

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

**PRIME CONSIDERAZIONI SU SITUAZIONI GIURIDICHE
PROCEDIMENTALI, ORGANIZZAZIONE, FUNZIONE. A
MARGINE DELLA RILEVANZA DELL'ART. 6 CEDU**

**FIRST CONSIDERATIONS ON SUBJECTIVE
PROCEDURAL POSITIONS, ORGANIZATION,
FUNCTION. THE RELEVANCE OF ARTICLE 6 ECHR**

SINTESI

La concezione delle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito del diritto amministrativo merita una rimediazione in relazione al rapporto in cui esse si pongono rispetto alla funzione, la quale, nella sua considerazione quale farsi della decisione, è punto di sintesi tra il piano organizzativo e procedurale, da un lato, e quello teleologico, che la stessa struttura della funzione esprime, dall'altro.

Sotto tale profilo, si è già avuto modo di considerare come, in relazione alle situazioni giuridiche prettamente procedimentali, il nostro assetto ordinamentale consenta di ricavare una connotazione della funzione, riferita all'attività posta in essere dalla P.A., che, appunto nell'ambito in relazione al quale le situazioni procedimentali trovano riscontro, prenda le mosse dal rilievo teleologico attribuito in tal senso alla partecipazione. Questo si verrebbe a ricavare dal modello procedimentale fatto proprio dal diritto positivo in quanto espressione di un dato ordinamentale, sia sotto il profilo costituzionale sia in relazione al diritto europeo.

In questo modo, risulta possibile procedere alla ricostruzione di differenti modelli procedimentali, tra cui in particolare quello dell'azione generale dell'Amministrazione, che è caratterizzato nel senso di un contraddittorio misto collaborativo/garantisco, e come tale si differenzia da un modello che si connota in senso prettamente garantistico.

Al fine della considerazione dei diversi modelli sotto il profilo strutturale, un ruolo di particolare importanza riveste l'art. 6 CEDU, sul canone del giusto processo, il quale, nella sua interpretazione giurisprudenziale, consente di collocare le garanzie procedurali degli amministrati in un più ampio quadro di relazione tra procedimento e processo, così da individuare la possibilità di differenti modelli procedurali sotto il profilo strutturale. In questo senso, si è

allora ritenuto di poter procedere alla ricostruzione dei vari modelli procedimentali, considerandone gli aspetti nell'intima correlazione che si verifica tra profilo organizzativo e modalità di esplicazione del contraddittorio. Le situazioni giuridiche procedimentali si vengono a declinare di conseguenza, in modo differente, quindi, in relazione al diverso modello preso in considerazione; modello che, come visto, risulta per tale via idoneo a far rilevare il dato teleologico su un piano strutturale.

Particolare rilievo è stato dato all'analisi della possibilità che la violazione delle situazioni procedurali sia idonea ad invalidare la decisione adottata. Sotto tale aspetto, si è ritenuto che l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, lungi dal rappresentare un *vulnus* alle esigenze partecipative, risulta invece idoneo ad integrare, sotto un profilo strutturale, la regola propria della violazione del contraddittorio il cui modello procedurale sia improntato ad una modalità partecipativa di stampo collaborativo/garantistica, giacché l'invalidità del provvedimento, alla luce di tale disposizione, può essere posta in diretta correlazione con la violazione della momento teleologico che la partecipazione riveste nell'ambito del procedimento.

Si sono poi considerate le Autorità amministrative indipendenti, e se il modello di funzione espresso dall'ordinamento in relazione ad esse possa essere considerato, sotto il profilo strutturale, di stampo prettamente garantistico.

ABSTRACT

In our approach, subjective juridical positions in administrative law must be considered in the light of the function, representing the conjunction between the structural side and the teleological side expressed by the function itself.

In this regard, Article 6 ECHR has a preeminent role, considering its aptitude to include different structural models of procedure, depending on the placing of the procedural guarantees in the administrative procedure or in the *ex post* judicial proceedings.

Subjective procedural positions reflect the model they belong to, having a different content – and being the consequences of their violation different – in a collaborative/guarantistic model compared to the ones in a strict guarantistic model.

In this view, the analysis is focused on the different procedural models that can be found in the Italian administrative law system.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; procedimento amministrativo; situazioni giuridiche procedimentali; art. 6 CEDU.

KEYWORDS: administrative law; subjective juridical positions; Article 6 ECHR.

INDICE: 1. Situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo: sintesi dell'attuale quadro di riferimento. - 2. Situazioni giuridiche procedimentali e struttura della funzione. - 3. Modelli strutturali della funzione e pretese procedimentali. - 4. (*segue*) Differenti modelli strutturali. - 5. Cenni (non) conclusivi e spunti per il proseguo dell'indagine.

1. Situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo: sintesi dell'attuale quadro di riferimento

Nell'esperienza del nostro ordinamento, può dirsi che il problema della situazione giuridica che si confronta con il potere amministrativo ha racchiuso, per così dire, l'intero paradigma delle questioni che ruotano intorno alla giustizia amministrativa.

Il dibattito intorno ad essa, lungi dall'essersi assopito pur dopo svariati anni dall'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, o con le importanti riforme intervenute sulla disciplina del processo amministrativo, conserva intatta la sua attualità, come testimoniato dal fatto che esso non si sia arrestato neppure di fronte alla grandiosa opera di sistemazione storica e teorica effettuata da F.G. Scoca¹.

In estrema sintesi, può dirsi, in proposito, che la visione maggiormente accreditata dell'interesse legittimo risulta essere quella per cui oggetto della situazione giuridica è l'interesse del privato al c.d. bene della vita, rappresentato dalla situazione effettuale che attraverso il provvedimento si vuole che venga posta in essere o che non venga posta in essere da parte dell'Amministrazione; un interesse che, tuttavia, non gode di sicura soddisfazione a fronte dell'attribuzione, in capo all'Amministrazione, di un potere di carattere discrezionale, cosicché ad esso non potrebbe attribuirsi la qualifica di pretesa in senso tecnico. È questa la versione più avanzata della declinazione che si può definire classica di interesse legittimo, e, si ripete, comunemente accettata in questa moderna accezione, che vede espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa e, con esso, il carattere di 'occasionalità' della sua protezione.

A tale concezione se ne oppone attualmente un'altra², ove la situazione giuridica del privato si viene a configurare all'interno di un rapporto strutturato

¹ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, ed ivi pp. 377 ss. sui contributi successivi all'entrata in vigore del Codice. Dopo tale opera, l'interesse legittimo è stato oggetto di ulteriori elaborazioni in particolare da parte di M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017; P. COTZA, *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017.

² Nell'ambito di questa diversa prospettiva, la più rilevante declinazione della situazione giuridica soggettiva si ritrova nella ricostruzione di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 617 e ss., la quale si colloca all'interno della più generale impostazione propria della Scuola fiorentina, di cui in particolare si veda A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infelice idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a*

quale obbligazione di mezzi, ovvero quale obbligazione senza prestazione, in ragione degli obblighi di protezione che scaturiscono dalle norme di produzione. In questo ordine di idee, si riconduce l'interesse legittimo ad un diritto di credito concernente l'obbligazione di mezzi, o si considera, comunque, la posizione del privato a fronte dei relativi obblighi di protezione.

Non può entrarsi, in questa sede, in modo più approfondito all'interno di tale indirizzo teorico. Ci si può limitare a rilevare che, se l'aspetto considerato lo si intende nel senso che detti obblighi di protezione siano idonei a coprire l'intera esperienza del rapporto tra potere pubblico e soggetti privati, i risultati a cui si giungerebbe non risulterebbero condivisibili, in quanto verrebbe ad essere svalutato, in tal modo, il profilo assiologico che, nell'individuazione della situazione giuridica soggettiva, lega il soggetto con la situazione effettuale³. A ciò si può aggiungere che, sotto il profilo normativo-strutturale, l'ordine di idee appena descritto rischia di non tenere adeguatamente in conto il rilievo strutturale che la funzione assume nella rappresentazione delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere amministrativo.

