura meramente formale, in quanto, pur non attenendo direttamente a beni della vita, concernono procedimenti in cui si dibatte attorno a pretese che invece attengono a tali beni. Di talché si instaura comunque un rapporto tra il bene della vita e il soggetto inciso dal procedimento. Questa posizione è ripresa da COGNETTI S., «Quantità» e «qualità» della partecipazione, Giuffrè, Milano, 2000 e criticata da SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., p. 95 – 96, nota 43. Invece, NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., nega l'esistenza di interessi procedimentali distinti dall'interesse legittimo, come si deduce dalla definizione di interesse legittimo che egli già dava nella versione del manuale del 1976, p. 127, ossia come «posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto dei poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene».

si era affermato un sistema che vedeva il cittadino attivamente inserito nello svolgimento della funzione amministrativa e non solo passivo fruitore di servizi²⁹⁸.

Dunque, le pretese partecipative nascono collegate a una concezione di procedimento che si incentra sullo svolgimento dell'attività discrezionale, quali strumenti di ingresso nell'arena dell'istruttoria degli interessi del privato che ne è titolare, in vista del bilanciamento con gli altri interessi coinvolti.

La legge sul procedimento amministrativo²⁹⁹ giunge³⁰⁰ perciò in un contesto in cui, contemporaneamente all'espansione del ruolo

²⁹⁸In tal senso: BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 1978, pp. 6 e ss., che evidenzia come il processo di obiettivazione dell'amministrazione passa attraverso la partecipazione al procedimento e nasce dalla «convizione del cittadino di non essere considerato come un puro destinatario del servizio amministrativo ma di essere in grado di entrare nel vivo dell'esercizio della funzione amministrativa dal quale è sempre coinvolto» (p. 14). V. anche GIACCHETTI S., *La giurisdizione esclusiva tra l'essere ed il divenire*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, vol. II, Roma, 1989, pp. 658 e ss. Sulla stessa linea NIGRO M., *Il procedimento legislativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., che, a p. 12, afferma che «il tipo burocratico di amministrazione delineato da Weber appare oggi trasformato dalla *partecipazione*, partecipazione di individui e di gruppi».

²⁹⁹ L'introduzione della legge n. 241/1990 ha costituito un fondamentale punto di svolta. Si consideri che già BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., p. 15, affermava come «la mancanza di una normativa generale sulla procedura amministrativa e cioè sulla partecipazione dell'interessato all'esercizio della funzione amministrativa ponga quest'ultimo in una condizione di inferiorità tipica di quei sistemi autoritari che in ogni altro campo sono svaniti o stanno per svanire». Inoltre, OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 143, evidenzia come la legge n. 241/1990 abbia configurato uno spartiacque con la teorica precedente che prima si fondava su parametri teorico-sistematici.

³⁰⁰ La disciplina in materia di procedimento è stata preceduta da numerosi disegni di legge, su cui si è espressa anche la dottrina. A tal proposito si rimanda a G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Considerazioni*

dell'amministrazione, si era diffusa l'importanza del principio consensualistico³⁰¹, pervasivo nella società, che aveva reso pressante l'esigenza di garantire la rappresentazione nel procedimento di tutti gli interessi coinvolti³⁰². Tale norma recepisce le esigenze emergenti nella nuova società e le raccoglie in un testo in cui sono espressi una serie di principi che, nell'insieme, già coglievano i tratti fondanti del moderno assetto di relazioni tra collettività e pubblico potere³⁰³, in particolar

introdotte, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Contributi alle iniziative legislative in corso*, in *Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 18-20 settembre 1986*, Giuffrè, Milano, 1989; sul disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri alle Camere il 9 luglio 1987, n. 1913, intitolato «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», che ha preceduto la legge n. 241/1990. Si veda a tal proposito il volume collettaneo TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990. Fondamentale è poi MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996, che analizza l'evoluzione dell'amministrazione italiana dalle origini negli stati preunitari e alle riforme del dopoguerra. In particolare, circa le innovazioni apportate delle leggi del 1990 (142, sulle autonomie locali e 241, sul procedimento amministrativo – che qui interessa) si v. pp. 527 – 535.

³⁰¹ Come notava NIGRO M., *Il procedimento legislativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., pp. 12 e s., uno dei fattori della trasformazione dell'amministrazione era proprio dovuto al mutamento del rapporto tra Stato e società. In particolare, la scelta amministrativa diviene prodotto anche dell'apporto partecipativo che si sostanzia nella partecipazione alla predisposizione del materiale su cui essa si fonda. Al punto che si realizza così una «vera e propria spartizione della potestà amministrativa fra il formale titolare burocratico e la pluralità dei consociati».

³⁰² CARAMAZZA I. F., *Interesse legittimo e procedimento*, in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 52 e s.

³⁰³ Questa caratteristica della legge era già stata espressa dal Consiglio di Stato in relazione al disegno di legge n. 1913 del 19 novembre 1987, che ha preceduto la l. n.

modo quanto all'ormai acquisita rilevanza strutturale delle forme di partecipazione,³⁰⁴ strumenti per attuare il dialogo e la composizione³⁰⁵ degli interessi all'interno del procedimento.

241/1990. In particolare, nel parere Ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7, si legge che «lo schema di disegno di legge si segnale [...], rispetto alle precedenti iniziative per il particolare “taglio” che lo caratterizza: la ricerca di un assetto procedura (e organizzativo) in condizione di corrispondere alle esigenze di una società nuova che concepisce in termini diversi dal passato le relazioni tra collettività e pubblico potere. L'obiettivo di fondo, perseguito dalla nuova disciplina (alla quale potrebbe essere assegnata la più semplice denominazione di “legge sul procedimento amministrativo”) è, infatti, quello di realizzare un nuovo tipo di rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino assicurando – insieme alla trasparenza, alla speditezza, alla economicità, ecc. dell'azione amministrativa – il coinvolgimento del cittadino nella procedura».

³⁰⁴ Occorre comunque notare che molti passi avanti nel riconoscimento del rilievo generale della partecipazione erano già stati fatti a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. In tema si fa riferimento all'opera di BARONE G., *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, in particolare pp. 5 e ss., e pp. 46, 70 e 97. L'autore muove dall'art. 1 Cost. che afferma il principio della sovranità popolare, dal quale desume che l'amministrazione non è più un apparato chiuso verso l'esterno ma è un'entità aperta al contributo dei cittadini, depositari della sovranità stessa. Affinché questa sovranità venga esercitata è necessario che ne siano previste le forme di esercizio e a tal proposito individua nell'art. 97 Cost. e nei principi di imparzialità e buon andamento, i cardini di riferimento per l'intervento dei cittadini nell'ambito dell'attività amministrativa. Infatti, perché il principio di imparzialità venga rispettato è necessario che l'amministrazione acquisisca al procedimento gli interessi dei cittadini e ne valuti l'influenza. Al contempo le scelte della p.a. devono sempre essere caratterizzate da una costante tensione tra buon andamento, inteso come efficienza, e l'imparzialità, intesa come considerazione degli interessi dei cittadini. Circa il collegamento tra imparzialità e collaborazione degli interessati con l'amministrazione si v. ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 274 e ss.

³⁰⁵ D'ALBERTI M., *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1 e ss. In tema di comparazione di interessi si cita SCOCA F.G., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Jovene, Napoli, 1999, pp. 1261 e ss.

In questo articolato processo evolutivo, tuttavia, le pretese procedimentali, seppur arricchitesi di nuovi strumenti³⁰⁶, restano connesse principalmente alla discrezionalità quale forme di controllo del potere e garanzia del privato.

4. (Segue) Il carattere delle pretese procedimentali nell'attività discrezionale.

Gli interessi procedimentali, le relative pretese e l'interesse legittimo sono argomenti, come si è già anticipato, inscindibilmente legati. Invero, non solo il carattere autonomo o strumentale delle pretese procedimentali, risente necessariamente del concetto di interesse legittimo ma anche quest'ultimo è influenzato dalle prime. Infatti, lo sviluppo del procedimento ha indotto una metamorfosi anche del concetto di interesse legittimo³⁰⁷ passato da interesse oppositivo che si contrappone allo Stato autoritario, a interesse pretensivo, volto a ottenere servizi e prestazioni dall'apparato amministrativo, al quale il cittadino partecipa e in cui pretende di essere ascoltato, così da rappresentare i propri interessi e supervisionare da vicino lo svolgimento dell'attività.

³⁰⁶ SCOCA F. G., *L'interesse legittimo - Storia e teoria*, cit., p. 232, alla nota n. 8, evidenzia come l'incremento della sensibilità sociale verso il principio di buona amministrazione, su cui si fondano le regole procedimentali, contribuisca a renderle più rigorose.

³⁰⁷ NIGRO M., *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, vol. II, Ist. Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, pp. 566 e ss.

Questa nuova esigenza non poteva lasciare indifferente la nozione di interesse legittimo, quale forma emblematica e categoria basilare³⁰⁸ del rapporto tra amministrazione e società.

Per cogliere la complessità delle problematiche connesse al rapporto tra pretese procedimentali e interesse legittimo basta gettare uno sguardo al grande ventaglio di teorizzazioni che si sono occupate del tema, in modo anche molto eterogeneo³⁰⁹. La vastità è tale che è difficile anche decidere quale classificazione seguire nell'espone le diverse teorizzazioni.

Certo è che, innanzitutto, occorre fare un po' di chiarezza almeno dal punto di vista temporale. In questo paragrafo si intende soffermarsi sulle teorizzazioni successive alla legge sul procedimento amministrativo, per quanto alcuni autori si siano espressi a cavallo dell'introduzione della

³⁰⁸ SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale - La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 373.

³⁰⁹ Infatti, quando la dottrina ha iniziato a interrogarsi sulla natura delle facoltà attribuite dalla legge sul procedimento amministrativo ai privati, le concezioni che ne sono derivate hanno riflesso le tesi sulla consistenza giuridica dell'interesse legittimo. Per una rassegna completa delle teorie che si sono succedute cfr. COCCA F. G., *L'interesse legittimo - Storia e teoria*, cit., in particolare pp. 238 - 260. Si veda inoltre, per una ricostruzione delle tesi dottrinali: FERRARA L., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5584 ss. Ancora OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit. In particolare, tra gli altri: COMPORTI G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2003; RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 557 e ss.; ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive*, (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, Agg., vol. II, Milano, 1998, pp. 966 e ss.; PERFETTI L.R., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 850 e ss.; ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit. Per la qualificazione della natura delle pretese procedimentali di derivazione europea, anche in punto di autonoma risarcibilità a seguito di loro lesione si rinvia a BARTOLINI A., *Le situazioni soggettive procedimentali di derivazione europea*, cit., pp. 60 e ss.

legge o abbiano elaborato le proprie teorizzazioni prima della sua introduzione ma vi siano nuovamente ritornati una volta vigente³¹⁰ la legge. Tutto ciò renda la divisione temporale non sempre netta.

4.1. La natura strumentale delle pretese procedimentali correlata al conseguimento del c.d. bene della vita a cui è preordinato l'interesse legittimo.

Una prima teorizzazione correla le pretese procedimentali all'interesse legittimo, guardando a esse nell'ottica della soddisfazione dell'interesse materiale e valorizzandone la dimensione strumentale³¹¹.

³¹⁰ Come nota anche OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 141, che evidenzia la «forzatura di fondare su parametri temporali [...] il metodo classificatorio della letteratura» in tema pretese partecipative e fa espresso riferimento ai contributi inseriti in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990.

³¹¹ A tal proposito si richiama VERBARI G.B., *Principi di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 95 e ss. che, da un lato, costruisce l'interesse legittimo come una situazione soggettiva volta a tutelare un bene della vita e, dall'altro, ne individua il nucleo essenziale nella possibilità per il titolare di intervenire nel procedimento ed evidenziare il proprio interesse al bene stesso. Secondo questa ricostruzione gli interessi procedimentali sono facoltà costitutive dell'interesse legittimo. Nello stesso solco si pone GIACCHETTI S., *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, pp. 1910 e ss., secondo il quale l'interesse legittimo ha per oggetto un'utilità della vita (l'autore usa il termine «utilità», anziché «bene», in ragione del fatto che, a suo dire, ai sensi dell'art. 810 c.c. il «bene» sarebbe propriamente oggetto di un diritto soggettivo; in senso critico su questo punto cfr. OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit. p. 111, nota 153). Tale situazione ha, in questa ricostruzione, vari modi di essere a seconda del contenuto del potere attribuito al privato nei confronti dell'amministrazione e del nesso che si crea tra interesse legittimo e bene sottostante. Una delle vesti che possono assumere è quella degli interessi partecipativi che però

Questa concezione trova il suo antecedente storico nella posizione espressa da Nigro, che prima dell'emanazione della legge sul procedimento amministrativo e a fronte delle previsioni contenute nel progetto che ha preceduto la legge n. 241, già aveva ricostruito il rapporto tra interesse legittimo e pretese procedimentali in termini da *continente a contenute*³¹².

Così le pretese procedimentali, fisiologicamente volte a consentire al privato di incidere sul contenuto della decisione che la p.a. ha il compito di adottare, divengono *strumenti* di indirizzo del potere dell'amministrazione per il conseguimento del c.d. bene della vita³¹³.

non sono autonomi e non variano la natura dell'interesse a cui devono comunque essere ricondotti.

Sul carattere necessariamente strumentale delle pretese procedimentali si esprime SCOCA F. G., *L'interesse legittimo*, cit., pp. 246 e s., secondo cui senza tale carattere sono inutili; inoltre, «laddove il privato partecipi al procedimento per la tutela di un suo interesse concreto e sostanziale, che intende rappresentare e difendere nei confronti dell'amministrazione, il carattere strumentale dei diritti partecipativi costituisce una qualificazione certa e difficilmente confutabile». A tal proposito, inoltre OCCHIENA M., *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Dir. dell'economia*, 2001, pp. 601 e ss. e 2002, pp. 31 e ss.

³¹² Cfr. NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., p. 473.

³¹³ CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 340 – 341, fa riferimento a «poteri strumentali», tra cui in primo luogo il potere di partecipazione, in relazioni all'esercizio del potere di realizzare l'interesse e ottenere il bene che compete esclusivamente all'autorità amministrativa. In questo filone, che riduce le pretese procedimentali a poteri connessi all'interesse legittimo, situazione a salvaguardia di un bene, va ricondotta anche la dottrina che descrive la legittimazione alla partecipazione al processo come espressione dell'interesse legittimo. Cfr. DURET P., *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 252, secondo cui l'interesse procedimentale è la dimensione dinamica dell'interesse legittimo, non autonoma da esso. Anzi l'autore mette in guardia dall'attribuzione di autonomia concettuale a questa categoria, scorporandola dall'interesse sostanziale o legittimo, in quanto si tratterebbe di un'operazione che

Il limite di questa correlazione sta nell'aver l'effetto di circoscrivere la tutela del privato: infatti, a fronte del mancato rispetto di una pretesa procedimentale vi è lesione solo in caso di spettanza del c.d. bene della vita³¹⁴. Di perciò, un obbligo procedimentale, in base a tale ricostruzione, non è di per sé esigibile, divenendo tale solo laddove vi sia un'effettiva titolarità della situazione giuridica soggettiva, connessa alla possibilità di ottenere concretamente il bene della vita a cui si ritiene sia connessa.

Se si accetta questa ricostruzione, tuttavia, davanti al mancato rispetto delle regole procedimentali si crea un *vulnus* di tutela molto ampio. Invero, se la tutela di annullamento può essere, secondo questo ragionamento, esclusa, fare lo stesso quanto alla tutela risarcitoria appare molto più problematico: dato che una lesione si è verificata, anche se non ha assunto la veste del mancato guadagno di un bene della vita che comunque non sarebbe spettato al soggetto³¹⁵. Ad avviso di chi scrive,

conduce a una inutile complicazione. In senso analogo VALORZI A., *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Cedam, Padova, 1999, p. 92.

L'espressione «bene della vita», come ricorda CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 25, nota 71, richiamando SORACE D., *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di 'interessi legittimi', comparando*, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Cedam, Padova, 2005, p. 273, nota 214, è da attribuire a PUGLIATTI S., *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 164 e ss.

³¹⁴ In tal senso, SCOCA F. G., *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, pp. 12 e ss. secondo cui il carattere strumentale degli interessi procedimentali li rende giustiziabili solo in caso di lesione del diritto soggettivo.

³¹⁵ In realtà, questa problematica richiama quella molto più risalente circa la valutazione della risarcibilità degli interessi legittimi sulla base della verifica della fondatezza della pretesa a conservare o acquisire il bene della vita. Invero, secondo la prospettazione della Corte di cassazione, resa con la nota sentenza n. 500 del 1999, al fine del risarcimento è necessario «un giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa ad ottenere il provvedimento richiesto»; solo in tal caso il pretendente è

se si negasse la risarcibilità della lesione delle pretese procedurali, ammettendola solo in caso di effettiva possibilità di ottenere quanto richiesto, allora si finirebbe per consentire il risarcimento solo in caso di attività vincolata, confondendo l'ingiustizia del danno con la sua risarcibilità e negando l'ormai assodato principio secondo cui l'amministrazione risponde dell'esercizio illecito della funzione anche quando vi sia stato uso di poteri discrezionali³¹⁶.

titolare di un «effettivo affidamento» e non di una «mera aspettativa» che invece è non risarcibile. Questa posizione, intesa in modo rigoroso, conduce ad escludere la risarcibilità di quei danni che non hanno alcuna attinenza con la perdita o il mancato ottenimento del bene della vita. Sul punto si rinvia alla trattazione svolta da CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, cit., pp. 16 e ss., e pp. 188 e ss., spec. nota 150. In particolare, l'autrice anzitutto richiama la posizione di BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, pp. 269 e ss. che, prima delle Sezioni Unite, riconduceva la lesione degli interessi pretensivi nell'ambito della clausola generale dell'ingiustizia del danno (art. 2043 c.c.), limitandola al caso in cui vi fosse un affidamento obiettivo del privato in ordine all'emanazione dell'atto a lui favorevole. Tuttavia, connettere la risarcibilità alla spettanza del bene della vita, significa circoscriverla ai casi in cui l'attività amministrativa sia vincolata e, allora, – nota l'autrice – se fosse stata accolta la prospettiva adottata da ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., pp. 1 e ss., che configurava come diritti soggettivi le posizioni giuridiche che fronteggiano un'attività vincolata, «il ricorso al principio dell'affidamento, come criterio di identificazione delle situazioni giuridiche soggettive la cui lesione determini la *ingiustizia* del danno richiesta dall'art. 2043 c.c., avrebbe potuto considerarsi superfluo già nella ricostruzione di Busnelli [...]». Oltre a ciò, il rinvio all'affidamento non può essere utilizzato come argine dell'ambito di operatività dell'art. 2043 c.c. dato che la qualificazione del danno come *ingiusto* guarda alla lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente protetto ed è dunque, a tal fine, indifferente la natura dell'attività; semmai il problema si pone in punto di *danno risarcibile*. Visto che per aversi danno risarcibile occorre il ricorrere di tutti gli elementi dell'obbligazione risarcitoria.

³¹⁶ CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 119 e ss.

4.2. *Pretese procedimentali come facoltà inerenti all'interesse legittimo svincolato dal conseguimento del c.d. bene della vita.*

In un'ottica di ampliamento della tutela si pone invece quella ricostruzione che afferma la duplice valenza delle pretese procedimentali: strumentali rispetto al bene della vita³¹⁷ ma al contempo indipendenti e autonomamente tutelabili.

Guardare alle pretese partecipative *anche* nella veste di facoltà inerenti all'interesse legittimo pone però alcune problematiche. Infatti, se le pretese procedimentali sono i mezzi che possiede il privato per orientare le scelte della p.a. nel suo interesse e l'interesse legittimo conferisce al suo titolare prerogative funzionali a incidere sulla concreta esplicazione dell'attività amministrativa, allora occorre ricomporre le due categorie, che altrimenti finirebbero per coincidere.

Perciò, partendo dall'assunto che l'ottica in cui si guarda al rapporto tra p.a. e individuo non è fondata sul binomio potere-soggezione ma su quello diritto-obbligo, quale unica formula idonea a esprimere la posizione paritaria sostanziale tra i due soggetti³¹⁸, si è sviluppato un orientamento dottrinale che ha attinto a una diversa concezione

³¹⁷ Va rammentato peraltro che la nozione di bene della vita è stata intesa dalla dottrina in modo estensivo. A tal proposito si richiama TRAVI A., *Interessi procedimentali e pretese partecipative: un dibattito aperto*, cit., p. 541, secondo cui è interesse a un bene della vita «anche l'ammissione a una sede di contrattazione, e non solo l'utilità finale che a tale ammissione si riconnette [...] E che cos'è la partecipazione al procedimento amministrativo, se non proprio una ammissione a una sede di contrattazione? [...] Di conseguenza non vi sono ragioni così gravi per escludere che anche l'interesse procedimentale sia un interesse della vita».

³¹⁸ FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 104 e ss. e ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 160 e ss.

dell'interesse legittimo. In particolare, si è contrapposto alle facoltà procedurali dei veri e propri *obblighi*³¹⁹ dell'amministrazione, quale lato passivo dell'interesse legittimo, inteso come un diritto di credito a un comportamento dell'amministrazione conforme alla legge³²⁰.

Per comprendere questa impostazione è innanzitutto necessario spendere qualche parola sui diritti di credito. Si tratta di situazioni giuridiche soggettive aventi natura dinamica e strumentale, che coinvolgono il contributo di un preciso soggetto³²¹. Il loro oggetto è un'utilità che non appartiene – ma piuttosto *spetta* – al titolare e richiede

³¹⁹ E non doveri. Sul punto si richiama FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 95 e pp. 130 e ss. Questo dimostra come il dovere sia «il luogo nel quale i vincoli sono tali solo a parole, annullandosi di fronte alle superiori esigenze collettive», dato che esso «è pur sempre funzionale alla soddisfazione degli interessi pubblici». La nozione di dovere è, infatti, sempre connessa alla protezione di interessi oggettivi, senza che vi sia un beneficiario specifico. L'idea di dovere, come «dovere di tutti verso ciascuno» e di «ciascuno verso tutti», non convince perché troppo astratta; al punto che «il tutti scivola necessariamente verso il nessuno». In senso analogo, si esprime Santi ROMANO (*Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 104), secondo il quale il dovere è fuori dall'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o persone. Allo stesso tempo, come ricorda ORSI BATTAGLINI A., *“L'astratta e infelice idea”. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, pp. 569 - 614, il dovere, se corrisponde a un interesse individuabile, è obbligo.

³²⁰ FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., in particolare p. 169 e pp. 175 - 177; negli stessi termini ma guardando al procedimento in un'ottica dinamica ID., *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 465 e ss. In termini simili: ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, cit.

³²¹ Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, pp. 60 e ss. e PERLINGIERI P., FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2004, p. 82.

l'intermediazione di un comportamento altrui, quale momento indispensabile per la realizzazione dell'interesse presupposto³²².

La sussistenza di un obbligo specifico per un soggetto determinato inserisce il diritto di credito all'interno di *rapporto giuridico* nel quale i due centri di imputazione di interessi corrispondono alle posizioni del creditore e del debitore.

Partendo da questa nozione è possibile compiere un raffronto tra diritto soggettivo e interesse legittimo³²³.

Infatti, anche tra il cittadino e la p.a. intercorre una relazione giuridicamente vincolante che ben può essere definita in termini di

³²² Così BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile. Norme, soggettivi e rapporto giuridico*, cit., pp. 296 e ss., nonché, più nel dettaglio, p. 312: «il credito (...) [vive] in un rapporto (c.d. obbligatorio), che presenta ai suoi poli due distinte situazioni: una, attiva e di vantaggio (appunto il credito), l'altra attiva, ma di svantaggio (l'obbligo) funzionalmente coordinate nel senso che la seconda è posta in funzione (non del venire ad esistenza, ma) del soddisfacimento della prima e quale mezzo di tale soddisfacimento».

³²³ FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., pp. 113 – 117. L'avvicinamento tra interesse legittimo e diritto soggettivo si inserisce nell'ambito della nuova ricostruzione del rapporto tra cittadino e amministrazione in termini di paritarietà. La parificazione, quantomeno in punto di tutela, tra le due posizioni è immanente nella Costituzione, nella quale «non si può immaginare la esistenza di un interesse che abbia minor valore di un diritto e cioè la esistenza di rapporti nei quali il cittadino si trovi rispetto all'amministrazione in posizione di vantaggio a tutela piena e nell'altro in una posizione di vantaggio a tutela semipiena». In tal senso, BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., p. 815. Sulla riconduzione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo concordano anche MARZUOLI C., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, pp. 133 e ss. e ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., in particolare p. 169, che nel suo lavoro, diretto a dimostrare come sia ingiustificata la previsione di un giudice diverso per gli interessi legittimi, arriva a parlare di «diritto soggettivo alla legittimità dell'atto», superando così la nozione di interesse legittimo.

*rapporto giuridico*³²⁴, nel quale si iscrivono una serie di obblighi: vincoli all'esercizio del potere³²⁵.

A fronte di questi obblighi, che hanno per oggetto una prestazione, si pone una posizione giuridica individuale che, sebbene inserita nell'ambito di una vicenda pubblicistica, riguarda esclusivamente ciò che giuridicamente al privato è dovuto³²⁶.

³²⁴ Tra coloro che vedono nel procedimento amministrativo la sorgente da cui nasce il rapporto si ricorda innanzitutto FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 130, secondo cui l'apertura del procedimento è la «chiave di volta» sulla quale costruire un rapporto giuridico, della specie di quelle su cui insistono i diritti di credito. Inoltre, l'apertura del procedimento, indipendentemente dalla sua attivazione per iniziativa di parte o d'ufficio fa sì che si costituisca un rapporto tra amministrazione e cittadino, sul quale si innestano una serie di obblighi previsti dalla legge sul procedimento amministrativo per il soggetto pubblico ai quali corrispondono «diritti di obbligazione» del privato. In tal senso: cfr. CASTRONOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., pp. 655 e ss.

³²⁵ FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 139, che spinge appunto ad abbandonare la figura del “dovere” «che ha avuto la sola funzione di attenuare la posizione soggettiva del privato [...] quando non anche ribaltare la vincolatezza dell'agire».

³²⁶ Ciò che viene messo in discussione è la dicotomia *potere – interesse legittimo*. Il potere in capo all'amministrazione non rientra nella struttura dell'interesse legittimo, né può ritenersi a questo corrispondente in una dialettica funzionale. Le due situazioni sono tra loro autonome. Infatti, se ci si pone in una prospettiva *statica*, guardando all'essenza strutturale delle situazioni giuridiche, la presenza del fine pubblico non intacca la sfera dispositiva dell'interesse legittimo. Ciò si spiega rilevando la natura *attiva* di entrambe le situazioni giuridiche anzidette, che quindi non possono essere considerate correlate reciprocamente, ma semmai meramente coesistenti. In tal senso si esprime FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 171: «Il che non può dire che il titolare dell'interesse legittimo non possa influire sul suo esercizio. Vuol dire, piuttosto, che alle facoltà (o ai poteri) partecipativi del cittadino non possono non corrispondere ancora che situazioni passive della p.a. (aventi ad oggetto la presa in considerazione delle rappresentazioni dei suoi interessi materiali), confermandosi la conclusione che non è il potere a fronteggiare l'interesse legittimo». *Contra*, nel senso che nel procedimento amministrativo l'interesse

Tale posizione “ricorda” un diritto soggettivo. Tuttavia, «questo non significa che si tratti necessariamente del diritto soggettivo, quale situazione giuridica tradizionalmente e comunemente contrapposta all’interesse legittimo; significa, piuttosto, che, al di là delle parole, si legge un diritto soggettivo nell’interesse legittimo: un diritto soggettivo [...] che non ha per oggetto il sovrastimato c.d. bene della vita (o bene finale), ma una prestazione complessa, fatta di obblighi procedimentali, obblighi sostanziali e, per l’appunto, obblighi collaterali di informazione»³²⁷.

legittimo dialoga col potere e dunque non vi è una vera e propria contrapposizione come si ha nelle dinamiche intersoggettive civilistiche, SCOCA F. G., *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, in *Atti del Convegno “Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale”*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, pp. 86 e ss. Al contempo, osservando la relazione tra privato e amministrazione in un’ottica *dinamica* sussiste un *dialogo* (che genera condizionamento) tra pubblico potere e interesse legittimo, ma i due termini restano scissi, seppur coesistono. Così FERRARA L., *Statica e dinamica nell’interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 474 e s. La rottura della corrispondenza potere-interesse legittimo consente di ribadire l’accostamento rispetto al diritto soggettivo. A tale riguardo, MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, pp. 114 e ss., specialmente p. 126, secondo il quale ciò che delinea il diritto soggettivo è la circostanza che tale posizione sia già costituita in modo positivo e autonomo secondo l’ordinamento giuridico e particolarmente attraverso l’imposizione di un obbligo correlativo nel soggetto da cui si chiede l’attuazione nel contenuto del proprio diritto. Idem., p. 116: «potere giuridico è [...] una forza attiva di cui è investito un soggetto dall’ordinamento giuridico, in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica. [...] esso è una figura autonoma [...] il diritto subiettivo non include l’elemento del potere». A favore della concezione dell’interesse legittimo come situazione nell’interesse esclusivo del titolare, cfr., BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, in particolare pp. 18 e ss.

³²⁷ Così FERRARA L., *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, cit., p. 761.

Al titolare di tale situazione soggettiva è consentito incidere sulla concreta esplicazione del potere tramite gli strumenti di partecipazione: ciò significa tuttavia partecipazione al procedimento e non partecipazione all'attribuzione del potere³²⁸. La partecipazione al procedimento, che si sostanzia nelle pretese procedimentali, rappresenta dunque il lato speculare degli obblighi che la legge pone a carico dell'amministrazione.

La compenetrazione tra pretese partecipative e interesse legittimo permette di fare un ulteriore passo avanti, in particolare in relazione alla definizione del *vantaggio* che arreca al privato la garanzia delle prime, attuata per il tramite del rispetto degli obblighi gravanti sulla pubblica amministrazione.

Infatti, se ogni vincolo apposto all'agire amministrativo si sostanzia in un obbligo per la p.a., resta da chiarire perché il rispetto di ognuno di questi obblighi comporti di per sé un vantaggio per quel soggetto che ha *diritto* all'adempimento dell'obbligo³²⁹, indipendentemente dall'attribuzione del c.d. bene della vita. Invero, se si dimentica che a fronte di ogni obbligo vi è un vantaggio autosufficiente, si rischia di cadere nella teorizzazione che guarda alle pretese partecipative solo in un'ottica strumentale.

³²⁸ Così GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Giuffrè, Milano 1967, p. 103. Questo significa anche che l'interesse legittimo si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: certamente è possibile che interesse legittimo e interesse pubblico coincidano, ed anzi ciò avviene nella fisiologia delle cose, ma l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita a interessi personali del titolare.

³²⁹ Cfr. FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 139: «ogni vincolo apposto all'agire amministrativo costituisce in capo all'amministrazione una situazione di obbligo nei confronti di colui che dall'adempimento del vincolo trae soddisfazione di un proprio interesse, e di conseguenza riceva anche un vantaggio».

Invece, questa posizione involve una diversa ricostruzione dell'interesse legittimo, non più direttamente correlato al perseguimento o mantenimento di un bene della vita³³⁰. Guarda, cioè, all'interesse legittimo e alle pretese a esso inerenti come a delle situazioni che hanno per oggetto un dato comportamento e non necessariamente un bene della vita³³¹.

Così, considerando l'interesse legittimo quale sintesi di pretese e facoltà volte a che la p.a. adempia agli obblighi su lei gravanti, si garantisce che essa tenga un comportamento legittimo³³² da cui può

³³⁰ La ricostruzione dell'interesse legittimo in posizione "strumentale" o "finale" rispetto a un'utilità pratica, il c.d. bene della vita, è molto discussa. Peraltro, come è stato notato, l'impostazione strumentale o finale della situazione giuridica soggettiva è "trasversale" rispetto anche all'inquadramento in termini di interessi legittimi o diritti soggettivi, tanto da finire per superarla. In questi termini: GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 586 e ss.

³³¹ Come nota FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 151 - 158, questa ricostruzione induce al confronto tra comportamento obbligatorio della p.a. e obbligazione di mezzi. L'obbligazione di mezzi ha per oggetto la produzione di un risultato che attiene a un interesse strumentale anziché finale ma che è tale solo rispetto a quello finale, che di per sé è autonomo. Nello stesso senso RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., pp. 560 - 561, che a sua volta fa riferimento alle categorie civilistiche e qualifica gli obblighi procedimentali come «obblighi di mezzi». Con la peculiarità che secondo questo autore tali obblighi, al contempo sono «obblighi di risultato» in relazione a beni fondamentali, quale il diritto di informazione, il diritto al contraddittorio, il diritto alla certezza giuridica etc. La peculiarità di questa teorica sta nel fatto che Renna ricostruisce le pretese procedimentali talvolta come diritti soggettivi, talaltra come interessi legittimi. I primi si presentano in relazione a quelle regole della procedura che proteggono un valore autonomo e distinto da quello dell'efficacia e dell'imparzialità del procedimento, i secondi nel caso contrario in cui «dovrebbe "riespandersi", se così si può dire, la figura dell'interesse legittimo».

³³² Secondo ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 169, non coglie nel segno l'obiezione avanzata alla configurazione dell'interesse legittimo o del diritto soggettivo (l'autore fa riferimento al concetto di diritto soggettivo alla

derivare *anche* la conservazione della *chance*³³³ di ottenere il bene della vita³³⁴.

Questa scissione rispetto al bene della vita si mostra con evidenza in relazione alle pretese procedimentali che, costituendo vincoli all'agire pubblico, gravano la p.a. di obblighi e recano di per sé un beneficio al privato. Questo beneficio non necessariamente coincide con l'attribuzione di un bene materiale ma riguarda la sola possibilità di ottenerlo³³⁵. Le pretese cioè hanno una dimensione strumentale (in relazione all'eventuale conseguimento del bene della vita) ma anche una loro

legittimità dell'atto) quale pretesa alla legittimità, in quanto «non si vuole fare riferimento ad un interesse *uti civis* (come quello che sta alla base dell'azione popolare); né di un interesse al rispetto della legalità obiettiva [...] ma l'interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata».

³³³ Sul concetto di *chance* a proposito dell'interesse legittimo, SORACE D., *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, pp. 3917 e ss.

³³⁴ FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 178. ID., *Statica e dinamica nell'interesse legittimo*, cit., p. 468, che ribadisce che «l'interesse materiale non è garantito nel suo soddisfacimento; che la facoltà è a protezione dell'interesse materiale, ma la garanzia della legge concerne la stessa facoltà, l'esercizio della facoltà, non l'interesse da essa protetto. Rispetto all'interesse materiale la garanzia legislativa concerne sempre e soltanto la *chance* della sua soddisfazione».

³³⁵ Concorde sul duplice valore degli obblighi procedimentali RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., in particolare pp. 557 e ss. Secondo la ricostruzione fornita da questo autore gli adempimenti posti dalle norme sul procedimento a carico dell'amministrazione hanno un valore intrinseco alla procedura, servono cioè a farla procedere, ed estrinseco, dato che assicurano alle parti del procedimento determinate utilità, a prescindere dall'esito sostanziale dell'attività amministrativa. Anche secondo questa ricostruzione, dunque, le pretese procedimentali hanno un rilievo proprio e autonomo.

autonomia, che discende dal fatto che la loro garanzia incarna di per sé un vantaggio³³⁶.

Questa ricostruzione che individua più categorie di vantaggi derivanti dall'adempimento degli obblighi procedimentali conduce, se si rovescia la prospettiva e si guarda alla loro violazione, a conseguenze fondamentali in punto di tutela. Infatti, la natura – anche autonoma – dell'interesse, alla cui tutela sono preordinati gli obblighi gravanti sulla p.a. nel procedimento, comporta che la loro violazione di per sé arreca un danno risarcibile³³⁷. Anzi, al di là della violazione della specifica norma, a essere oggetto di lesione è direttamente il legittimo affidamento alla puntuale osservanza della legge da parte dell'amministrazione. Il valore che viene violato, in caso di inadempimento degli obblighi gravanti sulla p.a., è una clausola generale di comportamento, che concerne innanzi tutto la buona amministrazione³³⁸.

³³⁶ Si rimanda a FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 150 -158. Nonché. MARZUOLI C., *Diritti e Interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 18, che condivide l'idea che anche la legittimità dell'azione e dell'atto amministrativo possano essere considerati beni finali «con la conseguenza che l'interesse legittimo, siccome assicura questo risultato (la legittimità), in realtà altro non è se non un diritto soggettivo» (p. 43). Nello stesso senso CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 161 e ss.

³³⁷ ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., pp. 161 e s.

³³⁸ ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 170. Sul punto, inoltre, sempre facendo riferimento alla prospettazione di Orsi Battaglini, cfr. CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, cit., pp. 26 e s.

4.3. *Pretese procedimentali come diritti soggettivi autonomi, distinti dall'interesse legittimo coinvolto nel procedimento.*

Una parte della dottrina qualifica invece le pretese procedimentali come diritti soggettivi³³⁹, distinti e coesistenti con l'interesse legittimo.

Il primo passaggio di questa ricostruzione consiste nell'isolare all'interno del procedimento una *fase procedimentale* in senso stretto, «coincidente con il processo decisionale e con la relativa determinazione, e una *fase provvedimentale* nella quale la determinazione viene assunta in vista della produzione dell'effetto giuridico che l'ordinamento collega al relativo atto»³⁴⁰. La distinzione tra «l'agire per la decisione» e «l'agire per la produzione dell'effetto giuridico» è funzionale a sottrarre il rapporto giuridico che si instaura tra p.a. e privati «all'imperio della coppia concettuale potere (amministrativo) – interesse (legittimo)» per ricondurlo su un piano di parità ed entro una rete di reciproci obblighi e diritti³⁴¹. Così individuato un momento di perfetta parità, che deriva

³³⁹ In realtà a questo filone appartengono posizioni eterogenee sia per il punto di partenza che per quello di arrivo. Per tutti, per l'ampia ed elaborata ricostruzione si rimanda a OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., pp. 179 – 198. Per una critica sulla ricostruzione in termini di diritto soggettivo v. COCA F. G., *L'interesse legittimo – Storia e teoria*, cit., pp. 248 – 252. Secondo l'Autore la ricostruzione delle pretese partecipative alla stregua di diritti soggettivi non regge sul piano della disciplina del diritto positivo, sotto tre aspetti: sul piano dell'assenza o limitatezza di tutela giurisdizionale; quanto alla coesistenza delle medesime facoltà in capo a tutti i soggetti partecipanti (compresi, dunque, i controinteressati); per la loro collocazione all'interno del procedimento, che rende ultroneo definire le posizioni dei partecipanti come situazioni giuridiche sostanziali.

³⁴⁰ ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., specialmente pp. 116 – 199.

³⁴¹ ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 116 – 199.

dall'aver isolato una fase procedimentale che non rappresenta estrinsecazione di un momento di potere, ne sussegue che le pretese del cittadino, che si collocano in tale fase, sono veri e propri diritti soggettivi (e conferma di ciò secondo questa ricostruzione si desume anche dal fatto che il legislatore pare averle qualificate come tali³⁴²) a cui corrispondono *obblighi* e non semplici *doveri*³⁴³.

A questo punto le facoltà fino a quel momento racchiuse nell'interesse legittimo possono essere fatte traslare sui diritti partecipativi³⁴⁴. Di talché, questi ultimi divengono pretese al rispetto di regole formali dell'azione amministrativa, attenendo alle modalità di svolgimento dell'azione; mentre gli interessi legittimi vanno qualificati come pretese alla legittimità sostanziale³⁴⁵. Ciò conduce a una doppia forma di tutela del privato: l'una formale, propria dei diritti procedimentali, e l'altra sostanziale, che attiene, invece, agli interessi legittimi³⁴⁶.

In questo filone interpretativo si inserisce anche quella posizione che, risaltando la funzione garantista dei diritti procedimentali, li

³⁴² Peraltro, anche laddove il legislatore non qualifichi espressamente le pretese in termini di diritti secondo ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 131, non c'è ragione per discostarsi dal medesimo schema interpretativo dato che «una volta che sia venuta meno l'idea che l'azione procedimentale e i relativi atti siano estrinsecazione di un potere, non c'è motivo per dubitare che le pretese ad un certo comportamento procedimentale della p.a. non siano, in linea di principio, da trattare giuridicamente secondo lo schema del rapporto diritti-obblighi».

³⁴³ Sulla contrapposizione tra doveri e obblighi veda retro, § 4.2.

³⁴⁴ ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 137.

³⁴⁵ ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 141.

³⁴⁶ A tal proposito è utile richiamare RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 557 e ss.

ricostruisce alla stregua di diritti pubblici soggettivi di tradizione germanica³⁴⁷. Secondo questa impostazione le pretese procedurali sarebbero dei diritti (al procedimento appunto) soggettivi, riconosciuti direttamente al singolo individuo ma con un contenuto pubblico³⁴⁸. Invero, essi riguarderebbero l'attività della pubblica amministrazione e andrebbero a coinvolgere direttamente i rapporti tra quest'ultima e i privati, superando così la tradizionale concezione della supremazia della pubblica amministrazione a favore di una dimensione paritaria.

Nella stessa scia si pongono quelle ricostruzioni che individuano due distinte funzioni della disciplina del procedimento, a cui corrispondono situazioni giuridiche diverse e differenti conseguenze in caso di loro violazione³⁴⁹.

³⁴⁷ PALICI DI SUNI PRAT E., *Il diritto al procedimento: profili di diritto comparato*, cit., pp. 87 – 89. Sulla nozione tornano anche DALFINO E – PACCIONE L., *Le basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 390 – 391, «pur consapevoli della “distanza” che ci separa dal sistema nel qual venne elaborata tale categoria», pare utile richiamarla, quale «supporto teorico giuridico idoneo a sintetizzare la posizione dell'individuo partecipe all'interno della funzione amministrativa pubblica».

³⁴⁸ In relazione alla categoria dei diritti pubblici soggettivi si rimanda a ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1902, pp. 111 e ss.; CASSETTA E., *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792 - 801.

³⁴⁹ ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive, (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. II, Milano, 1998, pp. 966 e ss. Secondo l'autore le norme procedurali hanno lo scopo di riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino, ponendo in capo alla prima dei «doveri di correttezza» che sono «doveri di protezione», nella misura in cui sono volti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere da eventuali vantaggi di carattere patrimoniale. Così le pretese partecipative non sono solo strumentali alla soddisfazione dell'interesse materiale, protetto come interesse legittimo, ma anche diritti la cui lesione dà luogo a risarcimento del danno. Cfr. ID. *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 35 e ss., in particolare pp. 76 – 77, che facendo riferimento all'omissione di avviso di apertura del

L'impostazione che vede nelle pretese procedimentali dei diritti soggettivi è stata ripresa anche da altre teorie³⁵⁰, le quali hanno guardato direttamente alla centralità dell'individuo nella Costituzione e da questa hanno ricostruito la natura delle facoltà che a esso sono attribuite all'interno del procedimento. Per queste ricostruzioni le facoltà procedimentali devono essere intese come diritti soggettivi pieni di partecipazione: traduzione del principio programmatico di cui all'art. 2 Cost. e correlati, dunque, agli inderogabili doveri di solidarietà sociale dell'individuo³⁵¹. In essi viene assorbito l'interesse legittimo, inteso nella sua accezione di posizione procedimentale di vantaggio a cui è ricondotta

procedimento dimostra che ove lo si ritenga «funzionale esclusivamente all'apporto collaborativo del privato all'individuazione dell'interesse pubblico concreto, diviene difficilmente comprensibile come esso possa richiedersi allorché si tratti dell'emanazione di provvedimenti di tipo vincolato» e che, dunque, agli strumenti di partecipazione debba essere riconosciuta una duplice finalità: «quella immancabile, di tutelare la dignità del cittadino, e quella, eventuale di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della p.a., e che a tali due finalità corrispondono altresì situazioni giuridiche diverse – alla prima un diritto soggettivo, ed alla seconda un interesse legittimo». In tal modo si attua una tutela del cittadino differenziata e modulata in base alle sue esigenze.

³⁵⁰ Si fa in particolare riferimento all'opera di DALFINO E – PACCIONE L., *Le basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 386 e ss.

³⁵¹ DALFINO E – PACCIONE L., *Le basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 379 – 382, secondo i quali con la legge 241/1990 alla persona umana, intesa sia come individuo che come parte di gruppi organizzati, sono state riconosciute una serie di facoltà giuridicamente rilevanti e vincolanti, da far valere all'interno del procedimento, nel corso del dispiegarsi della funzione amministrativa. Queste facoltà partecipative devono essere inquadrare in termini di nuovo diritto soggettivo e collocate nella categoria della «cittadinanza sociale», da intendersi in termini di «coacervo dei diritti e dei doveri di cui l'individuo, quale componente di una comunità, è elettivo centro di imputazione». Sull'argomento si richiama BARCELLONA P., *A proposito della cittadinanza sociale*, in *Democrazie e diritto*, 1988, pp. 15 e ss.

la spettanza di poteri atti a influire sul corretto esercizio del potere pubblico. Invero, questi poteri ben possono essere ricondotti a diritti soggettivi, in cui è ricompresa la possibilità di partecipare e influire sulla formazione della fattispecie provvedimento³⁵².

Il passaggio successivo è stato definire le pretese procedurali come attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali³⁵³ e identificarle perciò come diritti fondamentali³⁵⁴.

³⁵² DALFINO E – PACCIONE L., *Le basi per il diritto soggettivo di partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 387 – 390. Gli autori si soffermano sulla teorica dell'interesse legittimo di Nigro (espressa in *Giustizia amministrativa*, cit., p. 103) come «posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità». Da questa partono poi per affermare come dal 1990 vi sia stato un rovesciamento di prospettiva, dovuto al riconoscimento del diritto di partecipazione come situazione soggettiva compenetrata all'esercizio della funzione amministrativa, «funzionalizzata alla rappresentazione giuridica delle aspettative sociali coesenziali all'agire amministrativo dei pubblici poteri». Dopodiché si chiedono perché i poteri riconosciuti all'individuo, anziché essere ricondotti alla «ambigua e tendenzialmente neutra locuzione di “posizione di vantaggio”, non dovrebbero più coerentemente derivare, in quanto “poteri”, da posizioni di diritto soggettivo».

³⁵³ In tal senso si è espressa la giurisprudenza costituzionale, tra le varie pronunce si richiama: Corte Cost., 10 giugno 2010, n. 121. Identifica i diritti procedurali come garanzie formali o di natura processuale riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 559. Sull'argomento, inoltre: PINELLI C., *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 881 e ss.; BALBONI E., *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, pp. 1105 e ss.; CUOCOLO E., *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Il Diritto dell'economia*, 2003, pp. 389 e ss.

³⁵⁴ PERFETTI L.R., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 850 e ss. Questa costruzione che qualifica i diritti civili e sociali come diritti

Questa concezione, che configura le pretese procedimentali alla luce dell'art. 117, co. 1, lett. m), ha il pregio di permettere di prescindere dalla riconduzione della posizione soggettiva inerente alla pretesa procedimentale a uno dei modelli, ossia di diritto o di interesse legittimo: ciò che interessa è che la pretesa possa essere “agita” e ricevere tutela processuale se necessitata³⁵⁵.

A cavallo tra la configurazione delle pretese procedimentali come diritti soggettivi e la loro riconduzione agli interessi legittimi si pone la teorica elaborata in tema di c.d. “responsabilità da contatto amministrativo”³⁵⁶. Questa ricostruzione si ricollega alla dottrina civilistica della responsabilità per inadempimento di rapporti senza obbligo primario di prestazione e riconosce la lesione di un interesse/diritto procedimentale per violazione delle regole di correttezza che gravano sulla p.a. a seguito del contatto. Cosicché la relazione che si

fondamentali è ancorata all'art. 2 Cost., ossia «al superamento della qualificazione individualistica delle posizioni soggettive nei confronti dell'autorità» (p. 860).

³⁵⁵ PERFETTI L.R., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., p. 861.

³⁵⁶ A tal proposito v. PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, cit.; ID., *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 993 e ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1998, pp. 968 e ss. *Amplius*, sul tema, CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, cit., pp. 16 e ss. In particolare, secondo questo schema, all'interno del rapporto obbligatorio costituito dal contatto amministrativo qualificato, sorto con l'apertura del procedimento, gli obblighi gravanti sull'amministrazione sono *obblighi di protezione*, che si connettono alle clausole di correttezza, al principio di affidamento e a quello del *neminem laedere*. La violazione di detti obblighi attiene all'ambito della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni. Pertanto, ne segue il regime quanto a termine di prescrizione e riparto dell'onere della prova. In questo schema la nascita dell'obbligazione risarcitoria è «disancorata» dal bene della vita, dall'utilità finale, così come «dal suo collegamento con un diritto soggettivo, un interesse legittimo, un'aspettativa o una *chance*».

instaura tra privato e amministrazione nel corso del procedimento fonda un rapporto generatore di obblighi, la cui violazione dà di per sé titolo al risarcimento³⁵⁷.

5. Specificazioni circa la natura della situazione giuridica soggettiva del privato a fronte di profili di accertamento vincolato.

La natura vincolata dell'attività che si svolge nel procedimento non è un elemento neutrale rispetto alla connotazione delle pretese procedurali. Tuttavia, le peculiarità circa l'atteggiarsi delle pretese rispetto agli aspetti di vincolatezza non risiedono affatto nella minor importanza della partecipazione ma nella diversa natura della situazione soggettiva del privato.

La qualificazione della posizione soggettiva di cui è titolare il privato, a fronte di un'attività che si presenti anche solo parzialmente vincolata, incide infatti sulla dibattuta questione della natura delle pretese procedurali. Perciò occorre chiarire definitivamente questo aspetto per valutarne le ricadute in punto di pretese procedurali.

Nella qualificazione della natura della situazione soggettiva che si interfaccia con un'attività di tipo vincolato è inevitabile fare i conti con la – seppur ormai risalente – teoria che distingueva tale natura in base alla direzione della norma da cui originava il vincolo all'esercizio dell'attività amministrativa. Per tale impostazione si avrebbero avuti

³⁵⁷ PROTTO M., *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, cit., p. 989. Si veda altresì: MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 192 e ss. e ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., pp. 76 e ss.

diritti o interessi a seconda che la norma fosse rivolta a tutelare in via diretta e primaria l'interesse privato oppure quello pubblico³⁵⁸. Non è questa la sede per ripercorrere la strutturata e condivisibile argomentazione³⁵⁹ usata per affermare il superamento della tesi appena richiamata, tuttavia occorre comunque esplicitare le ragioni per le quali si aderisce a questa critica e al contempo ribadire l'inconsistenza del riferimento all'interesse pubblico come fattore realmente qualificante la natura della situazione soggettiva.

Invero, per quanto sia incontestabile che ogni attività amministrativa è finalizzata in via generale al perseguimento

³⁵⁸ Si tratta della nota tesi della direzione della norma appunto di cui sono stati promotori tra gli altri CASETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 611 e ss. e ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 161 e ss. Sul tema, anche per i ricchi spunti bibliografici, FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 16 e ss., in particolare n. 37. Questa regola peraltro aveva trovato ampio riscontro anche in giurisprudenza. In particolare, per esempio nella sent. Cons. St., Ad. Plen., 26 ottobre 1979, n. 25, in materia di diritti dei pubblici impiegati aventi carattere non patrimoniale. A tal proposito si rimanda ai commenti di FERRARA L., *Diritti soggettivi, atti non autoritativi e tutela giurisdizionale: natura ed efficacia degli atti permissivi del datore di lavoro pubblico e privato*, Firenze, 1996, pp. 72 e ss.

³⁵⁹ Si fa riferimento all'opera di ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., pp. 3 e ss. e ID., *Autorizzazione amministrativa*, cit. che dimostra l'illusorietà della formula secondo cui in presenza di attività vincolata si hanno diritti o interessi a seconda che la norma sia rivolta a tutelare l'interesse privato o quello pubblico. Egli, invece, afferma la necessaria correlazione tra attività vincolata e diritto soggettivo. Tesi espressa peraltro anche da Enzo CAPACCIOLI in *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, cit. e presente anche in altri suoi scritti. Come per esempio in *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 45 e ss. e *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, cit., pp. 338 e ss.

dell'interesse pubblico³⁶⁰, ciò non significa affatto che non esistano ambiti vincolati dell'attività, né che la centralità dell'interesse pubblico significhi anche supremazia del soggetto pubblico³⁶¹. Al contrario, la forma consensuale e partecipata di esercizio del potere ne ribadisce la componente democratica e paritaria.

Dunque, individuare nella tutela prevalente dell'interesse pubblico il criterio discriminante per qualificare la posizione soggettiva del privato come interesse legittimo non può che apparire una forzatura³⁶². Eppure, questa posizione continua a trovare eco in giurisprudenza.

A titolo esemplificativo si potrebbe considerare la posizione di recente assunta dal Tar Toscana³⁶³ che ha riproposto la formula della

³⁶⁰ Come rilevato da FERRARA L., *Diritti soggettivi, atti non autoritativi e tutela giurisdizionale: natura ed efficacia degli atti permissivi del datore di lavoro pubblico e privato*, cit., pp. 83 – 84, il riferimento «al rilievo dell'interesse pubblico perde di significato se solo si considera che tale interesse è sempre e comunque presente nella norma, mentre quando questa ha regolato integralmente la relazione intersoggettiva tra il soggetto pubblico e il soggetto privato, da una parte il primo non ha più alcun potere autoritativo in ordine a quella relazione (pena continuare a dare peso al postulato di generale sovraordinazione della pubblica amministrazione che, come tale, non ha alcun fondamento di carattere positivo), dall'altra, essendo compiutamente definito il rapporto, si appalesa necessaria una garanzia di risultato utile, che è appunto l'essenza del diritto soggettivo e della sua tutela». Nello stesso senso anche ID., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 20.

³⁶¹ Parla di «postulato, chiaramente inaccettabile, della generale supremazia della pubblica amministrazione», FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 24.

³⁶² Anche perché «il riferimento a una posizione di sovraordinazione può avere senso solo se il conflitto di interessi è ancora, almeno in parte da risolvere, mentre se è già esaurientemente risolto nella norma allora perde di ogni significato». Cfr. ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., pp. 43 – 44.

³⁶³ Tar Toscana, sez. I, 28 febbraio 2018, n. 329. Non si tratta di una posizione isolata. Anche il Consiglio di Stato in alcune pronunce, seppur meno recenti, ha mostrato di condividerla: Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009, n.1550 e Cons. St., sez. V, 2 agosto 2007, n. 4284.

direzione della norma per rigettare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla ricorrente, che affermava come davanti ad attività vincolata della p.a. sussiste una situazione di diritto soggettivo tale per cui la giurisdizione, fuori dai casi di giurisdizione esclusiva, spetta al Giudice ordinario. Nel caso di specie, una società aveva presentato una domanda di finanziamento in relazione a un bando indetto dalla Regione Toscana che era stata dichiarata inammissibile per mancanza di uno dei requisiti richiesti nel bando stesso. La società esclusa aveva perciò impugnato l'atto di esclusione, chiedendo al contempo l'accertamento del suo diritto al finanziamento, in ragione del possesso di tutti i requisiti necessari. Inoltre, considerato il carattere vincolato dell'attività e la conseguente posizione di diritto soggettivo di cui la ricorrente si riteneva titolare, ella aveva sollevato eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Tar ha rigettato questa eccezione argomentando proprio sulla base della presunta direzione della norma. Invero la sentenza prima pare condividere l'idea che, laddove all'amministrazione sia demandato solo il compito di verificare l'effettiva esistenza dei presupposti, senza alcun apprezzamento discrezionale, si pongono diritti soggettivi e, dunque, sussiste la giurisdizione ordinaria. Tuttavia, poi, prosegue negando espressamente questo assunto e riproponendo la formula in commento, sulla scorta della presunta prevalenza della cura dell'interesse primario pubblico a fronte della concessione di un aiuto economico. Nella sentenza si legge che, considerato che lo scopo per il quale era stato previsto il finanziamento chiesto dalla società era «il perseguimento, in via primaria ed immediata, dell'interesse pubblico» (in particolare, a promuovere gli investimenti finalizzati a diversificare le attività delle aziende agricole),

allora la posizione del privato non poteva che essere di interesse legittimo³⁶⁴.

Ora, da una situazione come questa si vede chiaramente come si tratti di un criterio a dir poco evanescente³⁶⁵, che consente la riviviscenza di non condivisibili prese di posizione in ordine alla supremazia del soggetto pubblico.

Abbandonato, dunque, questo criterio vi sono altri elementi da considerare, idonei a confermare la ragione per cui esiste un collegamento necessario e biunivoco tra vincolo e diritto soggettivo.

³⁶⁴ La formula riproposta in sentenza è proprio la trasposizione della regola classica: «se è pur vero che l'interesse legittimo si correla, di norma, all'esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione, non è altrettanto vero che di fronte ad un provvedimento vincolato il privato vanta sempre diritti soggettivi, ben potendo sussistere posizioni di interesse legittimo in relazione a provvedimenti vincolati, a condizione che questi ultimi siano emanati in via primaria ed immediata per la cura degli interessi pubblici e non per la soddisfazione di aspettative dei privati (Cass., S.U. 19.4.2017, n. 9862). Né la cura primaria dell'interesse pubblico sussiste, in materia di concessione di contributi economici da parte della pubblica amministrazione, solo allorquando l'attività finanziata abbia una immediata rilevanza pubblica (come nel caso dell'attività di interesse pubblico – ad esempio il trasporto pubblico – svolta dal concessionario di pubblico servizio), rilevando invece lo scopo per il quale è previsto l'aiuto economico». Va detto tuttavia che, nonostante questa poco condivisibile presa di posizione, la sentenza poi, in effetti, accoglie in parte il ricorso e, pur negando l'azione di accertamento, annulla il provvedimento con cui la domanda era stata dichiarata inammissibile.

³⁶⁵ Come già notava ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., pp. 12 - 14, quando suggeriva di considerare come da un esame dei motivi usati di volta in volta dalla giurisprudenza emerge che l'«afferzata direzione delle norma verso la tutela dell'interesse pubblico (o anche di quello privato: il discorso non cambia), troverà di regola considerazioni assai generiche, quando non apodittiche, e, come tali, rovesciabili con pari grado di attendibilità nel loro contrario» e quando a riprova finale dell'incertezza applicativa del criterio, mostra come a parità di condizioni spesso le soluzioni basate su questo criterio siano difformi» (p. 14).

È invero la struttura stessa delle fattispecie vincolate, in tutto o in parte, a non potersi interfacciare che con un diritto. Infatti, laddove le sfere giuridiche di ciascuno e la composizione degli interessi siano già descritti dalla legge, manca il potere amministrativo, intendendo con questo termine il mezzo di scelta degli interessi e di definizione dell'assetto delle relazioni giuridiche³⁶⁶. Di contro, un potere in questo

³⁶⁶ Non può tacersi l'esistenza di una corrente di pensiero che si mostra critica verso la stessa esistenza di un'attività di tipo vincolato, assumendo un atteggiamento che è stato definito da FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, pp. 10 e ss., di «scetticismo sulla vincolatezza». Secondo questa impostazione la vaghezza propria di tutti i termini non singolari e non analitici intrinseca in ogni lingua rende ogni norma indeterminata e dunque privo di senso il concetto stesso di vincolatezza. In generale, per tutti, sul concetto di vaghezza delle norme giuridiche si rimanda a LUZZATI C., *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 4 e ss.; LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1998, pp. 155 e ss. e FALZEA A., *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 4 e ss. che tratta dell'indeterminatezza – genericità – vaghezza delle clausole generali, degli standard valutativi e dei principi generali che si pongono a fianco delle norme specifiche. La tesi che nega l'esistenza di margini di reale vincolatezza si basa sull'assunto che, a fronte di norme costituite da termini per lo più vaghi, la p.a. non possa essere vincolata nel momento conoscitivo, ossia di accertamento dei presupposti che legittimano l'adozione di un certo atto. In altri termini, se «la qualificazione di uno stato-di-cose alla luce di una fattispecie astratta è l'instaurazione di una relazione semantica fra questi due poli [...] quando la fattispecie astratta è vaga, l'instaurazione di una relazione semantica è una decisione»; al contrario «tale decisione manca (*rectius* è stata già presa “altrove”) [nella legge si aggiunge noi] quando la fattispecie astratta è un termine (o sintagma) univoco». Perciò, «la vincolatezza nel momento conoscitivo è semanticamente impossibile»; mentre lo è quella nel momento dispositivo, «cioè nella decisione degli effetti quando la norma quando la norma stabilisce: a) un nesso di condizionalità sufficiente tra il ricorrere dei presupposti e gli effetti giuridici (*l'an*) e b) predetermina gli effetti giuridici in ogni loro aspetto (*quantum, quomodo*, quando e così via)». Cfr. FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., p. 12 e 13 per le citazioni letterali, che a sua volta rinvia a ID., *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 285 e ss. A questo aspetto va

aggiunto poi il problema dell'interpretazione, la quale, a sua volta, è un'operazione che implica sempre l'esercizio di un potere di scelta. Cosicché, se anche la scelta discrezionale è un'attività ermeneutica, attività vincolata e discrezionale finiscono per confondersi (v. BENVENUTI F., *La discrezionalità*, Cedam, Padova, 1986, pp. 306 e ss.). Al punto che anche le norme che regolano un'attività vincolata sarebbero sindacabili per eccesso di potere. In tal senso: NICOSIA F. M., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa «non discrezionale»*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 80 e ss. e pp. 183 e ss. Dunque, se il concetto, anch'esso vago, di atto vincolato trova applicazione per il tramite delle decisioni dell'interprete, non esiste nessun aspetto realmente scevro dal potere. Da ciò consegue, secondo questa visione, che l'idea dell'atto vincolato come di un atto senza decisione, cioè senza potere, è irrealistica. In altri termini, vi sarebbe sempre un margine di opinabilità di giudizio che conduce necessariamente al rifiuto teorico della vincolatezza. Per l'esame critico di questa posizione v. FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 9 – 11. Oppure, semplicemente, se cadono le premesse per distinguere tra attività vincolata e discrezionale il problema della presenza o meno del potere perde il suo rilievo, così CASETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. dell'econ.*, 1998, pp. 503 e ss. In risposta a questa tesi si cita nuovamente FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 7 – 8, che osserva come sia lo stesso compito del giurista a imporre di tracciare, nonostante le difficoltà, le differenze per creare categorie e fare così ordine anche tra i concetti più vaghi. Ad avviso di chi scrive inoltre una tale visione finisce per fraintendere l'idea di assenza di potere discrezionale facendo, sia consentito dire, “di tutta l'erba un fascio”, nel momento in cui si mette insieme le incertezze che derivano dall'interpretazione di concetti giuridici indeterminati e quel margine di interpretazione che è connaturato nell'uso della lingua. Laddove la legge definisce in modo comprensibile i presupposti di una certa attività sembra, infatti, peccare per eccesso il ritenere che la normale attività dell'interprete comporti un potere di scelta, idoneo ad annullare l'idea stessa di vincolatezza. L'inesistenza in concreto di un'attività vincolata è un'altra delle tradizionali critiche mosse a tale concetto (sul punto per tutti CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000, pp. 443 – 446 e AZZARITI G., *Dalla Discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Cedam, Padova, 1989, pp. 315 e ss.). Sennonché l'evoluzione della società e del diritto è proprio nel senso di aumentare i campi in cui la scelta è rimessa alla sola legge, di questo percorso è conferma e ulteriore evoluzione anche lo spazio sempre più ampio lasciato ad atti privati sostitutivi di atti amministrativi di mero accertamento (si fa cioè riferimento all'amplissimo ambito operativo della scia che ha sostituito pressoché tutte le autorizzazioni ricognitive). Tra gli autori che citano,

senso si ha solo se vi è un elemento di discrezionalità, di bilanciamento di interessi lasciato all'azione dell'amministrazione. Ecco così che si riafferma come davanti all'attività discrezionale si configurino interessi legittimi, la cui soddisfazione è solo eventuale, frapponendosi un momento di scelta riservata all'amministrazione, di decisione amministrativa in senso lato³⁶⁷: ossia combinazione di giudizio e volontà

anche in modo critico, il fenomeno dell'incremento della vincolatezza dell'azione amministrativa si richiama ROMANO A., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, III, cc. 258 e ss., in particolare 264, secondo cui «nel nome dell'ideale, o meglio del mito, della necessità della predeterminazione dell'azione amministrativa, come insostituibile garanzia della sua imparzialità, e quindi efficacia, si moltiplica in misura inflazionistica e patologica una normativa di azione in forma scritta, sempre più minuziosa e dettagliata». Anche CERULLI IRELLI V., *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in PARISIO V. (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 101, che definisce «l'eccessiva pervasività della normazione amministrativa» come un ostacolo all'adempimento della funzione amministrativa di «miglior servizio ai cittadini». Inoltre, nell'ottica di cui questo autore si occupa, ossia quella delle conseguenze sull'atto della presenza di vizi formali, la diffusione della normazione amministrativa ha anche lo svantaggio di produrre «un'eccessiva dilatazione dell'area dell'invalidità degli atti amministrativi». Inoltre, CARDI E., *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Maggioli, Rimini, 1983, pp. 27, definisce questa tendenza «uno dei risultati prodotti dalla moltiplicazione in forma inflazionistica e patologica della legislazioni di conferimento e disciplina dei poteri amministrativi». L'autore inoltre assume una posizione critica nei confronti della vincolatezza anche nella misura in cui ritiene che i fatti presi in considerazione nell'esercizio dell'attività amministrativa, anche se legislativamente definiti, siano comunque indeterminati. Per esempio, egli trae dei chiari sintomi di tale indeterminatezza dall'esclusione della operatività esterna degli accertamenti di fatto compiuti da altre amministrazioni; nonché dalla possibilità che il medesimo fatto venga valutato da più amministrazioni aventi attribuzioni concorrenti in modo diverso. Da ciò deriva che l'attività dell'amministrazione non può mai essere neutro accertamento dei fatti intesi naturalisticamente, dato che il fatto, pur avendo una dimensione naturalistica, rileva in quanto “valutato” nel procedimento dall'amministrazione.

³⁶⁷ Il concetto di decisione è molto discusso in dottrina al punto che è difficile indicarne un significato univoco. Si cita tra tutti NIGRO M., *Sulle decisioni*

che, nel comporre il conflitto di interessi, seleziona un solo assetto fra i molti possibili³⁶⁸.

Mentre a fronte di un'attività vincolata si ha solo proiezione nel concreto di quanto posto dalla legge e, dunque, riaffermazione della volontà di un precetto. Perciò la posizione soggettiva che vi si interfaccia non può essere che di *diritto soggettivo* a soddisfazione obbligatoria³⁶⁹, in quanto il risultato è anticipato nella legge.

amministrative, in *Foro amm.*, 1950, pp. 15 e ss. e ID., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1962, pp. 810 e ss. Inoltre, per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto nella dottrina italiana: MERUSI F. – TOSCANO G., *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 3 e ss.; TRAVI A., *Decisione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, IV, Torino, 1989, pp. 524 e ss. Oltre a questi, sul concetto va richiamato lo studio di VITTA C., *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 97 che distingue tra atti ricognitivi o certificati e decisioni. I primi sono quelli in cui l'autorità si limita a registrare ciò che percepisce, i secondi sono quelli in cui si innesta un giudizio, una valutazione. A tal proposito v. GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 11- 16. Sul tema poi BUCCISANO J., *Accertamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, pp. 3 e ss.

³⁶⁸ In tal senso BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 3. Di ciò si occupa anche FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit. Questa composizione richiama evidentemente la nozione di discrezionalità amministrativa, condivisa nel diritto amministrativo, come comparazione o ponderazione degli interessi in gioco. A tal proposito, per tutti, GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939. Si cita inoltre a tal proposito PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 404 e ss.; ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D. (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini, 1987, pp. 786 e ss.; BARONE G., *Discrezionalità. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, pp. 7 e ss.

³⁶⁹ Si tratta in altri termini di un «diritto soggettivo ad accertamento amministrativo». Cfr. FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 72 e ss.

Da quanto sopra emerge come l'atto che l'amministrazione adotta a fronte di una predeterminazione *ex lege* di un certo assetto di interessi abbia un contenuto dichiarativo³⁷⁰, di accertamento, di ricognizione, di

³⁷⁰ La categoria degli atti amministrativi a contenuto dichiarativo è stata oggetto di studio a opera di GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., pp. 5 e ss., al quale peraltro si rimanda anche per il ricchissimo impianto bibliografico, che ha esaminato la storia dell'evoluzione di tale nozione, cercando di fare ordine nell'eterogeneità di approcci dottrinali. Ripercorrendo per sommi capi i contributi essenziali, si cita RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, cc. 7 e ss. che è stato il primo a "intravedere" una tipologia di atti aventi efficacia meramente dichiarativa. Questi aveva isolato tra gli atti amministrativi - non autorizzazioni né concessioni - una classe di atti «di pura esecuzione», cioè finalizzati solo all'accertamento delle condizioni determinate dalla legge per il sorgere di un diritto soggettivo, unica posizione soggettiva peraltro che si interfaccia con la p.a. in ipotesi di quel tipo. Dopodiché, Santi ROMANO, nei *Principi di diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1906, a p. 52, aveva individuato, quale terza categoria in cui è possibile classificare gli atti amministrativi (le altre sono: le dichiarazioni di volontà che comportano la nascita, modificazione o estinzione di un diritto, definite «negozi di diritto pubblico» e gli «ordini», ossia dichiarazioni di volontà dirette all'esercizio di un potere già esistente) quegli atti che sono solo «pronunce dichiarative», nei quali cioè il soggetto pubblico non fa che certificare uno stato di cose. Anche CAMMEO (*Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 554 e ss.) aveva suddiviso gli atti amministrativi in due generi: i negozi giuridici, nei quali è voluto sia l'atto che i suoi effetti, e in atti giuridici in senso stretto, nei quali cioè l'elemento di volontà abbraccia solo l'atto, mentre gli effetti non sono voluti in sé (in tale categoria aveva fatto rientrare gli accertamenti; le documentazioni; gli atti che recepiscono dichiarazioni di privati). Si deve poi fare riferimento all'opera di ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1918, pp. 169 e ss. che si è concentrata sull'attività amministrativa di diritto privato, la quale si connota per concernere solo attività non discrezionale avente contenuto di semplice accertamento di dichiarazioni di volontà provenienti dai privati e dunque, appunto, atti di accertamento vincolati. Per gli autori successivi il tema poi si confonde con il problema della costitutività di questa tipologia di atti e dunque per ragioni sistematiche si preferisce farvi riferimento un poco più avanti.

constatazione dell'esistenza o inesistenza di fatti i cui effetti derivano solo dalla volontà della legge³⁷¹.

Si tratta cioè di un atto in senso stretto³⁷² o di un mero atto³⁷³.

Tale definizione solleva un altro problema: quello dell'efficacia costitutiva³⁷⁴. Infatti, come è stato autorevolmente sostenuto, tra atti

³⁷¹ In senso contrario De FRANCESCO G. M., *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Vita e Pensiero, Milano, 1926, pp. 31 – 32 e 66 e ss. che distingue più tipologie di atti a seconda che l'accertamento sia diretto ad acclarare: 1) un fatto; 2) una qualità; 3) un rapporto giuridico intervenuto tra terzi; 4) la ricorrenza in un soggetto dei requisiti richiesti dalla legge per il riconoscimento di una pretesa giuridica. I primi tre numeri sarebbero atti meramente dichiarativi. Mentre l'ultima specie, a cui riconduce per esempio la celebrazione del matrimonio e il rilascio di brevetti, si caratterizzerebbe per la circostanza che il relativo atto amministrativo avrebbe una componente costitutiva vera e proprio in quanto fonte il diritto. Dunque, in questo caso la pretese del singolo non discenderebbe direttamente dalla legge quanto dalla dichiarazione dell'amministrazione e perciò il privato sarebbe titolare solo di «un diritto ad acquistare il diritto subiettivo o l'interesse legittimo» (pp. 70 – 77).

³⁷² Secondo la definizione di CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 556 e ss.

³⁷³ SCOCA F. G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 104 e ss.: i «meri atti» sono una delle due specie, l'altra è quella degli «atti normativi», in cui si articola la categoria degli atti giuridici. L'atto di accertamento non è manifestazione di volontà, pur avendo efficacia costitutiva, non ha natura negoziale. È dunque mero atto giuridico secondo ZOTTA M., *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, pp. 135 e ss., spec. p. 143.

³⁷⁴ Il problema dell'efficacia costitutiva degli atti di accertamento vincolati è legato a doppio filo con la questione dei caratteri degli atti amministrativi a contenuto dichiarativo. A tal proposito, scorrendo l'analisi compiuta da GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., pp. 5 e ss., in via estremamente sintetica, si riportano i tratti salienti dell'evoluzione del concetto. Nel 1926, De FRANCESCO G. M., *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, cit., pp. 66 e ss. nell'affrontare la questione dell'efficacia costitutiva degli atti dichiarativi esaltava la valenza costitutiva di tali atti al punto da arrivare ad affermare che il diritto del privato derivasse dall'atto anziché dalla legge e che il privato fosse titolare di un

interesse legittimo. Più sfumata era stata invece la posizione, assunta, una decina di anni dopo, da ZOTTA M., *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, cit., in particolare p. 143, che qualificava l'atto, con cui la p.a. procede all'accertamento dei requisiti dalla legge, come dotato di efficacia costitutiva ma non quale manifestazione di volontà, ma solo in quanto «diretto ad esprimere la volontà della legge». In tale concezione, si trattava, perciò, di un atto di mero accertamento dei requisiti di legge che, per quanto idoneo fosse a produrre un effetto giuridico innovativo, e sebbene fosse condizione necessaria per il sorgere del diritto, non intaccava il ruolo della legge. Successivamente, VITTA C., *Diritto amministrativo*, vol. I, Utet, Torino, 1962, V ed., pp. 348 – 349 e 379 – 383, ribadendo in realtà una posizione che aveva già assunto a partire dagli anni '30, aveva riconosciuto all'atto, che riscontra la rispondenza di un certo fatto alla legge, la capacità di modificare il diritto da potenziale in attuale, senza tuttavia chiarire in cosa questa efficacia costitutiva esattamente consistesse. All'inizio degli anni '50, invece, Gustavo VIGNOCCHI in *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, distingueva la diversità di efficacia degli atti in: costitutività degli effetti e costitutività della fattispecie. In particolare, egli aveva inquadrato gli accertamenti tra i meri atti amministrativi e aveva spiegato come, negli atti di accertamento, la pur innegabile componente volitiva, fosse da considerare solo come volontà di porre in essere l'atto. Dunque, quali semplici dichiarazioni di verità, gli accertamenti amministrativi non avrebbero mai una costitutività funzionale ma solo quali strumenti che si inseriscono nel meccanismo automatico prodursi dell'effetto voluto dalla legge. Questa distinzione è stata ripresa da molti autori successivi, per tutti CAPACCIOLI E., *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 157, 161 - 162, 248, che distingueva tra «atti costitutivi direttamente degli effetti, che sono atti normativi, e atti costitutivi di fattispecie, ossia atti che valgono come fatti», al compiuto verificarsi dei quali si producono gli effetti in forza di una norma esterna all'atto. Al contempo, PERICU G., *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1971. A proposito della distinzione tra costitutività degli effetti e della fattispecie si v. anche la ricostruzione di FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 63 – 72, in particolare nota 86. Si veda inoltre NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953, p. 59, nota 27. Infine, bisogna citare GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, cc. 167 e ss., spec. 171 e 179 e ID., *Accertamento (diritto amministrativo e costituzionale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 220 e ss. che introduce il concetto di «digressione» dell'atto giuridico in fatto e spiega come la categoria degli atti amministrativi di accertamento, che ricomprende solo quegli atti diretti a rendere certa una situazione iniziale di obiettiva incertezza, con effetto preclusivo, sia molto diversa da quella di altri atti di accertamento, che

discrezionali e atti vincolati vi sarebbe identità di efficacia costitutiva³⁷⁵. Si tratta di un'obiezione di non poco conto, se si considera che da questo carattere è poi fatta discendere la titolarità di un interesse legittimo in capo al privato che si interfaccia con l'amministrazione.

Secondo questa impostazione la produzione dell'effetto giuridico è *sempre e comunque* riservata all'amministrazione, in quanto l'ordinamento, al massimo, prefigura l'effetto ma non lo genera. Dunque, la p.a. adotta un provvedimento che è esercizio di potere costitutivo

definisce atti-fatti di certazione. Questi ultimi non si confrontano con uno stato di incertezza ma di non qualificazione. A tal proposito, in un altro suo scritto, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 769 e ss., spec. p. 771, Giannini adduce l'esempio dell'iscrizione di un'acqua nell'elenco delle acque pubbliche per la quale un'acqua, possiede tutte le qualità giuridicamente rilevanti indipendentemente dall'atto, ma prima di questo è non qualificata. Con l'atto acquista verso tutti la qualificazione giuridica di pubblica. L'iscrizione, dunque, è atto dichiarativo ma produce effetti giuridici come fatto. Infine, sono da citare le prospettazioni di: SANDULLI, enunciata nel suo *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 617 e 636 – 639, il quale compie una classificazione degli atti amministrativi. Nel far ciò individua la categoria degli atti ricognitivi che qualifica come privi di effetti innovativi o costitutivi, in quanto non modificano, né integrano la condizione giuridica preesistente dell'atto, del bene o della persona; e CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 348 che distingue vari tipi di provvedimenti. Tra cui i provvedimenti non discrezionali, che si caratterizzano per l'imperatività degli effetti, propria di tutti i poteri amministrativi, ma che, al contempo, si risolvono in una mera attuazione della legge, per quanto alle volte anche complessa (vi fa rientrare per esempio i casi di c.d. discrezionalità tecnica). Questi hanno efficacia costitutiva, nel senso che gli effetti possono essere prodotti solo dall'atto e la situazione giuridica del privato è costruita dalla legge come di interesse legittimo. Individua, inoltre, gli atti amministrativi dichiarativi, privi di efficacia costitutiva. Tra questi annovera gli atti di inclusione di beni in pubblici elenchi, gli atti contabili di impegno di spesa e l'iscrizione dei cittadini nelle liste elettorali. Altra tipologia enucleata è quella degli atti di certezza pubblica, espressione di poteri certificativi della p.a.

³⁷⁵ Si fa riferimento alla posizione di NICOSIA F. M., *Potere ed eccesso di potere*, cit., pp. 127 e ss. ma anche di SCOCA F. G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, cit., pp. 34 e ss.

(anche se non di decisione, che attiene alle sole scelte discrezionali), a fronte del quale al cittadino è intestato un interesse legittimo, che trova necessariamente soddisfazione per il tramite del potere³⁷⁶.

Questo esito può comprendersi solo in quanto è possibile parlare di potere senza necessariamente intendere il potere di scelta tra soluzioni diverse o di composizione del conflitto di interessi (di decisione dunque). Per esempio, qualora, si intenda con questa locuzione anche il potere di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere giuridicamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere) l'effetto.

Oppure, e il risultato sostanzialmente è lo stesso, anziché immettere l'idea del potere nell'atto vincolato, si può "tirarne fuori" quello discrezionale: affermando che la discrezionalità precede il potere, da intendersi come forza di produrre effetti e che, anche nell'esercitare la discrezionalità l'amministrazione si pone un auto-vincolo dovendo nell'emanare il provvedimento rispettare il risultato delle sue valutazioni, di talché ogni atto in senso lato è vincolato³⁷⁷.

Quale che sia il ragionamento, vincolatezza e discrezionalità si confondono a causa dell'idea di potere costitutivo e questo finisce per qualificare la posizione soggettiva.

Ora, è pur vero e condivisibile che entrambi – atto discrezionale e atto vincolato – hanno un'efficacia costitutiva, in quanto fatti istituzionali³⁷⁸ e presupposti necessari per la produzione dell'effetto,

³⁷⁶ SCOCA F. G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, cit., pp. 35 e ss.

³⁷⁷ VOLPE F., *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e di merito)*, in *Giustamm.it.*, 2016, pp. 2 e ss.

³⁷⁸ FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., p. 19, per il quale un fatto istituzionale è «un fatto che è reso possibile e che ha significato solo alla luce delle norme secondarie e costitutive: è costitutivo in quanto performativo, in quanto "fa cose con parole", effettua il suo significato».

tuttavia questa efficacia non è identica. Sono cioè costitutivi, ma non allo stesso modo: una cosa infatti è *costituire un effetto* (esercitare un potere di scelta); altra cosa è *far venire in essere l'effetto precostituito*³⁷⁹. In un caso si ha una decisione; nell'altro un atto puramente descrittivo e, in senso lato, costitutivo³⁸⁰.

³⁷⁹ FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 44 e s.

³⁸⁰ Questa posizione è criticata da FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., pp. 22 e ss. che ritiene che alla base di tale affermazione vi sia confusione tra «essere e dover essere», in quanto «la norma obbliga l'amministrazione a adottare un atto con un certo contenuto al ricorrere dei presupposti vincolati, ma non impedisce che l'amministrazione di fatto adotti un atto di contenuto diverso. In altre parole, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'attività amministrativa, l'amministrazione conserva la possibilità, ancorché non il permesso, di agire diversamente, cioè di non rispettare la norma ipotetico-costitutiva». Peraltro, l'atto così adottato, pure illegittimo, produce comunque effetto. L'autore distingue tra norme eidetico-costitutive, a struttura ontica, che stabiliscono il significato per il mondo del diritto di un certo comportamento, e norme che pongono condizioni di validità di un atto, a natura deontica. Le prime detterebbero regole di esistenza mentre le seconde (e vi rientrerebbero le norme che presiedono all'attività vincolata) possono essere disubbidite, senza che ciò infici l'esistenza dell'atto, incidendo solo sulla sua validità. Senonché, ad avviso di chi scrive, questa così marcata distinzione pecca per eccesso, in quanto occorre considerare che, nel mondo del diritto, validità ed esistenza non sono due realtà così rigidamente separate, o meglio lo sono, ma non in senso "ontico". Questo perché la realtà del diritto è *sociale, stipulativa* e perciò anche variabile. Ogni branca del diritto infatti distingue le sue categorie patologiche in maniera cangiante, secondo etichette formali e discipline storicamente determinate (annullabilità, nullità, esistenza nel diritto privato o pubblico e così via). Per esempio, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, che oggi è espressamente previsto in molti ordinamenti, era invece considerato dai canonisti medievali l'ipotesi paradigmatica di atto inesistente (anzi proprio quella dalla quale il concetto di inesistenza di un atto giuridico è stata storicamente elaborata): cfr. GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, III ed., Cedam, Padova, 2015, p. 379. Sulle varie ipotesi di invalidità del provvedimento amministrativo, per tutti, BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli, Torino, pp. 69 e ss.

Posto ciò, va chiarito tuttavia che si tratta principalmente di un problema definitorio: la categorizzazione dipende infatti, come si è visto, dall'ampiezza della definizione della nozione di potere, di efficacia costitutiva e delle altre terminologie utilizzate per descrivere la tipologia di atti.

Inoltre, molto cambia a seconda del livello di distinzione che si intende far proprio.

Infatti, posti i due caratteri fondamentali – da un lato, l'assenza di ogni elemento di discrezionalità³⁸¹ e, dall'altro, la tipologia di attività dell'amministrazione presa in considerazione³⁸² – è possibile fare anche ulteriori raggruppamenti.

In effetti, se si accede a un'idea di costitutività *in senso ampio* – in quanto comunque l'atto determina una modificazione della situazione preesistente – si può distinguere più tipologie di atti in base al grado³⁸³ di efficacia che questa assume. Si può, cioè porre: da un lato, quegli atti aventi *mera efficacia accertativa* e, dall'altro, gli *accertamenti costitutivi*. I primi si limitano ad accertare la volontà della legge; i secondi accertano quanto disposto dalla norma e poi producono il mutamento giuridico³⁸⁴.

³⁸¹ La quale opera una prima delimitazione e consente di tenere fuori tutti quegli atti preceduti da una scelta effettiva dell'amministrazione su come perseguire l'interesse pubblico primario, operando un bilanciamento tra interessi secondari pubblici e privati.

³⁸² Che si è detto essere attività di ricognizione della realtà di un fatto, del ricorrere di certe condizioni e circostanze.

³⁸³ NIGRO M., *Sulle decisioni amministrative*, cit., pp. 33 – 39. Va precisato, che nel graduare il significato del concetto di costitutività, si propone comunque una ripartizione per *species*, che non intacca i caratteri comuni del *genus*.

³⁸⁴ A questo punto non può tacersi l'analogia, già indagata esaurientemente in dottrina, tra atti di accertamento e sentenze di accertamento costitutivo. In entrambe infatti si ha un «fenomeno di conversione del comando astratto in comando concreto

Questa classificazione pare per certi versi riprodurre la ripartizione proposta, non poco tempo fa³⁸⁵, dalla dottrina che all'interno degli atti certificativi non discrezionali distingueva in base al motivo dell'intervento dello Stato: *ad probationem* o *ad substantiam*. Nel primo caso l'amministrazione si limita ad accertare un fatto; nel secondo l'atto amministrativo è dichiarativo, di accertamento ricognitivo ma, al contempo, è anche costitutivo, perché *conditio sine qua non* di produzione dell'effetto.

[...] in quanto si accerta l'esistenza *in concreto* di alcune condizioni previste dalla legge *in astratto* e si realizza di conseguenza un mutamento giuridico», cfr. NIGRO M., *Sulle decisioni amministrative*, cit., pp. 35 – 36. Il tema è approfondito da FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 79 e ss. Ne tratta anche ZOTTA M., *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, cit., spec. pp. 141 e ss.

³⁸⁵ Si fa riferimento al lavoro di ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, cit., pp. 198 e ss. e in particolare pp. 202 – 203, che distingue tra atti certificativi (di mero accertamento) e di accertamento costitutivo. Nei primi l'intervento dello Stato ha una funzione probatoria. In questa categoria è fatto rientrare per esempio l'atto di nascita e, in genere, gli atti notarili. I secondi sono costitutivi nella misura in cui in loro assenza il fatto non acquista rilevanza giuridica, se non dal momento del suo accertamento. Esempi di questa seconda specie sono: l'atto di iscrizione delle imprese commerciali presso le camere di commercio; l'atto in cui l'ufficiale di stato civile dichiara avvenuto il matrimonio; l'atto con cui viene rilasciato un attestato di privativa industriale. Peraltro, l'autore si occupa principalmente dell'amministrazione di diritto privato ma poi afferma come la figura dell'atto amministrativo (non discrezionale) di accertamento costitutivo abbia anche una valenza generale tale da riscontarsi anche nell'ambito dell'amministrazione di diritto pubblico. Come esempi di ciò richiama l'iscrizione nelle liste elettorali, il rilascio di diplomi e di attestati scolastici e accademici etc. A nostro avviso va precisato che se sul primo esempio ci si trova perfettamente concordi, altrettanto non può dirsi in relazione a questo secondo caso che pare poco calzante o comunque abbisognerebbe di ulteriori specificazioni in quanto si tratta di un'ipotesi di valutazione, seppur tecnica, che contiene dunque una componente che, per quanto non di discrezionalità pura, non può essere tralasciata. In senso analogo GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., p. 23.

Ciò nonostante, occorre ulteriormente specificare che la costitutività a cui qui si sta facendo riferimento – quella degli atti non discrezionali per intendersi – non è mai intesa come generante di per sé l'effetto ma come strumento di attuazione della legge³⁸⁶. Infatti, la fonte del diritto è solo ed esclusivamente la legge. Anzi, tutt'al più, si concorda con quella dottrina³⁸⁷ che assegna un ruolo determinante nella produzione dell'effetto giuridico sostanziale al fatto in sé, in forza di precise disposizioni di legge³⁸⁸.

³⁸⁶ È una «costitutività di (sola) fattispecie» secondo la definizione che ritroviamo in GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., in particolare p. 73, che si pone all'interno dello schema «norma - fatto» ma la sua adozione, per quanto dovuta, è necessaria perché la fattispecie prevista dalla norma si perfezioni. Per quanto una volta integratosi il fatto, l'effetto ne discenda comunque in via diretta. La costitutività di fattispecie è peraltro ammessa anche da Enzo CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, II ed., 1983, p. 349, quando prospetta l'atto «di verifica necessaria», dove la necessarietà è una sorta di costitutività, in quanto da esso non è possibile prescindere.

³⁸⁷ Si sta qui facendo riferimento a GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., nelle pp. 21 - 22, il quale nel commentare la classificazione proposta da Zanobini afferma come a suo dire, in realtà, anche gli atti costitutivi non producano effetti giuridici ma solo «certezza pubblica», ossia una particolare qualità giuridica (o valore, o bene) che accede all'atto, al fatto o al rapporto giuridico, perlopiù a fini di pubblicità o a tutela della buona fede dei terzi. Mentre l'effetto giuridico in sé discende dal fatto o dal rapporto giuridico, in base alla legge e dunque, comunque, «i reali creatori dei rapporti giuridici materiali sono, e rimangono, esclusivamente i privati».

³⁸⁸ Della stessa opinione pare essere FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 72, secondo il quale «discenda l'effetto direttamente dalla legge o dal fatto (o dunque quale che sia la soluzione da dare al problema della causalità giuridica), deve in ogni caso ritenersi risultato acquisito che, in occasione di atti autorizzatori di carattere ricognitivo, il diritto soggettivo non discende mai dall'atto, perché un atto, in quanto opposto al fatto, non vi è».

Invero, quando si tratta di atti di accertamento vincolato delle condizioni di legge la nozione di costitutività che si accoglie³⁸⁹ non è mai, comunque, sintomo di potere e, dunque, di interesse legittimo ma, al contrario di *obbligo* e *diritto*. Nel momento in cui si riconosce non esservi scelta (discrezionale) si hanno, infatti, «atti di pura esecuzione, nel senso che accertano l'esistenza delle condizioni determinate dalla legge per il sorgere di un diritto e ne riconoscono la sussistenza in capo a un soggetto»³⁹⁰. Perciò, l'attività del soggetto pubblico è solo finalizzata a

³⁸⁹ Insiste sulla diversità tra l'efficacia costitutiva degli atti vincolati e quella degli atti discrezionali, anche tramite l'esame e la critica delle tesi di SCOCA, espresse in *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit. e di Guido CORSO (*L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969), FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., per una sintesi delle conclusioni di tale indagine si v. pp. 63 e ss. In particolare, sia che si risolva la questione della causalità giuridica nel senso che causa efficiente è il fatto (Corso), sia che si veda la causa efficiente nella norma (come fa Scoca), l'efficacia dell'atto vincolato è diversa da quella dell'atto discrezionale e, comunque, di efficacia costitutiva in entrambi i casi si può parlare solo "in un senso assolutamente generico che tenga conto della sola risultante di un processo produttivo (la nascita di una situazione giuridica soggettiva) i cui singoli fattori svolgono (possono svolgere) ruoli differenziali".