Tali considerazioni necessitano di un più ampio inquadramento, al fine di collocarle in un'ottica sistematica che consenta di rapportarsi alle tematiche più strettamente connesse all'oggetto della nostra trattazione.

In proposito, non pare inutile ricordare come, nel periodo intercorrente essenzialmente tra gli anni '60 e gli anni '90 del secolo scorso, il tentativo di conferire al potere amministrativo una legittimazione che non pervenisse dalla rappresentatività popolare degli organi politici, già allora in crescente crisi, sia passato per una sostanziale svalutazione del soggetto e una corrispondente oggettivizzazione del modello di produzione giuridica, il quale, attraverso l'elaborazione della funzione quale procedimento neutrale e obiettivo, idoneo a far emergere l'interesse pubblico concreto sotteso alla decisione amministrativa, fosse in grado di rispondere all'istanza partecipatoria della società e di attribuire alla decisione una fonte obiettiva di legittimazione⁴.

La totale espunzione del valore del soggetto dalla dinamica della produzione, che in talune delle impostazioni riconducibili a tale ordine di idee ha tro-

proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico), in *Quad. fior.*, 1989, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1307 ss., spec. 1328 ss.; ID., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005.

³ Per questa critica, cfr., in particolar modo, A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 273 e ss.

⁴ Si veda, in proposito, quanto affermato da A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. dell'Università di Messina*, 1981, 405 ss. Cfr. comunque ampiamente *infra*, al paragrafo seguente.

vato riscontro, non ha avuto però una generale accettazione. Piuttosto, la svalutazione del carattere psicologistico e volontaristico del potere pubblico si è rivolta verso la configurazione della funzione, più che come farsi del potere (della situazione effettuale), come farsi della decisione (della scelta sottesa all'esercizio del potere); e nell'ambito di tale impostazione si è cercato di rappresentare la complessità soggettiva che, nella procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, e nel nuovo assetto strutturale che la l. n. 241/1990 ha portato con sé in ordine alle relazioni organizzative proprie del momento della produzione, veniva necessariamente in rilievo⁵. Rispetto a tale ricostruzione, tuttavia, si è riscontrata in dottrina, nel periodo immediatamente successivo all'adozione della legge sul procedimento, anche in ragione della particolare valorizzazione degli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento da quella normativa introdotti, la tendenza a ricondurre la riferita complessità soggettiva ad un'ottica, più o meno sfumata, ma comunque tendente alla co-decisione, così tuttavia venendo a scontrarsi con l'obiezione per cui il soggetto a cui è rimessa la scelta finale rimane comunque l'Amministrazione⁶.

Si è allora iniziato ad assistere ad un'altra tendenza, la quale ha preso le mosse dalla circostanza che, a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, è divenuto evidente, complici anche i ben noti mutamenti a cui si è assistito soprattutto in quel periodo, come il tendenziale dissolversi dello Stato nella società civile stesse portando ad una neutralizzazione della sfera di autoritatività dell'Amministrazione attraverso una ricomposizione della divaricazione tra diritto privato e diritto pubblico, e tra le rispettive categorie concettuali⁷; ricomposizione resa possibile dal contestuale avvicinamento dello stesso modello privatistico a quello pubblicistico, con una sempre maggiore compressione della sfera interna del soggetto di diritto privato, tradizionalmente considerata in termini di autonomia.

L'impostazione di cui si dà riscontro ha così riconsiderato, in tale contesto, il rapporto tra Amministrazione e privato, per configurarlo, come detto, quale obbligazione senza prestazione, ovvero quale obbligazione caratterizzata da una prestazione di carattere strumentale, in ragione della sfera discrezionale

⁵ Cfr. ampiamente *infra*, al paragrafo seguente.

⁶ Sia consentito rimandare in proposito a quanto considerato in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, 5 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

⁷ Sul punto si veda, su tutti, la lucida analisi che, già all'inizio degli anni '90, compiva G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1992, 376 ss., rilevando (385) la «*crisi, in ultima analisi, di una categoria giuridica come crisi di un metodo e di una scienza, quella del diritto amministrativo e del diritto pubblico*».

dell'agire amministrativo, e in tal modo, come pure si è accennato, ha potuto inquadrare le corrispondenti situazioni giuridiche nell'ambito delle categorie di diritto comune.

Ora, certamente non è nell'orizzonte di idee di scrivere ricorrere ad un aprioristico utilizzo di categorie tradizionali, ovvero a deroghe agli ordinari modelli concettuali che, nell'invocata specialità della vicenda pubblicistica, troverebbero il loro fondamento; si è in più occasioni avuto modo di stigmatizzare tale approccio⁸, ed è da tale ordine di considerazioni che anche la presente trattazione deve prendere le mosse. Tuttavia, ciò non porta necessariamente all'accettazione di un modello che incentri la relazione sostanziale tra P.A. e privati sull'obbligo di protezione.

Opinando nel senso descritto, infatti, non soltanto si slega, come già riportato, la posizione del privato dal profilo assiologico che la caratterizza nel suo confrontarsi con il potere, ma si perviene anche ad una ricostruzione che sembrerebbe comportare un appiattimento del momento procedurale dell'azione amministrativa su quello sostanziale. Nel senso che, parrebbe, nel rapporto tra soggetto e potere, la struttura procedimentale dell'esplicazione di quest'ultimo tende ad essere relegata ai profili di rilevanza che essa viene a rivestire sul rapporto sostanziale, inteso nei termini di cui si è detto, e quindi, nella sostanza, ad un piano soltanto esterno rispetto alla stessa realtà procedurale. Mentre è proprio all'interno di questa realtà strutturale che le situazioni giuridiche coinvolte nel rapporto concernente il potere devono trovare la loro ricostruzione.

2. Situazioni giuridiche procedimentali e struttura della funzione

Non è questa la sede per tentare, non solo una ricostruzione, ma anche soltanto un abbozzo della sistematica delle situazioni giuridiche soggettive inerenti al potere amministrativo. Tuttavia, va rilevato come l'oggetto della nostra riflessione, concernendo il legame tra quelle che definiamo situazioni giuridiche di carattere procedurale e il paradigma della funzione e dell'organizzazione, vada necessariamente ad interessare tematiche di più ampio spessore generale, che in tale quadro si vengano a collocare.

L'ambito di rilevanza dell'oggetto della presente trattazione, infatti, presuppone una considerazione della funzione nella prospettazione del dato strut-

⁸ Cfr. A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, ed ivi in particolare l'*Introduzione* di V. CERULLI IRELLI.

turale ad essa inerente⁹, in ordine al quale si viene quindi a porre la stretta connessione tra attività e organizzazione¹⁰. E, rispetto a detto dato strutturale, la

⁹ La problematica si situa nel solco della più ampia considerazione della soggettività dello Stato, nel momento in cui viene meno, con il passaggio dallo Stato monoclasse borghese allo Stato pluriclasse, la possibilità di una contrapposizione dialettica tra lo Stato, da un lato, e il Parlamento, quale rappresentanza della società civile, dall'altro, risultando questo, nella nuova considerazione istituzionale, inglobato nello stesso Stato: cfr. P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 9 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 3 e ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, 10 ss. e 193 ss.; G. DI GASPARÈ, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 12 e ss., ed ivi i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca, tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, e italiana, dell'epoca.