³⁹⁰ RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., cc. 7 e ss., in particolare 12 e 16. Va precisato che la ricostruzione di questo autore, a primo acchito, parrebbe dissonare rispetto all'affermata componente costitutiva propria anche degli atti di accertamento vincolato. Infatti, la distinzione che lui opera è proprio tra atti amministrativi di natura costitutiva e atti con natura dichiarativa e, comunque, come nota anche ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, cit., p. 208: «l'autore trascura di vedere se in quel riconoscimento [delle condizioni di esistenza del diritto creato dalla legge] vi sia qualcosa di più di una semplice dichiarazione, se tale riconoscimento abbia, nella sfera dei diritti del soggetto al quale è diretto, un effetto giuridico innovativo». Sennonché, a parte la questione meramente definitoria, nel senso ampio attribuito al concetto di costitutività, le parole di Ranelletti si attagliano perfettamente all'argomentazione finora sostenuta. A riprova di ciò si consideri che Ranelletti definisce atti costitutivi le autorizzazioni e le concessioni in quanto «creano

verificare se in quel caso vi siano gli estremi necessari previsti dalla legge, ossia gli elementi di esistenza della situazione soggettiva, la quale discende sempre e comunque dalla legge.

Questo conferma e ribadisce che «siamo di fronte a diritti normali, che derivano da una norma giuridica generale, la quale produce nuovi effetti ogniqualvolta ne esistano i requisiti»³⁹¹.

6. Il carattere delle pretese procedimentali del privato nell'ambito dei procedimenti con una fase di accertamento vincolato.

Nei paragrafi precedenti è stato messo in evidenza come la qualificazione delle pretese procedimentali sia connessa a quella della situazione soggettiva cui ineriscono. Tant'è che, come si è esposto, dal momento che tali pretese sono state da sempre associate all'attività discrezionale, la definizione della loro natura muta al variare del significato attribuito di volta in volta all'interesse legittimo.

Al contempo dall'esame svolto è risultato chiaro che, a fronte di un'attività vincolata, il privato è titolare di una posizione che è di diritto soggettivo, mentre l'amministrazione è gravata, dal lato opposto, di un vero e proprio obbligo. Invero, quando si tratta di fattispecie nelle quali il compito dell'amministrazione si presenta come un accertamento a esito vincolato, il punto rilevante, anche al fine della definizione della pretesa del privato, è l'*obbligatorietà* che caratterizza la posizione dell'amministrazione.

diritti»; mentre gli atti dichiarativi verificano l'esistenza degli stessi. Dunque, in sostanza è condivisa la stessa categorizzazione a cui si è aderito nel testo.

³⁹¹ RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., c. 18.

Tale carattere non è proprio solo dei vincoli di carattere sostanziale ma contraddistingue ogni regola all'agire amministrativo, anche procedimentale: in quanto se il vincolo «determina un vantaggio materiale in un soggetto determinato esso è (appunto) un obbligo»³⁹². Il fatto che dal rispetto degli obblighi procedurali gravanti sull'amministrazione derivi per il privato un *vantaggio*³⁹³ è indiscutibile. Per esempio, se l'amministrazione adempie all'obbligo costituito dall'invio della comunicazione di avvio del procedimento ne deriva un vantaggio pratico al privato, che viene messo nella condizione di partecipare all'istruttoria.

Peraltro, la circostanza che il rispetto degli obblighi procedurali arrechi un vantaggio pratico e determinato al privato è massimamente evidente nell'ambito dell'attività vincolata. Laddove la legge predetermina puntualmente il rapporto, la garanzia del risultato utile è, come ripetuto più volte, nella sola norma e l'attività dell'amministrazione è di mero accertamento, allora dal rispetto degli obblighi procedurali deriva direttamente il conseguimento del risultato assicurato dalla legge. Infatti, tramite le regole procedurali, funzionali alla partecipazione dell'interessato alla fase di ricostruzione dei fatti e dei presupposti normativi, si va a completare il quadro istruttorio così che l'amministrazione possa verificare correttamente la rispondenza della realtà empirica alla fattispecie astratta³⁹⁴: concedendo

³⁹² FERRARA L., *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, cit., p. 765.

³⁹³ A tal proposito si richiama FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., pp. 144 e ss.

³⁹⁴ Tuttavia, in senso critico pare porsi CARDI E., *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, cit., p. 29, che riflette sulle implicazioni nel procedimento della nozione di indeterminatezza dei fatti presi in considerazione nell'esercizio dell'attività amministrativa. L'autore, in realtà, si pone in modo critico verso la vincolatezza in generale, ritenendo che l'indeterminatezza dei fatti, pur richiamati dalle norme, escluda comunque la possibilità che alcuni procedimenti

quel vantaggio che la legge attribuisce in caso di possesso di determinati requisiti. In questo modo, cioè l'amministrazione andrà a operare in un modo che maggiormente corrisponda alla realtà fattuale, semplicemente sussunta nella descrizione normativa.

Un supporto a questa affermazione si può trarre dai già richiamati studi di razionalità comportamentale.

Si parte dal presupposto che alla base della decisione amministrativa vi siano una serie di premesse: alcune sono di valore e altre di fatto. Le prime sono verificabili solo in relazione al valore preso a riferimento; le altre, invece, in modo certo, in quanto vere o false. Le decisioni di questo ultimo tipo, di natura empirica, sono corrette in fatto³⁹⁵, perché la loro esattezza si verifica mediante il confronto con i fatti: non c'è un valore a cui occorre far riferimento.

Calati questi concetti nell'attività amministrativa, al primo tipo di decisioni, nelle quali si riscontra la compresenza di entrambe le tipologie di premesse, di fatto e di diritto, appartengono i provvedimenti assunti nell'ambito dell'attività discrezionale. Qui, il valore sul quale operare raffronto per la valutazione della legittimità dell'azione amministrativa è il risultato del bilanciamento di interessi di volta in volta assunto. Invece, tra le decisioni empiriche rientrano quelle assunte nell'ambito dell'attività vincolata. In tali casi, il presupposto della decisione è solo epistemologico e il suo metro di raffronto della legittimità è la sola legge,

abbiano una valenza meramente acquisitiva di dati di fatto obiettivamente verificabili. Di conseguenza, in ordine al rilievo delle manifestazioni di interesse dei privati nel procedimento e dunque, più in generale, circa l'apporto dei privati al procedimento a seguito di un comportamento amministrativo obbligatorio che lo abbia reso possibile, esclude ciò possa risolversi in un «apporto offerto all'amministrazione perché formuli il suo giudizio in maniera più conforme e aderente ai dati di fatto che si suppongono definiti con precisione dalla legge o conoscibili attraverso una verifica della loro esistenza nella realtà».

³⁹⁵ SIMON H.A., *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 112.

la stessa che già a monte ha operato la composizione degli interessi. La correttezza della decisione è obiettiva.

Perciò, se la decisione legittima è quella che è conforme alla legge, la quale detta i presupposti per il verificarsi del risultato, allora la *garanzia dei mezzi che ne consentono l'accertamento è parametro di legittimità della stessa decisione.*

Da ciò consegue che una completa e corretta attività conoscitiva, che palesi la sussistenza dei presupposti indicati dalla legge, assicura l'ottenimento del bene della vita, ove esso spetti. Il bene in questo caso non è la sola legittimità dell'azione amministrativa ma una somma di entrambi i vantaggi.

Tuttavia, il fatto che l'amministrazione sia titolare di un obbligo e al privato derivi un beneficio pratico non è ragione sufficiente per attribuire alle pretese natura di situazioni giuridiche autonome, con ciò "spezzettando" la posizione del privato in tante situazioni autonome. Al contrario, le pretese procedurali sono solo "particelle", pur con un autonomo rilievo, della situazione soggettiva coinvolta nel procedimento interessata dall'esercizio dell'attività amministrativa.

Peraltro, in questo quadro il tipo di situazione soggettiva alla quale ineriscono le pretese procedurali non è poi così rilevante. È sufficiente, traslare la teorizzazione espressa in precedenza³⁹⁶ che ricostruisce le pretese come facoltà inerenti all'interesse legittimo, salvo poi leggere in quest'ultimo un diritto soggettivo a una prestazione complessa, scissa dal conseguimento del bene della vita. Dunque, pare essere indifferente al fine della definizione del ruolo delle pretese procedurali che il vantaggio che la prestazione dell'amministrazione determina sia un bene della vita; o piuttosto coincida con la *chance* di ottenerlo o conservarlo in modo legittimo; o, invece, soddisfi un interesse autosufficiente autonomo o strumentale.

³⁹⁶ Si fa riferimento alle teorizzazioni esaminate *retro* § 4.2.

7. La pretesa alla conformazione come pretesa procedimentale del privato.

Occorre a questo punto tirare le fila del discorso svolto finora in merito alle pretese procedimentali così da rispondere alla domanda posta all'inizio di questo capitolo: se la posizione del privato, specularmente all'obbligo dell'amministrazione di invitare alla conformazione, possa essere inserita nella categoria delle pretese procedimentali.

A questa domanda sembra potersi rispondere in modo affermativo. Infatti, la circostanza unificante³⁹⁷ nella varietà di ipotesi esaminate, che vanno da casi di attività vincolata in astratto e integralmente, ad altri in cui la fase di accertamento vincolato è seguita da un momento di valutazione tecnica o discrezionale, è data dal *ruolo della norma*: fonte diretta e unica del prodursi del vantaggio giuridico al quale tende l'istanza del privato.

Sotto questo aspetto le ipotesi sono assimilabili perché fino al punto in cui «arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui»³⁹⁸. Dunque, centrale è il ruolo della legge perché in presenza delle condizioni di fatto

³⁹⁷ CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, cit., p. 49, che accomuna gli atti vincolati e gli aspetti vincolati degli atti quanto al modo in cui in concreto si articola la disciplina. In queste due ipotesi «è la stessa legge che, valutando autoritativamente il modo ritenuto idoneo per garantire ad un tempo l'interesse pubblico primario e quelli che si trovino in collisione, stabilisce una disciplina rigida».

³⁹⁸ ORSI BATTAGLINI A., MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 496, seppur in riferimento alla definizione dell'interesse legittimo come una situazione soggettiva strutturalmente identica al diritto soggettivo, nella misura in cui nell'area soggetta alla legge il potere non è sovraordinato agli interessi privati.

dalla stessa indicate per l'ottenimento di un certo vantaggio questo *spetta* al privato e l'amministrazione ha il solo compito di accertare il ricorrere della situazione di fatto.

Da questa struttura consegue che l'elemento di principale rilievo, in un sistema di questo tipo, è la corretta rappresentazione della situazione di fatto. Infatti, ciò che può inficiare l'ottenimento del vantaggio a cui il titolare dei requisiti ha diritto è, semmai, una incompleta o erronea rappresentazione dello stato di fatto – ossia del possesso in concreto dei requisiti – non mai una *scelta* dell'amministrazione. Questo perché se l'amministrazione ha il solo compito di verificare il ricorrere delle condizioni di legge, l'elemento determinante è che il quadro fattuale sia completo.

In ciò emerge il ruolo della pretesa alla conformazione, quale strumento di completamento dell'istruttoria: mezzo di "accesso al fatto", «ausilio, per meglio individuare la sussistenza dei fatti e dei presupposti che debbono comunque essere accertati o valutati al fine di provvedere»³⁹⁹.

La circostanza che si tratti di una pretesa procedimentale⁴⁰⁰ si evince riprendendo la qualificazione fatta in precedenza sul ruolo delle pretese procedimentali dove sia un ambito di accertamento vincolato. In effetti, dall'osservanza del vincolo costituito dall'invio dell'invito alla conformazione si genera per il privato istante un vantaggio: la possibilità

³⁹⁹ Cfr. CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 429 secondo il quale «anche in ordine ai procedimenti vincolati la partecipazione può essere assai utile e rilevante: in tali ipotesi, evidentemente, essa non sarà utilizzabile dall'amministrazione in quanto veicolo di introduzione di interessi (che non possono essere comparati con quello pubblico, atteso che la scelta è già stata effettuata una volta per tutte dalla legge), bensì come ausilio, per meglio individuare la sussistenza dei fatti e dei presupposti che debbono comunque essere accertati o valutati al fine di provvedere».

⁴⁰⁰ O di qualcosa che vi si accosta, dato che si considera anche il caso della scia dove non si tratta di procedimento vero e proprio.

di concorrere alla completezza dell'istruttoria, correggendo la sua dichiarazione e provando l'esistenza dei presupposti di fatto e dei requisiti di diritto indicati dalla legge.

Questo vantaggio, nell'attività integralmente vincolata, soddisfa, come si è visto, un interesse finale e autosufficiente, la cui garanzia è di per sé correlata al conseguimento o al mantenimento del risultato definito a monte dalla legge.

Mentre, in relazione a quei procedimenti che presentano una fase ad accertamento vincolato seguita da un momento di valutazione tecnica, il vantaggio soddisfatto dalla garanzia della pretesa procedimentale alla conformazione si apprezza in relazione all'ottenimento della *chance* di conseguire il bene finale. Invero, il danno che deriva dalla mancata garanzia della pretesa e del relativo obbligo gravante sull'amministrazione è tale da inficiare la possibilità stessa di avere una *chance* di ottenere il vantaggio finale ed esterno, rimesso alla valutazione dell'amministrazione. Per quanto ciò non tolga che, inserendosi l'aspetto vincolato all'interno di un'attività che non lo è del tutto, rispetto all'esito finale manca quel collegamento immediato e diretto tra tutela della pretesa procedimentale e la garanzia del risultato tipico dello schema della vincolatezza.

In altri termini, se, come si è visto, nell'ambito dei procedimenti integralmente vincolati la posizione del privato è soddisfatta fisiologicamente dalla legittimità dell'azione amministrativa, nei procedimenti del secondo tipo, che presentano un momento valutativo, non necessariamente si verifica questa sovrapposizione. Infatti, un atto legittimo sotto il profilo del rispetto delle regole di procedura può non assicurare il risultato desiderato. Così come un atto viziato per la violazione di regole procedurali, se annullato, può essere riprodotto senza i medesimi vizi ed essere ugualmente pregiudizievole.

Per esempio, se la legge stabilisce quali siano i requisiti da allegare e dimostrare di possedere per avanzare una domanda (come quella

finalizzata alla partecipazione a un concorso che comporti una valutazione tecnica), rispetto alla possibilità di presentarla non vi è alcun elemento valutativo. L'attività dell'amministrazione in relazione a quell'aspetto (e soltanto a quello) è di puro accertamento circa la sussistenza delle condizioni di legge in punto di completezza della domanda. Il vantaggio pratico prodromico alla conservazione della *chance* di ottenere il bene della vita è la possibilità di presentare la domanda. All'ottenimento di questo vantaggio è funzionale la pretesa alla conformazione della domanda, dato che concorre alla dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dalla legge.

Tale differenza, che connota i casi nei quali opera la conformazione, tuttavia nulla cambia in punto di obbligo dell'amministrazione di invito e di parallela pretesa del privato alla regolarizzazione della sua domanda. Infatti, come si è detto, la natura del vantaggio arrecato dal rispetto dell'obbligo è indifferente al fine della qualificazione della pretesa.

Dunque, la garanzia della pretesa alla conformazione è strumentale rispetto alla posizione soggettiva interessata dal procedimento ma reca di per sé un vantaggio pratico effettivo, che può coincidere come no con il bene finale.

CAPITOLO III

LA PRETESA ALLA CONFORMAZIONE COME REGOLA: FONDAMENTO TEORICO E LIMITI DI OPERATIVITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I principi generali: il principio di proporzionalità. – 3. (*Segue*) Il principio di partecipazione come espressione di un'esigenza di garanzia e gli altri principi a questa connessi. – 4. (*Segue*) Il principio di buon andamento e le sue declinazioni. – 5. La tensione tra esigenze di garanzia e di buon andamento quale problematica comune a tutte le pretese procedurali a carattere istruttorio. Il caso della comunicazione di avvio del procedimento. – 6. La ripartizione degli oneri istruttori: la conformazione sospesa tra metodo inquisitorio e dispositivo nell'attività conoscitiva dell'amministrazione. – 7. Le tensioni generate dalla natura plurilaterale del rapporto: il rischio di immobilismo dell'amministrazione, la responsabilizzazione del privato e il principio di *par condicio*. – 8. Il rapporto inversamente proporzionale tra onere di diligenza del privato e obbligo di chiarezza dell'amministrazione. – 9. Il principio del soccorso procedimentale e la regola della conformazione. – 10. La conformazione nel prisma dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990. – 11. Dalla regola della conformazione alle sue specificazioni settoriali espresse. In particolare, il soccorso istruttorio negli appalti. – 12. La conformazione tra soccorso procedimentale e soccorso istruttorio: un sistema di cerchi concentrici. – 13. La perimetrazione della regola della conformazione in ragione dell'autoresponsabilità dei privati. I limiti interni ed esterni di operatività della conformazione.

1. Introduzione.

L'esame del diritto positivo e le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti circa le conclusioni a cui hanno condotto i dati emersi dall'indagine della casistica portano inevitabilmente il ragionamento sul piano dei principi. Infatti, è ai principi generali che informano, orientano e attualizzano tutto il tessuto normativo, che bisogna rivolgersi: sia per tentare di spiegare le ragioni alla base della tendenza alla previsione dell'invito alla conformazione come obbligo, emersa dall'esame analitico, sia per valutare la teorizzazione di una simile regola come generale.

Dunque, la prima parte di questo ultimo capitolo è stata incentrata sull'esame del rapporto tra conformazione e principi generali. Questo aspetto è stato strutturato ponendo i singoli principi rilevanti ai fini della ricerca su una linea immaginaria tra due poli opposti tra i quali è stretta la conformazione: ossia garanzia, da un lato, e logiche dell'efficienza, dall'altro⁴⁰¹.

La conformazione è così collocata perché, se l'invito a rettificare la domanda incompleta è sicuramente un mezzo che consente di tutelare il privato, al contempo, tuttavia, può essere anche visto come un elemento che conduce all'inefficienza dell'apparato amministrativo. Nella prima accezione, garantendo la partecipazione dell'interessato è veicolo di informazioni utili per la completa e corretta istruzione dell'affare amministrativo, che consente la verifica della sussistenza dei requisiti

⁴⁰¹ In generale, sul conflitto tra efficienza e garanzia, fra tutti: COGNETTI S., *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, cit., pp. 102 e ss. Sul difficile rapporto tra efficienza (intesa come celerità) e garanzia si richiama anche LIGNANI P.G., *La disciplina del procedimento e le sue contraddizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 568 e ss.

indicati dalla legge. Nella seconda visuale, invece, rappresenta un fattore di rallentamento, se non addirittura l'anticamera dell'immobilismo per l'azione pubblica, dato che ne aggrava i compiti.

Sempre nell'ambito di questa problematica è parso utile poi ricorrere all'esame del dibattito giurisprudenziale e dottrinale incentrato sull'applicabilità delle pretese procedimentali codificate all'attività vincolata.

In particolare, è sembrato significativo gettare uno sguardo alla reticenza applicativa della giurisprudenza che ha caratterizzato la vicenda della comunicazione di avvio del procedimento rispetto all'attività vincolata. Si è notato, cioè, che il dibattito sviluppatosi attorno a tale questione solleva problematiche analoghe a quelle a cui viene incontro la conformazione, dato che entrambi gli istituti condividono la natura di pretese procedimentali a carattere istruttorio. Il parallelismo tra le due pretese che si è andati così a indagare ha avuto lo scopo di dimostrare, attraverso la contestazione delle posizioni giurisprudenziali tendenti a negare il rilievo delle pretese procedimentali rispetto all'attività vincolata, l'assenza di ragioni "serie" per escludere del tutto la previsione della conformazione.

Terminata la riflessione sui principi generali, l'attenzione si è concentrata sulla valutazione della possibile estensione dell'istituto della conformazione al di là delle ipotesi espresse, sondando l'eventualità di riconoscervi una *regola generale*.

Invero, posto che la struttura, quanto al ruolo della legge⁴⁰², delle ipotesi che prevedono espressamente l'obbligo per l'amministrazione di

⁴⁰² Si intende con ciò fare riferimento al ruolo che la legge riveste laddove il bilanciamento tra gli interessi sia già stato da essa stabilito a priori, cosicché all'amministrazione non residua alcun potere di scelta in ordine alla produzione dell'effetto. Pertanto, se la legge stabilisce che in presenza di determinati requisiti al

invitare alla conformazione è comune anche alle altre ipotesi esaminate⁴⁰³, che presentano una formulazione più ambigua, tale regola potrebbe ipoteticamente essere estesa a tutte quelle fattispecie.

La correlazione cioè tra la fisionomia delle ipotesi considerate, ossia il carattere certo e vincolato dell'accertamento compiuto dall'amministrazione destinataria della domanda e l'obbligo di invito alla conformazione, sembra spingere nel senso dell'estensione della previsione della conformazione a ogni ipotesi che presenti il primo dei due termini della simmetria, cioè la medesima ossatura del rapporto: norma-fatto-effetto.

Pertanto, anche tenuto conto della sensibilità mostrata del legislatore per la previsione della conformabilità della domanda come un obbligo per l'amministrazione in numerose ipotesi speciali, sembra possibile valutare l'operatività di una regola alla conformazione ogniqualvolta ricorra la medesima struttura della fattispecie.

In tale complesso percorso di generalizzazione dell'invito alla conformazione è sembrato inevitabile fare i conti con quanto disposto dall'art. 6, lett. b), della legge sul procedimento amministrativo, già esaminato in parte nel primo capitolo del presente lavoro. La norma contiene infatti una formulazione («rettifica di dichiarazioni o istanza erronee o incomplete») e un carattere generale (dovuto alla sua collocazione sistematica) tali da non poter essere ignorati.

Perciò, si è valutata la possibilità di costruire una regola generale di conformazione partendo dall'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, del quale si è cercato di proporre un'interpretazione evolutiva, sulla base del

privato spetta un certo vantaggio, questo deriva dalla sola legge. Tale relazione è stata oggetto di esame nel § 2 del Cap. II, al quale pertanto si rimanda.

⁴⁰³ Ossia le ipotesi inserite nella seconda e nella terza delle categorie individuate nel primo capitolo: § 5 e 6.

riscontrato apporto dei principi. Per far ciò, è stato necessario, in primo luogo, scindere lo specifico disposto di tale articolo dal principio più ampio di soccorso procedimentale⁴⁰⁴, teorizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina a partire dal medesimo testo. Secondo tale prospettazione cioè, il principio non esaurisce la sua portata nell'ambito delle previsioni della norma trattata.

Dopodiché, è stato affrontato il problematico rapporto tra il principio del soccorso procedimentale, la regola della conformazione e il soccorso istruttorio previsto dal Codice degli appalti. Si è andati perciò a tratteggiare le relazioni esistenti tra i vari istituti: ne è risultato – si anticipa fin d'ora – un rapporto per *cerchi concentrici*. In tale disegno il soccorso procedimentale rappresenterebbe la categoria più ampia e generale, valevole, quale *principio*, per tutti i tipi di attività e i loro aspetti; all'interno di questa, poi, si collocherebbe la specie della *regola* dell'invito obbligatorio alla conformazione, che opera solo laddove vi sia un accertamento vincolato; in quest'ultima sarebbe infine possibile isolare, per specificazione, le ipotesi settoriali, come il soccorso istruttorio del Codice degli appalti.

A questo punto della ricerca, si è andati a introdurre l'ultimo aspetto della riflessione: la perimetrazione della regola. Infatti, come dimostrato dell'esame dei principi, la conformazione non può essere regola assoluta ma deve comunque incontrare alcuni temperamenti. In particolare, si sono individuati due tipi di limiti, uno *interno* che opera in relazione al contenuto conformabile; l'altro *esterno*, che si rapporta alle condizioni di esistenza della pretesa medesima.

⁴⁰⁴ Si ribadisce che questa espressione è preferibile, rispetto a quella “classica” di *soccorso istruttorio* perché consente di percepire immediatamente la differenza tra l'istituto di cui all'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990 e quello disciplinato dall'art. 83, co. 1, lett. d) del d. lgs. n. 50/2016.

2. I principi generali: il principio di proporzionalità.

In questa cornice la scelta di un criterio ordinatore nell'affrontare l'esame dei principi generali che orientano l'attività e il procedimento amministrativo e del loro rapporto con l'istituto della conformazione non è scontata. Invero, i valori che possono essere richiamati sono molteplici e si intrecciano e si compenetrano tra loro al punto che è difficile partire da uno e seguire un percorso lineare.

Perciò, il metodo che si è deciso di adottare nel realizzare il raffronto con la conformazione è – come anticipato nell'introduzione al presente capitolo – quello di dividere i principi in due macrocategorie che incarnino gli estremi tra i quali oscilla la previsione di un invito alla conformazione: garanzia ed efficienza.

Tuttavia, prima ancora, è parso opportuno trattare un principio che per la sua "ampiezza" non era possibile inserire in una o l'altra categoria: che pare porsi a cavallo tra i due blocchi e che, anzi, consente di individuare con in modo più ampio i confini di entrambi.

Perciò, si è ritenuto necessario esaminare anzitutto il principio di proporzionalità⁴⁰⁵, quale criterio che orienta e dirige l'azione

⁴⁰⁵ Si rinvia a tal proposito alla dottrina che si è concentrata specificamente sul tema. Per tutti e tra i primi SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998, pp. 4 e ss. Più tardi inoltre ID., *Proporzionalità*, in CASSESE S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4643 e ss. e GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998. Più di recente VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; COGNETTI S., *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 11 e ss.; GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in RENNA M. e SAITTA F.,

amministrativa verso il più ragionevole⁴⁰⁶ componimento degli interessi coinvolti nel procedimento, secondo una valutazione trifasica che impone di verificare: a) l'*idoneità* della misura, cioè il rapporto tra il mezzo

(a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 389 e ss.; GALETTA D.U., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 69 e ss.

⁴⁰⁶ Un aspetto problematico riguarda il rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza. Tradizionalmente infatti la prima veniva considerata una esplicazione della seconda, senza, cioè, quella valenza autonoma che al contrario gli spetterebbe secondo parte della dottrina. In tal ultimo senso: SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., pp. 321 e ss. Questi distingue nettamente un principio dall'altro: attraverso la verifica di ragionevolezza si valuta «la "qualità" degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi», si tratta cioè di una verifica in negativo circa la non incongruità della scelta amministrativa; invece, la proporzionalità attiene all'esame della «adeguata "intensità" dell'uso del potere». Si pone, perciò, in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse del privato per il perseguimento del fine pubblico. Per altra parte della dottrina, invece: GALETTA D.U., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, cit., p.74, la ragione della distinzione tra i due principi va ricercata nella indeterminatezza, nella «estrema "volubilità" del principio di ragionevolezza», mentre il sindacato di proporzionalità è ancorato a parametri di valutazione più precisi. La stessa opinione l'autore l'aveva già espressa in ID., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, pp. 603 e ss., in particolare, nota 13, richiamando l'opinione di Franco LEDDA (*Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, specialmente p. 438), nonché di CORTEN O., *L'utilisation du «raisonnable» par le juge international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, circa l'«evanescenza» di questo principio. Tale netta distinzione non è tuttavia condivisa da tutti. Per altra parte della dottrina infatti il principio di proporzionalità è una manifestazione di quello di ragionevolezza. In tal senso, MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 566, che lo definisce una «sottocategoria del principio di ragionevolezza». Della stessa opinione CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *astrid-online*, 2005, pp. 4 e ss. Si cita poi sul punto MASSERA A., *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 707 e ss. e MARZUOLI C., *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 209.

adoperato e l'obiettivo avuto di mira; b) la sua *necessarietà*, ossia l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo, tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo; c) l'*adeguatezza* della stessa, ossia la tollerabilità della restrizione che comporta per il privato⁴⁰⁷.

Nel diritto amministrativo⁴⁰⁸ dunque, sinteticamente, il giudizio di proporzionalità è utilizzato «al fine di valutare se l'azione amministrativa sia in grado di conseguire lo scopo prefissato con il minor sacrificio degli interessi compresenti»⁴⁰⁹. Tale valutazione «dipende dal peso in concreto degli interessi in gioco e dalle possibilità di salvaguardare efficacemente gli uni senza dovere per questo incidere in maniera eccessiva, ossia sproporzionata, sugli altri interessi concretamente in gioco»⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ *Ex multis*: Cons. St., sez. III, 26 giugno 2019, n. 4403; Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1746; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424; Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6383; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 17 marzo 2017, n. 276; Tar Lazio, Latina, sez. I, 16 settembre 2015, n.616; Tar Marche, Ancona, sez. I, 10 dicembre 2012, n. 788; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 8 gennaio 2011, n. 10; Tar Lazio, Roma, sez. III, 2 febbraio 2007, n. 777.

⁴⁰⁸ Occorre precisare che tradizionalmente la valutazione della proporzionalità, attendendo al momento del bilanciamento tra interessi, viene ricondotta e studiata in relazione all'attività discrezionale dell'amministrazione. In tal senso, per tutti, SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 322, che vi si riferisce in termini di misura dell'«intensità» dell'uso del potere discrezionale» e anche GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in RENNA M. E SAITTA F., (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 407 e s. Tuttavia, come nota lo stesso SANDULLI A., *Proporzionalità*, in CASSESE S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4646, «il principio di proporzionalità non vede limitata la sua applicazione alla verifica relativa al non corretto uso della potestà discrezionale (area di azione, peraltro, in seno alla quale riveste un rilevante ruolo), ma estende l'ambito anche a quelle attività in cui la discrezionalità sia quasi del tutto assente e pure a quelle dalla struttura contenziosa e quasi-giudiziale».

⁴⁰⁹ SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 5.

⁴¹⁰ GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, cit., pp. 603 e ss. che richiama Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087.

Calato questo principio nell'oggetto della ricerca si tratta di verificare se la negazione della possibilità di conformare la domanda sia *idonea* alla tutela dell'interesse pubblico, se sia *necessaria* e se il sacrificio che comporta per il privato sia tollerabile e, dunque, la misura *adeguata*.

Ora, la negazione dell'obbligo di invitare alla conformazione, a cui seguirebbe la legittimità del rigetto della domanda per l'incompletezza della stessa, sembra costituire per il privato un sacrificio eccessivo rispetto alla necessità di perseguire l'interesse pubblico al celere svolgimento dell'istruttoria, evitando inutili aggravii per la macchina amministrativa che ne comprometterebbero l'efficienza. Peraltro, il rigetto dell'istanza, esclusa ogni sua conformazione, non necessariamente è idoneo a tutelare le varie sfaccettature che presenta la cura dell'interesse pubblico. Infatti, l'alleggerimento degli obblighi istruttori gravanti sull'amministrazione può compromettere altri valori, come quello di completezza dell'istruttoria ma anche quello di economicità. Invero, la negazione della conformazione è ben probabile che conduca a un incremento del contenzioso o alla riedizione della procedura, ove ciò sia possibile, con una inevitabile duplicazione di costi.

Tuttavia, da una diversa prospettiva, la previsione di un obbligo di invitare alla conformazione, incrementando i passaggi obbligati a cui l'amministrazione è tenuta nel procedimento, da un lato svolge una fondamentale funzione garantista nei confronti del privato, dato che amplia le forme della dialettica⁴¹¹ tra questo e l'amministrazione e contribuisce alla completezza dell'istruttoria; dall'altro, per la stessa

⁴¹¹ PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D. (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, cit., in particolare pp. 819 e ss.

ragione, “pesa” sull’attività del soggetto pubblico. Occorre dunque bilanciare le opposte derive a cui queste esigenze fanno riferimento⁴¹².

È dunque possibile delineare, una volta per tutte, i due estremi tra i quali è in bilico la conformazione: quello garantista che valorizza i benefici derivanti della completezza, dall’approfondimento dell’istruttoria, della partecipazione, dell’imparzialità e della buona fede e quello che si lega al principio di buon andamento, che mira all’efficienza, tempestività, economicità e non aggravamento dell’azione amministrativa.

Invero, l’antinomia tra approfondimento istruttorio ed efficienza dell’azione amministrativa si risolve attraverso l’applicazione del principio di proporzionalità, che permette di controllare se il sacrificio, in termini di risorse impiegate dall’amministrazione per invitare alla conformazione, sia proporzionato ai risultati ottenuti, in termini di completezza⁴¹³.

⁴¹² A tal fine si può richiamare la «legge del bilanciamento» proposta da ALEX Y R., *La formula per la qualificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 97 e ss., già espressa in ID., *On balancing and subsumption. A structural comparison*, in *Ratio juris*, 2003, pp. 433 e ss. La legge del bilanciamento si esprime in questa formula «quanto più alto è il grado di non adempimento o di lesione di un principio, tanto più alta dev’essere l’importanza attribuita all’adempimento di un altro principio». Tale legge opera in tre passaggi: «in primo luogo va determinato il grado del non adempimento o di lesione di un principio; a questo passo deve seguire il secondo passaggio, nel quale viene determinata l’importanza dell’adempimento del principio concorrente. In una terza fase va infine determinato se l’importanza riconosciuta all’adempimento del principio concorrente giustifica la lesione o il non adempimento del primo principio».

⁴¹³ A tal proposito si richiama l’articolato esame svolto da SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un’azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell’istruttoria*, in *Dir. e Soc.*, 2001, pp.492 e ss., in particolare pp. 515 – 520. L’autore rimanda ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, affermandone l’autonomia, quali strumenti di valutazione del rapporto tra necessità di completezza dell’istruttoria e tempestività

Questa tensione, nelle ipotesi di conformazione espressa pare essere stata risolta dal legislatore prevedendo espressamente l'obbligo di invitare alla conformazione delle domande incomplete o errate. Pare, cioè, che la tendenza legislativa sia di considerare il sacrificio sofferto dal principio di non aggravamento a causa della previsione di un obbligo ulteriore per la p.a. compensato dall'importanza e dai vantaggi arrecati dalla sua garanzia⁴¹⁴.

Tuttavia, se la conformazione resta una regola valevole solo ove espressamente prevista, il problema del bilanciamento costi benefici permane in tutti quei procedimenti in cui la sua operatività è rimessa alla valutazione dell'amministrazione e dunque residua il problema di decidere volta per volta cosa sia più importante: se «decidere bene» o «decidere in fretta»⁴¹⁵. Di tal ché la sua qualificazione in termini generali parrebbe auspicabile per la risoluzione del problema in questione.

ed economicità dell'azione amministrativa. Egli intende la ragionevolezza come mezzo di «bilanciamento tra i vari principi che l'informano l'attività amministrativa (per quanto qui interessa soprattutto quelli di economicità e di completezza dell'istruttoria)» e la proporzionalità come misura del «sacrificio in termini di risorse impiegate» rispetto ai risultati, in termini di completezza. Ciò posto, afferma che per trovare un punto mediano tra le opposte esigenze, sarebbe necessario che il «denominatore comune» (secondo la formula di SIMON H.A., *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 271), fosse individuato «*ab initio*, mediante una predeterminazione normativa delle scansioni procedurali necessarie per la risoluzione di ogni problema amministrativo».

⁴¹⁴ Si riprende dunque la già citata «legge del bilanciamento» di ALEXY R., *La formula per la qualificazione del peso nel bilanciamento*, cit., pp. 9 e ss.

⁴¹⁵ Formula tratta da OCCHIENA M., *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, cit., pp. 475 e ss.

3. (Segue) Il principio di partecipazione come espressione di un'esigenza di garanzia e gli altri principi a questa connessi.

In questo paragrafo è oggetto di analisi il primo blocco di valori, quello che massimizza la componente garantista del procedimento amministrativo assicurata dalla partecipazione. Occorre dunque, anzitutto, soffermarsi su quest'ultima.

La lettura del fenomeno partecipativo in una prospettiva ad ampio raggio⁴¹⁶ ha indotto gli autori che si sono occupati del tema ad

⁴¹⁶ La partecipazione è un tema a dir poco centrale per ogni riflessione sul diritto amministrativo. Si tratta di un concetto dai confini piuttosto elastici, che si presta a essere affrontato in più modi. È considerabile, infatti, espressione della tensione sociale e della forza storica in grado di mutare il volto complessivo del rapporto tra Stato e società civile; ma è anche una necessità e una forma di garanzia nell'ambito del procedimento; così come uno strumento di democrazia e di controllo. Perciò, le definizioni che ne sono state date sono varie e molteplici. Tra i molti contributi che si sono occupati del tema si richiama, senza pretese di completezza, i fondamentali: LEVI F., *Partecipazione e organizzazione*, cit., pp. 1626 e ss. in cui è evidenziato come nella categoria generale di "partecipazione" siano stati inseriti gli istituti più svariati: dalle forme di democrazia diretta (in particolare, il referendum), ad alcuni istituti di democrazia rappresentativa (con la previsione, per esempio, dei comitati di quartiere), a varie regole concernenti le procedure che presiedono le scelte politiche, fino alle norme sui procedimenti amministrativi. Tuttavia, per l'autore, il tratto comune è rappresentato dalla «presenza nell'amministrazione del non professionista» (p. 1635). Inoltre, ci richiama, NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 223 e ss.; OCCHIENA M., *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2006, anche per i più ampi riferimenti bibliografici. Sul tema si rimanda poi a CHITI M., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa, 1977; COGNETTI S., "Quantità" e "qualità" della partecipazione, cit.; CASSETTA E., *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in AA. VV. (a cura di), *Le Regioni: politica o amministrazione?*, Edizioni di comunità, Milano, 1973, pp. 65 e ss. che esamina alcuni istituti dai quali si evince la tensione evolutiva del sistema amministrativo nel senso di rendere l'attività pubblica maggiormente partecipata; FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 209 e ss.; FERRARA R.,

Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione, cit., pp. 132 e ss. Si veda, inoltre, COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit.; BINDI R., *Modelli tradizionali e modelli convenzionali per la partecipazione del privato all'esercizio di attività istituzionalmente attuate dalla pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 139 e ss.; FERRIER J-P., *La participation des administrés aux décisions de l'administration*, in *Rev. droit publ.*, 1974, pp. 663 e ss. che distingue tre livelli di partecipazione attribuendo a ciascuno una diversa concezione della democrazia. LUCARELLI A., *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Politica del diritto pubblico*, 2003, pp. 129 e ss. per la parte in cui scorre gli apporti della dottrina al tema della partecipazione. Per un esame delle varie teorie si rimanda per tutti e in termini generali alla ricostruzione del ruolo della partecipazione recentemente fornita da CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, cit., pp. 5 e ss. Con specifico riferimento all'attività discrezionale, invece, POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, pp. 30 e ss. In un'ottica più ampia, il dibattito sviluppatosi attorno agli anni '70 sul tema del rilievo della partecipazione e, in genere dalla procedimentalizzazione, risente della concezione socio-politologica espressa da Niklas LUHMANN, in particolare in *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977 (*Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1972), e *Legitimation durch verfahren*, 1975, trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995. Luhmann ha introdotto il concetto della «legittimazione attraverso procedure» alludendo al fatto che la fonte di legittimazione dei poteri pubblici deriva dalla procedura, dal procedimento stesso, come insieme di regole del gioco predeterminate dove ciascuno dei soggetti ha un ruolo di partecipazione attiva. Dal rispetto delle regole procedurali, con il contestuale coinvolgimento delle parti, deriva la legittimazione e, dunque, l'accettazione dell'esito finale. Dunque, la varietà che si riscontra nell'analisi del tema della partecipazione va ricondotta anche al necessario raffronto tra il concetto di partecipazione inteso in senso giuridico e gli altri settori che se ne sono occupati, in particolare la scienza dell'amministrazione e dell'organizzazione e la sociologia.

avvicinarsi alla partecipazione da due prospettive opposte, che si focalizzano entrambe sul suo ruolo garantista ma da due diversi angoli visuali⁴¹⁷: quello del soggetto pubblico e quello del privato.

Ferme queste due diverse prospettive, i *motivi* della partecipazione – ovvero le funzioni da essa assolte, ricomprese tra i due poli cui si è appena fatto riferimento – sono tradizionalmente tripartiti⁴¹⁸. Tuttavia, ai fini che qui interessano sono solo i primi due a venire in rilievo.

⁴¹⁷ La riscontrata «logica bidirezionale» è affermata anche da FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., per esempio p. 17, in relazione all'oggetto del suo studio, il dovere di soccorso procedimentale dell'amministrazione.

⁴¹⁸ La tripartizione è formulata in termini parzialmente analoghi da: OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 371. Egli individua tre principali ceppi teorici: uno che vede nella partecipazione un istituto di codecisione, con cui si realizza la contitolarità del potere; un altro, che valorizza la componente garantista della partecipazione, quale mezzo di tutela degli interessi dei privati dall'aggressione della pubblica amministrazione; e un ultimo che, guardando al procedimento come al luogo di rappresentazione degli interessi e dei fatti utili all'individuazione dell'interesse pubblico, assegna alla partecipazione il compito di permettere la miglior individuazione dello stesso. Secondo CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 52 e ss., invece, nel procedimento amministrativo il contraddittorio (l'autrice usa indifferentemente il termine contraddittorio e partecipazione) ha tre funzioni: a) istituto di garanzia; b) istituto di democrazia; c) strumento di istruttoria. FRACCHIA F., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 11 e ss. invece accorpa i diversi orientamenti espressi attorno al ruolo della partecipazione del privato in due macro-gruppi. Da un lato, quelli che ne sottolineano la funzione di mezzo di conoscenza a favore della p.a. e, dall'altro, quelli che ne evidenziano l'aspetto garantista. Una sintesi delle due opinioni è individuata in quella posizione che disegna la partecipazione come uno strumento che, pur volto alla tutela dell'interesse del privato, si inserisce in un contesto che permette il conseguimento del risultato giusto e più aderente alla realtà dei fatti. CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 13 ss. individua anch'esso tre motivi posti alla base della partecipazione. Il primo è quello di consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi su cui deve basare le scelte. Il secondo è quello di permettere al privato di far valere i suoi diritti fin dalla fase preparatoria della decisione, in una sorta di

Nella prima accezione, sulla scia dell'approccio razional-economicistico di stampo weberiano, nonché di alcuni importanti approfondimenti nel campo della sociologia – per tutti, basti pensare all'opera di Herbert Simon⁴¹⁹ e di Niklas Luhmann⁴²⁰ – si è formata un'idea di partecipazione quale strumento collaborativo⁴²¹ di incremento

procedura giudiziaria anticipata. Il terzo è quello di assicurare il coinvolgimento dei privati e della società civile nel processo di decisione collettivo. Nella prima accezione la partecipazione accresce l'efficacia della p.a., nella seconda l'equità, mediante la sottoposizione alle regole, nella terza la democraticità. Anche CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 72 e s., riassume le tre funzioni che può assumere il contraddittorio: garanzia del diritto di difesa, partecipazione collaborativa e rappresentanza di interessi. Rifacendosi alla dottrina tedesca (SCHMIDT-ASSMAN E., *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee*, Springer, 1998, pp. 290 - 291), l'autore richiama inoltre i tre modelli idealtipici a cui può essere ricondotto il procedimento amministrativo: il primo *konfrontativ*, ossia conflittuale, in cui il procedimento è assimilato al processo in un'ottica difensiva; il secondo collaborativo e il terzo che concerne essenzialmente i procedimenti normativi e gli atti generali, improntato all'esigenza di rappresentare la molteplicità di interessi coinvolti.

⁴¹⁹ Il pensiero corre subito al celebre *Administrative Behaviour (Il comportamento amministrativo)*, cit., opera capitale della scienza dell'amministrazione del secolo scorso, costantemente ristampata negli USA. Ma la riflessione dell'autore attorno al concetto di razionalità procedurale nel contesto dell'organizzazione amministrativa è sviluppata in altre sue opere. Si cita a tal proposito anche SIMON H., *La ragione nelle vicende umane*, Il Mulino, Bologna, 1984; ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985; ID., *Decision Making and Administrative Organisation*, in *Public Administrative Review*, 1944, pp. 16 e ss.

⁴²⁰ LUHMANN N., *Legitimation durch verfahren*, 1975, trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., pp. 205 e ss.

⁴²¹ Occorre tuttavia chiarire come il ruolo della partecipazione del privato al procedimento non possa essere ridotto alla volontà di perseguire nel modo migliore l'interesse pubblico. Il privato agisce nel procedimento in un'ottica prettamente egoistica, allo scopo di tutelare i propri interessi. Questo, tuttavia, non significa che la circostanza che con il suo intervento accresca il quadro istruttorio non determini anche un vantaggio per il soggetto pubblico. È un effetto indiretto e obiettivo che discende dall'approfondimento dell'istruttoria e prescinde dal motivo della partecipazione. A tal proposito si rimanda a BERGONZINI G., *L'attività del privato nel*

delle conoscenze⁴²² di cui dispone il decisore pubblico che, quasi fosse un'impresa privata, ricerca la soluzione ottimale, basata su un più ampio quadro di informazioni e dunque più razionale⁴²³.

procedimento amministrativo, cit., pp. 236 e ss., laddove critica l'artificiosità della distinzione tra deduzioni del privato aventi «scopo di guarentigia e deduzioni che varrebbero a fini di collaborazione». In particolare, questi sottolinea come sia assolutamente irrealistico pretendere «che il privato si spogli della veste di soggetto pregiudicato dagli effetti del provvedimento ed assuma quella di membro della comunità che collabora all'interesse generale», ma ciò non toglie che per l'amministrazione «le deduzioni del cittadino si pongono sempre, se realisticamente considerate, come mezzi di collaborazione». Lo stesso ragionamento pare sviluppare TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., pp. 301 e ss. e poi pp. 337 e ss. Secondo tale autore, «la partecipazione si manifesta sempre e comunque attraverso l'impiego di mezzi di *collaborazione* alla definizione dell'assetto di interessi cui punta l'amministrazione procedente, anche quando la posizione del privato si ponga in antitesi rispetto al progetto di decisione dell'autorità» (corsivo dell'autore). Così come il prodotto della partecipazione «è sempre l'elevazione qualitativa del provvedimento finale, a prescindere dai concreti e contingenti moventi che spingano l'avente titolo ad inserirsi nell'*iter* istruttorio». Di conseguenza «il particolare angolo visuale in cui si pone il privato non può *ex se* oscurare il "buono", ossia l'utilità obiettiva, che si può trarre dalla partecipazione».

⁴²² Quanto all'idea di una partecipazione *servente* rispetto al perseguimento del miglior interesse pubblico si richiama VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, cit. e LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 397 e s., secondo cui non può condividersi l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale in base al quale dalle indicazioni del legislatore non è possibile ricavare un dovere in capo all'amministrazione di accertare o esaminare fatti non concernenti l'interesse primario, introdotti dal privato nel procedimento.

⁴²³ L'implemento delle informazioni di cui dispone il soggetto pubblico è visto come un fattore che incrementa la razionalità della decisione assunta dal soggetto, anche pubblico. Infatti, fa transitare la decisione dall'incertezza, vaga e non misurabile, al rischio, calcolabile e prevedibile (il riferimento è alle teorie formulate da KNIGHT F. H., ed espresse in *Risk, Uncertainty and Profit*, University of Chicago Press, pubblicato per la prima volta nel 1921, ristampato nel 1933, nel 1948 e nel 1957). Inoltre, sul tema SIMON H.A., *Il comportamento amministrativo*, cit., pp. 119 e ss. in cui si rinviene un capitolo dedicato all'esame del significato del concetto di razionalità

Nella seconda impostazione la partecipazione è vista in una concezione garantista in senso stretto, quasi “egoistica”⁴²⁴ per il privato che, partecipando, viene messo nella condizione di influire per i propri interessi sull’azione del decisore pubblico.

Infine, accanto alle due funzioni, appena richiamate, di ausilio del decisore pubblico e di garanzia della posizione del privato, per completezza, va ricordata anche la terza, che è quella che valorizza la componente democratica della partecipazione⁴²⁵.

nel processo di formazione delle decisioni. Secondo Simon «l’amministrazione razionale si occupa della selezione dei mezzi più efficaci» e «la “buona” amministrazione non è altro che un comportamento adatto realisticamente ai suoi fini». Questo risultato si ottiene solo tramite la *conoscenza* che permette di determinare le conseguenze di ciascuna alternativa strategica (p. 129). Tuttavia, si tratta di un obiettivo solo parzialmente raggiungibile nella pratica. Evidenzia peraltro LUHMANN N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., pp. 217 e s., come l’incompletezza delle informazioni alla base della decisione pubblica sia congenita «e ciò non soltanto perché non sono disponibili informazioni maggiori, ma anche perché l’attività necessaria per procacciarsele, o per stabilire se esse non siano già in qualche modo disponibili, sarebbe troppo dispendiosa».

⁴²⁴ L’impostazione secondo la partecipazione è in primo luogo «genuinamente egoistica» è oggi largamente condivisa. In tal senso cfr. FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., p. 215, che ricorda come la partecipazione «è obiettivamente volta ad orientare a proprio vantaggio il processo valutativo e decisionale della amministrazioni pubbliche».

⁴²⁵ Il ruolo della partecipazione come strumento di democrazia è poi specificato nel concetto di *demarchia* di Feliciano BENVENUTI (*Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, cit.). La demarchia è l’espressione del riconoscimento di poteri di intervento dei cittadini nell’ambito dell’esercizio delle funzioni che rappresentano una forma di libertà attiva, tale da estendere a tutta la società il centro di produzione del diritto. A tal proposito si v. anche MERUSI F., *Diritti fondamentali e amministrazione (o della “demarchia” secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 541 e ss. secondo il quale la demarchia si inverte solo nel contraddittorio paritario che precede il provvedimento. Sulla funzione democratica del principio partecipativo anche SAITTA F., *Il procedimento amministrativo «paritario» nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, pp. 457 e s., in particolare pp. 459 – 460, secondo il quale: «ferma restando la polifunzionalità dell’istituto [...]

la partecipazione giova ad innalzare il tasso di democraticità dell'azione amministrativa». Per GIGLIONI F. – LARICCIA S., *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. IV., Milano, 2000, p. 947, «non solo appare un elemento importante dell'ordinamento democratico, ma diviene consustanziale alla democrazia». ROMEO G., *Il cittadino e il giudice amministrativo davanti al procedimento*, in *Dir e proc. amm.*, 1993, pp. 122 e ss. afferma come il procedimento partecipato da forma di esercizio del potere sia divenuto strumento di democratizzazione del potere stesso. FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2003, pp. 1024 e ss. riconosce alla partecipazione il ruolo di «profilo di maggior rilievo e spessore “democratico”» del procedimento, di «fattore sintomatico chiamato a “fare la differenza”, e quindi a rappresentarci, quasi plasticamente e con il più elevato nitore possibile, il livello di penetrazione della cultura e dei valori della “democrazia” negli *interna corporis* degli apparati politico-amministrativi dei c.d. paesi a democrazia stabilizzata». CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., pp. 13 ss. tratta della partecipazione come il mezzo tramite cui l'amministrazione fa entrare il privato nel suo processo di decisione e rinuncia così all'esclusiva dei suoi poteri. Sul concetto di partecipazione quale modalità di attuazione della democrazia si veda poi: ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, cc. 205 e ss.

In questa ottica si arriva dunque a configurare la partecipazione come una forma di inserimento del cittadino nel circuito decisionale della p.a. A tal proposito fra tutti: PAJNO A., *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 663 e ss. e PATRONI GRIFFI F., *La legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, c. 71, che tuttavia non qualifica come paritaria la posizione del cittadino rispetto alla p.a. La dottrina peraltro ha avvertito dei rischi a cui una visione di questo genere potrebbe condurre, ossia la deresponsabilizzazione della p.a.: a tal proposito LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 167, secondo cui «la partecipazione riduce indubbiamente l'autoritarità del processo decisionale, in quanto sottrae a un regime quasi integrale di esclusiva l'attività di informazione e concorre a determinare gli sviluppi necessari della funzione amministrativa in guisa da renderli, tra l'altro, palesi e controllabili». Secondo questa impostazione tuttavia è attenuata l'autoritarità giuridica dell'atto. Questo risultato non sembra peraltro neanche auspicabile dato che legittimare la decisione conclusiva sulla base della sola partecipazione rischia di ridurre la

Nelle prime due accezioni, appena ricordate, tra loro non escludenti⁴²⁶, la partecipazione – in funzione “propriamente egoistica” e a scopo collaborativo – va comunque a realizzare l’arricchimento delle acquisizioni procedimentali, recando un vantaggio a tutti i soggetti del procedimento⁴²⁷.

responsabilità dell’amministrazione. Il partecipante non può essere considerato «co-autore» della decisione (p. 152).

⁴²⁶ In merito alla convivenza delle due funzioni della partecipazione si veda anche COGNETTI S., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo – Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, pp. 54 e ss., che sostiene come gli interessi, privati e pubblici, siano «garantiti con maggiore obiettività e consapevolezza nel corso del procedimento attraverso la completezza del dato di fatto acquisito con la partecipazione». D’altronde è immanente nell’abbandono dell’idea autoritaria dell’amministrazione la valorizzazione del ruolo degli altri interessi coinvolti nel procedimento «la cui completa acquisizione, equa ponderazione e armoniosa composizione costituiscono l’obiettivo ottimale (per quanto difficilmente raggiungibile) di un agire *obiettivamente* improntato al soddisfacimento degli interessi della collettività. Cfr. PORTALURI P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 3; ID., *La partecipazione dei privati ai procedimenti di formazione del piano*, in FOLLIERI E. E IANNOTTA L., *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2010, pp. 975 e ss. che, confermate le due funzioni della partecipazione di «collaborazione e di difesa», ne evidenzia l’importanza nei procedimenti di pianificazione del territorio.

⁴²⁷ Si pone così rimedio all’asimmetria informativa in cui versa la p.a. Di ciò tratta FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., p. 216. Secondo l’autore la partecipazione, oltre alla fondamentale funzione egoistica di chi entra nella procedura, «contribuisce altresì (e contestualmente) a risolvere le asimmetrie informative che possono viziare il percorso conoscitivo e deliberativo del decisore collettivo pubblico». Vedasi anche OCCHIENA M., *Situazioni soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 445, che riprende a sua volta la riflessione secondo la quale la partecipazione consente di colmare le asimmetrie informative e dunque di avvalersi dei dati necessari per assumere la decisione migliore in vista del perseguimento dell’interesse pubblico. Fondamentale è poi l’opera di LEVI F., *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., dedicata a esaminare le regole conoscitive che precedono l’emanazione di un atto amministrativo.

Questa prospettiva può essere utile a spiegare perché l'invito alla conformazione, quale strumento di istruttoria, che concorre alla corretta esposizione delle premesse decisionali⁴²⁸ su cui viene assunto il provvedimento, sia stato visto con favore dal legislatore. Altresì è una prospettiva che permette di valorizzare il ruolo di tale pretesa e avvalorare così la sua estensione generale.

Invero, laddove l'accertamento è vincolato la conformazione permette di conseguire nel modo migliore il risultato già stabilito nella legge, garantendo l'interesse del privato ma anche quello pubblico.

Questa duplicità funzionale è condivisa anche da altri principi che possono essere connessi alla partecipazione, come, per esempio quello di completezza dell'istruttoria⁴²⁹ e che si legano anche a esigenze di buon andamento⁴³⁰.

Dal lato del privato, ciò si apprezza in quanto questi, messo a conoscenza dell'incompletezza della sua domanda, se possiede tutti i requisiti di legge necessari all'effetto favorevole a cui aspira, è posto nella condizione di completare il quadro istruttorio e non subire così gli effetti sfavorevoli susseguenti alla riscontrata incompletezza dell'istanza⁴³¹.

Quanto invece all'ottica pubblica, l'approfondimento dell'istruttoria che la risposta del privato all'invito alla conformazione comporta è un vantaggio per la cura dell'interesse pubblico, quale

⁴²⁸ Questa espressione è usata da SIMON H.A., *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 240 e p. 329. Il termine indica il sistema di conoscenze, la sintesi cognitiva, che costituisce base e presupposto della decisione.

⁴²⁹ Sul tema CONFORTIN F., *Principio di completezza dell'istruttoria e ed onere di cooperazione privata nel procedimento*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, pp. 459 e ss.

⁴³⁰ Sul rapporto tra principio di completezza dell'istruttoria e buon andamento SERRA M. T., *Contributo ad uno studio sull'istruttoria nel procedimento amministrativo*, pp. 241 e ss.

⁴³¹ Dunque, l'invito alla conformazione è per il privato strumento di difesa della sua sfera individuale nel procedimento.

strumento per un più corretto espletamento del percorso decisionale. D'altro canto, l'amministrazione, proprio in ragione del suo ruolo istituzionale, è tenuta a prendere conoscenza di tutto ciò che può essere rilevante per la sua azione⁴³².

Oltre a ciò, posto che l'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, persegue i fini stabiliti dalla legge, se il "risultato" è già da quest'ultima stabilito, nel momento in cui ha predeterminato i requisiti necessari per l'ottenimento di un data situazione di vantaggio, allora contrasterebbe con la realizzazione della *ratio* sostanziale della legge stessa non attuare tutti quegli adempimenti istruttori a ciò funzionali. In questa ottica, l'invio dell'invito a completare l'istanza in relazione ai suoi requisiti vincolati è strumento di potenziamento del flusso informativo di cui dispone l'amministrazione e strumento di rimozione dell'incertezza del dato informativo riguardo ai presupposti del percorso decisionale⁴³³.

Dunque, la completezza dell'istruttoria pare costituire diretta emanazione del principio di legalità, dato che una scelta fondata su un'istruttoria parziale non pare poter essere logica e imparziale⁴³⁴.

⁴³² In relazione a questo aspetto si rimanda al tradizionale insegnamento di LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., per esempio p. 330.

⁴³³ Peraltro, questa accezione dell'invito alla conformazione delle domande rese incomplete come strumento di incremento della base conoscitiva su cui opera il soggetto pubblico, rimanda alle riflessioni già svolte, in termini più generali, sul valore della razionalità procedurale. Si fa riferimento, cioè, ai lavori di Herbert SIMON, in particolare, *Administrative Behaviour*, trad. it., *Il comportamento amministrativo*, cit., pp. 119 e ss. e di Niklas LUHMANN, *Legitimation durch verfahren*, 1975, trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., pp. 217 e s.

⁴³⁴ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., p. 96.

Ripercorrendo la catena di principi sviluppata fin qui, il principio di legalità induce alla completezza dell'istruttoria, che si attua innanzitutto mediante la garanzia della partecipazione. Questa a sua volta è un corollario dell'imparzialità, nella misura in cui l'amministrazione deve tener conto di tutti gli interessi coinvolti⁴³⁵; l'imparzialità, per conto suo, comporta che i rapporti tra amministrazione e privati siano ispirati alla buona fede⁴³⁶. Una delle espressioni che la buona fede può assumere in relazione al principio di imparzialità attiene proprio ai doveri di informazione, poi sviluppati in *obblighi* di informazione che l'amministrazione ha nei confronti del privato⁴³⁷. La codificazione di questi obblighi in alcuni specifici incumbenti per l'amministrazione rimanda al problema oggetto della presente indagine, la previsione di un obbligo di invitare alla conformazione⁴³⁸.

4. (Segue) Il principio di buon andamento e le sue declinazioni.

L'altro centro di valori interessato dall'obbligo di invitare alla conformazione delle domande incomplete, si è detto essere quello

⁴³⁵ SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 6, secondo cui la partecipazione è la prima forma di attuazione del principio di imparzialità, intesa come «la necessità di introdurre una disciplina del procedimento amministrativo che consenta agli interessati – a tutti gli interessati – di partecipare al procedimento e viceversa imponga all'amministrazione di provvedere solo dopo averli sentiti».

⁴³⁶ ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 284.

⁴³⁷ ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 288 – 290.

⁴³⁸ In via incidentale si rileva come la più completa codificazione di un obbligo di soccorso sia riscontrabile nei paesi socialisti. Cfr. FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 309 e ss.

“efficientista”. A questo afferiscono una serie di principi che possono essere raggruppati nella dicitura, molto ampia, di buon andamento, di cui all’art. 97 della Costituzione⁴³⁹. Infatti, da questo si «dipartono una pluralità di ramificazioni, che costituiscono principi derivati dal medesimo»⁴⁴⁰, tra cui: economicità, efficienza, non aggravamento.

Questi principi, in via generale, entrano in contrasto con la previsione di una pretesa alla conformazione. Infatti, l’obbligo per l’amministrazione di inviare una comunicazione in cui informa dell’incompletezza o della erroneità della domanda e invita l’istante a regolarizzarla pare essere un appesantimento burocratico inutile ed eccessivo per l’apparato amministrativo.

Occorre in particolare soffermarsi sull’ultimo dei principi richiamati: quello di non aggravamento⁴⁴¹.

Si tratta di un principio espressamente previsto dal disposto dell’art. 1, co. 2, l. n. 241/1990, secondo cui l’amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell’istruttoria. Tuttavia, dalla lettera della norma non è di immediata percezione il suo rapporto di tensione con la previsione di ulteriori adempimenti istruttori a carico dell’amministrazione. Invero, dal testo si evince innanzitutto un limite

⁴³⁹ Tra i molti contributi che si sono occupati del tema: SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in RENNA M. E SAITTA F., (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 117 e ss.

⁴⁴⁰ SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 976.

⁴⁴¹ Sul tema SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un’azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell’istruttoria*, cit., pp. 491 e ss.; MARZUOLI C., *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, cit., pp. 207 ss.; CAFAGNO M., *Il principio di non aggravamento*, in RENNA M. E SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 493 e ss.

per l'amministrazione, alla quale è vietato chiedere al privato ulteriori adempimenti istruttori, al di fuori dai casi eccezionali⁴⁴².

⁴⁴² In questo senso il divieto di aggravamento è configurato come un principio che impone all'amministrazione di non rallentare il procedimento con la previsione di termini spropositatamente lunghi o con adempimenti istruttori inutili o eccessivamente complessi. Pertanto, in tale prospettiva sono illegittime le duplicazioni ingiustificate di pareri e momenti istruttori. In questa ottica è possibile dare al principio in questione almeno due letture diverse. Una prima chiave interpretativa si connette direttamente al problema dell'efficienza dell'amministrazione e della sua diseconomicità. In tal senso, allora, il non aggravamento è da riconnettere alle esigenze di semplificazione e alleggerimento procedimentale e funge da argine alla «immotivate lentezze» dell'amministrazione. Esigenza già chiara a NIGRO M., *Commissione per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi. Appunto introduttivo*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1984, pp. 79 e ss. La seconda chiave di lettura lo collega ai canoni di correttezza e buona fede oggettiva, che rimandano a loro volta, in relazione ai soggetti pubblici, al principio solidaristico. A tal proposito, TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 445 e ss. secondo cui «il contenuto del principio di correttezza risponde al significato “minimo” del principio di solidarietà sociale enunciato dall'art. 2 Cost., consistente nel *dovere di non recare danno ad altri*». L'autore, rifacendosi a BERTI G., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 473, conclude che la solidarietà «implica che anche colui che rivendica un diritto abbia la consapevolezza del valore a cui il diritto si riferisce e dei limiti che questo stesso valore impone alla pretesa». Posto il legame con questo principio fondamentale, correttezza e buona fede oggettiva «sono destinati ad indirizzare e vincolare non solo gli individui e le formazioni sociali, ma anche le istituzioni pubbliche». Saldare il divieto di aggravamento procedurale alla buona fede, seguendo questa linea ermeneutica, significa imporre all'amministrazione di evitare «aggravamenti ingiustificati» del procedimento in relazione alla posizione del cittadino. In tal senso, l'aggravamento vietato non è tanto e non solo quello che «costituisce un indesiderabile appesantimento procedurale, contrario alle esigenze di funzionalità (celerità, speditezza, snellezza) dell'amministrazione», ma soprattutto quello che «viene a tramutarsi in una forma di ingiusta afflizione per il cittadino». Integra una simile condizione, cioè, quella condotta aggravatoria che ha carattere vessatorio, perché va a «impattare in modo diretto con la sfera giuridica del cittadino, come ad esempio nel caso in cui a quest'ultimo vengano richiesti certificati non pertinenti all'oggetto del procedimento ovvero assolutamente irrilevanti, sotto il profilo informativo, per l'adozione del provvedimento finale». Sulle applicazioni che

Tuttavia, il principio opera anche in un'altra direzione, ossia come *limite alle aspettative del privato*, cioè come misura dell'esigibilità, da parte di questi, di ulteriori attività istruttorie a cui sia tenuta l'amministrazione.

È in questa seconda accezione che il non aggravamento delle procedure viene in rilievo in relazione all'obbligo di invitare alla conformazione. In tal senso, peraltro, è un principio che si pone in potenziale conflitto non solo con il teorizzato obbligo di invitare alla conformazione ma con tutte le pretese procedimentali che appesantiscano l'amministrazione di un obbligo procedurale⁴⁴³.

Posto ciò, per tentare di comprendere il modo in cui questo concetto può relazionarsi con la pretesa alla conformazione, occorre riconnetterlo con gli altri principi elencati nell'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990⁴⁴⁴. Il legame con questi, peraltro, è così stretto che proprio tale commistione è stata una delle ragioni alla base dello scetticismo⁴⁴⁵ con

la giurisprudenza ha fatto di tale principio: SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, cit., pp. 496 e ss. che distingue tra le pronunce dei giudici amministrativi rese nell'ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione; quelle che attengono, invece, alla comunicazione di avvio del procedimento e infine l'interpretazione offerta dalle commissioni tributarie.

⁴⁴³ Proprio a causa di questa comunanza nel paragrafo successivo saranno oggetto di riflessione i rapporti tra questo principio e un'altra pretesa procedimentale: la comunicazione di avvio del procedimento. Invero, si tratta di una pretesa che, seppur operi indipendentemente dal carattere dell'attività, a differenza della terrorizzata pretesa alla conformazione, presenta, in relazione alla sua applicabilità all'attività vincolata, problematiche affini a quelle che la conformazione si trova a dover affrontare. Per tale ragione si è ritenuto utile farvi espresso riferimento ed esaminare come la questione sia stata affrontata da dottrina e giurisprudenza.

⁴⁴⁴ TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, cit., pp. 445 e ss.

⁴⁴⁵ Cons. St., Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7/87. Per un commento SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione*

cui è stata accolta la disposizione relativa al non aggravamento, già contenuta nello schema di disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro⁴⁴⁶.

Dunque, leggendo il principio di non aggravamento come una specificazione che quello economicità⁴⁴⁷ assume in relazione alla struttura del procedimento amministrativo, è possibile trarre alcune conseguenze in ordine all'estensione della regola alla conformazione. Infatti, la proiezione del criterio di stampo economico-aziendalista dell'economicità nel campo del diritto amministrativo, esprime l'esigenza che l'attività amministrativa raggiunga i suoi scopi e produca i suoi risultati con il minor dispendio di risorse materiali e procedurali⁴⁴⁸. Questo, tradotto nei termini del problema che ci si trova ad affrontare, significa che la previsione della conformazione sarà antieconomica e, in generale, contraria al buon andamento, solo se del tutto inutile al raggiungimento dell'interesse pubblico o solo nel caso in cui comporti un dispendio di energie eccessivo.

Al quadro così delineato occorre tuttavia aggiungere una considerazione ulteriore. È vero che il profilo efficientista si scontra con

amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria, cit., pp. 491 - 496.

⁴⁴⁶ TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina - Taormina del 25-26 febbraio 1988*, cit., pp. 177 e ss. su

⁴⁴⁷ In tal senso, SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, cit., pp. 503 - 507; MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 1257 - 1259.

⁴⁴⁸ SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 70. Si veda anche SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, cit., p. 507.

la previsione di un obbligo di invitare alla conformazione, ma non in termini assoluti: occorre operare un bilanciamento.

Invero, l'invito alla conformazione per l'apparato amministrativo non è solo un aggravio e dunque uno di quei passaggi da sacrificare nel nome della tempestività, ma anche una misura di incremento della qualità dell'amministrazione, in chiave del raggiungimento del miglior risultato possibile nel minor tempo.

In particolare, il valore aggiunto dell'obbligo di invito della conformazione si percepisce in relazione al principio di economicità e al divieto di aggravamento, rapportando il suo "peso" al vantaggio che la sua previsione è in grado di apportare. Infatti, come peraltro si è già visto, la previsione di un obbligo per l'amministrazione di consentire al privato di partecipare e integrare la documentazione allegata alla sua istanza è strumento di efficienza⁴⁴⁹ dell'operato pubblico, nella misura in cui consente la corretta applicazione della legge e, assicurando che la

⁴⁴⁹ Questa considerazione vale indistintamente, come si vedrà più chiaramente in seguito, in relazione alla portata efficientista anche degli altri strumenti di partecipazione. Tra la dottrina che si è espressa in tal senso si richiama per tutti, CORPACI A., *Spunti critici sulla giurisprudenza applicata alla legge sul procedimento*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 199 e ss. L'autore commentando la prassi della giurisprudenza a frenare l'estensione e la generalizzazione del principio del contraddittorio, in particolare quanto all'onere di comunicazione dell'avvio del procedimento (su cui si tornerà nel prossimo paragrafo) rileva come si tratti di una linea che pecca di «forte miopia» dato che «ne risulta coperta non già l'efficienza dell'azione amministrativa, bensì l'inefficienza dell'amministrazione». Infatti, gli adempimenti che garantiscono la partecipazione e il contraddittorio portano più vantaggi che svantaggi allo svolgimento dell'azione amministrativa «sia in termini di qualità del risultato sia di economicità (una maggiore informazione e ponderazione, nonché il previo confronto con i soggetti coinvolti ridurrebbe certamente il contenzioso)». Dunque, invocare i costi della partecipazione come freno all'efficienza non pare condivisibile «a meno che la bandiera dell'efficienza venga utilizzata in chiave puramente strumentale, e in realtà nasconda una sostanziale contrarietà del giudice alla estensione del principio della partecipazione procedimentale in quanto tale» (p. 201).

decisione amministrativa sia legittima e conforme ai principi costituzionali sanciti dall'art. 97 della Costituzione, permette di evitare ulteriori aggravii di costi, successivi all'emanazione del provvedimento, dinanzi all'autorità giudiziaria⁴⁵⁰.

5. La tensione tra esigenze di garanzia e di buon andamento quale problematica comune a tutte le pretese procedurali a carattere istruttorio. Il caso della comunicazione di avvio del procedimento.

La questione del bilanciamento tra esigenze di garanzia da un lato e di efficienza, dall'altro, non è affatto nuova nel sistema del diritto amministrativo. Si fa nella specie riferimento al dibattito sorto attorno ad alcuni istituti partecipativi previsti dalla legge sul procedimento amministrativo in relazione alla loro superfluità laddove l'accertamento rimesso all'amministrazione sia vincolato.

La questione si è posta in termini problematici a causa della tradizionale refrattarietà, in particolare della giurisprudenza, a estendere gli strumenti partecipativi a ipotesi nelle quali non vi è discrezionalità, secondo l'assunto che la partecipazione in simili ambiti andrebbe a costituire un «costo sociale intollerabile»⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Così VALLA L., *Comunicazione di avvio del procedimento e atti vincolati: dalla giurisprudenza alle disposizioni legislative*, cit., p. 1239, che, seppur a proposito dell'art. 7 della l. n. 241/1990, afferma come «attuando il principio del giusto procedimento, si «consente da una parte, di ottimizzare il risultato da raggiungere in quanto frutto di una visione completa degli interessi coinvolti, dall'altra garantisce che la funzione amministrativa sarà eseguita in contraddittorio svolgendo in tale maniera una non secondaria funzione deflattiva del contenzioso».

⁴⁵¹ In questo senso ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema.*, cit., che a p. 77, prendendo a esempio l'avviso di inizio del procedimento, solleva il problema di come, attribuire agli istituti della partecipazione la sola finalità di consentire,

Una prospettiva privilegiata dalla quale osservare questo fenomeno, che finisce per descrivere la partecipazione e gli istituti nei quali essi si sostanzia quasi come fossero un “peso” per l’efficientismo dell’azione pubblica, è costituita dai problemi che l’applicazione concreta della regola della comunicazione dell’avvio del procedimento, di cui all’art. 7 della l. n. 241/1990, ha posto in relazione all’emanazione di provvedimenti non discrezionali

Invero, le problematiche affrontate dalla dottrina⁴⁵² e dalla giurisprudenza amministrativistica circa l’obbligatorietà della

mediante l’apporto collaborativo del privato, l’individuazione dell’interesse pubblico concreto, porti a escluderne l’esigibilità quando si tratti di emanazione di atti vincolati, fino a ipotizzarne la totale pretermissione.

⁴⁵² Sull’argomento si rimanda tra i molti a CORPACI A., *La comunicazione dell’avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Le regioni*, 1994, pp. 303 e ss.; ID., *La partecipazione procedimentale*, in SCIULLO G. (a cura di), *L’attuazione della l. n. 241/1990 (Atti del convegno di Macerata)*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 4 e ss.; FERRARA R., *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, cit., pp. 29 ss. commento a Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14, che afferma l’applicabilità della disciplina del capo III della l. n. 241/1990 anche in materia espropriativa; GARDINI G., *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 483 e ss.; ID., *Comunicazione di avvio del procedimento e obbligo di risultati: ossia della difficoltà di informare semplificando*, cit., pp. 183 e ss.; ID., *La comunicazione degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1990; GIGLIONI F., *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell’istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall’entrata in vigore*, cit., in particolare pp. 206 – 209; RUSSO S., *A chi serve la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 2725 e ss.; TERRACIANO G., *Sull’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento*, in *Foro amm.*, 1994, pp. 2177 e ss.; TONOLETTI B., *La comunicazione di avvio del procedimento nell’interpretatio giurisprudenziale (la questione degli atti vincolati e dichiarativi)*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall’entrata in vigore*, cit., pp. 329 e ss.; VALLA L., *Comunicazione di avvio del*

comunicazione di avvio in caso di attività vincolata sono analoghe a quelle che si frappongono alla generalizzazione della conformazione.

La comunicazione, di cui all'art. 7, l. n. 241/1990, presenta per certi versi una fisionomia analoga a quella dell'invito alla conformazione⁴⁵³. Infatti, quale mezzo con cui l'amministrazione informa il privato dell'avvio (o meglio della "presa in carico", in caso di avvio a istanza di parte) di un procedimento, consente allo stesso di attivarsi e partecipare all'istruzione dell'affare, al fine di evitare di subire gli effetti lesivi di una istruttoria incompleta. Invito alla conformazione della domanda e comunicazione di avvio del procedimento paiono perciò condividere i medesimi caratteri: *informativo* e *partecipativo*. Esposte così le ragioni che giustificano il parallelo con la comunicazione di avvio del procedimento è possibile passare a esaminare la problematica specifica.

Per quanto non vi sia uniformità di orientamenti, buona parte della giurisprudenza, sin da poco dopo l'entrata in vigore della legge sul

procedimento e atti vincolati: dalla giurisprudenza alle disposizioni legislative, in *Urb e appalti*, 2000, pp. 1237 e ss.; VERZARO S., *In tema di comunicazione del procedimento amministrativo: l'art. 7 e la normativa previgente*, in *Giur. it.*, 1997, IV, cc. 225 e ss.; VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 45 – 61. Più in generale, ARENA G. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2001; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, VI ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1806-1809; CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., in particolare pp. 416 - 417; SEPE O., *Comunicazione, informazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 54 e ss.

⁴⁵³ La somiglianza non va oltre questo dato. Infatti, la comunicazione di avvio del procedimento opera pacificamente in relazione all'attività discrezionale e concerne non soltanto procedimento avviati su istanza di parte ma anche d'ufficio, sia ablatori di una situazione soggettiva preesistente, che a carattere ampliatorio. Tuttavia, al dichiarato fine di esaminare il dibattito attorno alla sua applicazione all'attività vincolata queste differenze strutturali possono essere tralasciate.

procedimento amministrativo⁴⁵⁴ – ma anche recentemente⁴⁵⁵ – si è espressa nel senso di negare la comunicazione di cui all’art. 7, l. n. 241/1990 (e, conseguentemente la partecipazione di cui tale istituto costituisce primo e fondamentale presupposto) proprio in ragione della natura vincolata dell’attività. Tale propensione si riscontra in particolare in materia di edilizia⁴⁵⁶. In tale settore la motivazione per escludere la

⁴⁵⁴ In una sentenza emanata pochi anni dopo l’entrata in vigore della legge 241 del 1990, il Tar Toscana, sez. I, 3 marzo 1993, n. 207, in relazione alla comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio di abuso edilizio, affermava lapidariamente come la pretesa procedimentale in oggetto dovesse essere considerata «non quale mero strumento di instaurazione del contraddittorio, ma come introduzione di una forma di partecipazione collaborativa finalizzata alla determinazione consensuale del contenuto del provvedimento» e perciò come l’istituto acquistasse rilievo «proprio in vista della funzione esplicata di composizione di interessi contrapposti, con intrinseco riferimento all’attività discrezionale dell’amministrazione». Al punto di escludere che la relativa pretesa dovesse essere garantita «qualora l’amministrazione fosse chiamata ad emettere atti dovuti e vincolanti, per i quali, infatti, non è prevista la possibilità di partecipazione al relativo procedimento». In senso critico, CORPACI A., *La comunicazione dell’avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, cit., p. 318, che, dopo aver affermato il valore della partecipazione anche nell’attività vincolata, rileva come questa sentenza, dopo aver escluso l’obbligo di comunicazione del procedimento, annulli il provvedimento (sanzionatorio di abuso edilizio) in accoglimento di una censura avanzata dal ricorrente che, se avesse trovato ingresso in sede di contraddittorio, avrebbe evitato il ricorso al giudice.

⁴⁵⁵ Da ultimo: Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2019, n. 1281. Nello stesso senso, negli anni precedenti: Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2017, n. 2681; Cons. St., sez. III, 14 maggio 2015, n. 2411; *idem*, sez. IV, 10 agosto 2011, n. 4764; Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7129; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 10 aprile 2018, n. 2313; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 2 ottobre 2017, n. 1552; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 settembre 2015, n. 11107.

⁴⁵⁶ *Ex multis*: Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2019, n. 1281, che richiamandosi all’orientamento costante della giurisprudenza e aderendovi, afferma che, ove si faccia questione «di una misura sanzionatoria per l’accertamento dell’inosservanza di disposizioni urbanistiche, secondo un procedimento di natura vincolata tipizzato dal legislatore e rigidamente disciplinato, che si ricollega ad un preciso presupposto di fatto, cioè l’abuso, di cui peraltro l’interessato non può non essere a conoscenza,

comunicazione è che l'apporto partecipativo del privato intralcerrebbe l'attività della p.a. che, data la natura vincolata del procedimento, tipizzato e rigidamente disciplinato dal legislatore e collegato al verificarsi di un preciso presupposto di fatto, cioè l'abuso, non necessita di venir integrata in altro modo⁴⁵⁷.

rientrando direttamente nella sua sfera di controllo (cfr. sez. V, 7/07/2014, n. 3438)», allora la mancanza in capo alla p.a. della possibilità di effettuare valutazioni dell'interesse pubblico, esclude la partecipazione. Nello stesso senso: Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052, che in materia di diniego di concessione edilizia in sanatoria e ordine di demolizione, a proposito del gravame con cui il ricorrente lamentava la violazione delle garanzie procedurali di cui agli artt. 7 e ss. l. n. 241/1990, afferma come trattandosi di un procedimento vincolato, «in cui nel c.d. accertamento di doppia conformità, che è presupposto del rilascio della concessione edilizia in sanatoria, è estraneo qualunque margine di apprezzamento discrezionale dell'interesse pubblico», la partecipazione debba essere esclusa. Inoltre: Tar Puglia, Lecce, sez. III, 4 ottobre 2018, n. 1414, richiamandosi a sua volta a Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2011, n. 4764, osserva che «l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce attività vincolata della pubblica amministrazione e, pertanto, i relativi provvedimenti, quali l'ordinanza di demolizione, costituiscono atti vincolati per la cui adozione non è necessario l'invio di comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto». Ugualmente, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 09 marzo 2018, n. 683, ancora con riferimento alla repressione degli abusi edilizi tramite emissione dell'ordine di demolizione *ex* art. 31 d.p.r. n. 380/2001, esclude, sempre in ragione della natura vincolata del procedimento, che la procedura sia «assistita da particolari garanzie partecipative» al punto da escludere la necessità non solo della comunicazione di avvio del procedimento, ma anche di tutte le «prerogative connesse alla partecipazione procedimentale fra cui quella di presentare osservazioni (con conseguente obbligo per l'Amministrazione di prenderle in considerazione prima di assumere la decisione finale)».

⁴⁵⁷ Peraltro, proprio in questo campo l'esclusione della regola non è giustificata nelle pronunce esaminate sulla base di una valutazione di superiorità dell'interesse pubblico in un settore particolarmente delicato, nel quale, per esempio, potrebbe essere sentita in modo più pressante e urgente l'esigenza di ripristino della legalità, come in caso di abusi edilizi, ma proprio per la sola assenza di margini di apprezzamento discrezionale.

Alla radice di questa convinzione dunque vi è l'idea che sia superfluo garantire la partecipazione in quei procedimenti in cui la predeterminazione *ex lege* dei presupposti in presenza dei quali deve seguire una specifica decisione pubblica non lascia alla p.a. alcuna possibilità di libero apprezzamento⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Il discrimine dell'“utilità” della partecipazione è visto nella presenza o assenza di un margine valutativo, anche tecnico. Per esempio, si riscontra la presenza di un orientamento giurisprudenziale che consente la partecipazione in caso di accertamento di un fatto complesso. Si tratta per lo più di sentenze emesse in materia di lottizzazione abusiva. A tal proposito si veda: Tar Sicilia, Catania, sez. I, 29 settembre 2011, n. 2370, che rileva come il procedimento, pur essendo relativo a un'attività avente natura vincolata (*ex* articolo 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47), richieda la partecipazione in quanto «l'apporto collaborativo è proprio finalizzato a fare piena luce sui fatti rilevanti e sul loro concreto atteggiarsi (oltre che evidentemente sul loro corretto apprezzamento da parte della pubblica amministrazione)». Invero, «la partecipazione del privato non necessariamente è inutile in tutti i procedimenti destinati a sfociare in provvedimenti vincolati, specie quando i presupposti di fatto sono - come nella fattispecie in esame - complessi ed eterogenei ed esigono apprezzamenti valutativi di non facile od univoca interpretazione (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2004, n. 2953 e 29 gennaio 2004, n. 296)». Nello stesso senso: Tar Toscana, sez. II, 17 febbraio 2009, n. 256, Tar Lazio, Roma, sez. III, 14 febbraio 2013, n. 1663; Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5718; *Id.*, 12 marzo 2001, n. 1381; *Id.*, sez. V, 23 aprile 1998 n. 474; Tar Campania, Napoli, 7 giugno 2001 n. 2607; Tar Lazio, Roma, sez. II., 8 gennaio 1998 n. 4. Occorre precisare che vi sono anche sentenze che si esprimono in favore di un'apertura generale alla partecipazione. Tuttavia, anche in questi casi è specificato come sia la *complessità* della situazione a rendere l'apporto partecipativo non inutile. In tal senso, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 17 novembre 2016, n. 708, relativa allo scioglimento di alcune comunanze agrarie perché non riconosciute ai sensi della legge 16 giugno 1927 n. 1766. In questa sentenza è affermato che «la partecipazione procedimentale pur se di recente ritenuta priva di assoluta rilevanza costituzionale (Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71) costituisce pur sempre corollario dei principi di buon andamento e imparzialità, oltre che componente del “diritto ad una buona amministrazione” di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati (Corte Costituzionale, sent. 11 marzo 2011, n. 80; *id.* 30 aprile 2015, n. 70)» e che «il comma secondo del suddetto art. 41 della Carta assegna ad ogni individuo il “diritto di essere ascoltato prima che nei suoi

La partecipazione procedimentale viene, dunque, in questa ottica, non solo considerata superflua ma addirittura di intralcio al regolare svolgimento dell'attività amministrativa. Tant'è che alcune pronunce arrivano a negare la necessità non solo della comunicazione di avvio del procedimento ma anche di tutte le «prerogative connesse alla partecipazione procedimentale fra cui quella di presentare osservazioni (con conseguente obbligo per l'Amministrazione di prenderle in considerazione prima di assumere la decisione finale)»⁴⁵⁹.

Perciò con un'interpretazione estensiva⁴⁶⁰ e forzata del disposto dell'art. 7, l. n. 241/1990, laddove prevede delle eccezioni all'obbligo di

confronti venga adottato un provvedimento che gli rechi pregiudizio", senza peraltro alcuna distinzione tra attività vincolata e discrezionale, quale diritto fondamentale della persona».

⁴⁵⁹ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 marzo 2018, n. 683.

⁴⁶⁰ L'art. 7, l. n. 241/1990 esclude l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ove sussistano «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento». La deroga espressamente prevista dalla legge presuppone perciò una valutazione in concreto e specifica delle ragioni di impedimento ma è stata interpretata dalla giurisprudenza in termini estensivi. Addirittura, procedendo a escluderla per intere tipologie di atti. Per esempio, in relazione ai procedimenti di condono, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 280. In dottrina la questione è stata esaminata da CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, cit., pp. 310 – 313. L'autore richiama le motivazioni addotte dalla giurisprudenza per estendere la deroga, prescindendo dalle concrete e puntuali evenienze e facendo riferimento a tipologie di atti in astratto considerate (es. occupazione d'urgenza, ingiunzione di demolizione, rimozione di amministratori di enti locali ai sensi dell'art. 40, l. n. 142/1990) e afferma che «non si vuol certo negare che nel caso di procedimenti legati a ragioni di urgenza e necessità sia altamente probabile la ricorrenza delle particolari ragioni legittimanti al deroga all'obbligo di comunicazione», tuttavia, l'esplicitazione e la motivazione delle ragioni con riferimento al caso specifico non pare essere «un adempimento tanto gravoso da giustificare operazioni ermeneutiche non rispettose del dato normativo». Anzi tale atteggiamento esprime un senso di sfavore nei confronti di quell'adempimento che non è condivisibile. Né vale l'obiezione secondo cui la garanzia del contraddittorio può essere utilizzata come mezzo di ostruzionismo allo

comunicazione⁴⁶¹, viene negata l'esistenza di un diritto del privato, la cui sfera giuridica verrà intaccata dall'emanando provvedimento, a ricevere la comunicazione⁴⁶².

Se questa concezione fosse veritiera, non solo la comunicazione di avvio del procedimento non avrebbe ragion d'essere ma neanche l'invito alla conformazione.

Inoltre, questa presa di posizione pare non tenere in debito conto il significato dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990 che, lungi dall'escludere la partecipazione, si limita a circoscrivere l'annullamento del provvedimento ai soli casi in cui la stessa avrebbe potuto portare a un risultato diverso⁴⁶³, in ragione di un bilanciamento tra esigenze di tutela

svolgimento dell'attività amministrativa dato che «l'amministrazione è ben (anche troppo) dotata, ove li voglia usare, di mezzi e possibilità per rimediare a tali patologiche evenienze». In senso contrario rispetto alla giurisprudenza prevalente, ossia per la necessaria motivazione delle ragioni di urgenza, v. Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 14 gennaio 2015, n. 42.

⁴⁶¹ Cfr. RENNA M., *Le ragioni di urgenza impeditive dell'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento*, in *Foro it.*, 2003, V, cc. 305 e ss.

⁴⁶² In senso contrario, in giurisprudenza, seppur si tratti di un orientamento minoritario, Tar Sicilia, Catania, 22 marzo 1999, n. 410 che si esprime nel senso della necessità in generale della comunicazione in riferimento all'attività vincolata e Tar Basilicata, Potenza, 28 dicembre 2001, n. 965, commentata da LEONARDI R., *Sulla necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento anche per gli atti vincolati*, in *Foro amm. TAR*, 2002, pp. 249 e ss. Ancora: TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 23 aprile 2007, n. 153; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36; *Id.*, sez. V, 23 aprile 1998 n. 474; *Id.*, 23 febbraio 2000, n. 948; Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5718; *Id.*, 12 marzo 2001, n. 1381; Tar Lazio, Roma, sez. III, 14 febbraio 2013, n. 1663; Tar Campania, Napoli, 7 giugno 2001 n. 2607; Tar Lazio, Roma, sez. II, 8 gennaio 1998, n. 4. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rimanda a GALATRO V. – SGRO A., *L'avvio del procedimento: procedura, giurisprudenza, questionario: nuovi casi pratici risolti ed annotati con numerosi e recenti orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 99 -101.

⁴⁶³ FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 103 ss.

del cittadino ed efficienza della p.a., che però non esclude affatto del tutto le prime.

Peraltro, anche la dottrina commenta negativamente questa tendenza⁴⁶⁴. Le ragioni addotte per sostenere questa posizione, contraria alla limitazione del campo applicativo della comunicazione di avvio, valorizzano il ruolo della partecipazione che «serve comunque allo svolgimento dell'attività amministrativa, non solo in termini di qualità del risultato ma anche di economicità (basti pensare ai costi di un contenzioso tanto più diffuso in quanto l'atto non sia stato oggetto di previo confronto con coloro che ne sono coinvolti»⁴⁶⁵. La presunta diseconomia prodotta dall'incremento procedurale è da dimostrare in concreto e semmai sarà causa di intralcio per un'amministrazione «inefficiente e mal organizzata che consideri l'esercizio dei poteri

che, lungi dal dedurre dal disposto dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, una accettabile pretermissione del contraddittorio in relazione all'attività vincolata ne trae, in particolare facendo riferimento all'isolamento del vizio di partecipazione rispetto agli altri vizi formali, un indizio della valorizzazione della partecipazione medesima. In particolare, afferma come l'inversione dell'onore della prova che la norma comporta instauri una «sorta di meccanismo presuntivo sull'influenza che ha la partecipazione sul buon esito del procedimento», consentendo al ricorrente di eccepirne la violazione sia in presenza di atti vincolati che discrezionali.

⁴⁶⁴ La dottrina è pressoché concorde nell'affermare la generale necessità di applicare l'art. 7, l. n. 241/1990, limitando la regola nei soli casi di urgenza. A tal proposito, in aggiunta agli autori già citati che si sono espressi in senso critico rispetto all'interpretazione riduttiva data dalla giurisprudenza, si richiama anche: VERZARO S., *In tema di comunicazione del procedimento amministrativo: l'art. 7 e la normativa previgente*, cit., pp. 225 e ss. che vede nella prassi contraria il rischio di un «arbitrario smantellamento della regola» e CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 471, che ribadisce la necessità della partecipazione, e dunque anche della comunicazione di avvio del procedimento, a essa preordinata.