Si pone il problema, in questo quadro, del rilievo giuridico di ciò che veniva definito, non trovando un rapporto intersoggettivo regolato dalla legge, come 'potere di supremazia speciale' (cfr. quanto riportato in F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, 139 ss.) e in generale della giuridicità dell'organizzazione, che la dottrina tradizionale è stata costretta a risolvere all'interno del paradigma pandettistico del rapporto giuridico: si vedano in particolare il ricorso alla scissione tra personalità giuridica e personalità reale dello Stato da parte di D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, ora in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, CEDAM, 1966, pp. 227 e ss.; l'utilizzo della coordinazione come nozione in grado di fondare i rapporti organizzativi ad opera di A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, Padova, CEDAM, 1931, spec. pp. 83 ss.; l'impostazione di U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, pp. 50 e ss. e 128 e ss., che considerava la giuridicità delle norme organizzative sulla competenza in ragione della loro idoneità a regolare in modo potenziale futuri rapporti giuridici.

L'alternativa era accedere all'impostazione istituzionistica, e risolvere la giuridicità nella pluralità degli ordinamenti (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1948, pp. 219-221, ed ivi anche la risoluzione del potere di supremazia speciale nella teoria degli ordinamenti). Rispetto ad essa, la dottrina successiva che si è collocata nella medesima ottica dimostrerà invero un approccio tendenzialmente sempre più sfumato rispetto alla originaria concezione dell'istituzionismo: si vedano in particolare E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 1 e ss. e 39 e ss.; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 91 ss.; F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963, 207 ss.; si veda inoltre M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1965, 103 ss. e 180 ss., il quale rilevava come il progressivo ampliamento dell'ordinamento generale avesse portato al venir meno dell'ordinamento organizzatorio riferibile alla P.A.

Facendo invece riferimento alla teorizzazione gradualistica kelseniana (come in F. Benvenuti, di cui subito *infra*), si è potuta fornire, rimanendo in una chiave di lettura normativistica, una giustificazione della giuridicità che prescindendo dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo, sulla cui base fondare una ricostruzione della teoria dell'organizzazione.

In ordine agli sviluppi del quadro di riferimento soggettivo, sotto il profilo organizzativo-strutturale, a cui del resto si è già accennato, si avrà modo di fare riferimento *infra*, nel testo.

¹⁰ In relazione al diverso fondamento da cui si sono prese le mosse si è venuto infatti a costruire il legame tra organizzazione e attività.

Questo ha trovato una compiuta sistemazione, in un'ottica riconducibile ai termini della costituzione materiale mortatiana, nelle pagine di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*

considerazione delle situazioni giuridiche procedurali si inserisce all'interno di una complessiva teorizzazione delle situazioni giuridiche che si confrontano nel quadro dell'esercizio del potere.

Sul punto, conviene prendere le mosse dalla concezione di Benvenuti della funzione. Di questa può ricordarsi come, rispetto alla diffusa impostazione che ha identificato la funzione sotto il profilo teleologico¹¹, vi sia invece una declinazione della funzione come concretizzazione del potere nell'atto¹², che,

della pubblica amministrazione, Milano, Giuffrè, 1966, spec. pp. 114 e ss. e 122 e ss., il quale, prendendo le mosse dall'interpretazione dell'art. 97 Cost., considera l'organizzazione come sviluppo logico del corpo sociale, quale differenziazione in seno ad esso, strumentale alla cura di certi interessi della collettività; la struttura prodotta, in questo modo, nel farsi dell'organizzazione, partecipa, non può che partecipare, alla considerazione dei fini dell'attività, è posizione del canone valutativo della futura attività, in un processo continuo organizzazione-attività-interessi: la decisione organizzativa si rivela, infatti, necessariamente come decisione d'indirizzo dell'attività, in una continuità tra organizzazione e attività amministrativa ove l'assorbimento fra le due è precluso (cfr. p. 125, n. 54, per la critica alla tesi di Berti) proprio dalla circostanza che è dalla loro contrapposizione dialettica che scaturisce l'esperienza giuridica.

Per la differente impostazione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968, si veda subito *infra*, nel testo e in nota.

Cfr. anche G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, CEDAM, 1969, pp. 81 e ss., in cui la qualificazione normativa interviene a formare i rapporti organizzativi e quindi la struttura organizzativa nel suo aspetto statico, la quale si lega all'azione concreta nella sua dinamicità attraverso l'interposizione dell'attività, di carattere mediato, di direttiva, che interrompe il gradualismo normativo.

In ottica legata all'istituzionalismo, M.S. GIANNINI, *Corso*, II, cit., pp. 116 e ss. e pp. 133 e ss., considera la norma organizzativa come norma che dà rilievo giuridico nell'ambito dell'ordinamento generale ad un centro di riferimento di interessi già esistente sul piano sociale, il quale assume in tal modo la connotazione di 'figura soggettiva': le figure soggettive sono espressione dell'interesse incorporato nella relativa norma organizzativa, quali norme di identificazione di interessi come pubblici, e sono individuate dall'ordinamento generale quali entità, anche prive di personalità giuridica, la cui azione faccia derivare la produzione di effetti giuridici (produzione che quindi avviene nell'ottica soggettiva propria di una concezione dualista del potere).

Sugli sviluppi ulteriori si veda *infra*, nel testo.

¹¹ Il riferimento è alla tradizionale posizione di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 179 e ss. Cfr. in tal senso quanto affermato da F. BENVENUTI, *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 2-3.

Per le differenti ricostruzioni del concetto di funzione, nella pluralità di significati che il termine assume, cfr. in particolare F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 301 e ss.; F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., pp. 1 e ss.; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, pp. 686-687; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2631 ss.; G. MARONGIU, *Funzione. II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 e ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 1 e ss., su cui *infra*, in nota; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, I-II, Padova, CEDAM, 1969-1974.

¹² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, VeP, 2006, pp. 1117 e ss.; ID., *Eccesso di potere*

come tale, si pone nell'ottica gradualistica propria della ricostruzione kelseniana.

Va notato peraltro come nell'impostazione di Benvenuti, pur ponendosi le basi per il superamento, secondo quanto già sopra ricordato, della tradizionale concezione volontaristica e psicologistica del potere attraverso la sua oggettivizzazione nella riferita caratterizzazione della funzione, non si determina anche la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine della produzione dei fenomeni giuridici. Nell'ottica di questo illustre Autore, il soggetto rimane legato alla produzione giuridica della situazione effettuale, e la funzione è ciò che descrive l'esercizio del potere, la cui manifestazione sensibile avviene nel procedimento, che della funzione rappresenta la forma.

Parte della dottrina immediatamente successiva a tale elaborazione, nel rapportarsi con la concezione della funzione appena riferita, tenderà tuttavia a superare il delicato equilibrio che nella formula benvenutiana si era raggiunto, estromettendo completamente, nell'ottica di una concezione prettamente oggettivistica del potere¹³, il soggetto dall'orizzonte della produzione giuridica, relegandolo al distinto piano dell'imputazione¹⁴.

amministrativo per vizio della funzione, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., pp. 991 e ss.

¹³ La concezione oggettivistica del potere si ritrova in G. MIELE, *Potere giuridico, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114 ss.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1950, 58 ss., ed ivi la nota definizione secondo cui «il potere giuridico è non già una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico, in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica». Invero, a questa declinazione del potere è stato tradizionalmente opposto che essa non negherebbe comunque l'attrazione del potere alla sfera di azione del soggetto giuridico: non è un caso che essa sia stata recepita anche da chi, come E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941-1942, 226 ss. (1942), spec. 228, n. 2 (riprodotto in ID., *La sostituzione processuale*, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 75 e ss., spec. 78-79, n. 134); E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 82 e ss. (che cita espressamente Miele e Garbagnati), ha qualificato il potere come situazione giuridica soggettiva; cfr. anche E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 296, secondo cui il potere è una forza (esplicito il richiamo a Miele e Garbagnati), invero misteriosa, che, proprio in quanto tale, deve sussistere in potenza in capo al soggetto a cui è attribuita la titolarità dell'atto in cui il potere stesso si concreta (tale affermazione viene giustificata sulla base della stessa rappresentazione energetica del potere, facendo cioè riferimento al principio fisico di conservazione dell'energia, per cui questa deve preesistere al suo uso, sia pure sotto altra forma). In effetti, il merito della concezione appena descritta risiede piuttosto nell'aver individuato il potere nella sua oggettiva consistenza (ancorché, nella considerazione di 'forza' o 'energia', non esente da ambiguità), il che consente di porsi nel senso della giuridicità in relazione alla norma ipotetica.