⁴⁶⁵ CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento*, cit., p. 312.

conferitigli come affermazione delle proprie prerogative e non già come servizio nei confronti della collettività»⁴⁶⁶.

Inoltre, partendo dalla richiamata riflessione circa le oscillazioni tra polo garantista e polo efficientista del «pendolo della comunicazione di avvio»⁴⁶⁷, nel caso di procedimenti concernenti profili vincolati, è possibile formulare anche un'altra argomentazione a favore dell'estensione all'attività vincolata della comunicazione di avvio del procedimento.

Laddove vi è un vincolo di legge che si sostanzia nella determinazione a priori di determinati presupposti in presenza dei quali l'amministrazione è tenuta a adottare un certo provvedimento, senza spazio per valutazioni di sorta, la partecipazione del privato nel procedimento è ineliminabile, dato che potrebbe, con le proprie argomentazioni, indurre l'amministrazione a riconoscere l'inesistenza (o l'esistenza) di quei presupposti⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento*, cit., p. 306, secondo il quale «è tutta da dimostrare l'asserzione circa gli effetti devastanti che per l'efficienza dell'azione amministrativa avrebbe l'imposizione in termini generali dell'adempimento prescritto dall'art. 7 l. 241/1990».

⁴⁶⁷ GARDINI G., *Comunicazione di avvio del procedimento e obbligo di risultati: ossia della difficoltà di informare semplificando*, cit., p. 190.

⁴⁶⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5718, secondo cui «la finalità dell'obbligo di informazione sancito dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990 è quella di conoscenza della realtà fattuale su cui è destinato ad incidere l'adottando provvedimento amministrazione». Peraltro, come nota CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, cit., che a p. 318, la l. 241/1990 «non discrimina per nulla la partecipazione in funzione collaborativa da quella in funzione difensiva, ed entrambe appaiono giustificate sia rispetto all'esercizio di attività discrezionale che di attività vincolata, potendo servire in quest'ultima ipotesi alla rappresentazione dei dati di fatto ed elementi comunque influenti per un corretto svolgimento dell'azione amministrativa».

Questa considerazione è valida sia che si tratti di un procedimento che si concluda con un provvedimento che incida negativamente sulla sfera giuridica dei privati⁴⁶⁹, sia che, ed è altrettanto importante, nel caso in cui si tratti di un procedimento avviato a istanza di parte⁴⁷⁰, che rischi di concludersi con il rigetto della richiesta di atto ampliatorio così avanzata.

In entrambe le ipotesi è ingiustificabile impedire al privato, futuro destinatario dell'atto (o interessato alla sua emanazione), di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza, in fatto, dei presupposti ipotizzati dalla norma o l'esistenza degli stessi, sulla base degli elementi di conoscenza che è in grado di offrire. Anzi, con la partecipazione si consente al privato di esercitare preventivamente, sul piano amministrativo, quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere, con istanza di identico contenuto, in sede giudiziaria.

⁴⁶⁹ Come il procedimento di revisione della patente di guida, fondato sulla perdita totale dei punti, su cui verte Tar Lazio, Roma, sez. III, 12 febbraio 2019, n. 1826 che afferma l'obbligo della pubblica amministrazione di dare preventivo avviso al soggetto destinatario, salvo che esistano particolari esigenze di celerità richiamate nel provvedimento, di un atto che incida sfavorevolmente sulla sua sfera giuridica.

⁴⁷⁰ Si consideri che la comunicazione deve essere inviata anche in caso di provvedimenti a istanza di parte come si evince dall'art. 8, l. n. 241/1990, che prevede al comma 2 *c-ter*) e che in tal caso essa deve contenere anche «la data di presentazione della relativa istanza». Tuttavia, alcune pronunce continuano a negare l'esistenza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento quando questo sia avviato a istanza di parte. Cfr. Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2012, n. 3969, che motiva la legittimità del mancato invio della comunicazione di cui all'art. 7, l. n. 241/1990 in un procedimento conclusosi con un provvedimento di diniego del condono edilizio in ragione del fatto che «i procedimenti finalizzati alla sanatoria degli abusi edilizi sono avviati su istanza di parte» e dunque non necessitano della preventiva comunicazione. Nello stesso senso, tra le altre, Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 209; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 10 dicembre 2009, n. 8608.

Dunque, la partecipazione del soggetto destinatario dell'azione amministrativa agli accertamenti che precedono l'emanazione dell'atto vincolato è misura che consente di far rilevare circostanze ed elementi ulteriori così da verificare la sussistenza dei presupposti di legge per l'emanazione dell'atto.

Tale ruolo è condiviso sia dalla previsione di una regola generale di invitare alla conformazione che dalla comunicazione di avvio, primario presupposto della partecipazione al procedimento.

Questo vantaggio peraltro si palesa anche in alcune delle pronunce che, pur negando la necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento, hanno finito per accogliere il ricorso proprio in ragione di una carenza istruttoria. Il Consiglio di Stato⁴⁷¹, per esempio, ha accolto un appello presentato contro un provvedimento prefettizio di espulsione, proprio in quanto ha ritenuto che l'appellante avesse dimostrato, nel corso del giudizio, la sussistenza dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno. Al contempo, tuttavia, quello stesso collegio aveva respinto il motivo con cui l'appellante aveva lamentato la violazione dei suoi diritti partecipatori, nella forma del mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento, proprio ritenendo che «l'esclusione della necessità della comunicazione in argomento discende anche dal carattere vincolato del provvedimento di espulsione dal territorio nazionale, per cui, sotto diverso profilo, torna ad emergere l'inesistenza dell'obbligazione della suddetta comunicazione». È evidente la contraddizione intrinseca di una simile decisione: il rispetto dell'adempimento formale avrebbe consentito l'esplicarsi di una più completa istruttoria, così che l'amministrazione avrebbe potuto evitare

⁴⁷¹ Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, con nota di GARDINI G., *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia*, cit., pp. 483 e ss.

di errare nell'emanazione del provvedimento, con un chiaro risparmio di risorse⁴⁷².

In casi come questo l'attività amministrativa è resa fortemente inefficiente dall'assenza di una adeguata partecipazione⁴⁷³. Infatti, è causa di un rallentamento e di una duplicazione di sforzi pubblici, come emerge nell'esempio esposto, nel quale il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento del provvedimento e con esso dell'attività amministrativa e processuale svolta fino a quel momento. Al contempo, escludere la partecipazione genera un aumento dei costi pubblici, esponendo la p.a. al rischio di fondate domande risarcitorie, oltre ai costi del giudizio.

Queste medesime considerazioni possono essere richiamate anche a fronte delle eccezioni, eventualmente sollevate circa il disvalore di una regola di invitare alla conformazione, che facciano leva sul carico eccessivo per l'azione amministrativa che una previsione simile comporterebbe, in controtendenza rispetto alle istanze di celerità e non aggravamento dell'azione pubblica nell'ottica di un "amministrazione di risultato".

Peraltro, l'ipotetico conflitto tra previsione obbligatoria di invitare alla conformazione e impulsi semplificatori è stato già smentito in precedenza, dallo stesso diritto positivo. Infatti, come già rilevato, riflettendo sulle tendenze emergenti dalla legislazione in materia di

⁴⁷² Del tutto analogo è il caso richiamato da CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, cit., p. 318, che, in relazione a una sentenza del Tar Toscana, Firenze, sez. I, 3 marzo 1993, n. 207, rileva la contraddittorietà della pronuncia che dopo aver escluso l'obbligo di comunicazione del procedimento ha annullato il provvedimento (sanzionatorio di abuso edilizio) in accoglimento di una censura avanzata dal ricorrente che, se avesse trovato ingresso in sede di contraddittorio, avrebbe evitato il ricorso al giudice.

⁴⁷³ Sui vantaggi della partecipazione, in generale: OCCHIENA M., *Situazioni soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 445.

conformazione, quelle spinte acceleratorie che hanno alimentato il processo di semplificazione e che sembravano aver prevalso sull'esigenze di garantire il privato, «al punto che il procedimento amministrativo, inizialmente concepito come luogo di compensazione e di confronto tra i vari interessi, si è progressivamente trasformato in una “via scortata verso il risultato finale”»⁴⁷⁴, hanno in realtà trovato nella stessa previsione espressa della conformazione un argine.

Dunque, l'invito alla conformazione, al pari della comunicazione di avvio del procedimento, permettendo il realizzarsi della partecipazione del privato all'istruttoria costituiscono uno strumento di garanzia del privato ma anche di incremento delle conoscenze di cui dispone la pubblica amministrazione nel suo agire e dunque, nel complesso, favoriscono, per le ragioni sopra esposte, il buon andamento della stessa.

6. La ripartizione degli oneri istruttori: la conformazione sospesa tra metodo inquisitorio e dispositivo nell'attività conoscitiva dell'amministrazione.

Il raffronto tra principi realizzato nei precedenti paragrafi ha permesso di individuare nel bilanciamento tra i due poli garantista ed efficiente un tratto caratteristico della conformazione, come pure di altre pretese procedurali quando operino nell'ambito di procedimenti nei quali si svolge un momento di accertamento a esito vincolato.

Ora è utile spostarsi a esaminare un altro profilo. Le esigenze di garanzia ed efficienza, che si sono individuate come i due estremi tra cui

⁴⁷⁴ GARDINI G., *Comunicazione di avvio del procedimento e obbligo di risultati: ossia della difficoltà di informare semplificando*, cit., p. 198.

oscilla la previsione della regola di invitare alla conformazione, possono essere rapportate a un'altra problematica, che si assesta sul medesimo bipolarismo. Si fa riferimento alla questione relativa alla scelta del modello conoscitivo al quale orientare l'istruttoria amministrativa.

Il primo modello, che rinvia al polo garantista, è orientato alla tutela del canone della completezza dell'istruttoria, intesa come ricerca della "fattispecie reale" e si collega a una visione oggettivistica del fatto. Il secondo schema, efficientista, definisce la completezza dell'istruttoria in modo qualitativo, in base all'individuazione dei presupposti della scelta amministrativa per come vengono manifestati dagli interessati e si plasmano nella vicenda procedimentale⁴⁷⁵.

Nella selezione di uno o dell'altro modello il problema attiene alla specificazione dell'estensione e della profondità che si ritiene debba avere l'attività di accertamento della situazione di fatto attuata dall'amministrazione.

L'idea tradizionale è che l'istruttoria amministrativa debba sempre essere retta dal «principio di massima acquisizione dei fatti e degli interessi necessari ai fini della decisione»⁴⁷⁶. A questa convinzione si somma una visione del rapporto tra diritto e mondo esterno in termini di «verità reale», intesa come esistenza dei fatti nella loro essenza pre o extra giuridica. Da ciò consegue il convincimento per cui l'obiettivo

⁴⁷⁵ Cfr. CONFORTIN F., *Principio di completezza dell'istruttoria e ed onere di cooperazione privata nel procedimento*, cit., pp. 459 ss.

⁴⁷⁶ Per tutti, MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 616. A tal proposito, ROMANO TASSONE A., *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, cit., p. 17, nota come si tratti in realtà di «una risalente e diffusa convinzione (incombente e irriflessa *idée reçue*)».

dall'amministrazione (o del giudice) è *scoprire* la verità dei fatti⁴⁷⁷: che dunque preesiste nel mondo rispetto a tale attività di ricerca.

Questa linea di pensiero individua nel valore della verità oggettiva una componente strutturale dell'imparzialità, nel senso che quest'ultima è rispettata quando sono prese in uguale considerazione tutte le posizioni implicate, che dunque devono essere *tutte* conosciute⁴⁷⁸. Invero, l'amministrazione imparziale, che si comporti secondo buona fede nella ricerca della verità⁴⁷⁹, deve garantire la manifestazione degli interessi delle parti, che si attua nella partecipazione, perché contribuisce alla ricostruzione della situazione di fatto.

Immediata conseguenza di questa impostazione è l'assunzione del *metodo inquisitorio* come criterio guida assoluto dell'istruttoria procedimentale⁴⁸⁰. In questo senso, l'amministrazione nella sua attività

⁴⁷⁷ Idea non del tutto estranea neanche a LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 263, che assimilava l'attività dell'amministrazione nella ricostruzione del fatto a quella dello storico.

⁴⁷⁸ ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 71, secondo il quale, «il soggetto imparziale è egualmente interessato a ciascuna delle posizioni e delle finalità particolari implicate nella sua azione, e così, poiché è interessato a ciascuna, è simultaneamente interessato a tutte, cioè il fine della sua azione abbraccia tutti i fini particolari implicati».

⁴⁷⁹ ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 274 e ss. che collega il concetto di verità a quello di buona fede, intendendo quest'ultima come «conformità del comportamento del soggetto, di fronte agli altri, alle sue conoscenze effettive della realtà, incluso però il dovere di conoscere con la normale diligenza quanto accade nella sua sfera di conoscibilità».

⁴⁸⁰ LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 372. In particolare, l'autore richiama la distinzione tra «potere inquisitorio in senso formale», che si ha quanto l'autorità può prendere iniziative probatorie nei limiti delle allegazioni dei fatti primari contenute nelle istanze a essa rivolte e «potere inquisitorio in senso sostanziale», dove manca questa limitazione, proposta da Mauro CAPPELLETTI (*Testimonianze della parte nel sistema della oralità*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. I, pp. 353 e ss. e vol. II, pp. 679 e ss. e pp. 694 e ss.). È a tale seconda

conoscitiva deve procedere finché i presupposti rilevanti risultino tutti chiari, senza che la possibilità di approfondire le indagini, in relazione all'esigenza di curare l'interesse pubblico, incontri limiti⁴⁸¹.

Tale sistema è risultato dominante fino a dopo la metà del XX secolo, dopodiché si è diffusa una diversa visione dell'esito a cui deve tendere l'attività conoscitiva dell'amministrazione⁴⁸²: questo ha fatto sì che la bilancia dei principi abbia finito per tendere più verso la componente efficientista, rispetto al valore della completezza dell'istruttoria.

Si è diffusa cioè l'idea che non esiste una "verità reale", ma solo una "verità formale", che consiste nel prodotto del metodo di ricerca utilizzato. Così, il concetto di verità è sfumato in quello di certezza, connessa al verificarsi di una preclusione che rende il prodotto dell'accertamento non più giuridicamente contestabile⁴⁸³.

Questa nuova tendenza ha riverberato i suoi effetti anche sul piano dei principi: infatti, il principio del buon andamento ne è uscito

accezione che fa riferimento quando descrive il metodo istruttorio come tradizionale per l'attività conoscitiva della p.a. In relazione al fondamento del principio inquisitorio quale conseguenza della predilezione di un concetto oggettivo di verità, si veda anche LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., p. 93 che sottolinea lo stretto legame tra interesse pubblico e responsabilità istruttorie, e lo spiega in ragione del fatto che «i poteri autoritativi, essendo rivolti alla soddisfazione degli interessi collettivi ed ultraindividuali, devono ispirarsi al principio di verità materiale».

⁴⁸¹ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp. 91 e ss.

⁴⁸² In merito a questa evoluzione, ROMANO TASSONE A., *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, pp. 18 – 23.

⁴⁸³ ROMANO TASSONE A., *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, cit., p. 21.

valorizzato. Di conseguenza è cambiata anche la *misura* della completa conoscenza dei fatti ritenuta necessaria, non più valutata in termini assoluti ma rapportata a un giudizio di apprezzamento in termini di efficienza, tempestività ed economicità.

Dunque, anche l'attività conoscitiva è stata assoggettata a una logica di semplificazione. Anzi si tratta proprio di uno dei «percorsi» che la semplificazione procedimentale ha seguito⁴⁸⁴.

Infatti, l'alleggerimento delle procedure e il principio di non aggravamento, quali componenti centrali delle politiche di semplificazione, hanno portato, com'è stato notato, a un ripensamento della ripartizione degli oneri istruttori nel procedimento, transitati dalla sfera pubblica a quella privata⁴⁸⁵. Invero, la lettura in chiave efficientista propria dalla semplificazione, impattando sul tradizionale metodo inquisitorio, ha sostanzialmente condotto a una recessione del valore della completezza dell'istruttoria, intesa qui in senso oggettivo –

⁴⁸⁴ Si fa qui riferimento al lavoro monografico di LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione*, cit., pp. 28 e ss., nel quale questo aspetto è oggetto di specifica trattazione. In particolare, l'autore si concentra sull'esame dell'impatto della semplificazione sul sistema del diritto amministrativo e, specificamente, sui meccanismi di redistribuzione delle responsabilità istruttorie tra amministrazione e privati. A tal proposito osserva come le politiche di semplificazione, tra alleggerimento delle procedure e principio di non aggravamento, abbiano sgravato l'amministrazione dei suoi compiti istruttori, con il conseguente ridimensionamento del tradizionale principio inquisitorio, per porre sempre maggiori oneri in capo agli interessati. Dato che «la prospettiva che ormai da tempo il legislatore ha sposato è quella di alleggerire le attività istruttorie pubbliche addossando agli interessati incombenze e oneri proporzionati» (ivi, p. 22). Al contempo tuttavia l'altro percorso della semplificazione va nel senso dell'alleggerimento delle incombenze burocratiche gravanti sui privati tramite la previsione in capo al responsabile del procedimento di un dovere di leale collaborazione e un obbligo di soccorso (pp. 31 e ss.).

⁴⁸⁵ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp. 97 e ss.

quantitativo, a causa della pesante ipoteca ideologica che accompagna la burocrazia pubblica⁴⁸⁶. Perciò, con l'intento di evitare il più possibile prassi dilatorie e inutilmente aggravate, si è assistito a un incremento degli oneri istruttori dei diretti interessati, con il conseguente e direttamente proporzionale sgravio delle incombenze per il soggetto pubblico. In tal senso, la semplificazione ha significato *responsabilizzazione* del privato, chiamato ad attestare la sussistenza di condizioni e requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento delle attività di rilevanza pubblica e l'ottenimento dei servizi.

Così, in ragione della crescente domanda di funzionalità dell'apparato amministrativo, il *principio dispositivo* è risultato essere il metodo più efficiente nell'ottica della produzione di certezza.

Tuttavia, questo sistema, proprio perché basato su meccanismi preclusivi di accertamento del fatto, rischia di compromettere eccessivamente i valori garantisti e la posizione giuridica soggettiva del privato, gravato dell'onere istruttorio. In altri termini, questa tendenza all'alleggerimento delle responsabilità pubbliche, decritta anche come una forma di «autoamministrazione»⁴⁸⁷, rischia facilmente di trascinare nell'indifferenza del soggetto pubblico e divenire più un peso che un vantaggio per il privato. L'influsso negativo di tale distribuzione soggettiva dei compiti istruttori nel procedimento si mostra appieno laddove il non essere l'amministrazione tenuta allo svolgimento dell'istruttoria diviene condizione legittimante la reiezione di una istanza a causa della mancata allegazione o dimostrazione di talune circostanze.

⁴⁸⁶ LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione*, cit., pp. 80 e ss.

⁴⁸⁷ FALCON G., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale: atti del 42. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco: Tremezzo, 19-21 settembre 1996*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 139 e ss.

Di fronte alle derive conseguenti alla preferenza in termini assoluti di uno o l'altro modello e, dunque, della soddisfazione di una soltanto delle necessità sottese a essi, si è riproposta, sul piano della distribuzione degli oneri istruttori, quell'esigenza di bilanciamento indagata nei paragrafi precedenti sul piano dei principi.

Questa necessità di "equilibrio" si innesta nella problematica oggetto della ricerca in quanto la conformazione, come obbligo per l'amministrazione e pretesa del privato, opera in relazione alla ripartizione degli oneri probatori e allegatori nell'istruttoria procedimentale.

Il modo in cui la conformazione influisce sul piano del metodo dell'istruttoria può essere così schematizzato: un sistema totalmente inquisitorio, finalizzato alla ricerca della verità reale, dovrebbe consentire sempre al privato di conformare la sua domanda, quale strumento con cui l'amministrazione provvede al suo incessante compito di acquisizione di tutti gli elementi su cui deve basare la sua decisione; un sistema improntato a logiche efficientiste, invece, responsabilizza il privato, e dunque dovrebbe sempre escluderla. Questo è ancor più evidente nei procedimenti a istanza di parte, dove «non è l'interesse dell'amministrazione ad essere immediatamente in questione»⁴⁸⁸.

È chiaro come nessuno dei due schemi sia accoglibile, così come la "certezza" non può essere del tutto svincolata dalla "verità"⁴⁸⁹, nel senso

⁴⁸⁸ GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, cit., p. 167, nota 91. LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp. 98 – 99 e, infatti, «non sussiste un interesse pubblico autonomo che possa – da solo – sostenere l'emanazione del provvedimento favorevole, di guisa che la relativa richiesta costituisce presupposto indefettibile per l'emanazione».

⁴⁸⁹ ROMANO TASSONE A., *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, cit., p. 24.

che la misura corretta del sacrificio di entrambe è necessariamente una via mediana. Dunque, da un lato, il ruolo istituzionale dell'amministrazione impone che questa, in ogni suo processo conoscitivo, ispirato a modelli di razionalità obiettiva e retto dal principio di legalità, debba obbedire «al principio di verità»⁴⁹⁰. Dall'altro, la responsabilizzazione del privato è inevitabile, utile in termini di incremento dell'efficienza e rapidità di risultato, nonché imposta dal generalissimo «criterio dell'interesse», in base al quale è la parte direttamente interessata che è tenuta a produrre fatti e documenti che dimostrino la fondatezza delle sue pretese⁴⁹¹. Ciò nonostante, per evitare conseguenze antigarantiste, la responsabilizzazione dei privati deve essere controbilanciata dalla previsione di meccanismi che consentano di recuperare il ruolo dell'amministrazione⁴⁹²; mentre per non rallentare eccessivamente l'azione amministrativa, il principio inquisitorio deve essere temperato e arrestarsi alla ricerca della verità adeguata⁴⁹³.

La predisposizione dell'invito alla conformazione, che si è riscontrato in molte discipline e che pare costituire un obbligo generale

⁴⁹⁰ CARLONI E., *Il principio di verità tra i principi del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 31 e ss. e ID., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁴⁹¹ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., p. 98.

⁴⁹² Tramite la previsione in capo al responsabile del procedimento di un dovere di leale collaborazione e un obbligo di soccorso. Così per LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione*, cit., p. 22, p. 128, e pp. 142 e ss.

⁴⁹³ Il bilanciamento così suggerito rimanda a quello che dovrebbe sorreggere una corretta politica di semplificazione. Su questo aspetto, PERFETTI L.R., *Il permanere di paradigmi disciplinari e le difficoltà della semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 457 e ss., secondo il quale decidere con semplicità equivale a decidere adeguatamente.

laddove la struttura della fattispecie sia di tipo vincolato, rappresenta un “giusto mezzo”, quale obbligo procedimentale⁴⁹⁴ che non si sostanzia in un inutile o eccessivo appesantimento⁴⁹⁵. Infatti, tale strumento evita che il prezzo da pagare per l’efficienza (si pensi, per esempio alla riduzione degli oneri documentali gravanti sui privati derivanti dalla generalizzazione della possibilità di far ricorso a dichiarazioni sostitutive), sia troppo alto.

Così la previsione di un diritto alla conformazione⁴⁹⁶, quale forma di recupero del sistema inquisitorio, consente di evitare che condizioni meramente formali – meccanismi preclusivi insiti nella scelta del metodo dispositivo quale criterio che orienta l’istruttoria – possano giustificare il rigetto di un’istanza o l’esclusione di una domanda.

⁴⁹⁴ Altro obbligo procedimentale che presenta la stessa caratteristica è quello di acquisire autonomamente i documenti di cui l’amministrazione è già in possesso.

⁴⁹⁵ LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione*, cit., pp. 90 – 91, ricorda come non vada intesa come “aggravante” qualsiasi esigenza istruttoria, ma solo quelle che paiono inutili e defatiganti. Una semplificazione efficace non si ottiene infatti solo contrastando le inutili complicazioni dell’agire amministrativo, eliminando i passaggi antieconomici e farraginosi, ma presuppone una razionalizzazione della complessità. In tal senso anche FREDIANI F., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 61.

⁴⁹⁶ LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione*, cit., p. 32, pare riferirsi alla stessa cosa laddove parla di «obbligo di soccorso» e «diritto alla regolarizzazione». L’autore si spinge poi a instaurare un rapporto di sostanziale identificazione tra questo e il principio inquisitorio.

7. Le tensioni generate dalla natura plurilaterale del rapporto: il rischio di immobilismo dell'amministrazione, la responsabilizzazione del privato e il principio di par condicio.

Di frequente i rapporti di diritto amministrativo non si limitano ad avere una dimensione bilaterale ma coinvolgono più soggetti privati titolari interessi uguali e opposti. Questa natura plurilaterale inserisce all'interno del bilanciamento tra esigenze garantiste ed efficientiste ulteriori tensioni di cui occorre tener conto.

Occorre peraltro notare che, nella maggior parte delle ipotesi prese in considerazione trattando della conformazione, la plurilateralità si accompagna al carattere competitivo delle relative procedure: ciò si verifica nei procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale⁴⁹⁷. Categoria della quale uno degli esempi più noti è il pubblico appalto ma che ricomprende anche tutte le altre tipologie di procedure concorsuali.

Si tratta di quei rapporti nei quali si realizza non solo un conflitto verticale, tra sfera pubblica e sfera privata, ma anche – e soprattutto – un conflitto orizzontale⁴⁹⁸ tra più soggetti che tendono verso un medesimo vantaggio.

⁴⁹⁷ VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., p. 1, nel suo studio riconduce in una categoria unitaria tutti quei «procedimenti amministrativi finalizzati alla scelta, da operarsi secondo criteri predeterminati e nell'ambito di una pluralità di aspiranti, dei soggetti con i quali addivenire alla conclusione di contratti (di impiego, di appalto o di altro tipo), ai quali rilasciare concessioni, di servizi pubblici o di ausili finanziari, oppure attribuire sotto altra forma bene o utilità di altra misura».

⁴⁹⁸ Costituito dalla «concomitanza della aspirazione contestuale verso un medesimo bene della vita connesso ad un comportamento dell'amministrazione idonea a produrre un atto di assegnazione a favore di uno fra gli aspiranti soggetti privati», così FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 223 e s.

Questi procedimenti si caratterizzano perciò per le forti tensioni interne. Tale conflittualità deriva da più fattori. Anzitutto, spesso in essi sono coinvolti diversi diritti fondamentali, come la libertà di iniziativa economica, il diritto di accesso ai pubblici uffici e la *par condicio*, quale accezione dei principi di parità e uguaglianza di trattamento, a loro volta attuazione delle regole costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Ciò altera significativamente l'esito del rapporto tra istanza garantiste ed efficientiste, dato che il carattere competitivo degli interessi dei partecipanti impone all'amministrazione di tenere una posizione imparziale ed equidistante rispetto ai diversi pretendenti⁴⁹⁹. Oltre a ciò, al contempo, vi si riscontra la contestuale presenza di opposte ma tangenti esigenze, quali la tutela della libera concorrenza e del confronto competitivo tra attori economici che agiscono per il loro interesse individuale⁵⁰⁰, nonché l'interesse pubblico, la cui soddisfazione discende all'attuazione stessa del principio di concorrenza⁵⁰¹. Infine, lo stesso "numero" dei partecipanti muta la rilevanza dei principi afferenti

⁴⁹⁹ Così LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., p. 175 e FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 253. Tale necessità peraltro può essere letta in termini più o meno rigorosi. Per una completa ricostruzione dei due orientamenti: FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 236 e ss. Si veda inoltre, DALLARI F., *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in MASTRAGOSTINO F., (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 323 e ss.

⁵⁰⁰ TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 15 e ss.

⁵⁰¹ TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit., pp. 17 e 21, secondo cui la concorrenza va intesa «quale strumento di efficiente allocazione delle risorse, e per questa via, quale mezzo principe per la promozione della crescita economica», funzionale alla «promozione della prosperità collettiva».

a quello che si è descritto come “il polo efficientista”, a livello di giudizio comparativo tra esigenze contrapposte.

In questo contesto balza subito all’occhio come la previsione di un obbligo di invitare alla conformazione della domanda, in relazione alla fase ad accertamento vincolato di ammissibilità della stessa, in merito alla dichiarazione dei requisiti necessari per accedere alla procedura, sollevi maggiori problemi rispetto che nei procedimenti bilaterali⁵⁰².

Da un lato, infatti, la compresenza di una pluralità, eventualmente particolarmente significativa, di partecipanti moltiplica la platea dei possibili destinatari dell’invito a conformare la domanda. Ciò, rende l’aggravio procedurale non più così manifestamente marginale, anche in considerazione del maggior grado di attenzione richiesto all’amministrazione, quale diretta conseguenza della presenza di una pluralità di potenziali ricorrenti, in caso di errore della stessa e omissione dell’invito. Al contempo, è più consistente anche l’esigenza di celerità, dato che l’invio dell’invito a conformare a una pluralità di partecipanti rischia di rallentare troppo la procedura e immobilizzare l’azione amministrativa.

Inoltre, il carattere competitivo di simili procedimenti spinge verso una più intensa *responsabilizzazione* dei partecipanti nella compilazione della domanda. Al punto che potrebbe sostenersi che se un soggetto ha errato nella predisposizione della sua domanda permettergli di

⁵⁰² Secondo quanto affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, più volte citata, con la pronuncia n. 9 del 2014 il «potere di soccorso nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore». Questa soluzione è traslabile sul problema della conformazione, nella misura in cui si consideri il potere di soccorso come composto anche da una regola di conformazione che attiene ai soli presupposti vincolati.

conformarla costituirebbe un indebito aiuto a svantaggio di tutti gli altri partecipanti⁵⁰³ che non sono incorsi in errori: che sono stati più attenti.

In effetti il privato nel suo rapportarsi con altri soggetti, compresa l'amministrazione, non può essere sollevato dalle conseguenze delle sue azioni, che si riverberano verso sé stesso, ma anche verso gli altri. Perciò, quando si versa nell'ambito di un rapporto plurilaterale competitivo, la presenza di più interessi in gioco, posti in una posizione tra loro conflittuale, rende necessario valorizzare ancor più gli oneri del privato al fine di salvaguardare due valori: la *par condicio* e il tempo del procedimento.

Dunque, da un lato, l'esigenza di speditezza e la necessità di garantire il rispetto dei tempi della procedura, funzionale non solo alla cura dell'interesse pubblico ma alla tutela degli interessi secondari degli altri soggetti concorrenti e, dall'altro, l'incomprimibile valore della *par condicio*, possono essere considerati ragioni sufficienti per giustificare un maggior rigore nella valutazione del grado di attenzione a cui è tenuto il privato istante. Per quanto, tuttavia, un eccessivo formalismo rischi di rendere l'esigenza di parità delle parti uno strumento che nasconde un atteggiamento eccessivamente protezionistico⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Anche in giurisprudenza non mancano letture di tal fatta, incentrate sulla esclusiva valorizzazione del principio della *par condicio*. Per esempio, TAR Abruzzo, Pescara, 3 marzo 2014, n. 112, in relazione a una domanda di partecipazione al bando per la concessione di finanziamenti nell'ambito di interventi di sostegno regionale alle imprese operanti nel settore del turismo, estromessa dalla procedura perché il progetto allegato era incompleto, esclude in radice la possibilità di regolarizzare la domanda «in caso di procedure comparative o comunque caratterizzate dalla partecipazione di più candidati» in quanto, tale strumento «può essere consentito solo quando esso non pregiudichi la *par condicio* tra gli aspiranti, la quale è prevalente rispetto al principio del cd. *favor participationis*, sicché tale soccorso non può mai riguardare aspetti sostanziali, quale è la genericità della domanda».

⁵⁰⁴ CAPUTI G., *Il soccorso istruttorio al vaglio della Plenaria. Una "buona idea" ed una "chiara traiettoria"?*, in *Giustamm.it*, 2013, pp. 1 e ss.

Questa maggiore complessità della problematica tuttavia non significa affatto che per evitare la lesione delle esigenze di *par condicio* e celerità sopra richiamate debba essere esclusa qualsiasi forma di rettificazione della domanda presentata erronea o incompleta. Anzi, che la conformazione possa essere prevista anche in ipotesi di tal fatta, addirittura come punto di compromesso accettabile tra le opposte esigenze, è dimostrato dalla circostanza che tale regola è prevista espressamente nel settore degli appalti pubblici, seppur sotto la denominazione di «soccorso istruttorio»⁵⁰⁵.

Questo dato è molto significativo perché occorre considerare che i procedimenti di aggiudicazione dei contratti pubblici rappresentano il modello più noto e diffuso di procedimenti di valutazione comparativa, al punto da costituirne terreno esemplificativo dei profili più problematici e attuali⁵⁰⁶. Tuttavia, la stessa vicenda evolutiva della legislazione in materia di appalti è la prova anche della complessità della ricerca di una soluzione ottimale, che riesca ad accomodare tutte le necessità che vengono in rilievo in procedimenti che presentano una struttura plurilaterale competitiva.

A ogni modo, in questo settore l'esigenza di composizione degli interessi si è sviluppata in un certo assetto della disciplina procedurale, individuando nel soccorso istruttorio uno strumento di mediazione tra le

⁵⁰⁵ Si ritiene utile ribadire che la denominazione “soccorso istruttorio” non è qualificante. Nel senso che, anzitutto allo stesso uso del termine “soccorso” sono state avanzate diverse e condivisibili critiche. Per esempio, il già citato, SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 391 e s. In secondo luogo, la struttura di tale istituto è la stessa della conformazione: quale strumento di regolarizzazione delle domande in relazione ai soli requisiti stabiliti a priori e solo da accertare dall'amministrazione.

⁵⁰⁶ VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., p. 60.

diverse esigenze⁵⁰⁷. Tale istituto infatti opera sia quale mezzo di tutela del privato che abbia presentato una domanda incompleta, che come elemento di promozione dell'interesse pubblico, tramite la garanzia dell'apertura della procedura alla massima partecipazione, funzionale alla selezione dell'offerta migliore tra un più ampio possibile ventaglio di offerte⁵⁰⁸.

Quanto, invece, alla garanzia della parità e alla tutela della *par condicio*, nonché dei tempi della procedura, la misura dell'operatività del soccorso istruttorio ritenuta non lesiva di tali necessità è stata individuata nella possibilità per la stazione appaltante di stabilire espressamente nella *lex specialis*, purché con formulazione non equivoca, le prescrizioni aventi una portata escludente⁵⁰⁹. Infatti, anzitutto, la fissazione nel bando di eventuali clausole di esclusione stabilite chiaramente costituisce una garanzia della celerità della procedura, riducendo le ipotesi di soccorso. Inoltre, viene così tutelata anche l'imparzialità dell'azione amministrativa che, a fronte di un bando che fissa a monte dettagliatamente i requisiti di partecipazione alla gara, la cui assenza non può essere sanata, riveste carattere vincolato, come mero raffronto tra la domanda e le regole previste nella *lex specialis*.

Il punto di incontro tra le opposte esigenze di parità di trattamento, tutela del privato, efficienza della procedura e massima apertura alla partecipazione è stato codificato nel 2001 con l'introduzione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, di cui al comma

⁵⁰⁷ In questi termini si esprime anche Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, considerando n. 7.

⁵⁰⁸ D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 297 e ss.

⁵⁰⁹ Per la giurisprudenza sviluppatesi sul punto si rinvia al Cap. I, § 3.3.

1-bis all'art. 46⁵¹⁰. Con esso si è andati a regolare il novero delle fattispecie escludenti e ridurre così le occasioni per invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante. Ciò ha garantito la *par condicio*, data la fissazione *ex ante* di un sistema di regole valide e note a tutti⁵¹¹; l'interesse del singolo partecipante alla gara, ponendo un freno al proliferarsi, a volte pretestuoso, delle clausole di esclusione; e al contempo ha circoscritto, riducendo l'area delle fattispecie escludenti, l'operatività del soccorso in funzione della mera regolarizzazione di tutti quegli adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

Dunque, in materia di appalti la combinazione del soccorso istruttorio obbligatorio con la predisposizione nel bando di clausole di esclusione, ferma la loro previsione in numero chiuso nel codice, conduce a un bilanciato assetto tra le diverse esigenze. Se da un lato, infatti, è garantita la posizione dell'operatore economico che sia incorso in omissioni all'atto di presentazione dell'offerta, dall'altro si realizza l'apertura verso la massima partecipazione di tutti i soggetti che effettivamente possiedono i requisiti prescritti dal bando di gara, al fine della più adeguata tutela dell'interesse pubblico e, infine, è rispettato anche il principio della *par condicio*⁵¹².

⁵¹⁰ Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, considerando n. 6.1.5: «Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri». In tal senso anche FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 240.

⁵¹¹ Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, considerando n. 7.1 e 7.3.

⁵¹² Bisogna evidenziare che il punto di equilibrio raggiunto dalla disciplina sul soccorso istruttorio non è andato esente da critiche. Secondo parte della dottrina, infatti, si è avuto un'eccessiva apertura verso le istanze volte alla sua più ampia applicazione (massima partecipazione e tutela dell'operatore economico) a sfavore del

La “soluzione” individuata in materia di appalti offre uno spunto interessante da cui muovere per affrontare i problemi che la conformazione solleva in merito alle procedure plurilaterali concorsuali. Infatti, nonostante l’inevitabile diversità di discipline che regolano ogni fattispecie, i profili di criticità sollevati dalla previsione di un obbligo generale di conformazione sono i medesimi: ossia il rischio che un’eccessiva apertura a questo strumento porti a immobilizzare l’azione amministrativa.

Si tratta perciò di trovare un limite all’istituto della conformazione che non ne intacchi la natura obbligatoria. A tal proposito l’attenzione potrebbe focalizzarsi, memore dell’esempio delle procedure di evidenza pubblica, sulla fase di predisposizione del bando di gara. Infatti, solo agendo a quel livello pare possibile limitare la conformazione senza però che la sua applicazione o meno diventi una scelta caso per caso, all’interno della medesima procedura, dell’amministrazione. Invece, al momento della predisposizione del bando, quando vengono fissate le regole del procedimento, l’amministrazione potrebbe indicare dei requisiti o della modalità di esternazione degli stessi la cui inosservanza determini direttamente l’esclusione del partecipante o faccia sì che la dichiarazione viziata sia ritenuta come non resa⁵¹³. Infatti, l’imposizione

principio della *par condicio*. Di talché, il «prezzo» per l’espansione del soccorso istruttorio sarebbe andato tutto a discapito della parità di trattamento, eccessivamente sacrificata. In tal senso, ILACQUA A., *Il «prezzo» del soccorso istruttorio*, in *Giustamm.it*, 2015, p. 3.

⁵¹³ Sulla precettività del bando, a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 2018, n. 5697 in materia di concorsi pubblici per l’accesso al pubblico impiego, che recita: «le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale non possono tradursi in occasione di aggiustamento postumo, cioè in un espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando o per ovviare alle irregolarità non sanabili conseguenti alla negligente inosservanza di prescrizioni tassative imposte a tutti i concorrenti, pena la violazione del principio della *par*

di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può «essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti»⁵¹⁴.

Inoltre, la predeterminazione *ex ante* nel bando di un requisito o di un dato adempimento, sanzionati con l'esclusione o la mancata considerazione, non pare determinare una lesione delle esigenze di parità di trattamento e imparzialità tra i diversi soggetti partecipanti alla procedura. Ciò, invece, accadrebbe dove la scelta se ritenere una irregolarità od omissione come escludente oppure sanabile con la conformazione fosse lasciata all'amministrazione in fase di verifica delle domande, caso per caso. Infatti, la fissazione delle “regole del gioco” in modo chiaro, pubblico, uguale per tutti nella medesima procedura, prima dell'avvio della stessa, garantisce tutti questi valori.

Quanto poi alla obbligatorietà dell'invito alla conformazione, la previsione di requisiti a portata escludente nel bando non sembra intaccare l'operatività generale di tale regola, nella misura in cui si

condicio». In questa sentenza è affermato chiaramente come sia ammissibile che un bando indichi delle prescrizioni come tassative uguali per tutti i partecipanti che, se negligenzemente trascurate, non sono sanabili. In senso analogo, di recente, il Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 marzo 2019, n. 94, facendo riferimento a una procedura comparativa relativa all'ottenimento di un finanziamento pubblico, ha affermato come, date «le scarse e non facilmente riproducibili a risorse finanziarie pubbliche» si configurano in capo al singolo obbligo di correttezza più marcati. Di tal ché, «ove sia chiesto un adempimento (rimasto inevaso) entro un dato termine, come nella specie coincidente con la data di scadenza della domanda, tale mancanza non può formare oggetto di domanda d'integrazione o di richiesta di acquisizione a carico della P.A.». Sempre secondo il Tar, infatti, «la produzione postuma di un documento o, parimenti, di un documento richiesto in una determinata forma, non può avere l'effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione o il mancato impedimento della decadenza».

⁵¹⁴ Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 marzo 2019, n. 94

sostanza in una indicazione specifica e puntuale⁵¹⁵. Al contrario, non pare ammissibile che l'amministrazione nel bando escluda in radice l'operatività della conformazione: invero, da ciò sarebbe intaccata la stessa natura di regola impositiva di un obbligo per l'amministrazione.

Questa differenza tra indicazione puntuale di un requisito o adempimento la cui assenza sia insanabile e l'esclusione in termini generali dell'obbligo di conformazione può essere meglio esplicitata con alcuni esempi, tratti dalle ipotesi già trattate nel primo capitolo del presente lavoro e annoverate tra quelle formulate in modo da prevedere un'esclusione espressa della conformazione.

Alcune delle ipotesi riscontrate stabiliscono espressamente che ove manchi un dato requisito o non sia rispettato un certo adempimento, il vizio che ne deriva sia insanabile. Per esempio, nel citato decreto del Ministero dell'istruzione, n. 120/2016, art. 8⁵¹⁶, è stabilito che «non

⁵¹⁵ Per esempio, la già citata sentenza del Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 marzo 2019, n. 94, indica specificamente, quale ragione per escludere la regolarizzazione, il fatto che «la *lex specialis* di gara era chiara ed inequivoca nell'esigere l'allegazione, sin dalla presentazione della domanda, del provvedimento di inagibilità dell'immobile». Inoltre, aggiunge la sentenza, «in via generale è da ritenersi legittima un'esclusione disposta per mancanza di documenti indicati dalla *lex specialis* di gara, da produrre obbligatoriamente a pena di esclusione, trattandosi di documenti espressione di specifiche prescrizioni imposte, non rimediabile con la regolarizzazione documentale postuma. Ciò in quanto, se si è in presenza di una clausola univoca, la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte e, conseguentemente, l'integrazione si risolverebbe in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento».

⁵¹⁶ Art. 8, co. 3 – 5, d.m. n. 120/2016: «3. Entro quaranta giorni dalla ricezione della lista, l'ANVUR accerta il rispetto dei requisiti stabiliti dal comma 1, lettera c). 4. I valori degli indicatori attribuiti a ciascun aspirante commissario sono calcolati esclusivamente sulla base dei codici identificativi delle pubblicazioni scientifiche riportati nella domanda, secondo il modello allegato al bando commissari. Non saranno prese in considerazione le pubblicazioni prive dei codici identificativi corretti. 5. Se l'ANVUR reputa che dal curriculum e dalla documentazione acclusi alla

saranno prese in considerazione le pubblicazioni prive dei codici identificativi corretti»; così come il bando per pubblico concorso straordinario, per assegnazione di sedi farmaceutiche, nei Comuni della Regione Lombardia, stabilisce che «la Commissione stabilisce di non valutare e non attribuire alcun punteggio alle dichiarazioni sostitutive del candidato mancante degli elementi indicati nel modulo *on-line* di cui all'art. 5 del bando di concorso»⁵¹⁷.

Altre ipotesi invece, escludono a priori e in modo generico ogni forma di regolarizzazione, comminando il rigetto della domanda a seguito di ogni “incompletezza” della stessa. Per esempio, il bando relativo al concorso pubblico, per esami, a trenta posti di Consigliere parlamentare della professionalità generale⁵¹⁸, che stabilisce che «l'Amministrazione non si fa carico di alcun onere istruttorio al fine dell'acquisizione o del completamento dei dati richiesti nella domanda di partecipazione, non dichiarati ovvero dichiarati in maniera incompleta dal candidato, ovvero nel caso in cui non sia stata completata la procedura di invio della domanda di partecipazione».

Le ipotesi del primo tipo, data la precisa e puntuale formulazione, non pongono un'incondizionata eccezione alla regola dell'obbligo di invito alla conformazione ma prevedono delle “clausole escludenti” che paiono legittime in quanto consentono di temperare la regola della conformazione con l'esigenza di evitare l'immobilismo dell'amministrazione. Quelle del secondo tipo, invece, violano direttamente la regola della conformazione. infatti, presentano una

domanda non risulti attestato il rispetto dei requisiti stabiliti dal comma 1, lettera c), ne informa per iscritto il direttore generale, il quale comunica per via telematica all'interessato entro dieci giorni l'esclusione dalle liste per il sorteggio».

⁵¹⁷ Decreto Direzione Generale Sanità, n. 9986 del 8 novembre 2012 e verbale n. 1 del 13 febbraio 2013.

⁵¹⁸ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 30 luglio 2019, n. 60.

formulazione del tutto generica che contrasta espressamente con l'obbligo di invito alla conformazione.