Sostanzialmente in senso analogo sulla considerazione oggettiva del potere e della sua correlazione tra piano soggettivo e piano oggettivo, una concezione più rigorosa si ha in G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1990 (rist. da *Rass. dir. pubbl.*, 1949), pp. 21 e ss., secondo cui il potere è la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto; il profilo dell'*an* è ad essa esterno,

In questo quadro si viene a collocare la teorizzazione di chi, avvertita l'inadeguatezza della personalità giuridica a porsi quale referente del fenomeno

attenendo al diverso piano delle situazioni giuridiche soggettive, le quali hanno invece ad oggetto il rapporto, considerato dalla norma, tra un soggetto e lo schema di un comportamento normativo dello stesso soggetto (in particolare, nel caso del potere, vi è una situazione giuridica dinamica, diritto o dovere, che ha come contenuto la fattispecie dinamica del potere): rispetto al potere, cioè alla relativa fattispecie, che concerne l'atto, il soggetto, considerato in astratto, individua un elemento interno ad essa che interviene come termine del rapporto; rispetto alla situazione giuridica, che concerne invece il rapporto, il soggetto interviene come elemento estraneo alla fattispecie dinamica. Anche in questo ordine di idee non si pone una netta separazione del potere dal soggetto, ma solo una considerazione del potere stesso sul piano della sua oggettiva consistenza normativa: si vedano in proposito i rilievi di F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956, pp. 75, n. 72, 94-96 e 218-219, secondo cui muovendosi, come fa Guarino, dalla legittima esigenza di una rigorosa differenziazione tra la situazione soggettiva e la fattispecie dinamica, risulterebbe tuttavia una rappresentazione deformata della realtà giuridica ravvisare nel requisito soggettivo un semplice elemento della fattispecie e non la proiezione di una preesistente situazione soggettiva, cosicché, di fatto, la derivazione dell'atto dal soggetto legittimato, di cui parla Guarino, non potrebbe che risolversi nella titolarità della situazione giuridica riferita al potere; analogamente F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., p. 102; A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 424. Come si vedrà (subito *infra*, in nota), nella prospettiva in esame, la separazione potrebbe avvenire solo distinguendo, come in F. Bassi, la fattispecie normativa del potere, da cui è espunto il riferimento soggettivo, da quella dell'atto, ove invece è presente nei termini dell'imputazione.

¹⁴ Si veda G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 209 e ss., spec. 219 e ss., nella cui elaborazione i fenomeni giuridici, distinti in quelli che attengono all'ordine della produzione e quelli che concernono l'ordine dell'imputazione, sono rappresentati, in relazione al primo dei due ordini, dal potere e dal procedimento, e, con riferimento al secondo, dalla persona giuridica e dalla responsabilità; figure intermedie, di sintesi, che descrivono gli aspetti terminali del campo della produzione e quelli iniziali dell'imputazione, sono l'organo e l'atto. In tale prospettiva, il potere è energia (non potenziale, bensì) attuale che si inserisce nello spazio compreso tra la norma e la sua attuazione «*e cioè nel gioco di elasticità della volontà normativa rispetto alla disciplina della fattispecie concreta*» (228), secondo il modello di cui subito *infra*, alle note successive. Da tale rappresentazione della produzione giuridica (pp. 266 e ss.) è espunta quindi la categoria del soggetto, a cui non potrebbe essere ascritta la titolarità del potere quale energia potenziale (che come tale rilevarebbe quale situazione giuridica appartenente al soggetto stesso), giacché, nella costruzione oggettiva delineata, il potere non potrebbe determinarsi su un piano di potenzialità, ma soltanto di attualità; il soggetto è quindi relegato alla realtà dell'imputazione, cioè all'atto, i cui elementi (273) «*non sono, sotto il profilo della produzione, che la scomposizione, fittizia giacché a posteriori, e retrospettiva, dei fattori, dalla cui confluenza è appunto scaturita l'energia riversata nella produzione*».

Nella ricostruzione di F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., pp. 95 e ss., per estromettere completamente il soggetto dall'ordine della produzione giuridica, si porta alle sue estreme conseguenze la contrapposizione tra detto ordine e l'ordine dell'imputazione. La distinzione avviene, rimanendosi in un'ottica prettamente normativista, considerando separatamente, attraverso il metodo della pluriquificazione normativa, la fattispecie normativa procedimentale e la fattispecie normativa dell'atto. La prima si rapporta alla modalità di attuazione del potere, considerata rilevante dall'ordinamento, attiene al momento della produzione e rispetto ad essa il soggetto è estraneo; la seconda attiene invece al momento statico dell'imputazione, e riguarda l'atto quale esito dell'attuazione del potere, attraverso il quale il potere si subiettivizza mediante, appunto, imputazione dell'atto stesso all'organo che sia competente alla sua emanazione.

della produzione, descrive quest'ultima come energia giuridica attuale, identificabile nel potere, che scaturisce dal continuo contatto tra realtà normativa e realtà istituzionale¹⁵, attraverso il quale avviene il progredire dell'ordinamento. Questa complessa teoria, che in definitiva sembra costituire una rimediazione critica dal punto di vista normativistico della teorizzazione istituzionistica¹⁶, porta a risolvere l'organizzazione nella dinamica del potere così descritta, nel senso che il nucleo organizzatorio essenziale scaturisce dalla composizione di

¹⁵ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 253 e ss., il quale, considerando che le forze dell'ordinamento sono da un lato la norma e dall'altro una determinata espressione istituzionale, riferibile agli ordinamenti particolari in cui si esprime la collettività, afferma che (pp. 259-260) nella produzione, tra questi ordinamenti e l'ordinamento complessivo come ordinamento normativo, non si frappone lo schermo della personalità, non opera cioè la separazione che rende distinguibili gli ordinamenti particolari da quello complessivo, ma «*queste entità partecipano alla produzione giuridica apportando ad essa la loro forza di ordinamenti e cioè integrando sotto tale profilo la forza dell'ordinamento normativo*». In questo quadro, (pp. 262 e ss.) la presenza degli ordinamenti particolari all'interno dei processi produttivi è dogmaticamente possibile attraverso la divisione tra la produzione e l'imputazione, delineando una fase o un momento della produzione dove gli ordinamenti, non presentandosi nella loro veste soggettiva, non si contrappongono all'ordinamento complessivo, ma si integrano in esso; tra i due livelli tra i quali si svolge la produzione giuridica, quello dell'ordinamento normativo e quello degli ordinamenti particolari, vi è corrispondenza nel senso che ad una norma o ad un gruppo di norme sull'attività corrisponde un ordinamento particolare ovvero una riunione di ordinamenti particolari. Il movimento giuridico si attua attraverso continui contratti tra tali poli, attraverso una composizione tra valore normativo e valore istituzionale, nel senso (pp. 266-267) che «*l'ordinamento particolare o l'istituzione si esprime (...) mediante impulsi nei confronti della norma, basati sulla percezione e sull'espressione di un interesse, la cui ricorrenza è potenzialmente ed ipoteticamente assunta nel contenuto della norma stessa*»: la forza o l'energia che regge l'attuazione dei processi produttivi è il potere, che «*non è dunque energia potenziale, ma attuale*», giacché «*l'ordinamento non è in se stesso mai potenziale, ma (...) esprime sempre una forza attuale*». Il potere, cioè, non può descriversi allo stesso modo della norma quale proposizione ipotetica; infatti (pp. 275-276) «*non tutte le espressioni obbiettive dell'ordinamento si possono trasferire in termini di proposizioni di dover essere. Il mondo obbiettivo non coincide cioè in tutto con la norma, in quanto contenente una proposizione circa il dovere di osservare un dato comportamento: l'ordinamento si afferma anche per la sua esistenza e cioè come modo di essere di una comunità e, così come vi sono figure che riproducono e ripetono il contenuto normativo dell'ordinamento, vi sono anche figure che riproducono il momento esistenziale dell'ordinamento stesso. Il potere appartiene a tale seconda categoria e, dominando e reggendo la produzione (...), è alcunché di esistenziale e non di normativo*»: ne consegue che i suoi risultati si definiscono in quanto esistenti e non come validi, cioè conformi al dato normativo.

¹⁶ In questo senso L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, 170, n. 130.

La caratterizzazione, nell'un senso o nell'altro, della teoria di Berti, è peraltro discussa, in ragione della complessità che strutturalmente la caratterizza: la iscrive nel più ampio filone dell'istituzionismo A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., 429; ne considera invece l'approccio normativista G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 187 e ss., ed ivi n. 84, anche in relazione al confronto con il precedente lavoro dello stesso G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986 (ristampa di una prima edizione provvisoria de *La pubblica amministrazione come organizzazione* del 1961, poi profondamente modificata per l'impianto e per buona parte del contenuto e delle argomentazioni nella successiva opera omonima), che invece si muoverebbe in un ambito caratterizzato da un forte tentativo di conciliazione teorica dei punti di vista istituzionista e normativista.

un valore istituzionale e di un valore normativo che dà luogo al potere¹⁷, per cui l'organizzazione amministrativa può concepirsi in senso dinamico come complesso di poteri¹⁸. In tale ambito, la funzione rappresenta il procedimento sostanziale attraverso il quale il potere si trasforma¹⁹.

¹⁷ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 369 e ss., secondo cui l'organizzazione in confronto al momento di imputazione della responsabilità dell'atto al soggetto, oltre a stabilire la misura del riferimento dell'atto all'organo, non è che un riflesso più prossimo e più netto della vera organizzazione giuridica, che fa riferimento al potere. Tra l'ordinamento complessivo e le istituzioni minori in esso ricomprese non si instaura un rapporto interpersonale, ma il rapporto scaturisce dalla circostanza che l'istituzione sia in grado di esprimere un valore istituzionale in grado di subire il confronto con la norma, idoneo, cioè, a comporsi con il valore normativo espresso dall'ordinamento complessivo, così da dar vita ad un potere. In questo senso, (383) «la posizione di un ordinamento istituzionale verso l'ordinamento normativo è già un dato organizzatorio. Se organizzazione è ordine di una giustapposizione costante di elementi strutturali, la relazione tra l'istituzione e la norma, in quanto espressione di un ordinamento normativo, è organizzazione»: (ivi, n. 18) «l'organizzazione entra nella realtà giuridica per così dire a pieno titolo, essendo appunto il risultato di un momento giuridico liminale quale è l'istituzione e di un momento giuridico più razionalizzato ma anch'esso originario, quale la norma». Poiché (384 ss.) il potere nasce da questa organizzazione, è anch'esso un fatto di organizzazione: esso porta in se stesso la soluzione della pluralità degli ordinamenti istituzionali (e degli interessi differenziati di cui essi sono espressione) nell'unità dell'ordinamento complessivo (e dell'interesse generale della comunità), e lo scioglimento dell'unità nella pluralità; in quanto formula organizzatoria di base, rende organizzazione la produzione stessa.

¹⁸ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 398-399, che in questo senso afferma che l'esercizio della competenza non è che la descrizione retrospettiva di una attuazione di potere, interpretata secondo gli strumenti dell'imputazione, ma, «poiché l'organizzazione giuridica ha un senso in quanto si traduca nell'attività giuridica e perciò è organizzazione in senso eminentemente dinamico, si può concludere affermando che il nucleo organizzatorio essenziale è il potere e che l'organizzazione amministrativa è una organizzazione di poteri, quali i soli elementi idonei, in quanto energie giuridiche, a interpretare e realizzare l'unità dell'ordinamento nella pluralità delle forze di cui esso si compone».

¹⁹ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 279 e ss., per cui la funzione è un modo di attuazione del potere, da non confondere con la sua forma, cioè con il procedimento in senso formale, che corrisponde invece alla realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione, la quale ha lo scopo di consentire il riscontro della validità del risultato della funzione (l'atto).

Ancora più netta la posizione di F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., pp. 123 ss., che abbandona la concezione del procedimento in senso formale contrapposta al procedimento sostanziale, per identificare la funzione in un modo tipizzato di attuazione del potere, con un'identificazione, quindi, della funzione nel procedimento; nel senso che di funzione, quale appunto modo tipizzato di attuazione del potere, può parlarsi solo in presenza di una fattispecie normativa che non è poi altro che la stessa fattispecie procedimentale, per come si ricava dall'ordinamento.

In generale può richiamarsi anche G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 40 e ss., p. 42, secondo cui «non è possibile considerare il procedimento come una forma, un recipiente che preesiste indipendentemente dal suo contenuto: la funzione. (...) Non esiste cioè un potere che si manifesta in più forme ma tanti poteri ciascuno con una propria disciplina procedimentale e quindi con una propria configurazione "formale". La disciplina del procedimento infatti indicando quelli che sono gli interessi da considerare connatura, sul piano materiale, il potere stesso»; in questo senso la formula di Benvenuti del procedimento come forma della funzione deve essere intesa (p. 43) come «un modo di percezione e insieme di qualificazione, attraverso il procedimento, del potere nella sua trasformazione, piuttosto che una vera contrapposizione di due realtà, formale e materiale, distinte».

La generale mancanza di accettazione di tale radicale declinazione del paradigma oggettivistico²⁰, di cui pure si è ricordato, non ha posto comunque in ombra la sua valenza critica nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, e la necessità di confrontarsi con una pluralità di centri di interessi all'interno dell'ordinamento complessivo. Tali esigenze, tuttavia, sono state piuttosto incanalate, per così dire, in una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo, nell'ambito della globale esplicazione della funzione; la quale determinazione, si aggiunge, ha ricevuto riscontro nell'assetto della l. n. 241/1990²¹, con una nuova considerazione dell'impianto organizzativo proprio del momento della produzione²².

I rilievi appena effettuati trovano una compiuta affermazione nello sviluppo che ha avuto il concetto di funzione, il quale, come già accennato, rispetto al generale canone fornito da Benvenuti del farsi del potere, ha dovuto rispondere alla necessità di porre in risalto l'aspetto contenutistico della riferita attività di trasformazione, di modo da caratterizzarne compiutamente l'aspetto sostanziale, ed effettuare così una distinzione tra il momento che si riferisce in senso proprio alla modificazione della realtà giuridica (la costituzione degli effetti) e il momento che attiene al venir in essere della determinazione ad essa corrispondente.

La funzione è stata quindi declinata quale processo formativo di una decisione²³, intesa come una scelta tra le diverse alternative che sulla base dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo²⁴, secondo un'impostazione che fa leva sugli studi che han-

²⁰ Si è parlato di assoluta inutilizzabilità di tale figura una volta che essa si definisca in termini di effettività pura, sfuggente a qualsiasi riscontro di validità normativa: A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., 431; in senso analogo M.S. GIANNINI, *Recensione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 318-319. Si è pure evidenziato il trascorrere dal piano normativo al piano descrittivo, e cioè sostanzialmente sociologico, della costruzione in esame: così M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p.72, n. 10, secondo un ordine di idee non accolto tuttavia da M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 318; G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., p. 191.