Inoltre, la circostanza che il bando specifichi un certo adempimento come fondamentale – lo metta “in risalto” – consente di elevare il grado di diligenza richiedibile al privato nella predisposizione della domanda, in quanto in tal caso la sua responsabilizzazione è massima.

Questa valorizzazione del ruolo del bando di gara, quale strumento che consente, nei limiti di quanto appena descritto, di contenere il rischio che l'obbligo generale di invitare alla conformazione paralizzi l'azione amministrativa, presta il fianco a una questione problematica: il pericolo di una ipertrofia delle prescrizioni sancite nel bando come causa di esclusione dal procedimento. Tale deriva in realtà era già stata affrontata nel settore delle procedure di affidamento di appalti pubblici dalla giurisprudenza sviluppatesi prima del 2011 e dell'introduzione del principio di tassatività delle clausole di esclusione che, per arginare questo fenomeno, aveva spinto per una interpretazione teleologica del bando⁵¹⁹.

Posto ciò, l'introduzione di un requisito o di un adempimento specifico come insanabile è una scelta sicuramente soggetta al sindacato del giudice amministrativo, che ne vaglierà la ragionevolezza e proporzionalità⁵²⁰. Sulla base di tale giudizio potranno essere ritenute

⁵¹⁹ VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, cit., pp. 162 e ss., specialmente pp. 166 -170. Si veda anche MARI G., *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, cit., pp. 1133 e ss.

⁵²⁰ Anche in questo caso di esempio è la giurisprudenza in materia di appalti. *Ex mutis*: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922 che aveva considerato illegittimo un atto di gara proprio valutando uno dei presupposti in esso richiesti come non proporzionato⁵²⁰. Nella sentenza si legge: «è illegittima la norma del bando di gara per l'affidamento del servizio di raccolta trasporto e termodistruzione di rifiuti ospedalieri trattati, che richiede la dimostrazione della disponibilità di due forni

illegittime quelle prescrizioni che si rivelino *eccessivamente formalistiche* e non funzionali alla tutela di un reale interesse dell'amministrazione. Il "contenimento" dell'incidenza del formalismo consente invero di limitare l'uso strumentale che di tale possibilità possano abusare le amministrazioni.

A ogni modo, una lettura più libera del bando, anche laddove preveda espressamente degli adempimenti come escludenti, è connessa alla modalità di formulazione dello stesso: la riduzione della precettività del bando opera prevalentemente laddove questo presenti una formulazione ambigua⁵²¹. Infatti, tanto maggiore è la precisione del

inceneritori gestiti da enti pubblici, discriminando così chi sia convenzionato con gestori privati o gestisca un impianto in proprio; ciò anche in considerazione del principio di proporzionalità - correlato all'art. 97, cost. e, più in generale, al principio di ragionevolezza - che risulta costituito di tre elementi: l'idoneità al raggiungimento dello scopo; la necessità; la proporzionalità in senso stretto, vale a dire la non eccessività rispetto all'obiettivo perseguito». La sentenza è annotata da ZINGALES I., *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro Amm.*, 1998, pp. 2452 e ss.

⁵²¹ Tar Puglia, Bari, sez. I, 04 aprile 2000, n. 1401. Invero, laddove le clausole presentino una formulazione ambigua allora devono essere interpretate privilegiando il *favor participationis*: Cons. St., sez. III, 10 settembre 2019, n. 6127; Tar Campania, Napoli, sez. V, 7 dicembre 2015, n. 5687; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662. Anche al di fuori della disciplina degli appalti: Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2709, dove si legge che « Il bando, costituendo la "lex specialis" del concorso indetto per l'accesso al pubblico impiego, deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella "lex specialis" medesima [...] soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato alle prove, essendo conforme al pubblico interesse, e sempreché non si oppongano a ciò interessi pubblici diversi e

bando tanto minore è lo spazio dell'errore scusabile del privato. Al contrario, se il bando non è chiaro circa le conseguenze dell'omissione, o in genere si presti a fraintendimenti, si "rispande", avendo una dimensione inversamente proporzionale, l'obbligo di consentire la regolarizzazione.

8. Il rapporto inversamente proporzionale tra onere di diligenza del privato e obbligo di chiarezza dell'amministrazione.

A un più intenso livello di attenzione richiesto al privato non può non corrispondere un più accentuato grado di diligenza per la stessa amministrazione, nella fase di predisposizione del bando. In effetti, se al privato è richiesta più cura nel redigere la sua domanda, parallelamente l'amministrazione dovrà predisporre procedure particolarmente chiare, di facile comprensione, dotate di consone istruzioni.

Al fine di comprendere in concreto il significato di questo reciproco maggior impegno sembra utile richiamare l'approccio al problema tenuto dalla giurisprudenza, che seppur necessariamente casistico permette di cogliere in modo più immediato cosa si intenda.

Prima però è necessaria una precisazione.

Le pronunce esaminate collegano il maggiore onere di diligenza richiesto al privato per lo più al carattere "di massa" della procedura, ossia alla presenza di un ragguardevole numero di partecipanti. Sennonché, tale criterio, è utilizzabile dalla giurisprudenza, la cui azione si pone sempre "a cose fatte" o quantomeno dopo la presentazione delle domande, ma non è utile a monte dell'espletamento della procedura,

di maggior rilievo, che alla procedura selettiva partecipi il più elevato numero di candidati».

quando è impossibile sapere a priori se il concorso acquisirà una dimensione di “massa”. Tuttavia, a prescindere dal numero dei partecipanti alla procedura, come si è visto nel paragrafo precedente, la stessa natura dei procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale solleva maggiori problematiche e induce a prestare una particolare attenzione alle esigenze *anche* dell’amministrazione, al fine di evitare che un adempimento procedimentale – come l’invito alla conformazione – ne paralizzi l’azione. Il fatto che poi il concorso si rilevi “di massa” va solo ad acuire un’esigenza già esistente.

Chiarito ciò, si richiama, a fini esemplificativi del rapporto tra compiti dell’amministrazione e onere di diligenza del privato, una sentenza della prima sezione del Tar Lazio, Roma, del 9 marzo 2017, n. 3262, riferita a una procedura concorsuale per l’assegnazione di una sede farmaceutica.

In questo caso l’istante nella presentazione della domanda non aveva specificato l’ente territoriale presso il quale aveva conseguito un’idoneità, elemento indicato nel bando come essenziale per la valutazione del titolo. In seguito a tale omissione la sua domanda di partecipazione era stata respinta. Il soggetto escluso aveva fatto ricorso, rigettato dal Tar. Secondo il Giudice amministrativo, infatti, andava considerato che per la compilazione della domanda era stata predisposta una piattaforma tecnologica e applicativa «oggetto di continui aggiornamenti volti ad assicurarne il corretto funzionamento, [la quale] ha garantito che la partecipazione al concorso (registrazione, inserimento delle candidature e altre funzionalità) fosse di intuitivo utilizzo e molto facilitata da istruzioni chiare ed adeguate, quali i manuali e le guide dimostrative, scaricabili dal sito ministeriale, nonché le indicazioni sulla compilazione delle singole voci della domanda di partecipazione (consultabili cliccando sull'icona "?")». Oltre a ciò, il sistema prevedeva

anche delle misure affinché l'istante fosse indotto a prestare maggiore attenzione: «prima dell'invio della domanda di partecipazione, infatti, il sistema informatico presentava un riepilogo di tutte le informazioni inserite, prevedendo la possibilità di verificare la correttezza dei dati da parte del candidato, a seguito del quale il sistema dava conferma tramite la predisposizione di una apposita ricevuta di avvenuto rinvio, riepilogativa di tutti i dati dichiarati, visualizzabile in qualsiasi momento, anche successivamente all'invio». Di conseguenza, la compilazione del modulo *on line* «si presentava come un'attività di agevole esecuzione da parte dei candidati», proprio perché «accompagnata peraltro da istruzioni chiare e indicazioni esemplificative». Queste argomentazioni sono usate dal Tar per escludere che «i candidati potessero essere tratti in errore e, di conseguenza, essere giustificati o rimessi in termini per l'inesatta e/o incompleta compilazione del modulo»⁵²².

In senso analogo, più di recente, si è espresso anche il Tar Venezia⁵²³ che ha ribadito «in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito all'integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*», violato dalla sostanziale rimessione in termini, per mezzo della sanatoria, su iniziativa dell'Amministrazione, della domanda incompleta o insufficiente. Anche in questa ipotesi il Tar ha rigettato il ricorso,

⁵²² Cfr. Tar Roma, Lazio, sez. I, 9 marzo 2017, n. 3262, capo 3.1.

⁵²³ Tar Veneto, Venezia, sez. III, 3 aprile 2019, n. 414: «nelle procedure comparative e di massa il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti e che, in definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito all'integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*». In tal senso anche Cons. St., sez. III, 24 novembre 2016, n. 4931; *Id.*, 26 febbraio 2016, n.796; Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 2018, n.5698.

articolando la sua motivazione sulla base della corretta strutturazione del sistema informatico predisposto per la gestione delle domande che «prevedeva comunque la possibilità di presentare una ‘domanda sostitutiva’, [...] e prevedeva inoltre che la domanda inviata e protocollata rimanesse consultabile e quindi verificabile in qualsiasi momento dal richiedente nell’apposita piattaforma».

Queste pronunce mostrano come il rispetto degli obblighi di pubblicità, trasparenza e precisione nella predisposizione della procedura da parte dell’amministrazione, abbiano un effetto limitante rispetto all’attivazione della possibilità di rettificare la domanda, in quanto l’errore o l’omissione nella compilazione della domanda va a ricadere nell’area del rischio che il privato deve sopportare, come contropartita della sua negligenza⁵²⁴.

Da ciò si desume una regola di simmetria tra i compiti dell’amministrazione e gli oneri di cooperazione del privato: quando la prima assolve i suoi, allora il privato non è scusabile. Nella opposta prospettiva, se l’amministrazione non adempie ai suoi obblighi, allora la responsabilizzazione del privato è meno incisiva e si riconferma l’obbligo

⁵²⁴ A ulteriore conferma di ciò, per esempio, sempre in materia di assegnazione di sede farmaceutica, il Tar Milano, Lombardia, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 119, ha accolto il ricorso presentato dalla ricorrente contro la graduatoria finale del concorso, proprio considerando che «le istruzioni per la compilazione della domanda risultano equivoche». In quel caso, la ricorrente lamentava la mancata attribuzione, da parte commissione esaminatrice, del punteggio relativo a un master che ella aveva conseguito, giustificato sulla base della circostanza che nella domanda non era stata specificata la tipologia di corso (master, o altro). Secondo il Tar il ricorso doveva essere accolto perché la ricorrente era stata indotta in errore dal modo in cui erano formulate le istruzioni per la compilazione della domanda. Queste, infatti, facevano riferimento al «titolo», dizione che poteva effettivamente ingenerare confusione, dato che avrebbe potuto riferirsi sia alla tipologia (master, dottorato etc.) che al suo oggetto. Nello stesso senso Tar Milano, Lombardia, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 58, in merito al medesimo concorso e a una identica fattispecie.

per il soggetto pubblico di consentirgli di conformare la sua domanda, anche in quanto si presume che l'inadempienza abbia concorso a causare l'errore o l'omissione.

Questa struttura, in realtà, non necessita di essere creata in via interpretativa, ma è già prevista dalla legge: si fa riferimento al disposto, già citato, dell'art. 35, co. 2, d. lgs. n. 33/2013. Tale norma, come si è già visto⁵²⁵, stabilisce che se l'amministrazione non adempie ai suoi obblighi di pubblicazione, allora le è vietato respingere l'istanza del privato adducendo il mancato rispetto di obblighi relativi alla formulazione della domanda che essa ha ommesso di esplicitare con la pubblicazione e è obbligata «a invitare l'istante a integrare la documentazione in un termine congruo».

9. Il principio del soccorso procedimentale e la regola della conformazione.

Si è dunque esaminato il rapporto tra i principi generali e l'obbligo, ove previsto, dell'amministrazione di invitare il privato, che abbia presentato una domanda incompleta, a conformarla, in relazione ai soli aspetti attinenti alla dimostrazione del possesso di uno o più dei requisiti stabiliti dalla legge, dal regolamento o da un atto amministrativo generale per l'esercizio di quella attività o il conseguimento di quel vantaggio.

Resta a questo punto da analizzare il rapporto tra l'obbligo di invito alla conformazione e il già richiamato soccorso procedimentale, tradizionalmente dedotto, quale principio generale che orienta l'attività amministrativa, dall'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, dove è previsto, tra

⁵²⁵ Vedi *retro*: Cap. I, § 3.2.

le altre cose, che il responsabile del procedimento possa chiedere il rilascio e la rettifica di dichiarazioni, o in ogni caso porre in essere ogni misura necessaria per l'adeguato svolgimento dell'istruttoria.

Tale principio è già stato preso in esame nel primo capitolo di questo lavoro, quando, nel ricercare disposizioni normative formulate in modo tale da poter evocare casi di conformazione della domanda, si è esaminato il disposto dell'art. 6 l. n. 241/1990. Già in quella sede si era fatto riferimento alla circostanza che il principio del soccorso procedimentale e il disposto dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990 non sono concetti interscambiabili: infatti, se il primo non si esaurisce nella possibilità di chiedere l'integrazione delle domande incomplete, il secondo non si appiattisce nel definire il solo soccorso procedimentale ma, guardando al dato testuale, contiene anche precetti più puntuali⁵²⁶.

Detto ciò, è innegabile che il soccorso procedimentale e l'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990 siano nozioni tra loro estremamente prossime. Il soccorso procedimentale è un principio che tradizionalmente è costruito partendo dal disposto dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, tant'è che di regola quando viene fatto riferimento all'uno si richiama anche l'altro. Semplicemente, la portata del principio, pur esprimendosi anche attraverso alcuni dei compiti del responsabile del procedimento che la norma riferita elenca, attiene in via generale al modo in cui si profila il rapporto tra amministrazione e cittadino in termini di collaborazione, in ogni tipo di attività.

Lasciando per un momento sullo sfondo il problema del rapporto tra conformazione e la norma di cui all'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, che si riprenderà nel prossimo paragrafo, è adesso invece opportuno soffermarsi sulla relazione che intercorre tra l'oggetto della ricerca e il principio sopra enunciato.

⁵²⁶ V. *retro*: Cap. I, § 5.1.

Invero, la conformazione e il soccorso procedimentale sono collegati, anche solo per il fatto che ipotesi che in questo lavoro sono state classificate sotto l'etichetta di conformazione trovano invece usualmente collocazione sotto quella di soccorso procedimentale – peraltro sovente riferito testualmente come “istruttorio” – e collegate alle previsioni di cui all'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, quantomeno nelle vesti di “matrice” normativa di tale principio.

In effetti, la giurisprudenza, nell'occuparsi di ipotesi che presentano i tratti di una conformazione espressa, rimanda spesso a un principio che denomina “soccorso istruttorio”, ma che in base alle categorizzazioni qui utilizzate è ben riconoscibile come quello del soccorso procedimentale, quale origine della regola specifica. Per esempio, ciò avviene in materia di Via.

Altre volte, sempre in giurisprudenza, il soccorso procedimentale – come sempre, da essa testualmente denominato “istruttorio” – viene invocato non quale matrice di una regola più specifica, ma per riferirsi a ipotesi che in realtà presentano i caratteri della conformazione: in quanto attengono alla possibilità di regolarizzare o integrare quanto dichiarato dal privato, in relazione a un requisito posto da una norma come necessario, di cui l'amministrazione deve solo accertare il possesso⁵²⁷.

⁵²⁷ Per esempio, la già citata sentenza del Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 marzo 2019, n. 94, relativa a una procedura comparativa concorrenziale volta all'attribuzione di un finanziamento, si riferisce al soccorso istruttorio (o meglio procedimentale, secondo la terminologia utilizzata in questo lavoro) come a quel principio «destinato non ad integrare una documentazione mancante ab origine, bensì a “completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati”». La sentenza prosegue poi affermando che «l'articolo 6 della legge n. 241/1990 non può essere, in effetti, invocato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara». La sentenza, al pari di molte altre, parla di “soccorso istruttorio” ma si riferisce, nella sostanza, alla possibilità di integrare o regolarizzare una dichiarazione del privato che trova il suo parametro di

Da tale confusione, non solo terminologica ma anche concettuale, si evince come sia prioritario tracciare, per quanto possibile, i confini che separano la conformazione dal soccorso procedimentale.

Per comprendere in maniera più netta la latitudine del soccorso procedimentale rispetto alla conformazione è utile riprendere la definizione, citata all'inizio della ricerca, che Franco Levi, nel suo fondamentale lavoro del 1967 sull'attività conoscitiva dell'amministrazione, dava del "dovere di soccorso", antenato dell'odierno soccorso procedimentale: «si intende con ciò il dovere degli uffici amministrativi di collaborare con i cittadini per il soddisfacimento degli interessi di questi nelle varie procedure amministrative, in particolare per aiutarli nel compimento degli atti»⁵²⁸.

Anche oggi il soccorso procedimentale è considerato un "modo di operare" dell'amministrazione: di rapportarsi al privato in una ottica collaborativa⁵²⁹, ausiliaria e solidaristica. Dunque, la specifica previsione della richiesta «di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni

completezza nella norma: si tratta cioè, si un'ipotesi di conformazione. Questa "confusione" terminologica è frequente in giurisprudenza: *ex multis*, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 febbraio 2019, n. 337; Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 550.

⁵²⁸ LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit. pp. 384 – 385.

⁵²⁹Questo collegamento si può cogliere, per esempio, in VILLATA R. – SALA G., *Procedimento amministrativo*, cit., pp. 591e s. Questi rammentano come alcuni regolamenti ministeriali di esecuzione della l. n. 241/1990 abbiano codificato espressamente la regola che obbliga il responsabile del procedimento, ove la domanda dell'interessato sia ritenuta irregolare o incompleta, a darne comunicazione all'istante, con ciò andando a valorizzare il «principio di collaborazione dell'amministrazione con il cittadino». Sull'incidenza del principio di leale collaborazione a proposito dei compiti del responsabile del procedimento, vedasi TACCALOGNA G., *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. CDS*, 2008, pp. 1313 e ss.

o istanze erronee o incomplete» altro non è che uno dei modi in cui si presenta l'«obbligo di servizio»⁵³⁰ del responsabile del procedimento, che deve compiere gli «atti all'uopo necessari» per «l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria».

Da questa definizione è possibile trarre due argomentazioni in merito alla portata del soccorso procedimentale.

La prima, si concentra sul ruolo e sulle responsabilità del funzionario pubblico; la seconda, guarda alla maniera in cui l'istruttoria procedimentale deve essere strutturata. Entrambe mostrano come il soccorso procedimentale sia calato in un'ottica diversa rispetto all'invito alla conformazione: è, cioè, espressione di un modo di approcciarsi al problema che guarda, in prima battuta, al *dover essere* dell'amministrazione nel sistema amministrativo delineato dalla legge. In questo contesto, il privato è considerato solo di riflesso, come soggetto con cui l'amministrazione deve rapportarsi tenendo un comportamento improntato a canoni solidaristici. Perché ciò che si intende con quest'ultima affermazione risulti chiaro, occorre tuttavia prima sviluppare le due argomentazioni di cui sopra.

Quanto al primo aspetto, il soccorso procedimentale può essere iscritto tra i compiti del responsabile del procedimento e, perciò, all'interno di quegli «istituti diretti ad incentivare la leale collaborazione tra la p.a. ed i soggetti coinvolti nel procedimento», che «procede, alla stregua di un diretto corollario, dal canone costituzionale di buon andamento amministrativo»⁵³¹.

Dunque, si può considerare il soccorso procedimentale come una esplicazione del principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., di

⁵³⁰ VILLATA R. – SALA G., *Procedimento amministrativo*, cit., p. 599.

⁵³¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486.

semplicità dell'azione amministrativa, nonché del principio di non aggravamento⁵³², inteso come espressione dell'art. 98 Cost.

In questo senso il principio di non aggravamento rileva nel significato che assume letto in combinazione con i principi solidaristici⁵³³: ossia come regola che impone ai pubblici funzionari di «astenersi dal tenere atteggiamenti ostruzionistici e dall'imporre formalismi inutili ed eccessivi»⁵³⁴. Regola che, applicata alla figura del responsabile del procedimento, si traduce nella qualifica di questi come di un "ausiliario"

⁵³² Quest'ultimo principio peraltro – a conferma di come soccorso procedimentale e conformazione obbligatoria non siano la stessa cosa – viene in rilievo in un'ottica diversa rispetto a quella implicata dalla discussione attorno al suo rapporto con la conformazione. Invero, quando si è trattato del non aggravamento si è accennato al fatto che tale principio può avere due anime. Può cioè essere letto come un limite a favore dell'amministrazione, rispetto a quello che il privato può da essa pretendere; o come un limite per l'amministrazione, alla quale è vietato chiedere al privato ulteriori adempimenti istruttori, al di fuori dai casi eccezionali. In quella sede era la seconda delle due accezioni a interessare; mentre in rapporto al soccorso procedimentale è alla prima che occorre guardare. Sul duplice significato del principio di non aggravamento si rimanda per maggiori chiarimenti al cap. III, § 5.

⁵³³A proposito di questa specifica chiave di lettura, si rimanda anche in questa sede, a TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, cit., pp. 445 e ss., secondo il quale «saldare il divieto di aggravamento procedurale alla buona fede, seguendo questa linea ermeneutica, significa imporre all'amministrazione di evitare "aggravamenti ingiustificati" del procedimento in relazione alla posizione del cittadino».

⁵³⁴ LAZZARA P., *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in ROMANO A., *L'azione amministrativa*, cit., p. 272 e CORSO G., *Il responsabile del procedimento*, in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione*, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988, Giuffrè, Milano, 1990, p. 72.

del soggetto privato, con il compito anche di rimuovere gli impedimenti che rendono inefficace l'iniziativa procedimentale⁵³⁵.

Secondo questa prospettiva il soccorso procedimentale è assimilabile ad altre previsioni della legge sul procedimento amministrativo, come codificazione di doveri di collaborazione, per esempio all'art. 18, co. 2, l. n. 241/1990⁵³⁶. Questa disposizione, nella sua formulazione successiva alle modifiche apportate dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80), stabilisce che il responsabile del procedimento debba d'ufficio acquisire «i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento» quando siano in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero siano detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni, potendo «richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti». È cioè previsto che l'amministrazione si attivi al fine di completare l'istruttoria senza, nel farlo, gravare eccessivamente il privato.

Perciò, il soccorso procedimentale deve essere visto attraverso una lente parzialmente diversa rispetto a quella da cui si guarda all'invito obbligatorio alla conformazione: un'ottica di ausilio e cooperazione che si appunta sul volto che l'amministrazione deve mostrare al cittadino.

La matrice è la stessa. Non si nega infatti che anche alla base dell'obbligo di invitare alla conformazione vi sia una dimensione

⁵³⁵ LAZZARA P., *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in ROMANO A., *L'azione amministrativa*, cit., p. 272; FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 151.

⁵³⁶ TARULLO S., *Il responsabile del procedimento*, cit., p. 318 – 319. Questi rileva come la formulazione dell'art. 18, co. 2, l. n. 241/1990, convalida «la natura collaborativa del rapporto procedimentale», «poiché la funzione del responsabile pare qui trasfigurare, in modo ancor più deciso, dalla mera “interlocuzione” al vero e proprio “ausilio” del cittadino».

collaborativa: tuttavia, nella conformazione, ciò assume tratti di peculiarità.

Innanzitutto, si tratta sempre di una collaborazione bidirezionale: il responsabile del procedimento è tenuto a invitare alla conformazione esclusivamente se il privato ha assolto ai suoi oneri minimi di cooperazione⁵³⁷; mentre, secondo i più generali canoni del soccorso procedimentale, il dovere di ausilio che grava sul pubblico funzionario prescinde dal comportamento tenuto dal soggetto privato.

In secondo luogo, il comportamento collaborativo, che si sostanzia nel soccorso procedimentale, è connesso all'idea di un'amministrazione che si avvicina al cittadino, perché è *giusto* che sia così, perché l'evoluzione dei rapporti impone che *debba essere* così. Invece, nel caso della conformazione, il comportamento amministrativo discende *direttamente* dalla posizione soggettiva del privato, nella misura in cui la legge ha già stabilito a priori e precisamente ciò che a certe condizioni a questo spetta. Di tal ché, l'amministrazione è obbligata a tenere quel comportamento non perché così *deve essere*, ma perché così è: già in base alla struttura del rapporto che sussiste tra il privato, l'amministrazione e la legge, come ampiamente tratteggiata nel corso del capitolo precedente.

Esaurita così la questione relativa al ruolo del responsabile del procedimento, come lettura del soccorso procedimentale in chiave collaborativa, è possibile passare alla seconda argomentazione utile per comprendere la più ampia portata del soccorso procedimentale rispetto alla regola della conformazione.

⁵³⁷ Sull'esigibilità condizionata della prestazione di conformazione si tornerà nel paragrafo immediatamente successivo. Per adesso si rammenta come, si è già precisato in più punti, la pretesa di ricevere l'invito alla conformazione non possa essere assoluta.

Questo secondo ragionamento, invero, riproduce il medesimo percorso ma si concentra sul diverso valore della completezza dell'istruttoria.

In effetti, l'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, prevede in termini generali che il responsabile del procedimento debba compiere gli «atti all'uopo necessari» per «l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria». Pertanto, il soccorso procedimentale, così come anche la conformazione, sono entrambi meccanismi funzionali a completare l'istruttoria, acquisendo elementi utili allo svolgimento del procedimento.

Tuttavia, la differenza tra i due strumenti sotto il profilo in discussione risiede nel fatto che il soccorso procedimentale è anzitutto un soccorso *per il procedimento*: ovvero per il suo migliore svolgimento, considerato che la completezza dell'istruttoria⁵³⁸ è in primo luogo un valore nell'ottica della tutela dell'interesse pubblico⁵³⁹. Esso, invece, non è necessariamente (o almeno, non solo, o comunque non in prima battuta) un soccorso *per il privato* nel procedimento. La conformazione, dal canto suo, non guarda tanto alla completezza dell'istruttoria in sé considerata, quale via per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, quanto piuttosto, anzitutto, all'interesse del privato a ottenere il vantaggio che gli spetta in base alla legge.

Pertanto, il soccorso istruttorio ha una portata più ampia perché implica un comportamento improntato più a un'ottica "pubblicistica"⁵⁴⁰,

⁵³⁸ Sul duplice valore della completezza dell'istruttoria: per la cura dell'interesse pubblico e per la tutela della situazione soggettiva del privato, si veda cap. III, § 4.

⁵³⁹ Tant'è che, sempre richiamando la definizione di «dovere di soccorso» di Franco LEVI (*L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 385) il dovere «di integrare le prove presentate dal richiedente» è «una coerente espressione del metodo inquisitorio dell'esigenza della "verità reale"».

⁵⁴⁰ Con questa espressione non si intende affatto indicare la distinzione tra diritto privato e amministrativo, ma si evoca piuttosto un carattere dall'istituto, che per

in cui il privato riceve un vantaggio che è – in qualche misura – indiretto, mentre l'attenzione è focalizzata, in prima battuta, sull'interesse pubblico. Seguendo questo ragionamento, invece, la conformazione ha una veste più "privatistica", perché guarda alla p.a. come a un soggetto posto in posizione paritaria rispetto all'individuo e assume un'ottica più incentrata sulla tutela dell'interesse di quest'ultimo.

Alla luce di quanto osservato è adesso possibile trarre alcune prime conclusioni sui rapporti che intercorrono tra il principio del soccorso procedimentale e la regola della conformazione.

certi versi sembra riecheggiare la dicotomia tradizionale tra norme di azione e norme di relazione. La nozione di queste norme, pur affermatasi come criterio discretivo tra posizioni giuridiche soggettive, finalizzato alla soluzione del problema della individuazione del giudice munito di giurisdizione, (per la classificazione tradizionale: GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1942), ha una rilevanza più ampia, che si apprezza sul piano della ricostruzione dei rapporti tra individui e amministrazione. In tal senso, ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80': atti del 30. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, cit., pp. 214 – 215. Questi afferma di preferire alla distinzione tra diritto privato e diritto amministrativa una diversa linea di confine che «spezza questo diritto amministrativo stesso», dividendolo tra norme di relazione, che egli ascrive «al medesimo ordinamento giuridico generale comprensivo anche del diritto privato» e norme di azione, che regolano il comportamento dell'amministrazione nella sua organizzazione e nei procedimenti. Ora, pur tralasciando di esprimersi a proposito delle conclusioni a cui egli arriva, che richiederebbero ben altro spazio e attenzione, questa argomentazione, in modo diverso, è utile a chiarire cosa si intenda per carattere *pubblicistico* del soccorso procedimentale. Si intende, infatti, con questa espressione, alludere a un modo di essere dell'istituto del soccorso procedimentale che per certi versi rimanda al modo in cui si guarda all'amministrazione nelle norme di azione, ossia quelle norme che determinano la qualità giuridica dell'azione amministrativa e che guardano soprattutto, ma non solo sia chiaro, all'interesse pubblico. Ciò detto, tuttavia, non ci si può spingere oltre, perché sembrerebbe quantomeno una forzatura continuare nel parallelismo.

In definitiva, la conformazione pare essere una regola che deriva dal principio generale del soccorso procedimentale⁵⁴¹, secondo una sequenza che non è di sovrapposizione concettuale – quale quella che potrebbe evincersi da un generico riferimento all’art. 6, lett. b), l. n. 241/1990 – ma di *specificazione*, o più esattamente di *contenimento* della prima nel secondo.

Si intende dire, cioè, che il soccorso procedimentale è un principio che permea tutto l’agire amministrativo, a prescindere dal suo carattere discrezionale o vincolato, e che si estende anche al di là della sola fase prettamente istruttoria del procedimento⁵⁴²; mentre la conformazione, come già ripetutamente affermato nel corso del presente lavoro, opera solo in relazione agli aspetti vincolati dell’attività immediatamente successivi alla presentazione dell’istanza da parte del privato.

Questo tipo di rapporto, peraltro, fa sì che conformazione e soccorso procedimentale possano coesistere all’interno del medesimo procedimento, dato che vanno ad agire su aspetti diversi. Questa possibile convivenza è più evidente nei casi in cui la conformazione è prevista espressamente in una specifica disposizione legislativa.

Per esempio, in materia di interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica, realizzabili a seguito di denuncia di inizio attività, la norma prevede due ipotesi, *ex art. 2, co. 10*⁵⁴³, a seguito delle quali l’amministrazione ricevente è tenuta

⁵⁴¹ Sul rapporto tra principi e regole: PINELLI C., *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 35 e ss.

⁵⁴² FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., in part. pp. 296 ss., che si riferisce proprio alla dimensione «diffusa» del soccorso procedimentale «che va dal momento pre-procedimentale a quello immediatamente successivo alla presentazione dell’istanza, per spingersi fino alla fase predecisoria» (p. 297).

⁵⁴³ Art. 2, co. 10, d.l. n. 112/2008: «Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 4 sia riscontrata l’assenza

a informare l'interessato, notificandogli un ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, accompagnato dall'indicazione delle modifiche necessarie per l'accoglimento della domanda. Una attiene all'«assenza di una o più delle condizioni legittimanti»; l'altra, all'esistenza di «specifici motivi ostativi di sicurezza, incolumità pubblica o salute». La prima pare un caso tipico di conformazione, dato che concerne la difformità rispetto a un preciso modello legale; la seconda, invece, sembra un caso di soccorso procedimentale, dato che attiene a una valutazione tipicamente discrezionale.

10. La conformazione nel prisma dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990.

L'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, come emerso nell'analisi condotta nelle prime fasi della ricerca e peraltro richiamata nel paragrafo precedente, non può essere considerato soltanto quale base normativa del principio del soccorso procedimentale: tant'è che se ne è proposta una lettura che separasse la previsione legislativa citata dal principio al quale comunemente è ricondotta.

Non sono invece stati ancora chiariti i rapporti che intercorrono tra tale norma e la regola della conformazione, oggetto principale della ricerca.

di una o più delle condizioni legittimanti, ovvero qualora esistano specifici motivi ostativi di sicurezza, incolumità pubblica o salute, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, contestualmente indicando le modifiche che si rendono necessarie per conseguire l'assenso dell'Amministrazione. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche e le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa vigente».

In effetti, si è visto come le numerose ipotesi normative nelle quali l'obbligo di invitare alla conformazione è previsto in maniera espressa siano accomunate dall'averne un carattere sempre specifico, puntuale, settoriale. Quello che manca invece è una previsione normativa che faccia riferimento a tale obbligo in termini generali in modo diretto, chiaro e univoco. Ciò non significa, tuttavia, che non vi sia alcuna norma che si riferisce alla conformazione che presenti un campo applicativo che abbracci tutti i procedimenti amministrativi indipendentemente dalla disciplina di settore. Infatti, basta pensare al disposto dell'art. 6, lett. b), della legge sul procedimento amministrativo, che prevede la rettifica delle domande erronee o incomplete.

Tale articolo, nonostante presenti una formulazione tale da essere stato oggetto di svariate e difformi interpretazioni, è fondamentale nel contesto della ricerca, non soltanto perché, in fondo, è l'unico all'interno della l. n. 241/1990 che si riferisce alla fase istruttoria, nella quale unicamente, in ragione della propria struttura, la conformazione può operare, ma anche perché, dalla sua lettura possono essere rinvenuti diversi appigli testuali che rimandano a quelli che si sono visti essere i caratteri tipici della conformazione.

Proprio con riferimento a quest'ultimo punto sembra utile concentrare brevemente l'analisi sul testo della disposizione in parola. In effetti, guardando alla lettera della lett. b) dell'art. 6, sembra possibile distinguere quali parti si riferiscano alla regola della conformazione, e quali, invece, si attaglino piuttosto al principio del soccorso procedimentale, per come lo si è inteso nel corso di questo lavoro.

La norma inoltre pare seguire quella struttura dal generale al particolare che si è proposta, nel paragrafo precedente, come chiave di lettura del rapporto tra soccorso procedimentale e conformazione. Invero, in apertura è previsto che il responsabile del procedimento adotti «ogni

misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria». Si fa dunque riferimento a un modello ideale al quale il comportamento amministrativo deve ispirarsi al fine di raggiungere l'auspicato valore della completezza dell'istruttoria, utilizzando una formulazione ampia che ancora non individua i singoli strumenti operativi cui poter far ricorso per raggiungere un simile obiettivo. Questo primo periodo, perciò, sembra corrispondere al paradigma del soccorso procedimentale.

La norma prosegue precisando che il responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete». Questo secondo inciso va a esplicitare le forme che il soccorso procedimentale può assumere: fra queste, il riferimento alla *rettifica* – già si era accennato in precedenza⁵⁴⁴ – sembra richiamare quella che in questo lavoro si è definita conformazione.

Invero, se la conformazione, a mente della definizione che si era proposta all'inizio della ricerca, è la «possibilità per il privato, successivamente alla presentazione di una domanda incompleta o errata, di integrare o regolarizzare quanto in essa attestato in merito al possesso dei requisiti stabiliti dalla legge per l'ottenimento di un vantaggio giuridico o economico o per l'esercizio di una certa attività», allora la «rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete» pare esserne una modalità esplicativa. Entrambe, infatti, operano solo in relazione ad aspetti vincolati dell'attività, dato che pare privo di significato parlare di conformazione o rettifica in assenza di un parametro di riferimento fissato a priori dalla legge.

In conclusione, nell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990 sarebbe possibile leggere un'ipotesi espressa di conformazione. Oltre a ciò, considerato l'ambito applicativo del tutto trasversale della norma in parola, pare che

⁵⁴⁴ V. *retro* Cap. I, § 5.1.

si possa riferirsi alla conformazione come a una vera e propria regola generale.

Senonché, l'ostacolo principale a tale operazione ermeneutica risiede, ancora una volta, nella formulazione letterale della disposizione, laddove essa utilizza sempre il verbo modale «può» e non il semplice indicativo. Considerando che la conformazione, come tale, ha natura di obbligo per l'amministrazione, è manifesto come tale formulazione della norma sia, quantomeno a prima vista, un impedimento significativo.

Tuttavia, ove si fornisse un'interpretazione della norma in chiave evolutiva sarebbe possibile superare tale apparente contraddizione. Sono varie le argomentazioni a cui potersi appellare per sostenere una simile tesi. Anzitutto, il panorama sempre più vasto di ipotesi che qualificano l'invito alla conformazione come obbligo, accomunate dal carattere vincolato dell'aspetto dell'attività in relazione alla quale la conformazione è prevista, mostra una tendenza sistematica in base alla quale, laddove ricorra una struttura simile, è ragionevole presumere si versi nell'ambito di un rapporto di tipo pretesa-obbligo. Ancora, se si guarda all'esito del bilanciamento tra principi, per come emergente dalle scelte legislative compiute nel prevedere la conformazione in numerose ipotesi settoriali, pare che una simile regola costituisca un corretto punto di equilibrio tra esigenze efficientiste e istanze di garanzia.

Tuttavia, l'argomento più forte che milita nella direzione proposta è quello che si appunta, ancora una volta, sull'uso del concetto di *rettifica*, all'interno della medesima disposizione normativa.

Infatti, come più volte ricordato, la rettifica presuppone un'attività a carattere vincolato, giacché solo in essa sussistono dei requisiti stabiliti a monte dalla legge in base ai quali "raddrizzare" «le dichiarazioni o istanze erronee o incomplete». Allo stesso tempo, se di vincolatezza si tratta, allora non è immaginabile che l'amministrazione sia dotata della

facoltà di privare l'istante del vantaggio che gli spetta in base alla legge, al conseguimento del quale si frapporrebbe una mera incompletezza formale. È la stessa *struttura* vincolata dell'attività, nella quale può parlarsi di conformazione, a imporre la caratterizzazione della pretesa del privato quale *obbligo* a carico dell'amministrazione.

Dunque, se la conformazione, non può che attenersi a un aspetto vincolato dell'attività e tale carattere strutturale obbliga l'amministrazione a guardare all'effettivo possesso dei requisiti fissati a priori dalla legge, a quel «può» di cui alla lett. b) dell'art. 6, l. n. 241/1990, va data una lettura "elastica", tale da non entrare in contrasto, per le ipotesi che attengono a una rettifica, con le conseguenze del carattere vincolato dell'attività o del suo aspetto.

Ad ogni modo, va detto che, anche laddove non si ritenessero convincenti simili argomentazioni, al punto da escludere la possibilità di estendere la regola della conformazione obbligatoria al di là delle ipotesi settoriali espresse, comunque alla «rettifica» di cui all'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990 potrebbe guardarsi come a un appiglio normativo su cui costruire una categoria unitaria che vada sotto al nome di conformazione. Essa, infatti, rappresenta quantomeno un'«etichetta» teorica cui ricondurre una congerie di previsioni normative sparse e apparentemente eterogenee, il cui tessuto comune, in mancanza di una simile «lettura comparativa», sarebbe probabilmente rimasto in ombra.

11. Dalla regola della conformazione alle sue specificazioni settoriali espresse. In particolare, il soccorso istruttorio negli appalti.

Si è visto come tra conformazione e soccorso procedimentale, espressione sintetica che rimanda a un modo di intendere i compiti del

responsabile del procedimento in chiave dialogica e collaborativa, sembri esserci una relazione di specificazione, o meglio contenimento, della prima dal secondo.

Ora, la possibilità che l'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, letto come modo di estrinsecarsi del principio del soccorso procedimentale, sia la matrice da cui originano regole più specifiche con un campo applicativo più limitato non è una cosa nuova nel panorama del diritto amministrativo. Anzi, questo tipo di rapporto derivativo sussiste proprio in relazione ad alcune ipotesi tipiche in cui la legge prevede espressamente un obbligo in carico all'amministrazione di rettificare l'istanza del privato presentata come incompleta o errata.

Tra tutte, è certamente emblematico il caso dell'istituto del soccorso istruttorio in materia di contratti pubblici, così espressamente nominato dalla rubrica dell'art. 83, co. 1, lett. d), d. lgs. n. 50/2016⁵⁴⁵. In particolare, è affermazione costante in dottrina quella per cui si tratterebbe di un istituto posto in rapporto di «filiazione» rispetto al principio più generale del soccorso procedimentale, contenuto primario e tipico dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241/1990⁵⁴⁶.

Nella materia degli appalti, dunque, si osserva proprio quel rapporto di derivazione per specificazione a cui si è fatto riferimento, in

⁵⁴⁵ Lo stesso è stato detto anche per altre ipotesi come, per esempio, per ciò che concerne la richiesta di documentazione integrativa prevista nel Codice dell'ambiente, all'art. 23, co. 3. Cfr. FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 342 – 343

⁵⁴⁶ Così SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 391 e ss., in particolare l'autore nota, seppur in relazione al previgente codice degli appalti, come la disposizione legislativa di cui all'art. 46 del codice del 2006, «viene da tutti indicata come filiazione del sistema partecipativo di cui all'art. 6 l. n. 241 del 1990». Nello stesso senso FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 217 – 226; Di medesimo avviso GAMBARDELLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., p. 90.

base al quale la regola del codice degli appalti è uno sviluppo e un'articolazione del principio generale di collaborazione, di cui al soccorso procedimentale, nella misura in cui è identificabile con il contenuto dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990. Invero, il soccorso istruttorio del codice degli appalti si muove nella medesima prospettiva del principio generale del soccorso procedimentale che informa l'attività amministrativa ma, a differenza di questo, è una regola specifica. È un obbligo ben definito che consiste nel chiedere l'integrazione e la rettifica della domanda presentata dall'operatore economico, in relazione esclusivamente a determinate incompletezze che attengono ai requisiti della domanda e del Dgue, a certe condizioni⁵⁴⁷.

Dunque, il "soccorso istruttorio" previsto in materia di appalti non è il "soccorso procedimentale": ne è una specificazione che si applica solo in un settore e solo in relazione a requisiti di presentazione della domanda che siano vincolati.

Tant'è che tale disciplina, pur originata dall'art. 6, lett. b) della legge sul procedimento, non ne costituisce una mera applicazione in materia di appalti, ma ha dei propri elementi di originalità. In primo luogo, quanto al suo ambito operativo: individuato per materia ma anche per il carattere dello specifico aspetto dell'attività interessato dalla possibilità di integrazione o regolarizzazione. In seconda battuta, la regola del soccorso istruttorio contiene una precisazione rispetto al soccorso procedimentale connesso al contenuto dell'art. 6, lett. b), anche in relazione alla problematica della connotazione del comportamento dell'amministrazione in termini di *potere* o di *obbligo*.

⁵⁴⁷ In particolare, il possesso dei requisiti sin da prima della presentazione dell'offerta. Cfr. USAI S., *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb e app.*, 2016, pp. 1134 e ss.

Infatti, come si è già visto, la formulazione della norma della legge n. 241/1990 si riferisce al responsabile del procedimento e afferma che egli «può chiedere» il rilascio o la rettifica di istanze e dichiarazioni. Nel leggere questa disposizione, poi, la dottrina e la giurisprudenza hanno preferito all'interpretazione letterale, che configura il comportamento del responsabile del procedimento come una mera facoltà, un'interpretazione sistematico-teleologica che conduce a leggervi qualcosa di più stringente, un dovere di soccorso procedimentale⁵⁴⁸.

Al contrario la disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici – ma vale anche per le altre ipotesi “figlie” dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990⁵⁴⁹ – si esprime con il solo verbo indicativo, in termini di obbligo: invero, a norma dell'art. 83, co. 9, d. lgs. 50/2016, la stazione appaltante «assegna» un termine per l'integrazione o la regolarizzazione. Si ha dunque «quella valenza in certo senso intimatoria che ha solo il verbo indicativo quando è adoperato dalla legge senza bisogno di alcun altro verbo (potere, dovere) che vale ad etichettare concettualmente la natura del compito assegnato dalla legge»⁵⁵⁰.

Peraltro, questo carattere in qualche misura modifica anche il contenuto dell'art. 6 della legge sul procedimento amministrativo. Infatti, la previsione di una regola espressa che obbliga la stazione appaltante al soccorso istruttorio influisce sulla questione, appena richiamata, dell'interpretazione da dare a quel «può chiedere» dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990.

⁵⁴⁸ Per l'esame di questo aspetto si rimanda al cap. II, par. 3.1.

⁵⁴⁹ L'art. 23, co. 3, d. lgs. n. 152/2006, stabilisce che l'autorità competente «richiede» la documentazione integrativa.

⁵⁵⁰ SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., p. 403.

Infatti, il principio del soccorso procedimentale va inquadrato nell'ambito del percorso evolutivo che ha caratterizzato la figura del responsabile del procedimento⁵⁵¹, che a sua volta è un riflesso del modificarsi del rapporto tra amministrazione e amministrati in senso personalista, più centrato sulla garanzia degli interessi dell'individuo. Questo percorso di avvicinamento dell'amministrazione al cittadino, che risulta dal parallelismo tra l'evoluzione normativa della figura del responsabile del procedimento e il mutamento del modello operativo dell'amministrazione, si evince chiaramente nella più stretta pregnanza della regola sul soccorso istruttorio contenuta nel codice degli appalti. Ossia, in un settore notoriamente caratterizzato da una valorizzazione del ruolo del privato e dei suoi interessi e dunque improntato a un'ottica partecipativa più intensa⁵⁵².

Dunque, dalla previsione di un vero e proprio obbligo in materia di appalti, si potrebbe trarre – come è stato suggerito⁵⁵³ – un'argomentazione per interpretare in modo teleologico, nel medesimo senso, l'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, in relazione al soccorso procedimentale. In effetti, dall'integrazione tra il principio generale e le regole settoriali, il primo esce in qualche misura modificato e innovato: è l'esito di un percorso circolare che, presa una norma generale, la “rivolta

⁵⁵¹ Cfr. TARULLO S., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa: evoluzione storica e prospettive della figura*, cit., spec. pp. 326 e ss.

⁵⁵² Per quanto non si possa celare come sia suggestiva la visione proposta da SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 400 e ss. secondo cui il *favor participationis*, uno dei valori chiave in materia di appalti, non sia tanto rivolto alla garanzia della posizione del cittadino ma piuttosto alla miglior cura dell'interesse pubblico. Al punto che di «*par condicio* non dovrebbe neppure parlarsi, anche in presenza di un Niagara di giurisprudenza che la considera e dichiara meritevole di tutela in ogni casi di intervento in soccorso».

⁵⁵³ Pur non essendo poi del tutto accaduto. In tal senso, SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., p. 395.

dall'interno", adattandola alle esigenze legate alla specificità del contesto, anche dovute alla branca disciplinare di riferimento, per poi "restituirle" alla dimensione generale un po' cambiate⁵⁵⁴.

In definitiva, dunque il rapporto tra soccorso procedimentale e il soccorso istruttorio degli appalti è di *genus a species*.

Ora, come abbiamo già rilevato in precedenza, *anche la conformazione* è posta in un simile rapporto di specificazione rispetto al principio del soccorso procedimentale: è *species* del medesimo *genus*. Essa, infatti, è in esso contenuta quale regola specifica che si applica quando la struttura della fattispecie si presenta come vincolata, nel senso che il vantaggio a cui aspira il privato deriva in modo diretto dal possesso dei requisiti indicati dalla legge.

In questa articolazione, la conformazione, intesa come categoria unitaria con una propria autonomia, pur essendo *species*, a fianco del soccorso istruttorio negli appalti, del medesimo *genus*, non pare tuttavia rivestire un analogo grado di specificazione. È infatti indubbio come essa abbia una valenza più generale: limitandosi anche solo con l'osservare, in modo elementare, come il suo ambito applicativo non si limiti a una sola particolare materia, quale è quella degli appalti, bensì, come visto dall'esame analitico compiuto nel primo capitolo, copra un numero di settori assai ampio e vario.

Più in particolare, va osservato come non soltanto la conformazione ha un carattere "più generale" rispetto al soccorso istruttorio negli appalti; ma che quest'ultimo, a sua volta, ne costituisce specificazione settoriale. In effetti, il secondo istituto menzionato non fa

⁵⁵⁴ Descrive questo processo come «ruolo maieutico» dei c.d. diritti speciali che costituiscono parametro di riferimento di istituti di carattere generale e contribuiscono all'evoluzione di questi ultimi: FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, cit., p. 270.

altro che aggiungere ulteriori requisiti – anzitutto come abbiamo già visto, ma non soltanto, il settore di operatività – alla struttura vincolata del rapporto tra privato, amministrazione e legge, che è il tratto essenziale con cui si identifica la conformazione.

Il soccorso istruttorio in materia di appalti, dunque, può dirsi anche *species* del *genus* conformazione. Questo tipo di relazione, peraltro, si riproduce anche con riferimento a tutte le altre ipotesi normative di settore che espressamente prevedono un obbligo di rettifica dell'istanza del privato errata o incompleta. Insomma, esse altro non sono che ipotesi specifiche di conformazione: ovvero articolazioni di una regola più generale che presenta quei tratti, già osservati, a loro tutte comuni.

12. La conformazione tra soccorso procedimentale e soccorso istruttorio: un sistema di cerchi concentrici.

È adesso possibile desumere dall'analisi svolta sin qui alcune considerazioni riassuntive finali, così da disegnare plasticamente la relazione esistente tra invito obbligatorio alla conformazione, soccorso procedimentale e soccorso istruttorio in materia di appalti.

Se si volesse descrivere il rapporto tra questi istituti con una immagine, quella più consona sarebbe probabilmente quella dei *cerchi concentrici*.

In tale figura si avrebbe anzitutto un cerchio più ampio, che è costituito dal *principio del soccorso procedimentale*, che opera per tutti i tipi di attività, conferendo un carattere dialogico e collaborativo all'intera parabola del rapporto procedimentale.

Al suo interno, si potrebbe tratteggiare, con un cerchio più piccolo, la *regola generale di invitare alla conformazione* in relazione all'attività vincolata e agli aspetti vincolati dell'attività discrezionale.

Infine, all'interno anche di questo andrebbero posti altri cerchi, che rappresentano le *ipotesi settoriali di conformazione* obbligatoria, delimitate per materia di riferimento.

In definitiva, la conformazione sembra assumere i caratteri di una "categoria intermedia" fra i due termini, più familiari, di soccorso procedimentale e istruttorio: contenuta nel primo, ma che a sua volta contiene il secondo⁵⁵⁵. È a questo punto consigliabile ripercorrere brevemente i caratteri di questa pretesa.

Come si è visto, l'obbligo di invitare alla conformazione origina dal principio del soccorso procedimentale, quale regola che opera quando la struttura della fattispecie si presenti come ad accertamento vincolato, nel senso che l'istanza del privato ha un contenuto tipizzato, anche nella forma, in una disposizione normativa alla quale l'amministrazione deve guardare come parametro di riferimento.

Ora, per quanto difetti una norma che espliciti *letteralmente* l'obbligo di invitare alla conformazione, in via generale⁵⁵⁶, e nonostante sarebbe auspicabile un intervento del legislatore in tal senso, vi sono nel diritto positivo, come si è visto nel Capitolo I, delle disposizioni *specifiche* che prevedono una simile regola: per esempio, l'art. 83, co. 1, lett. d), d. lgs. n. 50/2016; l'art. 19, co. 3, l. n. 241/1990; l'art. 23, co. 3, d. lgs. 152/2006 etc. Tali ipotesi, tra le quali spicca emblematicamente il

⁵⁵⁵ Peraltro, anche se si riprende la stessa, più volte ricordata, definizione di Franco LEVI (*L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit. pp. 384 – 385), si nota, come già in quelle righe fossero poste le basi per una specificazione del soccorso in singoli aspetti autonomi, quale vuole essere l'invito obbligatorio alla conformazione. Invero, si rammenta, la descrizione continuava: «tra i vari aspetti di questo dovere, vi è certo quello di integrare le prove presentate dal richiedente o, quanto meno di segnalare le eventuali lacune della documentazione».

⁵⁵⁶ Per quanto, come già detto, possa essere letta in tal senso la previsione dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990. Tuttavia, tale norma sconta il limite della sua formulazione letterale.

soccorso istruttorio del Codice degli appalti, sono a ben vedere dei casi di invito obbligatorio alla conformazione, aventi un campo applicativo più ristretto: per esempio, in base alla materia di riferimento, come per il soccorso istruttorio degli appalti pubblici, oppure, al tipo di struttura procedimentale, come per la scia o per le dichiarazioni sostitutive.

D'altro canto, la stessa terminologia di «soccorso istruttorio» riferita alla materia degli appalti sembra inopportuna, o quantomeno fuorviante, perché crea una connessione immediata – data la pressoché identica nomenclatura – con l'istituto tradizionalmente desunto dall'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990. Al punto che, forse, sarebbe preferibile, anche in materia di procedure concorsuali, parlare di *conformazione* anziché di *soccorso*. Peraltro, come già detto, non è la prima volta che sono stati sollevati dubbi circa l'uso del termine “soccorso” per le procedure di aggiudicazione di contratti pubblici e, in generale, per le procedure concorsuali⁵⁵⁷. La ragione sottesa a queste perplessità deriva dal fatto che, se si versa nell'ambito di una *gara*, concedere un *aiuto* a qualcuno dei concorrenti non sembra legittimo.

Oltre a questa condivisibile ragione, il termine soccorso pare attagliarsi meglio a un principio come quello del soccorso procedimentale, che concerne un comportamento collaborativo e ausiliatore dell'amministrazione complessivamente considerato. Mentre, laddove si tratti di conformare un elemento della domanda rispetto a un requisito ad accertamento vincolato di cui l'istante è in possesso, quell'aura di “concessione”, di “assistenza a chi ha bisogno”, di “salvataggio” che la parola soccorso evoca, non sembra del tutto consona alla garanzia di quello che, invece, è un diritto.

⁵⁵⁷ In termini critici circa l'opportunità del termine “soccorso” si esprime, si ricorda, SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 391 e ss.

A ogni modo, prescindendo dalla terminologia utilizzata, la conformazione, per come la si intende in questo lavoro, e il soccorso istruttorio negli appalti sono la stessa cosa; con la differenza che la conformazione esplicitata nel codice degli appalti opera solo in quella materia specifica, in base a quella precisa disciplina.

Dunque, la regola della conformazione è, rispetto alle ipotesi particolari, più generale: nel senso che si tratta di una categoria che, anche ove non si ritenesse di poterla estendere al di là delle normative che la prevedono esplicitamente, comunque racchiude uno statuto giuridico comune e unitario, che può essere costruito a partire dai tratti condivisi delle discipline espresse.

13. La perimetrazione della regola della conformazione in ragione dell'autoresponsabilità dei privati. I limiti interni ed esterni di operatività della conformazione.

Posto il carattere di disciplina unitaria proprio della conformazione nei confronti delle singole ipotesi particolari che la prevedono espressamente in termini di obbligo, un primo fondamentale passo verso cui dirigere l'attenzione attiene certamente ai suoi contenuti. In particolare, quanto all'individuazione del perimetro applicativo dell'istituto che si può desumere dalla sua struttura, nonché dal bilanciamento fra principi sotteso alle scelte legislative che hanno condotto alla previsione espressa di un obbligo di invito alla conformazione in determinati ambiti.

L'apposizione di condizioni di operatività, di limiti, alla regola della conformazione ha lo scopo di porre un freno al ruolo ausiliatore dell'amministrazione che, se esasperato, condurrebbe all'immobilismo dell'azione amministrativa. Perciò, la conformazione è necessariamente

perimetrata e i relativi condizionamenti rappresentano la concretizzazione del principio di autoresponsabilità del privato. Tale principio, a sua volta, segna il confine del valore solidaristico che orienta il comportamento dell'amministrazione verso l'esterno.

Con il termine autoresponsabilità del privato si intende fare riferimento alla responsabilità di un soggetto verso sé stesso⁵⁵⁸.

Di questo dato si è fatto un esempio pratico quando si è trattato di uno dei percorsi intrapresi della semplificazione⁵⁵⁹, ossia lo spostamento della maggior parte degli oneri istruttori nel procedimento in capo al privato. Invero, l'altra faccia di questa concentrazione è stata proprio l'incremento delle responsabilità del privato verso sé stesso, chiamato a sopportare i rischi delle sue azioni. In effetti, proprio la necessità di far fronte a questa deriva antigarantista potrebbe essere una delle spiegazioni dell'introduzione dell'obbligo per l'amministrazione di invitare alla conformazione, in diverse disposizioni legislative.

Dunque, la conformazione sembra incarnare il correttivo di una eccessiva autoresponsabilizzazione: il privato, cioè, deve *agire da solo*, ma *non può essere lasciato solo*. D'altro canto, la responsabilizzazione del privato non è eliminabile.

Tradotto nei termini che qui interessano, il soggetto che si rivolge all'amministrazione con una sua istanza deve sopportare le conseguenze⁵⁶⁰ delle sue azioni: ossia il rischio che, non compilando

⁵⁵⁸ Cfr. PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 452 e ss.

⁵⁵⁹ LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione*, cit., pp. 28 e ss. Per l'esame della questione si rimanda al Cap. I, § 9.

⁵⁶⁰ La responsabilità è definita come il «sopportare le conseguenze che sono ricongiunte dal diritto all'atto proprio causalmente compiuto». Cfr. PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, cit., pp. 452 e ss. che a sua volta fa riferimento a MESSINA G., *La simulazione assoluta*, ora in *Scritti giuridici*, V, Giuffrè, Milano, 1948, p. 82.

correttamente la domanda, si veda negata l'utilità a cui aspira. Da ciò consegue che non tutte le domande potranno essere conformabili, perché la funzione garantista dell'invito alla conformazione deve temperarsi con un onere di diligenza minimo gravante sul privato, un dovere di cooperazione minima.

Dunque, la conformazione argina le conseguenze negative della autoresponsabilizzazione, così come quest'ultima limita la possibilità di pretendere l'invito alla conformazione. Questa considerazione si riflette sulla perimetrazione della regola della conformazione obbligatoria. Occorre, perciò soffermarsi a considerare i *limiti esterni e interni* comuni a ogni ipotesi di conformazione.

I primi attengono alla precisazione delle condizioni di esistenza dell'obbligo di inviare l'invito. I secondi, invece, ineriscono alla delimitazione del contenuto sanabile dell'istanza, ossia ai vizi conformabili.

Sul privato che agisce nel procedimento e presenta una domanda incombe, come si è visto – a maggior ragione a seguito delle politiche di semplificazione – l'onere della prova in relazione ai fatti nella medesima attestati. Specularmente, su l'istante grava il rischio della mancata prova di tali elementi che, tuttavia, è temperato dalla previsione del soccorso procedimentale e, solo in relazione agli aspetti vincolati dell'attività, dall'obbligo per l'amministrazione di chiedere la conformazione dell'istanza. L'adempimento di quest'ultimo obbligo è condizione ostativa per il rifiuto della domanda, che sia motivato dalla mancata o errata indicazione di un elemento invece regolarizzabile.

Ora, è incontestabile che il privato sia avvantaggiato dalla previsione di un obbligo per l'amministrazione di invitarlo alla conformazione: tale adempimento modera e addolcisce il rischio su di lui gravante.

Tuttavia, anche questa “rete di salvataggio” deve necessariamente essere temperata, pena la lesione di altri valori altrettanto rilevanti. Si tratta, peraltro, di un’esigenza che, come si è visto⁵⁶¹, è più forte nelle procedure concorsuali, nelle quali la natura plurilaterale e il carattere competitivo del rapporto, impongono di considerare sia le necessità dell’amministrazione che la posizione degli altri partecipanti. Al contrario, questo bisogno non è così pressante nel caso in cui l’istante si rapporti con la sola amministrazione: qui l’invio di una comunicazione non può certo considerarsi un serio motivo di rallentamento, quantomeno per una macchina amministrativa funzionante.

Tuttavia, fermo l’obbligo di invitare alla conformazione, si tratta comunque di una pretesa che sorge in presenza di certe condizioni. Possono cioè presentarsi dei casi in cui il vizio dal quale è affetta la domanda sia talmente manifesto che non si arriva neppure alla fase di valutazione dell’incompletezza, nella quale origina l’obbligo di conformazione.

L’attenzione pare quindi doversi concentrare sull’*apparenza dell’istanza*: quale forma di condizionamento all’operatività della conformazione. Il discrimine tra la presenza dell’obbligo e la sua assenza, perciò, è dato, se si accoglie questa prospettiva, dalla natura *manifesta* della carenza dell’istanza. Si guarda cioè alle condizioni minime che l’atto di iniziativa deve presentare perché possa pretendersi l’attivazione dell’amministrazione, sotto forma dell’invito a conformare, ma ancor prima, perché il procedimento stesso non si arresti alla fase immediatamente successiva alla presentazione della domanda.

Il limite esterno della conformazione è dunque dato da quelle carenze dell’atto di iniziativa talmente evidenti – *manifeste* – da impedire direttamente che il procedimento giunga alla fase di verifica della

⁵⁶¹ Vedi *retro*, Cap. III, § 9.

sussistenza dei requisiti e delle condizioni indicate dalla legge che devono essere oggetto di conformazione.

A questo punto si impone una precisazione: il criterio discrezionale non attiene alla *tipologia* di vizio⁵⁶². Non ci sono vizi *per natura* non

⁵⁶² La questione è resa abbastanza complessa dall'assenza di univocità in dottrina in merito al sistema qualificatorio dei vizi dell'istanza da utilizzare, dovuta alla mancanza nella legge di un indice univoco di riferimento. Tra gli autori che si sono occupati del tema si richiama, per esempio, MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, cit., pp. 212 e ss. Questo disegna un sistema molto articolato. La prima distinzione che propone è tra *presupposti* dell'atto di iniziativa, ossia quegli elementi in mancanza dei quali l'amministrazione non può neanche procedere alla verifica della sussistenza delle condizioni per l'esame nel merito e le *condizioni*, ossia quegli elementi che condizionano la possibilità dell'autorità di pronunciarsi nel merito. In questa sede, ci si concentrerà sui primi. I presupposti a loro volta vengono dall'autore distinti in *presupposti di ricevibilità* e *presupposti di procedibilità*. I primi sono quelli la cui mancanza non genera nell'amministrazione l'obbligo di procedere oltre la fase instaurativa del rapporto. Essi si distinguono in requisiti che attengono alla *validità* della domanda, alla sua *idoneità*, alla *ritualità* e alla *legittimazione* del richiedente. Sono condizioni di validità della domanda: la *capacità* dell'autore dell'atto di iniziativa; la sua *volontà*; e la *forma* dell'atto di iniziativa, ossia il modo in cui la volontà viene dichiarata. I requisiti di idoneità, invece, attengono a) alla completezza della domanda; b) alla completezza dei suoi allegati e c) alle formalità della domanda. L'atto di iniziativa per essere completo *sub a)* deve presentarsi come tale sotto tre profili: in merito alla indicazioni relative all'autore, che ne consentano l'identificazione; in relazione all'azione amministrativa sollecitata, cioè il contenuto minimo dell'istanza; e infine, quanto alla presenza delle indicazioni relative alla rappresentazione del reale, che possono avere la natura di asseverazioni, che attengono a fatti oggettivamente valutabili o di allegazioni, che sono eventuali e mirano a suffragare l'accoglimento dell'istanza. Quanto alla completezza degli allegati *sub b)*, non sempre è requisito di ricevibilità, può anche essere fattore di improcedibilità nel caso in cui gli allegati possano essere presentati a parte. Quanto infine alle formalità della domanda *sub c)*, la disciplina varia da settore a settore. I requisiti di ricevibilità che attengono alla ritualità, invece, concernono tre aspetti: che l'atto sia presentato all'autorità competente; nei termini prefissati e con le modalità prescritte. Infine, l'ultimo requisito di ricevibilità concerne la legittimazione del richiedente, che deriva dal fatto che chi presenta una domanda all'amministrazione mira alla soddisfazione di un suo interesse sostanziale. Dunque, la presentazione

dell'istanza ha natura strumentale e, di conseguenza, solo la domanda presentata dal titolare della posizione sostanziale può avere l'effetto di aprire il procedimento. I presupposti di procedibilità invece sono quegli elementi la cui assenza impedisce che il procedimento possa giungere legittimamente a conclusione. Questi si distinguono in fatti permissivi, la cui verifica consente la prosecuzione del rapporto, che attengono alle formalità dell'atto di iniziativa e alla sua regolarizzazione e all'effettuazione di atti istruttori; e fatti impeditivi, che ove si presentino impediscono la prosecuzione del rapporto. Questi ultimi si verificano: quando esiste un altro procedimento in corso, incompatibile con quello che si è aperto con l'atto di iniziativa; o se sopravvengono cause che fanno venir meno i presupposti di ricevibilità o avviene la rinuncia alla domanda. Un altro espresso riferimento alla categorizzazione dei vizi dell'istanza si rinviene in LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp. 196 e ss. che si concentra sulla distinzione tra vizi attinenti agli elementi essenziali e vizi di natura formale e procedimentale. Concentrandosi, invece, solo sui requisiti di validità degli atti di iniziativa privatistica, la dottrina si è soffermata sulle condizioni preliminari affinché la manifestazione di volontà del privato possa produrre effetti nel diritto amministrativo, assumendo rilevanza giuridica. Così MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 95 e ss. che distingue tra elementi di regolarità che ineriscono alla capacità dell'autore dell'atto; alla legittima manifestazione della sua volontà; e al contenuto giuridico di tale manifestazione. Va comunque precisato che la riflessione di tale autore è funzionale alla instaurazione di un legame diretto tra validità dell'atto di iniziativa e validità del futuro provvedimento, di cui costituisce presupposto. Su una linea simile si pone anche la classificazione di ESPOSITO G. M., *Il diritto all'iniziativa procedimentale*, cit., pp. 84 e ss. Questa dottrina, nel far riferimento al diritto privato, quale inevitabile conseguenza dell'assenza di norme nel diritto amministrativo che dettino il regime generale delle istanze, afferma che la domanda deve presentare i requisiti minimi in punto di capacità e assenza di vizi della volontà. Perciò dal punto di vista soggettivo l'istanza è valida se posta in essere da un soggetto capace, sempre che non sia viziata e sia esternata in modo rituale.

idonei a determinare l'obbligo di invitare alla conformazione⁵⁶³; semmai, ci sono vizi che sono insanabili⁵⁶⁴.

La portata manifesta del vizio che esclude la conformazione, perché costituisce uno sbarramento tale da arrestare il procedimento subito dopo la presentazione dell'istanza e impedire addirittura di superare il vaglio preliminare di trattazione della domanda, è un'*unità di misura*, non di valore.

D'altro canto, oltre un certo *grado* di incompletezza o erroneità – si può dire di negligenza del privato⁵⁶⁵ – è inesigibile che l'amministrazione *comunque* consenta la rettifica. Invero, contrasta in modo troppo palese con il principio di autoresponsabilità dei privati disegnare un obbligo di invitare alla conformazione a fronte di istanze di

⁵⁶³ Chiaramente a condizione che si tratti di vizi che attengono a un requisito vincolato, altrimenti la possibilità di procedere alla sua conformazione viene meno in radice.

⁵⁶⁴ Questo problema attiene al limite interno della regola e sarà tra poco oggetto di trattazione.

⁵⁶⁵ Questa idea rimanda al problema, già affrontato, della misura della responsabilità esigibile dal privato. A tal proposito si richiama anche quanto affermato da FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 153 e ss., che riflette sui limiti e sulle condizioni del soccorso procedimentale. Tuttavia, le medesime considerazioni valgono per l'invito alla conformazione, se si abbraccia la teoria poc'anzi prospettata e si tengono a mente le differenze tra i due istituti. In particolare, nello svolgere tale riflessione egli si sofferma sul problema del riparto degli oneri connessi all'iniziativa procedimentale e individua nella autoresponsabilità del privato un limite all'ausilio che l'amministrazione deve dargli. Invero, sul privato grava un «onere minimo» che si traduce «nella necessità di porre l'amministrazione pubblica in condizione di poter individuare la portata dell'atto di iniziativa». Dunque, l'esigibilità dello strumento rimediale è subordinata «al previo riconoscimento di un dovere generale di correttezza configurabile in capo al privato istante e specificato attraverso il riferimento all'autoresponsabilità, la quale impone l'assolvimento da parte del privato di un "onere minimo di cooperazione"».

ogni tipo, quasi fosse una “panacea” da tutti gli errori e le omissioni in cui l’istante può incorrere.

Questa struttura trova conferma in una disposizione legislativa relativamente recente e, invero, piuttosto discussa. Si fa riferimento al disposto dell’art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, così come risulta a seguito della riforma operata dalla l. n. 190/2012. Questa disposizione, si ricorda, stabilisce che, ove le pubbliche amministrazioni ravvisino la «manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda», concludano «il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

La norma evoca, a dire il vero, varie problematiche, più o meno intensamente trattate ma, soprattutto, impatta con la questione dell’obbligo per l’amministrazione di procedere a esaminare la domanda e della sua ampiezza⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ Il tema è stato variamente trattato in dottrina. Tra i contributi più recenti: POSTERARO N., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; ID., *Brevi note sull’obbligo di provvedere della p.a. alla luce del nuovo art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, pp. 1338 e ss.; SQUAZZONI A., *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate: un primo bilancio*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 915 e ss.; VERNILE S., *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., pp. 28 e ss. Si cita inoltre, tra i lavori che si sono occupati del tema prima della novella del 2012, MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l’obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 e ss. Inoltre, in merito all’idoneità della novellata disposizione a incidere sulla latitudine dell’obbligo dell’amministrazione si veda RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 901, che osserva come la novella della l. n. 190/2012 non fosse preordinata ad accelerare i tempi del decidere, quanto, piuttosto fosse dettata dall’intento di chiarire che il dovere di provvedere sussiste anche nell’ipotesi di domanda manifestamente non accoglibile. Anche la giurisprudenza ha da ultimo ribadito che «in presenza di una formale istanza, l’Amministrazione è

Tuttavia, non è su questo aspetto che conduce l'esame dei confini della regola di invitare alla conformazione, posto che, in questa sede, come si è già chiarito⁵⁶⁷, interessano solo quegli atti di iniziativa in presenza dei quali si genera l'effetto propulsivo nei confronti dell'amministrazione. Invero, il discorso si muove già all'interno del rapporto giuridico che lega l'amministrazione al privato dal momento della presentazione della domanda⁵⁶⁸ e vede la prima obbligata a procedere, prendendo in carico la domanda, esaminandola e istruendola. È in questa fase di primissimo approccio⁵⁶⁹ alla questione proposta con la domanda del privato che si colloca il problema della sua delibazione

tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte: il legislatore, infatti, ha imposto alla P.A. di rispondere in ogni caso (tranne i casi limite di palese pretestuosità) alle istanze dei privati nel rispetto dei principi di correttezza, buon andamento, trasparenza, consentendo alle parti di difendersi in giudizio in caso di provvedimenti lesivi dei loro interessi giuridici» Tar Lazio, Roma, 14 marzo 2019, n. 3454 in Tar Puglia, Lecce, 1 ottobre 2019, n. 654.

⁵⁶⁷ V. *retro*, Cap. I, § 7.

⁵⁶⁸ MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, cit., pp. 215 e s.

⁵⁶⁹ Si tratta della fase iniziale dell'istruttoria, o meglio della fase preparatoria del procedimento, secondo la distinzione classica di Aldo SANDULLI contenuta in: *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 119 e ss.

preliminare, in merito alla verifica dell'insussistenza di ragioni manifeste per arrestare in rito⁵⁷⁰ il procedimento⁵⁷¹.

Se si legge l'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990 in combinazione con l'art. 6⁵⁷² lett. a) e b), l. n. 241/1990, ne emerge un quadro dal quale si desume il limite più esterno dell'obbligo di invitare alla conformazione: la necessità che l'istanza passi questo primo vaglio preliminare.

In particolare, la deliberazione introduttiva dal cui esito può emergere la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, la quale legittima la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso ma redatto in forma semplificata, si colloca all'interno del primo degli obblighi del responsabile del procedimento tra quelli codificati nella legge sul procedimento amministrativo. Si tratta, cioè, di quello descritto nella

⁵⁷⁰ La terminologia non è casuale. Questa problematica rimanda al rapporto tra processo e procedimento e alla possibilità di traslare dal primo concetti utili al secondo. Rilevano il parallelismo tra art. 2, l. n. 241/1990 e art. 74 c.p.a.: FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 126; POSTERARO N., *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del nuovo art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., pp. 1338 e ss. PERFETTI L.R., *Funzioni e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 53 e ss.

⁵⁷¹ La dottrina pare concorde sull'esistenza di un obbligo di conclusione espressa quantomeno a fronte di istanze manifestamente inammissibili etc. Infatti, anche quella parte della dottrina che comunque non ha letto nella novella legislativa una assolutizzazione dell'obbligo di procedere dell'amministrazione, ritiene che la nuova formulazione dell'art. 2 imponga il riscontro espresso quantomeno in questa ipotesi: cfr. POSTERARO N., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit., in particolare, pp. 135 e ss. In senso critico rispetto alla limitazione dell'obbligo SQUAZZONI A., *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate: un primo bilancio*, cit., pp. 932 e ss.

⁵⁷² Interessante a tal proposito la ricostruzione di da FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 125 e ss.

lett. a) del richiamato articolo, secondo cui il responsabile del procedimento accerta, a fini istruttori⁵⁷³, «le condizioni di ammissibilità e i requisiti di legittimazione ed i presupposti» rilevanti per l'esame della domanda⁵⁷⁴.

Questo vaglio preliminare⁵⁷⁵, compiuto in base all'art. 6, lett. a), l. n. 241/1990, se non porta all'applicazione dell'art. 2, secondo periodo, della medesima legge, in quanto la domanda non presenta vizi tali da essere considerata manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, conduce all'applicazione della lett. b), che opera solo a condizione che non si abbia un vizio manifesto.

Dunque, la lettura combinata della lett. a) dell'art. 6 da un lato, e dell'art. 2, co. 1, seconda parte, dall'altro, implica di per sé la perimetrazione della regola della conformazione. Invero, laddove si presenti un'ipotesi nella quale il procedimento può concludersi con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, *ex art. 2, co. 1, seconda parte, l. n. 241/1990*, allora non vi è certamente spazio per la possibilità di sanare la domanda viziata in modo manifesto tramite la conformazione.

In aggiunta a quanto detto finora, è interessante notare come in giurisprudenza vi sia la tendenza a limitare anche l'operatività del soccorso procedimentale nel caso in cui l'istante non abbia fornito un

⁵⁷³ Quest'inciso avvalorava l'idea che questo primo esame sia pre-istruttorio. Della stessa opinione, FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 138, in particolare nota 190.

⁵⁷⁴ FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 135, descrive le funzioni del responsabile del procedimento come poste in «un ordine di tipo scalare».

⁵⁷⁵ FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 137. Nello stesso senso, CORSO G., TERESI F., *Le parti del procedimento*, in ID., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1994, pp. 82 e s. Questi giustificano la previsione di un siffatto vaglio procedurale in base alla necessità di evitare «lo sperpero di attività amministrativa».

«principio di prova in ordine al possesso del requisito richiesto»⁵⁷⁶. Invero, le sentenze escludono la conformazione nei casi di carenze macroscopiche. Quando ciò si verifica, secondo il ragionamento seguito fin qui, si dovrebbe avere una decisione in rito, in forma semplificata. Al contrario, in presenza anche solo di un principio di prova in ordine al possesso dei requisiti, allora il procedimento può andare avanti e la giurisprudenza riconosce la possibilità che l'amministrazione possa essere tenuta a venire in soccorso all'istante.

Questa prassi giurisprudenziale, seppur riferita appunto al soccorso procedimentale, con tutte le già enucleate differenze che ciò comporta⁵⁷⁷, pare confermare la ricostruzione appena proposta, quanto alla limitazione dell'operatività della conformazione in presenza di vizi manifesti.

Superato così il limite più esterno, occorre guardare alla delimitazione *interna* della regola. Questa condizione della conformazione, come si è detto, non opera in punto di valutazione circa l'attivazione del soccorso ma attiene alla identificazione di quali vizi possano essere effettivamente sanati.

In relazione a tale confine, dunque, i vizi dell'istanza non rilevano più per la loro *misura* ma vanno considerati per il loro *carattere*. Si

⁵⁷⁶ Per tutte, Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50; Tar Puglia, Bari, sez. I, 2 settembre, 2014, n. 1046; Tar, Molise, Campobasso, sez. I, 7 luglio 2014, n. 433.

⁵⁷⁷ Invero, se si accoglie la ricostruzione proposta, la conformazione risulta essere una *species* del soccorso procedimentale, valevole per i soli aspetti non discrezionali e obbligatoria data la natura della situazione soggettiva del privato a fronte del carattere vincolato dell'attività. Questa perimetrazione della conformazione all'interno del più ampio soccorso procedimentale non impedisce di desumere elementi utili dalle pronunce che a quest'ultimo istituto si riferiscono: basta tenere presente le differenze tra i due strumenti e considerare che il soccorso procedimentale può operare *anche* in ambito vincolato. Così facendo è possibile traslare quando stabilito nelle relative sentenze sul problema della conformazione.

distingue, cioè, tra quelli che incidono sulla situazione soggettiva che si pone a valle dell'istanza – i quali attengono a un assetto già cristallizzato prima della sua proposizione, a cui è precluso l'effetto sanante – e vizi che invece non intaccano la situazione iniziale fatta valere nell'istanza.

Anche la strutturazione di questo limite rimanda alle implicazioni del principio di autoresponsabilità dei privati e al rischio di immobilismo dell'azione amministrativa, a cui si è già fatto riferimento. In particolare, viene in rilievo la questione dell'onere gravante sul privato di valutare autonomamente il ricorrere delle circostanze previste dalla legge per l'ottenimento di un certo vantaggio.

Tradotto ciò in termini di condizione di operatività della regola dell'invito alla conformazione, non potranno essere oggetto di conformazione sanante quei vizi dell'istanza⁵⁷⁸ che abbiano una natura costitutiva pre-procedimentale⁵⁷⁹: che attengano, cioè, alla situazione giuridica soggettiva alla base dell'atto di iniziativa.

A tal proposito si richiama la distinzione, a cui è pervenuta una parte della dottrina, tra contenuto sostanziale dell'istanza e condizioni formali e procedurali⁵⁸⁰. La carenza di elementi della domanda che attengono al suo contenuto sostanziale ha ricadute sulla identificazione dell'oggetto stesso dell'atto di iniziativa. Infatti, i vizi riscontrabili in relazione a tale contenuto comportano la mancanza di un fatto primario, che si pone *ex ante* rispetto all'istanza stessa. Diversamente, l'insieme

⁵⁷⁸ Una ricostruzione ne è fornita anche da FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., pp. 85 e ss.

⁵⁷⁹ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp. 58 – 61.

⁵⁸⁰ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp. 198 e ss.

delle condizioni formali e procedurali concernono un carattere estrinseco rispetto al contenuto minimo “interno” dell’istanza: incarnano cioè una carenza non essenziale, che non ha un’incidenza sostanziale sulla domanda stessa.

I vizi non sanabili con la conformazione attengono al primo contenuto.

Si tratta dunque di presupposti indicati dalla legge come costitutivi della situazione soggettiva del privato, che egli deve rappresentare nella sua istanza e che l’amministrazione ha il compito di accertare. Questi, tuttavia devono essere posseduti *al momento* della presentazione della domanda: non possono essere acquisiti successivamente e allegati solo a seguito dell’invito alla conformazione. La conformazione cioè riguarda necessariamente vizi rapportabili al secondo dei due contenuti descritti in relazione a quell’orientamento dottrinale⁵⁸¹, ossia vizi attenenti a «difformità minori»⁵⁸², a violazioni più marginali⁵⁸³, a «elementi regolarizzabili»⁵⁸⁴.

In altri termini, al privato istante non può essere consentito di introdurre tramite la conformazione un elemento (un requisito, una condizione) che non aveva al momento della presentazione della domanda. La conformazione può servire solo a colmare lacune e dimenticanze che attengono alla dimostrazione nel procedimento della

⁵⁸¹ LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, cit., pp.198 e ss.

⁵⁸² PALEOLOGO G., *Istanza*, cit., p. 2.

⁵⁸³ CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 187 e ss.

⁵⁸⁴ MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 600 e s.

sussistenza dei presupposti indicati dalla legge. Mentre, non può essere fonte di una sanatoria costitutiva⁵⁸⁵ a posteriori⁵⁸⁶.

Questa conclusione impatta con una problematica che a prima vista potrebbe apparire di estrema criticità all'interno della sistematica che si è proposto con questa ricerca: il caso in cui alla presentazione della domanda sia apposto un *termine*.

⁵⁸⁵ Lo stesso vale per il soccorso procedimentale che «lungi dal costituire una figura volta a determinare una sanatoria rispetto ad un vizio invalidante dell'istanza privata, deve essere inquadrato nell'ottica della attenuazione di un rischio che grava in capo al privato per quanto concerne le allegazioni di fatti secondari la cui mancanza incide non sul fondamento della pretesa fatta valere da questo, ma sulla completezza della documentazione presentata». Cfr. FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., p. 160.

⁵⁸⁶ Nelle procedure concorsuali, in particolare in materia di appalti pubblici, è affermata a più riprese l'impossibilità di integrare la domanda con elementi nuovi, acquisti successivamente o comunque non evincibili nemmeno in modo embrionale dalla domanda. Questa soluzione è accolta in modo pressoché unanime dalla giurisprudenza. Infatti, in molte sentenze si legge, con una terminologia quasi ripetitiva come nota SAITTA N., *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., pp. 393 – 394, al quale si rimanda anche per la giurisprudenza ivi richiamata, che «il bilanciamento tra il dovere della p.a. di provvedere alla regolarizzazione della documentazione presentata dai candidati ed il principio della “par condicio” tra i partecipanti va ricercato nella distinzione del concetto di regolarizzazione da quello di integrazione documentale», cfr. Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486. Negli stessi termini, tra le molte: Tar Umbria, Perugia, sez. I, 9 giugno 2016, n. 483; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 23 giugno 2008, n. 1203. Inoltre, si tratta di una distinzione accolta anche in relazione agli altri procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale. A tal proposito si veda, per tutte, Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 2018, n. 5697 in materia di concorsi pubblici per l'accesso al pubblico impiego, che recita: «le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale non possono tradursi in occasione di aggiustamento postumo, cioè in un espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando o per ovviare alle irregolarità non sanabili conseguenti alla negligente inosservanza di prescrizioni tassative imposte a tutti i concorrenti, pena la violazione del principio della *par condicio*».

La previsione di un termine non è una regola costante per gli atti di iniziativa⁵⁸⁷. L'ipotesi tipica di apposizione del termine riguarda i casi in cui c'è concorrenzialità tra amministrati ma può proporsi anche ove vi siano particolari esigenze organizzative dell'amministrazione (come nel caso di accesso a certi servizi).

Di regola il termine non è superabile, a meno che non sia prorogato dalla stessa amministrazione che riapre la procedura.

Il mancato rispetto del termine, in caso di produzione tardiva della domanda, solleva problemi di varia natura tra i quali spicca, nel caso di rapporti plurilaterali, la necessità di evitare la lesione della *par condicio*. Tuttavia, volendo isolare l'aspetto più caratteristico sottesa al divieto di produzione tardiva, la preoccupazione principale è il rischio che dall'aggiramento del termine derivino effetti sostanziali sull'accoglimento della domanda medesima.

Prendiamo il caso in cui per l'ottenimento di un vantaggio sia stabilito che, al momento della presentazione della domanda, l'istante debba possedere una serie di requisiti. Se si consentisse l'integrazione della domanda successivamente alla scadenza del termine – oppure la presentazione della domanda medesima oltre il termine – si rischierebbe di includere nel procedimento soggetti che, invece, non ne avevano diritto: ossia soggetti che alla scadenza del termine ancora non possedevano i requisiti necessari per la proposizione della domanda.

Senonché, se ci si attiene all'enunciato limite interno della conformazione si tratta di una questione solo apparentemente critica. Invero, questa criticità è già risolta dalla limitazione dei vizi sanabili a quei requisiti che il soggetto già possedeva *ab origine*. Infatti, nel momento in cui si esclude che siano conformabili quelle carenze che

⁵⁸⁷ Sul punto completa è la ricostruzione di MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, cit., pp. 251 e ss.

attengono alla situazione sostanziale, allora non si pone un problema di aggiramento dei termini: è escluso in radice dalla non conformabilità dei requisiti sostanziali.

L'elusione del termine si realizza solo se si include tra i vizi conformabili anche elementi, requisiti necessari, che non erano posseduti al momento della presentazione della domanda. Solo in quel caso, infatti, l'istante potrebbe *approfittare* della conformazione: utilizzarla, cioè, come uno strumento per ottenere la dilazione del termine così da conseguire, nel mentre, il requisito che prima non aveva. Perciò, con questa limitazione la conformazione che pure intervenga a termine scaduto non elude il termine ma integra la domanda regolarmente presentata senza alterare l'esito del suo esame.

Questa soluzione non è intaccata neppure dal carattere conflittuale delle procedure concorsuali: dal momento che il raffronto che ne costituisce la struttura di base attiene ai requisiti posseduti e non si basa, invece, sulla speranza dell'errore altrui.

CONCLUSIONI

Il percorso fin qui compiuto ha delineato i tratti essenziali di quell'istituto che nel contesto di questo lavoro si è chiamato "conformazione". Esso, invero, a scapito del nome che si è prescelto – privo di una vera e propria tradizione lessicale nella scienza del diritto amministrativo⁵⁸⁸ – può collocarsi al termine di una strada già battuta dalla dottrina, dalla giurisprudenza e anche dal legislatore: la quale è andata delineando una sempre maggiore pregnanza della posizione di "servizio" in cui versa l'amministrazione nei confronti del privato.

La ricerca si situa cioè nel contesto del processo di evoluzione del modo di guardare alla relazione del cittadino con l'amministrazione: che, mosso da intenti garantistici, è partito con la procedimentalizzazione, in particolare dell'attività discrezionale, per arrivare a valorizzare la partecipazione come valore autonomo e ad attribuire specifica rilevanza alle pretese del privato all'interno del procedimento. Si tratta di una relazione, invero, che in origine era inquadrabile nel segno del *potere*, della supremazia dell'amministrazione, ma che poi ha finito per focalizzarsi sull'*individuo*. Di tale svolta, la partecipazione ha rappresentato la forma più tipica e attraverso di essa si è progressivamente compiuta la valorizzazione dell'individuo e del suo ruolo nello svolgimento della funzione amministrativa.

⁵⁸⁸ A eccezione, come già ricordato, del testo dell'art. 19, l. n. 241/1990, che usa questa terminologia in riferimento alla segnalazione certificata di inizio attività.

È in questo solco, dunque, che deve essere inserito questo studio, il quale si occupa di esaminare la posizione attuale dell'ordinamento rispetto a questa specifica e peculiare pretesa del privato nel procedimento.

Prima di gettare conclusivamente lo sguardo ad alcune prospettive applicative della conformazione, può essere utile riepilogare il percorso fin qui compiuto nella ricerca.

La struttura di base esaminata è quella in cui, posta la predeterminazione in una norma dei requisiti per l'ottenimento di un vantaggio giuridico o economico, il privato avanzi un'istanza, a ciò finalizzata, all'amministrazione. A fronte di tale istanza l'amministrazione ha l'obbligo di procedere ad accertarne la completezza e dunque a verificare il possesso dei requisiti richiesti dalla norma.

In ipotesi di questo tipo la questione problematica, fulcro del lavoro, è stabilire se il privato debba o meno essere posto nella condizione di conformare la domanda che abbia presentato irregolare o incompleta; oppure se l'amministrazione possa procedere al rigetto della stessa in ragione di tale irregolarità o incompletezza.

Posta questa ipotesi di lavoro, la prima parte della ricerca è stata dedicata all'esame dell'atteggiamento tenuto dal diritto positivo dove ricorra una simile struttura, così da valutare quale sia la tendenza più diffusa.

Le ipotesi normative così individuate sono state classificate in tre categorie, tenendo anzitutto in considerazione la formulazione letterale della disposizione: in un primo gruppo sono state inseriti quei casi costruiti testualmente in modo tale da costituire ipotesi – espresse o indirette – di obbligo per l'amministrazione di invitare alla conformazione (*Cap. I, §§ 3 e 4*); in un secondo blocco sono state racchiuse quelle ipotesi che presentano una dicitura che letteralmente

descrive la conformazione come una possibilità dell'amministrazione, lasciata a una sua libera valutazione di opportunità caso per caso, per quanto poi la giurisprudenza tenda nella maggior parte dei casi a interpretarla come un obbligo (*Cap. I, § 5*); e in un terzo gruppo sono stati invece riuniti i casi di espressa negazione della conformazione della domanda, una volta che sia stata presentata errata o incompleta (*Cap. I, § 6*).

Dopodiché, dai dati così emersi si sono evidenziati i tratti di similitudine. Sono risultati alcuni elementi in comune: il livello dell'apparato burocratico a cui la domanda è indirizzata; il ricorrere di interessi forti nella materia alla quale inerisce la disposizione normativa; e il fatto che le ipotesi che prevedono la conformazione coincidono con quelle che sono state oggetto di politiche di semplificazione (*Cap. I, § 8 - 9*). Questo tessuto comune ha condotto a riflettere sul tipo di rapporto, improntato alla centralità dell'individuo, che lega il privato all'amministrazione, quale caratteristica delle ipotesi normative che espressamente prevedono l'invito obbligatorio alla conformazione.

Oltre a ciò, è stato possibile isolare dall'esame analitico una matrice strutturale comune (*Cap. I, § 7*): la presenza di un effetto propulsivo, un obbligo di attivarsi ed esaminare la domanda, accertando la sussistenza dei requisiti, gravante sull'amministrazione, determinato alla presentazione dell'istanza del privato, volta all'ottenimento del vantaggio.

L'esame del diritto positivo infine ha condotto ad affermare una tendenza del legislatore a disciplinare l'invito alla conformazione come obbligo per l'amministrazione di invitare alla rettifica della domanda errata o incompleta. Peraltro, questa sensibilità è risultata essere, già allo stato attuale, piuttosto diffusa, com'è evidente, se si considera che la conformazione è prevista espressamente come obbligo in settori

“traino”, ossia in materie come la scia, nonché in relazione ai pubblici appalti.

Rispetto a queste numerose ipotesi che si esprimono in termini di obbligo è perciò stato possibile isolare e definire la *regola della conformazione*, quale terminologia sintetica che indica questo specifico obbligo per l'amministrazione.

Il tratto strutturale e fondante di questo obbligo – che potrebbe anche costituire un fattore idoneo a giustificare l'applicazione analogica della regola della conformazione – è stato individuato nel ruolo della legge, che ha già stabilito a priori e compiutamente i requisiti di ottenimento del vantaggio a cui aspira l'istante. Infatti, questo spetta al titolare, senza che nella sequenza di concretizzazione dell'effetto si inserisca alcuna porzione di scelta, di decisione tra interessi, alcun ambito valutativo rimesso all'amministrazione. Il vantaggio è il risultato garantito dalla mera applicazione della norma, per il tramite di una semplice ricognizione riservata all'amministrazione, un'attività di accertamento *lato sensu* costitutiva, circa l'esistenza delle condizioni che la norma medesima ha posto.