²¹ Nell'assetto che si è venuto determinando, e che nella l. n. 241/1990 trova riscontro, il criterio di organizzazione non può leggersi infatti nel senso della separazione tra momento della produzione e momento dell'imputazione: cfr. G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., pp. 407 e ss.

²² Sulle implicazioni che la legge sul procedimento amministrativo, e la previsione in essa del responsabile del procedimento, ha avuto rispetto all'assetto organizzativo complessivo e sulla considerazione del concetto di organo, si rimanda a quanto riportato in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 204 e ss.

²³ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, p. 242.

²⁴ F. LEDDA, *op. ult. cit.*, p. 243. La decisione riveste il ruolo corrispondente a tale modello concettuale. Come tale, si differenzia dal provvedimento in cui la decisione stessa si riversa: l'uno rappresenta infatti l'esplicazione del potere, inteso come situazione giuridica

no valorizzato il profilo di razionalità proprio del processo decisionale²⁵, nella loro applicazione all'attività amministrativa²⁶.

Sotto il profilo strutturale, la decisione trova nell'ambito del procedimento amministrativo il luogo di espressione della rilevanza giuridica della formazione della/e scelta/e: il procedimento costituisce infatti lo strumento che pone in correlazione il farsi della decisione con l'assetto organizzativo amministrativo, nella pluralità di centri decisionali coinvolti nello svolgimento dell'azione, e con i privati portatori di possibili soluzioni conformi agli interessi da essi stessi rappresentati. In questo quadro, è dunque nella caratterizzazione dell'attività valutativa esplicitantesi in un processo decisorio così delineato che l'azione amministrativa trova la sua oggettivizzazione, venendo meno, in relazione ad essa, possibili residui volontaristici e psicologistici.

3. Modelli strutturali della funzione e pretese procedurali

Le importanti implicazioni che derivano dalle considerazioni appena effettuate non possono essere indagate in tutti i loro aspetti. Ai fini del presente contributo, sarà sufficiente porre in rilievo alcuni punti, idonei a fornire gli elementi necessari per il progredire della nostra analisi.

Sotto un primo profilo, la concezione della funzione come trasformazione del potere nell'atto ne pone in ombra l'elemento teleologico, in maniera più

produttiva della situazione effettuale; l'altra si collega invece alla funzione, concepita nei termini descritti. Il collegamento tra i due termini è nel senso che il provvedimento, nel porre in essere la situazione effettuale, rappresenta la manifestazione (una delle possibili forme di manifestazione) della decisione (cfr. F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 248-249, che sul concetto di manifestazione richiama l'impostazione di A. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 442 e ss.).

²⁵ Questi studi, che si situano in generale nell'ambito dell'ottica del razionalismo limitato, hanno considerato come il processo di decisione si caratterizzi per l'elaborazione e il confronto di alternative che, a fronte di una determinata scala di valori – fissata nel corso dell'attività decisoria ovvero precedentemente determinata – consente di superare l'indeterminatezza iniziale e addivenire ad una soluzione del problema che concretamente si è venuto a porre nella realtà materiale. Si vedano in particolare H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2001 (ediz. orig. 1947); ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1985; J.G. MARCH, *Decisioni e organizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 1993 (ediz. orig. 1988); J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Teoria dell'organizzazione*, Milano, Etas, 2003 (ediz. orig. 1958).

²⁶ Cfr. in particolare M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 131 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, pp. 77 e ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, ESI, 2008, pp. 221 e ss.; da ultimo, nell'ottica della generale ricostruzione del concetto di comportamento amministrativo, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 215 e ss.

o meno marcata in ragione delle differenti teorizzazioni, così fondando una distinzione delle differenti procedure che sia riferibile al loro dato strutturale²⁷.

Sotto un secondo profilo, la rappresentazione della funzione come farsi della decisione consente una più specifica considerazione degli aspetti sostanziali ad essa inerenti, che dunque tendono ad emergere sotto il profilo strutturale²⁸.

Sotto un ulteriore profilo, può aggiungersi che, in tale quadro, l'emersione dei relativi rilievi contenutistici dipende dalla considerazione che l'ordinamento attribuisce ad una determinata attività sotto il profilo della funzione, e, conseguentemente, alla forma in cui essa, in considerazione di questo elemento strutturale, si viene a svolgere²⁹.

Tali elementi devono essere correlati al rilievo che assumono in ordine all'oggetto della nostra trattazione, concernente le situazioni giuridiche di carattere procedurale.

Ora, come si è avuto modo di considerare ampiamente in altra sede³⁰, il nostro assetto ordinamentale consente di ricavare una connotazione della funzione, riferita all'attività posta in essere dalla P.A., che, appunto nell'ambito in relazione al quale le situazioni procedimentali trovano riscontro, prenda le mosse dal rilievo teleologico attribuito in tal senso alla partecipazione. Questo si verrebbe a ricavare dal modello procedimentale, fatto proprio dal diritto positivo quale espressione di un dato ordinamentale sia in relazione al profilo costituzionale sia in considerazione del diritto europeo.

²⁷ Si entra in questo modo nell'ambito della tradizionale problematica della distinzione tra procedimento e processo, in ordine alla quale sia consentito rimandare all'analisi effettuata in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*, ed ivi i relativi riferimenti. Cfr. ora anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Ed. Scient., 2017, *passim*.

²⁸ Si pensi, in proposito, ai profili che in tal senso emergono negli studi concernenti la decisione. In particolare, la dottrina che si è soffermata sull'argomento ha solitamente considerato che il processo decisorio null'altro costituirebbe se non la rappresentazione, nel senso della funzione, dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, prendendo così come paradigma del modello decisorio quello proprio dell'attività discrezionale: cfr. ad es. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. 90; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*. Per un approccio strutturale differente e riferibile al fenomeno dell'accertamento si veda l'impostazione di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001, spec. pp. 75 e ss.; nonché, nella sostanza, anche quello di M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 92 e ss.

²⁹ Sotto questo profilo di ordine prettamente generale, non ci sembra di essere distanti dall'approccio di L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Meta-teoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 53 e ss., nel suo tentativo di coniugazione del momento strutturale e di quello teleologico della funzione.

³⁰ Cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*.

In particolare, tale modello andrebbe ricercato, in relazione alla considerazione dell'azione amministrativa in via generale, in quello della l. n. 241/1990, come suffragato dalla giurisprudenza costituzionale (che ha valorizzato in tal senso il combinato disposto degli artt. 97 e 24 Cost.), secondo un'impostazione, si aggiunge, che non dà motivi di contrasto con il diritto europeo³¹. Il modello in questione può dirsi caratterizzato da una modalità partecipativa di stampo misto collaborativo e garantistico³², la quale deve essere de-

³¹ Si deve rimandare, per gli opportuni riferimenti, a quanto detto ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 69 e ss. e pp. 101 e ss.

³² Secondo il senso che se ne è dato ne *Il contraddittorio*, cit., pp. 5 e ss.

In questo senso, i modelli che in quella sede si sono ipotizzati costituiscono la declinazione, sotto il profilo strutturale, del rilievo teleologico che la partecipazione riveste nel procedimento amministrativo, inquadrati secondo le tradizionali modalità partecipative: si è parlato quindi di modello misto collaborativo e garantistico, che costituisce il modello generale dell'azione amministrativa, e modello prettamente garantistico (di cui si veda per la sua applicazione *infra*, al paragrafo successivo).

Questi modelli possono trovare corrispondenza nell'ambito della più ampia riflessione che la dottrina processualistica ha dedicato al principio del contraddittorio, rispetto al quale sono ravvisabili, con riferimento al processo civile, impostazioni che declinano il contraddittorio in maniera prettamente garantistica, e tesi che invece si rifanno a canoni maggiormente sostanzialistici, come quelle di stampo difensivo che tuttavia del contraddittorio pongono in rilievo la valenza conoscitiva, nonché l'ulteriore indirizzo che valorizza il ruolo più propriamente epistemico che esso verrebbe ad assumere, insieme a tutte le differenti varianti intermedie: per una sintesi esaustiva, si veda C. GAMBA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 138 e ss., ed ivi i relativi riferimenti.

I differenti modelli trovano attualmente considerazione soprattutto in relazione all'obbligo del giudice di rimettere al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, ora sanzionato con la nullità della sentenza dall'art. 101, co. 2, c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009. Rispetto a tale nullità, infatti, si discute se, perché essa possa essere fatta valere, debba dimostrarsi, e in quali limiti, la possibilità per le parti pretermesse di influire sul contenuto sostanziale della decisione; si discute cioè se, nella sostanza, si possa seguire una *ratio* simile a quella di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 relativa all'invalidità del provvedimento. La questione è oggetto di attenzione anche in relazione al processo amministrativo: cfr. G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 163 e ss.; F. SAITTA, *La "terza via" ed il giudice amministrativo: la "questione rilevata d'ufficio" (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 827 e ss.; L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze a sorpresa e dintorni*, *ivi*, 2016, pp. 1048 e ss.

Da parte nostra, si è riferito al processo giurisdizionale il modello prettamente garantistico; mentre, come detto, si è dato differente rilievo al profilo teleologico della partecipazione nel modello generale di azione amministrativa, che assumerebbe carattere misto collaborativo/garantistico, rispetto al quale si viene a connotare la relativa funzione. In questo senso, si è potuta anche considerare la questione dell'invalidità dell'atto decisorio in ragione del mancato rispetto delle garanzie procedurali. Essa è stata posta in correlazione con il differente scopo a cui dette garanzie risultano preposte nei due diversi modelli, e quindi al conseguente differente declinarsi, in essi, della regola del raggiungimento dello scopo al fine di escludere l'invalidità: se in un modello prettamente garantista lo scopo che viene in questione è quello che la partecipazione possa avvenire, in un modello misto collaborativo/garantista lo scopo va riferito alla possibilità di partecipare al fine di esercitare un'effettiva influenza sul contenuto della decisione da adottare. Cfr. ampiamente *infra*, nel testo e in nota.

clinata in senso strutturale in ordine all'assetto complessivo di esplicazione della funzione.

A tal fine, riveste un ruolo di particolare importanza l'art. 6 CEDU, sul canone del giusto processo³³. Tale norma, infatti, nella sua applicazione ai rapporti di diritto amministrativo, lungi dall'imporre in via generale allo svolgimento dell'attività amministrativa un'equivalenza delle garanzie giurisdizionali espresse nel contenuto della disposizione, consente invece di collocare dette garanzie in un più ampio quadro di relazione tra procedimento e processo, così da individuare la possibilità di differenti modelli procedurali sotto il profilo strutturale³⁴. In questo senso, si è allora ritenuto di poter procedere ad una ri-

³³ Si rimanda ancora, anche per i relativi riferimenti, ad A. CARBONE, *Il contraddittorio*, cit., pp. 110 e ss.; cfr. anche ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 483 e ss., nonché a quanto verrà detto subito *infra*, alla nota successiva.

³⁴ In particolare, si è avuto modo di considerare (A. CARBONE, *Il contraddittorio*, loc. ult. cit.; ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU*, loc. ult. cit., ed ivi un ampio approfondimento delle tematiche qui sintetizzate, con i relativi riferimenti) come invero non vi sia, in ambito CEDU, un'autonoma rilevanza del diritto amministrativo, né sotto il profilo di specifiche garanzie per situazioni di carattere sostanziale, né sotto quello di una garanzia generale di carattere procedurale, atteso che l'art. 6, che di tale garanzia generale si fa portatore, si riferisce espressamente soltanto alle sanzioni penali e ai diritti civili. Tuttavia, l'analisi dell'interpretazione che ai concetti di *civil rights and obligations* e di *criminal offence* ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo consente di affermare che la rilevanza della materia amministrativa, tutt'altro che trascurabile, si esprime attraverso la sua emersione nell'ambito dell'art. 6 CEDU ascrivibile alle situazioni civili e penali, all'interno delle quali risultano incluse le situazioni ricomprese nei rapporti che, nell'ordinamento nazionale, sono riferibili al diritto amministrativo. Si esprime, inoltre, nei casi in cui il diritto sostanziale tutelato dalla Convenzione riguarda rapporti di diritto amministrativo. La rilevanza CEDU del diritto amministrativo si divide così in tre settori: ciò che rientra nelle *criminal charges* (che gode della protezione procedurale di cui all'art. 6, §§ 1-3, CEDU); ciò che rientra nei *civil rights and obligations* (per i quali valgono le previsioni di cui al § 1 del medesimo art. 6, nonché in via giurisprudenziale talune garanzie dei §§ 2-3 i cui principi siano applicabili nel caso di specie, ancorché sia stato notato come esse possano poi trovare differente applicazione rispetto alla materia penale: cfr. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 246); ciò che assume rilevanza sotto il profilo sostanziale in relazione ad un diritto garantito in ambito convenzionale (come ad es., il diritto di proprietà di cui all'art. 1, Protocollo addiz. CEDU).

Tanto considerato, si è poi pure evidenziato come, nonostante il dato letterale dell'art. 6 CEDU faccia riferimento al giusto processo (*fair trial*), la sua interpretazione da parte della Corte europea consenta di rapportare tale norma non solo al processo, ma anche al procedimento amministrativo. Tuttavia, si specifica ulteriormente, ciò non significa che il procedimento debba essere strutturato con le medesime garanzie che l'art. 6 prescrive per il processo giurisdizionale; che, cioè, la determinazione del diritto o l'irrogazione della sanzione debbano essere 'giuste' nell'ambito del procedimento e del processo, ognuno in sé considerato. Ai fini del rispetto della Convenzione, ciò che conta è che la vicenda, nella sua complessiva considerazione della parte procedimentale e di quella processuale, sia conforme ai canoni di cui all'art. 6: il principio accolto può dirsi che sia quello della *giusta determinazione del diritto/giusta irrogazione della sanzione nel suo complesso, attraverso la complessiva valutazione della vicenda processuale e procedimentale*. In questo senso, è sufficiente che vi sia, nella successiva fase giurisdizionale, una

compensazione *ex post* delle mancanze riscontrate nella fase amministrativa; è sufficiente quindi che la decisione adottata in sede amministrativa sia soggetta al sindacato di un organo conforme ai requisiti di cui all'art. 6 CEDU, purché detto organo possa effettivamente ed efficacemente influire sulla decisione già adottata, esercitando un sindacato di *full jurisdiction*.