Questo rapporto diretto tra la legge, il possesso effettivo dei requisiti e la situazione soggettiva del privato esclude che una scelta amministrativa possa frapporsi alla produzione dell'effetto: l'assetto che ne deriva non è legittimamente condizionabile da parte del soggetto pubblico. Ciò significa che l'amministrazione non potrà impedire la produzione dell'effetto rigettando la domanda del privato perché erronea o incompleta ma sarà *obbligata* a consentirne la rettifica, quale mezzo di accesso alla situazione di fatto al cui riscontro segue l'effetto.

A partire da tale struttura di base il problema che si è profilato atteneva al modo in cui si articolano, nella dinamica relazionale tra amministrazione e privati, le reciproche posizioni di pretesa e obbligo.

Dunque, restava da esaminare di che tipo di situazione risultasse titolare il privato. Questa parte è stata sviluppata nel secondo capitolo, al fine di valutare se la pretesa alla conformazione potesse essere accostata⁵⁸⁹ alle pretese procedimentali che spettano al privato nel procedimento, strumentali al conseguimento del vantaggio economico o giuridico a cui il privato aspira con il suo atto di iniziativa.

Tuttavia, la ricostruzione della conformazione come una pretesa procedimentale ha incontrato un primo ostacolo nella formulazione della disciplina generale in merito a questi istituti, a causa della sua peculiare limitata operatività. In effetti, trattando del problema delle pretese procedimentali del privato nell'istruttoria, il primo dato che è risaltato risiede nella comune preferenza della dottrina a concentrarsi su tale tema prevalentemente in rapporto alla sola attività discrezionale dell'amministrazione (*Cap. II, § 3*). A questa visuale si è inoltre sommata la tradizionalmente scarsa attenzione della giurisprudenza per il valore delle pretese procedimentali nell'attività non discrezionale: secondo l'idea che la partecipazione è superflua se l'esito è già stabilito a priori dalla legge.

Quindi, si è ritenuto di dover ricercare il motivo della correlazione tra pretese procedimentali e attività discrezionale. Esso è stato rinvenuto nella evoluzione storica del modo di guardare al procedimento (*Cap. II, § 3.1*). Tale percorso, invero, mossosi sulla scorta dell'acquisita maggiore sensibilità per il valore della partecipazione, già anticipava la connessione, venutasi effettivamente a realizzare, tra il ruolo del privato nel procedimento e l'attività discrezionale. Dunque, nel momento in cui l'attenzione si è focalizzata sulle emergenti facoltà del privato nel procedimento, queste sono state collegate alla discrezionalità e, conseguentemente, alla situazione soggettiva che tradizionalmente viene

⁵⁸⁹ Anche in assenza di un procedimento vero e proprio, come nel caso della scia.

a essa connessa. Perciò, il dibattito attorno alla natura delle pretese procedurali è divenuto una proiezione delle molteplici ricostruzioni dell'interesse legittimo (*Cap. II, § 4*).

Posto un contesto di questo tipo era necessario spiegare in che modo il carattere dell'attività si riflettesse sulla disciplina delle pretese procedurali come categoria generale. Per far ciò si è anzitutto chiarito che a fronte di un accertamento vincolato si pone un diritto soggettivo (*Cap. II, § 5*) e, in secondo luogo, si è proceduto a elencare due caratteri tipizzanti delle pretese procedurali in attività di tale natura (*Cap. II, § 6*): la strumentalità rispetto alla situazione soggettiva e il loro rilievo anche autonomo.

A questo punto, la conformazione dell'istanza si è palesata come una pretesa procedimentale (*Cap. II, § 7*), strumentale rispetto alla posizione soggettiva interessata dal procedimento ma capace di recare di per sé un vantaggio pratico effettivo. Invero, la garanzia della pretesa alla conformazione, quale strumento di completamento dell'istruttoria e mezzo di ricostruzione del fatto, reca un vantaggio specifico al privato che può coincidere con il bene finale, in caso di attività integralmente vincolata, o con un vantaggio "intermedio" che consiste nella *chance* di ottenere il bene finale, rimesso alla valutazione dell'amministrazione.

La conformazione, perciò, è risultata essere una pretesa calata all'interno di un rapporto giuridico, che presuppone una relazione di specularità tra le diverse situazioni nella titolarità delle parti. In tal senso, a una pretesa a contenuto positivo – la possibilità di conformare la domanda – se ne contrappone un'altra a contenuto negativo – l'obbligo di invitare alla conformazione.

Infine, nel terzo capitolo del lavoro ci si è concentrati sulla individuata regola della conformazione, valutandone il rapporto con i principi generali dell'attività amministrativa.

Il primo tra i principi considerati è stato quello di proporzionalità (*Cap. III, § 2*). Gli altri invece sono stati esaminati raggruppati in due poli antitetici: quelli che, incrementando la partecipazione, svolgono una funzione garantista (*Cap. III, § 3*); e quelli invece che guardano all'efficienza del soggetto pubblico e sono connessi al principio di buon andamento (*Cap. III, § 4*). Tra questi, in particolare, ci si è concentrati su quello di non aggravamento. Perciò l'esame dei principi si è mosso tra esigenze di garanzia e di buon andamento, individuando in questa tensione una problematica comune a tutte le pretese procedurali a carattere istruttorio; come è emerso dall'analisi della vicenda che ha interessato la comunicazione di avvio del procedimento quanto alla sua applicabilità nell'ambito dell'attività vincolata.

Da questo studio è risultato che non soltanto il primo gruppo di principi valorizza il ruolo della conformazione, ma anche che il contrasto con il polo efficientista è solo parzialmente reale. Infatti, l'obbligo di invitare alla conformazione, pur costituendo un "aggravio" per l'amministrazione, rappresenta anche una misura di incremento della qualità dell'azione amministrativa, in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile nel minor tempo. Infatti, la previsione di un obbligo per l'amministrazione di consentire al privato di partecipare e integrare la documentazione allegata alla sua istanza è *anche* strumento di buon andamento nella misura in cui consente la corretta applicazione della legge e, assicurando che la decisione amministrativa sia legittima e conforme ai principi costituzionali sanciti dall'art. 97 della Costituzione, evita ulteriori aggravii di costi, successivi all'emanazione del provvedimento, dovuti alla riedizione del procedimento o a un eventuale contenzioso.

Inoltre, le esigenze di garanzia ed efficienza, descritte come i due estremi tra cui oscilla la previsione della regola di invitare alla

conformazione, sono state rapportate anche a un'altra problematica, quella della ripartizione degli oneri istruttori tra privato e amministrazione (*Cap. III, § 6*). Si è perciò verificato che la conformazione è uno strumento sospeso tra metodo inquisitorio e dispositivo nell'attività conoscitiva dell'amministrazione, che permette di compensare gli svantaggi derivanti dalla preferenza in termini assoluti di uno o l'altro modello. La predisposizione dell'invito alla conformazione, a condizione che non si sostanzi in un eccessivo formalismo, consente di evitare le derive antigarantiste di una smisurata responsabilizzazione, in quanto permette di recuperare il ruolo dell'amministrazione: temperando sia il principio dispositivo che quello inquisitorio.

Dopodiché, si sono affrontate le implicazioni derivanti dal frequente carattere plurilaterale dei rapporti di diritto amministrativo, in particolare di tipo comparativo concorrenziale (*Cap. III, § 7*). In questi ambiti, data la molteplicità di interessi coinvolti, la regola della conformazione si è presentata come più problematica. Tuttavia, rifacendosi a come la questione sia stata affrontata dalla giurisprudenza in materia di appalti, si è giunti a individuare nella fase di predisposizione del bando di gara, mediante l'inclusione nello stesso di puntuali indicazioni poste a pena di esclusione, l'unica "soluzione" che consente di evitare sia un eccessivo appesantimento dell'amministrazione che, al contempo, il rischio che la conformazione diventi una scelta caso per caso dell'amministrazione.

Disegnato così il quadro di come si pongono i principi generali rispetto alla conformazione delle istanze erronee o incomplete si è affrontato il problema della possibilità di estensione della stessa al di là delle ipotesi espresse.

Invero, tenuto conto della identità di struttura, che si è visto essere la base per la qualificazione del compito dell'amministrazione in termini di obbligo, ci si è chiesti se laddove non vi sia alcun riferimento espresso alla possibilità di conformazione la regola sia ugualmente operante. Questa riflessione ha condotto a trattare dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, che, quale norma generale in materia di istruttoria, estende il suo campo applicativo a ogni tipo di ipotesi.

Il primo ostacolo nel riferirsi a questa norma si è palesato nella tendenza della dottrina e della giurisprudenza dominante a ricondurre a questa disposizione il principio del soccorso procedimentale. Tuttavia, è stato possibile scindere il legame tra questi due termini: distinguendo il disposto dell'articolo dal significato più ampio del principio. Infatti, quest'ultimo costituisce un modo di rapportarsi dell'amministrazione con il privato che lambisce più fasi del procedimento e pertanto uno schema generale di tipo collaborativo del rapporto tra individui e soggetto pubblico.

Così, la norma, scevra da ulteriori ricostruzioni, è risultata rientrare nella struttura della conformazione, nella misura in cui l'uso del termine «*rettifica*» rimanda all'attività nella quale si sostanzia la conformazione: ossia la regolarizzazione e integrazione di un'istanza, solo in relazione a un elemento la cui mancanza o incompletezza è verificabile in modo obiettivo rispetto a un parametro predefinito.

Dunque, valutata la possibilità di individuare nell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, una base della regola della conformazione, se ne è precisato il *limite*: ossia, la circostanza che la norma faccia riferimento al *potere* del responsabile del procedimento di chiedere la rettifica. D'altro canto, questa norma, nell'esame analitico, già era stata inserita proprio nella seconda categoria, quella che descrive il compito dell'amministrazione come una possibilità.

Dunque, si è anzitutto proposta una lettura del testo in termini di obbligo, sulla base di una pluralità di argomentazioni: tra cui l'interpretazione orientata dai principi, così come individuati e composti nell'esame delle ipotesi che espressamente prevedono l'obbligo di conformazione; ma, soprattutto, in ragione della struttura a carattere vincolato propria delle ipotesi di «rettifica», la quale non pare ammettere, a pena di contraddittorietà, altro che un obbligo per l'amministrazione.

Oltre a ciò, (*Cap. III, §§ 9, 11, 12*), si è ripreso il concetto generale di soccorso procedimentale e se ne è definita la portata. Così è stato possibile disegnare plasticamente il rapporto tra questo principio generale, l'invito alla conformazione e il soccorso istruttorio in materia di appalti, come un sistema di cerchi concentrici in cui il soccorso procedimentale rappresenta il contenitore più ampio dal quale è possibile ritagliare regole più specifiche come quella della conformazione. Rispetto alla conformazione, invece, il soccorso istruttorio in materia di appalti, nonché le altre ipotesi espresse, non sono altro che ulteriori specificazioni la cui operatività è connessa a un settore particolare.

Teorizzata così una regola di conformazione, operativa non solo laddove è espressamente prevista dalla singola disciplina di settore ma anche ove ricorra una struttura come quella che costituisce l'ipotesi di studio di questa ricerca – e dunque anche al di fuori di fattispecie espresse tramite l'applicazione dell'articolo 6, lett. b), l. n. 241/1990, interpretato in chiave sistematico-evolutiva – non resta che gettare uno sguardo a quali effetti sortirebbe una tale previsione.

Invero, com'è emerso dall'esame analitico, accade che l'amministrazione neghi nel caso specifico la possibilità di rettificare la domanda; oppure escluda espressamente e in via generale la possibilità

di conformarla; o ancora «si riservi l'insindacabile giudizio»⁵⁹⁰ di richiederla. Allo stesso tempo, non mancano previsioni normative che, pur trattando della conformazione, non la qualificano come obbligo ma come possibilità per l'amministrazione, con l'effetto che questa potrà essere concessa o meno a discrezione del soggetto pubblico. Da ciò consegue che, nonostante il vantaggio a cui aspira il privato gli spetti in presenza dei requisiti predeterminati dalla norma, succede che l'amministrazione rigetti una domanda per la sua mera incompletezza.

Questi eventi si porrebbero certamente in contrasto con la regola della conformazione obbligatoria, ove questa potesse essere considerata generale.

Infatti, il precipitato logico di questa esposizione è che l'eventuale rigetto della domanda sarà annullabile per violazione di legge: in particolare o dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, interpretato in senso evolutivo in maniera conforme all'assetto dei principi; oppure di quella specifica disposizione legislativa che preveda espressamente la conformazione. Similmente, sarà illegittimo quel bando di gara in cui l'amministrazione neghi del tutto la conformazione: sia che si accolga l'interpretazione che attribuisce all'art. 6, lett. b), natura obbligatoria; sia, a maggior ragione, se vi è una norma che espressamente la prevede.

Nel caso in cui, invece, alla conformazione non si attribuisce natura obbligatoria, a causa della richiamata formulazione letterale dell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, l'illegittimità sarebbe comunque ipotizzabile: seppur per eccesso di potere, data l'incompletezza dell'istruttoria.

Tutto ciò, quindi, conduce ad affermare che la garanzia procedurale che comporta la previsione di un obbligo per

⁵⁹⁰ Per esempio, in alcuni bandi comunali esaminati. Come si legge nel Bando Comune di Firenze, Prot. n. 325315, 16.10.2018; Bando Comune di Firenze, Prot. n. 326898, 16.10.2018; Bando Comune di Firenze, Prot. n. 316127, 8.10.2018.

l'amministrazione, a fronte di accertamento di tipo vincolato, di invitare alla conformazione possa essere modificata solo al *rialzo*. Invero, la pretesa alla conformazione sembra inserirsi all'interno degli «obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento»; nonché, seppur mediatamente, in quelli che concernono la «individuazione del responsabile del procedimento»: ossia tra le disposizioni che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni, di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., secondo quanto stabilito dall'art. 29, co. 2 *bis*, l. n. 241/1990, aggiunto dall'art. 10, co. 1, lett. b), della legge n. 69/2009.

Da tale circostanza trae conferma l'ipotizzata possibilità di prevedere in via generale l'obbligo per l'amministrazione di invitare alla conformazione. In effetti, la previsione della potestà legislativa esclusiva in relazione alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁵⁹¹ impone all'amministrazione di non prevedere garanzie inferiori a quelle stabilite dalla legge⁵⁹².

Infine, occorre fare un'ultima precisazione in punto di tutela del privato leso dal comportamento dell'amministrazione inadempiente rispetto all'obbligo di invitare alla conformazione, quantomeno se deriva

⁵⁹¹ Art. 117, co. 2, lett. m), Cost.

⁵⁹² A tal proposito, già prima dell'intervento della legge n. 69/2009, SORACE D., *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del titolo V della costituzione. Prime considerazioni*, in *Le regioni*, 4, 2002, p. 767, evidenziava come mediante l'esercizio della potestà legislativa di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost. «sembrano potersi imporre a tutte le amministrazioni anche alcuni obblighi attinenti ai servizi burocratici diretti a rendere effettivo il diritto, (sociale o civile che sia) alla prestazione di tale particolare genere di servizio da parte dei cittadini [...] che ne sono utenti». Per esempio, tra questi, egli annovera gli obblighi relativi al termine massimo entro cui deve essere comunicato all'interessato il provvedimento o quelli riconducibili alla semplificazione amministrativa.

da una disposizione espressa. Sia in materia di attività integralmente vincolata, che di aspetti vincolati di un'attività che in una seconda fase presenta un componente valutativa⁵⁹³, in caso di domanda di annullamento, il privato potrebbe richiedere anche l'accertamento della fondatezza della sua domanda e la conseguente condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento favorevole *ex* art. 31, co. 3, d. lgs. n. 104/2010; ferma l'eventuale richiesta di risarcimento dei danni.

⁵⁹³ La possibilità di considerare insieme queste due ipotesi è suggerita da FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit., pp. 103 e ss. in merito alla interpretazione dell'art. 21 *octies*, in relazione all'onere della prova gravante sul ricorrente da considerarsi come comprensivo anche della prospettazione del diverso contenuto a lui favorevole che il provvedimento avrebbe dovuto avere.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE G., *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Giuffrè, Milano, 2000
- ALEXY R., *La formula per la qualificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 97 e ss.
- , *On balancing and subsumption. A structural comparison*, in *Ratio juris*, 2003, pp. 433 e ss.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965
- , *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, cc. 205 e ss.
- ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D. (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini, 1987
- ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNIERI A., MATTEI U., MONATERI P.G., SACCO R., *Il diritto soggettivo*, in SACCO R. (diretto da) *Trattato di Diritto Civile*, Utet, Torino, 2001
- AMORTH A., *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, pp. 64 e ss.
- AMORTH A., RANELLETTI O., *Atti amministrativi*, in *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1937, pp. 1902 e ss.
- APERIO BELLA F., *L'istruttoria procedimentale*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 253 e ss.
- , *Potere di soccorso e requisito di moralità professionale: nuove declinazioni dell'“orientamento sostanzialista”*, in *lamministartivista.it*, 2016, pp. 1 e ss.

- ARENA G., (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2001
- AUBY J. B., *Codification of administrative procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2014
- AZZARITI G., *Dalla Discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Cedam, Padova, 1989
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966
- BALBONI E., *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, pp. 1105 e ss.
- BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, LXIV, cc. 2 e ss.
- BARCELLONA P., *A proposito della cittadinanza sociale*, in *Democrazie e diritto*, 1988, pp. 15 e ss.
- BARONE A., *Dopo la V.I.A.: la sicurezza “sostenibile” nel d. lgs. n. 104/2017*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2018, pp. 291 e ss.
- BARONE G., *Discrezionalità. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, pp. 7 e ss.
- , *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969
- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002
- , *Le situazioni soggettive procedurali di derivazione europea*, in DONATI A., GARILLI A., MAZZARESE S., SASSI A. (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. I, DONATI A., SASSI A. (a cura di), *Diritto Privato. Fondamenti etici e processo*, Utet, Torino, 2009, pp. 57 e ss.
- BASILICO G., *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, pp. 1 e ss.

- , *La denuncia di danno temuto: il procedimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 297 e ss.
- BASSI F., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 744 e ss.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1959
- , *Contraddittorio – diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 738 e ss.
- , *Disegno dell'amministrazione italiana*, Cedam, Padova, 1996
- , *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 40 e ss.
- , *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 e ss., ora in *Scritti giuridici, Vita e pensiero*, IV Vol., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1117 e ss.
- , *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 589 e ss.
- , *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994
- , *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 1978, pp. 6 e ss.
- , *La discrezionalità*, Cedam, Padova, 1986
- , *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, pp. 807 ss., poi in *Scritti giuridici, Vita e pensiero*, IV Vol., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3223 e ss.
- BERGONZINI G., *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G. (a cura di), *I contratti di lavori pubblici, servizi e forniture*, Cedam. Padova, 2014, pp. 299 e ss.
- , *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 1975
- BERTI G., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 455 e ss.

- , *Il “rapporto amministrativo” nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977
- , *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968
- , *La responsabilità pubblica, (costituzione e amministrazione)*, Cedam, Padova, 1994
- , *La struttura procedimentale dell’amministrazione pubblica*, in *Dir. e Soc.*, 1980, pp. 431 e ss.
- , *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 1861 e ss.
- , *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, pp. 779 e ss.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1986
- BINDI R., *Modelli tradizionali e modelli convenzionali per la partecipazione del privato all’esercizio di attività istituzionalmente attuate dalla pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 139 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *La proposta nel diritto pubblico*, Anonima romana editoriale, Roma, 1936
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico*, in *Scritti in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione*, I, Cedam, Padova, 1953, pp. 41 e ss.
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell’interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996
- BOSCOLO E., *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L’art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001
- , *La SCIA dopo i decreti attuativi e la Legge Madia*, in *Giur. it.*, XII, 2016, cc. 2799 e ss.

- BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo; dell'atto complesso in diritto amministrativo*, (rist. ed. 1925), Le Monnier, Firenze, 1961
- BRANCASI A., *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, V, Torino, 1990, pp. 78 e ss.
- BRUGALETTA F., *La partecipazione dei privati nel procedimento amministrativo: orientamenti della legislazione e della giurisprudenza*, in *Giur. amm. sic.*, 1994, pp. 993 e ss.
- BUCCISANO J., *Accertamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, pp. 1 e ss.
- BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e responsabilità*, 1997, pp. 269 e ss.
- CABELLA PISU L., *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Dig. (disc. priv.)*, V, Torino, 1989, pp. 196 e ss.
- CAFAGNA M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007
- CAMMEO F., *Commentario della legge sulla giustizia amministrativa*, I, Vallardi, Milano, 1911
- , *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1960
- CANAVESIO G., *Il responsabile del procedimento*, in ALBERTI, P. AZZARITI G., CANAVESIO G., GALLO C.E., QUAGLIA M.A., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 31 e ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 1 e ss.
- CAPACCIOLI E., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, pp. 349 e ss.
- , *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1963
- , *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Cedam, Padova, 1983

- , *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1960
- , *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Giuffrè, Milano, 1973, ora in *Diritto e processo*, Cedam, Padova, 1978
- CAPPELLETTI M., *Testimonianze della parte nel sistema della oralità*, Giuffrè, Milano, 1962
- CAPUTI G., *Il soccorso istruttorio al vaglio della Plenaria. Una “buona idea” ed una “chiara traiettoria”?*, in *Giustamm.*, 2013, pp. 1 e ss.
- CARACCIOLLO LA GROTTIERIA E., *La proposta nell'attività della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- CARAMAZZA I. F., *Interesse legittimo e procedimento*, in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione*, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 31 e ss.
- CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, Torino, 2016
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Maggioli, Rimini, 1983
- , *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, cc. 1 e ss.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, tomo I e II, VI ed., Giuffrè, Milano, 2011
- CARLI M., *La semplificazione normativa e amministrativa nelle regioni*, in *astrid-online.it*, 2012
- CARLONI E., *Il principio di verità tra i principi del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, pp. 30 e ss.
- , *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2011

- CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2006
- , *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Giappichelli, Torino, 2005
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, Milano, 1991
- CASSETTA E., *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792 e ss.
- , *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 611 e ss.
- , *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 335 e ss.
- , *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in AA. VV. (a cura di), *Le Regioni: politica o amministrazione?*, Edizioni di comunità, Milano, 1973, pp. 65 e ss.
- , *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014
- , *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 3 ss.
- , *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. dell'economia*, 1998, pp. 503 e ss.
- CASSESE S., *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 941 e ss.
- , *Chiesto e pronunciato nel procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. pubbl.*, 1997, pp. 139 e ss.
- , *Il privato ed il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1970, pp. 25 e ss.
- , *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in TORCHIA L. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova, 1993, pp. 1 e ss.

- , *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 13 e ss.
- , *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 699 e ss.
- , *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000
- CASTRONOVO G., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 647 e ss.
- CASULLI V. R., *Proposta*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1957, pp. 95 e ss.
- CATALDO F., *Art. 46. Bando di gara*, in GAROFOLI R., FERRARI G. (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Nel diritto, Roma, 2013, pp. 940 e ss.
- CAVALLO B. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001
- CERULLI IRELLI V., *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in PARISIO V. (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 101 e ss.
- , *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2001
- , *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 55 ss.
- , *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 187 e ss.
- , *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *astrid-online*, 2005, pp. 1 e ss.
- CESARINI L., *Divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, obblighi del responsabile del procedimento e sindacato di ragionevolezza del giudice*, in *Rass. giur. umbra*, 1999, pp. 288 e ss.
- CHITI M. P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CDS*, 2006, pp. 1057 e ss.
- , *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa, 1977

- CICALA F. B., *Il rapporto giuridico*, II ed., F.lli Bocca, Firenze, 1935
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2005
- CLARICH M., *Autorizzazioni, concessioni e rapporti tra amministrazioni*, in PORTALURI P. L. (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa, Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2014, pp. 155 e ss.
- , *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 59 e ss.
- , *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017
- CLARICH M., SORACE D., *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del titolo V della costituzione. Prime considerazioni*, in *Le regioni*, 2002, pp. 757 e ss.
- COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010
- COGNETTI S., *“Quantità” e “qualità” della partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2000
- , *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo – Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1987
- , *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, pp. 94 e ss.
- , *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011
- CONFORTIN F., *Principio di completezza dell'istruttoria e ed onere di cooperazione privata nel procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2007, pp. 459 e ss.
- CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Le regioni*, 1994, pp. 303 e ss.

- , *La partecipazione procedimentale*, in SCIULLO G. (a cura di), *L'attuazione della l. n. 241/1990, Atti del convegno di Macerata*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 4 e ss.
- , A., *Spunti critici sulla giurisprudenza applicata alla legge sul procedimento*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 199 e ss.
- CORSO G., *Attività privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 629 e ss.
- , *Il responsabile del procedimento*, in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 70 e ss.
- , *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969
- , *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3492 e ss.
- CORSO G., TERESI F., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1994
- CORTEN O., *L'utilisation du «raisonnable» par le juge international*, Bruylant, Bruxelles, 1997
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008
- CUOCOLO E., *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Il Diritto dell'economia*, 2003, pp. 389 e ss.
- D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 297 e ss.
- , *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1 e ss.
- D'ANGELO F., *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività, produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 807 e ss.

- DALFINO E. – PACCIONE L., *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, CXVII, cc. 382 e ss.
- DALLARI F., *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in MASTRAGOSTINO F., (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 323 e ss.
- DE FRANCESCO G. M., *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Vita e Pensiero, Milano, 1926
- DE GRAZIA D., *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 611 e ss.
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, pp. 503 e ss.
- , *Il responsabile del procedimento di rilascio di concessione edilizia*, in *Urb. e app.*, 2001, pp. 935 e ss.
- , *La riforma del codice appalti*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 617 e ss.
- , *Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 1012 e ss.
- , *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *federalismi.it*, 2014, pp. 1 e ss.
- DE ROBERTO A., *Denuncia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 149 e ss.
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1992
- DURET P., *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Giappichelli, Torino, 1996
- ESPOSITO G. M., *Il diritto all'iniziativa procedimentale. Struttura e funzione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2012

- FALCON G., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale: atti del 42. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco: Tremezzo, 19-21 settembre 1996*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 139 e ss.
- FALZEA A., *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 4 e ss.
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2003
- , *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Cedam, Padova, 1996
- , *Diritti soggettivi, atti non autoritativi e tutela giurisdizionale: natura ed efficacia degli atti permissivi del datore di lavoro pubblico e privato*, Firenze, 1996
- , *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. Proc. amm.*, 2010, pp. 229 e ss.
- , *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 103 e ss.
- , *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 747 e ss.
- , *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5578 e ss.
- , *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 465 e ss.
- FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 1024 e ss.

- , *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, GLF editori Laterza, Roma, 2014
- , *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 209 e ss.
- , *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir. e soc.*, 2006, pp. 507 e ss.
- , *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 3179 e ss.
- , *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 323 e ss.
- , *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 651 e ss.
- , *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro It.*, 2000, III, cc. 27 e ss.
- , *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 102 e ss.
- FERRIER J-P., *La participation des administrés aux décisions de l'administration*, in *Rev. droit publ.*, 1974, pp. 663 e ss.
- FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo: dal processo al procedimento con pluralità di dati*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1996
- FOÀ S., *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 1147 e ss.
- FOLLIERI F., *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 285 e ss.
- , *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, pp. 1 e ss.

- FORTI U., «Atto» e «procedimento» amministrativo (note critiche), in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, pp. 349 e ss.
- , *Diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1931
- FRACCHIA F., *Autorizzazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 598 e ss.
- , *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 11 e ss.
- FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016
- , *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 623 e ss.
- , *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 503 e ss.
- , *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 42 e ss.
- GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013
- , *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 369 e ss.
- GALATRO V. – SGRO A., *L'avvio del procedimento: procedura, giurisprudenza, questionario: nuovi casi pratici risolti ed annotati con numerosi e recenti orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009
- GALEOTTI S., *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957
- , *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, pp. 504 e ss.

- GALETTA D.U., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 69 e ss.
- , *Il principio di proporzionalità*, in RENNA M. E SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, pp. 389 e ss.
- , *Il principio di proporzionalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 11 e ss.
- , *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, pp. 603 e ss.
- , *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998
- GALGANO F., *Diritto privato*, XVI ed., Cedam, Padova, 2013
- , *Trattato di diritto civile*, vol. II, III ed., Cedam, Padova, 2015
- GALLO C. E., *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in GALLO C. E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 7 e ss.
- GAMBARDELLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2016
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I – II, Civitas, Madrid, 2017
- GARDINI G., *Comunicazione di avvio del procedimento e obbligo di risultati: ossia della difficoltà di informare semplificando*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 183 e ss.
- , *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 483 e ss.
- , *La comunicazione degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1990
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015

- GENTILI A., *Pretesa*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 1 e ss.
- GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, Cedam, Padova, 1971
- GIACCHETTI S., *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, pp. 1910 e ss.
- , *La giurisdizione esclusiva tra l'essere ed il divenire*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, vol. II, Ist. Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989
- , *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Cons. St.*, 2000, pp. 2038 e ss.
- GIANI R., *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. app.*, 2012, pp. 96 e ss.
- GIANNINI M. S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, cc. 167 e ss.
- , *Accertamento (diritto amministrativo e costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 220 e ss.
- , *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970
- , *Giustizia amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1963
- , *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981
- , *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950
- , *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977
- , *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, 1940, ora in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1973, pp. 179 e ss.
- , *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 769 e ss.
- , *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 94 e ss.
- , *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 522 e ss.

- , *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939
- GIANNINI M. S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 229 e ss.
- GIGLIONI F. – LARICCIA S., *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, pp. 943 e ss.
- GIGLIONI F., *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 202 e ss.
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013
- GIULIETTI W., *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, Torino, 2008
- GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Giuffrè, Milano, 1996
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 585 e ss.
- , *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980
- GUALMINI E., *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma - Bari, 2003
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 266 e ss.
- , *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Jovene, Napoli, 1949
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1942
- , *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957

HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, IV ed., Larose & Forcel, Paris, 1901

IANNOTTA L., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 299 e ss.

—, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in IMMORDINO M. – POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 433 e ss.

—, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 57 e ss.

ILACQUA A., *Il «prezzo» del soccorso istruttorio*, in *Giustamm.it*, 2015, pp. 1 e ss.

IMMORDINO M., CAVALLARO C.M., GULLO N., *Il responsabile del procedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 433 e ss.

JANNUZZI A., voce *Denuncia di nuova opera. (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 172 e ss.

LACAVALA G., *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 1141 e ss.

LANGROD G., *La procédure administrative non contentieuse à la lumière des tendances modernes en Droit administratif comparé*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Giuffrè, Milano, 1960

—, *Procédure administrative et droit administratif*, in *Revue de droit public*, 1948, pp. 549 e ss.

LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, Jovene, Napoli, 2008

- , *Il principio di semplificazione del procedimento*, in RENNA M. E SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 533 e ss.
- , *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 262 e ss.
- , *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 475 e ss.
- , *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 679 ss.
- , *Procedimento amministrativo e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio e autoresponsabilità privata*, Philos, Roma, 2005
- LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964
- , *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80': atti del 30. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Giuffrè, Milano, 1987
- , *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 376 e ss.
- , *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 158 ss.
- LEONARDI R., *Sulla necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento anche per gli atti vincolati, in corso di pubblicazione*, in *Foro amm. TAR*, 2002, pp. 249 e ss.
- LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Cedam., Padova, 1967
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967
- , *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv trim. dir. pubbl.*, 1977, pp. 1625 e ss.

- LIGNANI P.G., *La disciplina del procedimento e le sue contraddizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 568 e ss.
- LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000
- , *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A. – S.C.I.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1223 e ss.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1998, pp. 155 e ss.
- LONGOBARDI N., *Le "Amministrazioni indipendenti". Profili introduttivi*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993
- LUCARELLI A., *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Politica del diritto pubblico*, 2003, pp. 129 e ss.
- LUHMANN N., *Legitimation durch verfahren*, 1975, trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995
- , *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1972, trad. it., *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990
- MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000
- MANNA G., *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Jovene, Napoli, 1986
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, III ed., Laterza, Roma - Bari, 2001
- MANNUCCI G., *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della Dia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1079 e ss.
- , *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016

- MANZI A., CARUSO P., *Il nuovo soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.*, 2016, pp. 907 e ss.
- MARI G., *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, in *Foro amm. TAR*, 2002, pp. 1133 e ss.
- MARTINES F., *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Giuffrè, Milano, 2011
- , *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, pp. 1 e ss.
- MARZUOLI C., *Diritti e Interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 18 e ss.
- , *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 207 e ss.
- , *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, pp. 133 e ss.
- MASI A., *Denuncia di nuova opera (storia)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 155 e ss.
- MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1365 e ss.
- , *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 707 e ss.
- MATTALIA M., *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 573 e ss.
- MATTARELLA G.P., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Cedam, Padova, 2000
- MAZZAMUTO M., *L'amministrazione senza provvedimento: la SCIA*, in PORTALURI P.L. (a cura di), *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti pubblici e la riforma Madia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 33 e ss.

- MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996
- MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1976
- MERUSI F., *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 543 e ss.
- , *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 579 e ss.
- MERUSI F. – TOSCANO G., *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 1 e ss.
- MESSINA G., *La simulazione assoluta*, ora in *Scritti giuridici*, V, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 69 e ss.
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, f.lli Bocca, Torino, 1982
- MIELE G., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, 1933, III, cc. 376 e ss.
- , *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig.*, VII, Torino, 1968, pp. 686 e ss.
- , *I principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1953
- , *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, A.R.E., Roma, 1931
- , *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, pp. 114 e ss.
- MIGNONE C., *Note sul responsabile del procedimento*, in *Quaderni regionali*, 1991, pp. 39 e ss.
- MODUGNO F., *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 301 e ss.
- MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 e ss.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI L. e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II ed., Monduzzi, Bologna, 2005
- , *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1989, pp. 1 e ss.

- MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *Appalti pubblici*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 495 e ss.
- MORON M. S., *Derecho Administrativo*, XIII, Tecnos, Madrid, 2017
- NICOSIA F. M., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa «non discrezionale»*, Jovene, Napoli, 1991
- NIGRO M., *Commissione per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi. Appunto introduttivo*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1984, pp. 79 e ss.
- , *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1962, pp. 810 e ss.
- , *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, vol. II, Ist. Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, pp. 566 e ss.
- , *Giustizia amministrativa*, IV ed., Il Mulino, Bologna, 2002
- , *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 230 e ss.
- , *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in TRIMARCHI F. (a cura di), in *Il procedimento legislativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione, Atti del Convegno Messina – Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 15 e ss.
- , *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953
- , *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, cc. 469 e ss.
- , *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 252 e ss.
- , *Sulle decisioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1950, pp. 15 e ss.

- OCCHIENA M., *Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in *Foro it.*, 1999, III, cc. 268 e ss.
- , *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e soc.*, 1998, pp. 475 e ss.
- , *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4128 e ss.
- , *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Dir. dell'economia*, 2001, pp. 601 e ss. e 2002, pp. 31 e ss.
- , *Situazioni soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002
- OCCHIENA M., GARUZZO H., *Documenti e informazioni complementari*, in SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1593 e ss.
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, S.E.L., Milano, 1901, pp. 675 e ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *“L'astratta e infeconda idea”. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, pp. 569 e ss.
- , *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Giuffrè, Milano, 2005
- , *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 e ss.
- , *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, II, Torino, 1988, pp. 58 e ss.

- ORSI BATTAGLINI A., MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 496 e ss.
- PAJNO A., *Gli articoli 19 e 20 della legge 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 24 e ss.
- , *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 663 e ss.
- PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 289 e ss.
- PALEOLOGO G., *Denuncia amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 1 e ss.
- , *Istanza III) Istanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1988, pp. 1 e ss.
- PALICI DI SUNI PRAT E., *Il diritto al procedimento: profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1994
- PASTORI G., (a cura di), *La procedura amministrativa*, Neri pozza, Vicenza, 1964
- , *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Contributi alle iniziative legislative in corso, Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 18-20 settembre 1986*, Giuffrè, Milano, 1989
- PATRONI GRIFFI F., *La legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, cc. 65 e ss.
- PERFETTI L.R., *Funzioni e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 53 e ss.

- , *Il permanere di paradigmi disciplinari e le difficoltà della semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 457 e ss.
- , *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 850 e ss.
- PERICU G., *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1971
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Jovene, Napoli, 2014
- PERLINGIERI P., FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004
- PIGNATARO S., *Il responsabile del procedimento amministrativo alla luce delle innovazioni in atto nella pubblica amministrazione*, in *Trib. amm. reg.*, 2003, pp. 298 e ss.
- PINELLI C., *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa - Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 355 e ss.
- , *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 35 e ss.
- , *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 881 e ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962
- PIZZANELLI G., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Giuffrè, Milano, 2010
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997
- PORTALURI P.L., *Disposizioni in tema di semplificazione procedimentale: pareri, conferenze di servizi, accordi di programma*, in *I servizi demografici*, 1999, pp. 457 e ss.

- , *La partecipazione dei privati ai procedimenti di formazione del piano*, in FOLLIERI E. E IANNOTTA L., *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2010, pp. 975 e ss.
- , *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Giuffrè, Milano, 1998
- POSTERARO N., *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del nuovo art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, pp. 1338 e ss.
- , *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Editoriali scientifica, Napoli, 2018
- PREDIERI A., *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nel procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1964
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2010
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008
- , *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1998, pp. 968 e ss.
- , *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 993 e ss.
- PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 452 e ss.
- , *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 164 e ss.
- RACCA G., *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XIII, Torino, 1997, pp. 368 e ss.
- RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 894 e ss.
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, cc. 7 e ss.

- RENNA M., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge 241*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 535 e ss.
- , *Il responsabile del procedimento a dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 297 e ss.
- , *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 13 e ss.
- , *Le ragioni di urgenza impeditive dell'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento*, in *Foro it.*, 2003, V, cc. 305 e ss.
- , *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 557 e ss.
- , *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi procedurali "pretensivi"*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 812 e ss.
- RENNA M. e SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1975
- RISSO F., *Il principio delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm. CDS*, 2013, pp. 2530 e ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1990
- ROMANO A., (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016
- , *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 512 e ss.
- , *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, III, cc. 258 e ss.
- , *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80': atti del 30. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*

- promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 155 e ss.
- , *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Cedam, Padova, 1937
- , *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 104
- , *Principi di diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1906
- ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 35 e ss.
- , *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 17 e ss.
- , *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Messina*, 1981, pp. 409 e ss.
- ROMEO G., *Il cittadino e il giudice amministrativo davanti al procedimento*, in *Dir e proc. amm.*, 1993, pp. 122 e ss.
- RUSSO E., *Il concetto di diritto soggettivo*, in DONATI A., GARILLI A., MAZZARESE S., SASSI A. (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. I, DONATI A., SASSI A. (a cura di), *Diritto Privato. Fondamenti etici e processo*, Utet, Torino, 2009, pp. 617 e ss..
- RUSSO M.A., *Dichiarazione di inizio attività (DIA)*, in *Enc. dir.*, agg. XVIII, Milano, 2010, pp. 1 e ss.
- RUSSO S., *A chi serve la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 2725 e ss.
- RUSSO S. e NAVARRA G., *Il responsabile del procedimento amministrativo nella pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini, 1998
- SAITTA F., (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: commentario sistematico*, Cedam, Padova, 2008

- , *Il procedimento amministrativo «paritario» nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, pp. 457 e ss.
- , *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e Soc.*, 2001, pp. 491 e ss.
- , *Sul cd. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, tomo I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 391 e ss.
- SALA G. A., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993
- SALVIA F., *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 447 e ss.
- SANDULLI A., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano, Napoli, 1963
- , *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940 (rist. 1964)
- , *Il procedimento amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 976 e ss.
- , *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998
- , *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989
- , *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1021 e ss.
- , *Proporzionalità*, in CASSESE S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4643 e ss.
- SANDULLI M.A., (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017
- SANTORO PASSARELLI F., *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 203 e ss.
- SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 301 e ss.

- SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it.. SCIALOJA V., I, Utet, Torino, 1886
- SCHINAIA E., *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, pp. 186 e ss.
- SCHLESINGER P., voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 371 e ss.
- SCOCA F. G., *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 557 e ss.
- , *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979
- , *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Jovene, Napoli, 1999
- , *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giuffrè, Milano, 2017
- , *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 28 e ss.
- SCOGNAMIGLIO A., *Denuncia (dir. amm.)*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1784 e ss.
- , *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004
- , *Istanze alla pubblica amministrazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3284 e ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 331 e ss.
- SCOTTI E., *Dichiarazione di inizio attività Scia*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 582 e ss.
- , *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la via e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, pp. 353 e ss.

- SEARLE J.R., *Speech acts. An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Londra, 1969, trad. it., CARDONA G.R., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976
- SENZANI D., *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, II ed., Giappichelli, Torino, pp. 387 e ss.
- SEPE O., *Comunicazione, informazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 54 e ss.
- SIMON H.A., *Administrative behaviour*, II ed., New York, 1957, trad. it., *Il comportamento amministrativo*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2001
- , *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985
- , *Decision Making and Administrative Organisation*, in *Public Administrative Review*, 1944, pp. 16 e ss.
- , *La ragione nelle vicende umane*, Il Mulino, Bologna, 1984
- SIMONATI A. *La disciplina della SCIA edilizia fra principi del governo del territorio e semplificazione amministrativa*, in *Le regioni*, 2016, pp. 589 e ss.
- SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano, 2010, pp. 46 e ss.
- , *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2014
- , *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, cc. 205 e ss.
- , *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di «interessi legittimi»*, comparando, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Cedam, Padova, 2005, pp. 227 e ss.
- , *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, pp. 3917 e ss.

- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale - La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003
- , *Il principio di buon andamento*, in RENNA M. E SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 117 e ss.
- SPASIANO M.R., *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 3041 e ss.
- SPINA G., *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione - Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013
- SQUAZZONI A., *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate: un primo bilancio*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 915 e ss.
- STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 24 e ss.
- STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico: riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999
- STRAZZA G., *La SCIA nei decreti attuativi della "riforma Madia"*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 74 e ss.
- TACCALOGNA G., *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. CDS*, 2008, pp. 1313 e ss.
- TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 445 e ss.
- , *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008

- , *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 299 e ss.
- TENTOLINI O., *Denuncia amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, V., Torino, 1960, pp. 456 e ss.
- TERRACIANO G., *Sull'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento*, in *Foro amm.*, IX, 1994, pp. 2177 e ss.
- TONOLETTI B., *La comunicazione di avvio del procedimento nell'interpretatio giurisprudenziale (la questione degli atti vincolati e dichiarativi)*, in ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La l. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 329 e ss.
- TORCHIA L., *I modelli di procedimento amministrativo*, in TORCHIA L., (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova, 1993, pp. 33 e ss.
- , *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 291 e ss.
- , *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 385 e ss.
- TORRICELLI S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Giuffrè, Milano, 2007
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, ILVI ed., Cedam, Padova, 2013
- TRAVI A., *Decisione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, IV, Torino, 1989, pp. 524 e ss.
- , *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, pp. 347 e ss.
- , *Interessi procedimentali e pretese partecipative: un dibattito aperto*, in *dir. pubbl.*, 1997, pp. 531 e ss.
- , *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 645 e ss.

- , *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*, 2016, pp. 6 e ss.
- , *Proposta*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1997, pp. 100 e ss.
- TREVES G., *Il principio «audi altera partem» nel procedimento amministrativo*, in *Tecnica dell'organizzazione della P.A.*, 1957, pp. 19 e ss.
- TRIDIMAS T., *The general principles of Eu law*. OUP, Oxford, 2006
- TRIMARCHI BANFI F., *Aspetti del procedimento per la valutazione di impatto ambientale*, in *Amministrare*, 1989, pp. 275 e ss.
- , *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 15 e ss.
- TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 107 e ss.
- USAI S., *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, pp. 1134 e ss.
- VALLE L., *Comunicazione di avvio del procedimento e atti vincolati: dalla giurisprudenza alle disposizioni legislative*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 1237 e ss.
- VALORZI A., *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Cedam, Padova, 1999
- VANDELLI L., *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 417 ss.
- VERBARI G.B., *Principi di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000
- VERNILE S., *Il provvedimento in forma semplificata*, Editoria scientifica, Napoli, 2017

- VERZARO S., *In tema di comunicazione del procedimento amministrativo: l'art. 7 e la normativa previgente*, in *Giur. it.*, 1997, IV, cc. 225 e ss.
- VESPERINI G., *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Gior. Dir. amm.*, 2010, pp. 203 e ss.
- VIGNOCCHI G., *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008
- VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 195 e ss.
- VILLATA R., SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XI, Torino, 1995, pp. 574 e ss.
- VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Cedam, Padova, 2002
- VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972
- VITTA C., *Atti certificativi e decisioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1924, IV, cc. 97 e ss.
- VOLPE F., *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e di merito)*, in *Giustamm.it.*, 2016, pp. 2 e ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite: legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1956
- , *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1918, pp. 169 e ss.

Bibliografia

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996

ZOTTA M., *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, pp. 135 e ss.