Ora, rispetto a tali considerazioni di ordine generale, va detto che la dottrina italiana si sia sostanzialmente caratterizzata per un approccio critico rispetto alla realtà del nostro ordinamento: cfr. in particolare M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Edit. Scient., 2012, *passim*; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 569 e ss.; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 267 e ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*; ID., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 e ss.; ID., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2014, pp. 337 e ss.; ID., *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 1338 e ss.; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 2013, pp. 669 e ss.; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *ivi*, 2015, pp. 546 e ss.; ID., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 685 e ss. Da un lato, infatti, si richiede il tendenziale rispetto (quantomeno in materia penale, ove, va detto, la Corte europea si è sempre mostrata più rigorosa) delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU già nel procedimento davanti all'autorità amministrativa, giacché, si dice, la compensazione *ex post* sarebbe comunque una situazione peggiore rispetto alla presenza di tutte le garanzie già nel procedimento originario, anche in ragione dell'atteggiarsi di alcune di esse. Dall'altro, sotto il profilo della stessa compensazione *ex post*, si afferma che il sindacato effettuato dal nostro giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità non sarebbe compatibile con i requisiti della *full jurisdiction*, che, secondo quanto si ritroverebbe nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, richiederebbe – salvi soltanto i casi di *wide policy aims*, da considerarsi residuali – una piena sostituzione del giudice a quanto stabilito dall'Amministrazione, sostituzione che necessiterebbe degli strumenti propri della giurisdizione di merito (in disparte, invero, le perplessità che possono sorgere in relazione all'effettivo declinarsi di questa nella nostra attuale esperienza). Più complessa invece la posizione di C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, Edit. Scient., 2018, pp. 159 e ss. e pp. 226 e ss.; ID., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in corso di pubbl. in *Dir. proc. amm.*, 2019, la quale ritiene che le garanzie CEDU dovrebbero trovare riscontro soprattutto in sede procedimentale.

Da parte nostra, si è ritenuto di non dover in generale condividere il duplice ordine di rilievi appena descritto. Sotto il primo dei due profili, infatti, come risulta evidente già dal caso *De Cubber v Belgium*, 26 ottobre 1984, poi oggetto di sostanziale riscontro nella successiva giurisprudenza europeo-convenzionale, nei casi in cui venga in questione una decisione adottata da un'autorità amministrativa la Corte considera normale evenienza quella della compensabilità *ex post* (*Il contraddittorio*, cit., 127 ss.), mentre differente è l'approccio utilizzato con riferimento alle varie fasi processuali di una controversia giurisdizionale, ove la compensazione viene normalmente limitata alle violazioni concernenti le carenze in cui è incorso il singolo procedimento in concreto, ed è contenuta in limiti più rigorosi (*op. ult. cit.*, pp. 133 e ss.). Qualche ambiguità pare rimanere in materia penale in ordine a quelle che vengono definite *minor offences* e alla possibilità di compensazione al di fuori delle ipotesi ad essere

relative; anche se invero il tratto scriminante, al fine di ammettere una generale compensazione *ex post* anche quando sarebbe arduo parlare appunto di *minor offence*, sembrerebbe risiedere proprio nella circostanza che la sanzione sia irrogata da un'autorità amministrativa, non venendo in questione sanzioni *belonging to the traditional categories of criminal law* (*Il contraddittorio*, cit., 133, spec. n. 93, ed ivi il riferimento a *Jussila v Finland*, 23 novembre 2006, par. 43). Ai fini della compensabilità, assume inoltre rilievo come il nostro sistema di raccordo tra procedimento e processo, vale a dire la fase cautelare propria di quest'ultimo, non paia porsi in contrasto con l'esigenza di evitare che, nelle more della decisione davanti all'organo conforme all'art. 6 CEDU (il giudice), la decisione adottata in sede amministrativa sia idonea a determinare la situazione giuridica del privato (*Il contraddittorio*, cit., pp. 146 e ss., ove si dà comunque riscontro del maggiore rigore richiesto dalla Corte europea quando si verte in materia penale).

In ordine al secondo dei due rilievi sollevati, cioè l'idoneità del sindacato del giudice amministrativo di legittimità ad integrare gli standard della *full jurisdiction*, si deve considerare (*Il contraddittorio*, cit., 128 ss. e 140 ss., ed ivi la giurisprudenza cit., spec. a p. 130, n. 84, e p. 145, n. 122, nonché a p. 141, n. 116, e in quest'ultima il riferimento anche alla sentenza *Placi v Italy*, 21 gennaio 2014) che ciò che la Corte europea sembra richiedere ai fini del sindacato giurisdizionale compensativo è che questo sia un sindacato pieno in fatto e in diritto, un esame, cioè, *point by point of all questions of fact and law relevant to the dispute before it*, senza che ciò comporti una sostituzione dell'opinione del giudice a quella della P.A. (*«it can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities»*: *Fazja Ali v UK*, 20 ottobre 2015, par. 77; *Sigma Radio Television v Cyprus*, 21 luglio 2011, par. 153). In questo senso, particolare rilievo è stato dato alla circostanza che ci si trovi al cospetto di ciò che viene definito come *classic exercise of administrative discretion*, nonché al modo in cui la decisione amministrativa è stata adottata, in considerazione delle garanzie di cui comunque si è usufruito nell'ambito del procedimento, ai fini dell'esame complessivo della vicenda (cfr. *ex multis Fazja Ali v UK*, par. 78; *Sigma Radio Television v Cyprus*, par. 154). Il concetto di *classic exercise of administrative discretion*, inoltre, pare essere riferito dalla Corte sia alla discrezionalità amministrativa in senso proprio, sia anche a casi che potremmo definire di c.d. discrezionalità tecnica (cfr. la giurisprudenza cit. in *Il contraddittorio*, cit., 130, n. 84). Su tali basi si è quindi potuto concludere nel senso che la giurisdizione di legittimità permette un sindacato compatibile con i canoni europeo-convenzionali ove concepita, e concretamente esercitata, come giudizio di piena giurisdizione; ove cioè, rispetto ad un sindacato sul vizio di discrezionalità, che nella nostra esperienza si è venuto caratterizzando per l'utilizzo di parametri che permettono al giudice di andare a verificare compiutamente la correttezza dell'assetto di interessi posto in essere dalla P.A., il giudice non attui, come spesso ancora avviene, un criticabile *self-restraint*. Per la medesima conclusione, vedi ora anche F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019, 243 ss., 273; in precedenza, sostanzialmente in senso analogo anche F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 533 ss. Si noti in proposito come anche chi, nella nostra dottrina, si è espresso nel senso della necessità di un sindacato pienamente sostitutivo ai fini CEDU, più di recente ha considerato ambigua la giurisprudenza della Corte: si vedano M. ALLENA, F. GOISIS, *'Full Jurisdiction' under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in corso di pubbl.

Anche la decisione da ultimo adottata dalla *Grand Chamber* della Corte europea, *Ramos Nunes de Carvalho v Portugal*, 6 novembre 2018, parr. 176 ss., che sembra richiedere uno scrutinio più rigoroso in ordine alla *full jurisdiction*, specifica tuttavia che ciò si può avere in quanto *«in the instant case, the assessment of the facts and the review of the disciplinary sanctions imposed did not require specialised knowledge or specific professional experience, but could have come within the jurisdiction of any court. This was not a classic exercise of administrative discretion in a specialised area of law»* (si trattava di una procedura disciplinare nei confronti di un giudice, in ordine alla quale si lamentavano gravi

costruzione del modello procedimentale proprio in generale dell'azione amministrativa che prendesse le mosse dalla legge generale sul procedimento, valorizzandone gli aspetti sia sotto il profilo organizzativo, in ordine al particolare ruolo rivestito dal responsabile del procedimento nel suo rapporto con l'attività di decisione, sia in relazione alle modalità di esplicazione del contraddittorio³⁵.

Così sintetizzato il quadro di riferimento, può ora procedersi all'esame delle situazioni giuridiche di carattere procedimentale che in relazione a detto quadro trovano riscontro.

Si è accennato come le situazioni giuridiche di carattere sostanziale che si confrontano nel quadro dell'esercizio del potere si vengano a porre sul piano procedurale. Sulla loro puntuale declinazione non è possibile in questa sede

mancanze in relazione all'accertamento dei fatti). Peraltro, la *opinion* del Presidente Raimondi e dei giudici Nussberger, Jäderblom, Møse, Poláčková e Koskelo si pone anche in senso più permissivo, ritenendo la lettura della maggioranza eccessivamente intromissiva nei confronti della competenza dell'autorità disciplinare.

In questo contesto, può anche stemperarsi il presunto contrasto con il diritto CEDU – denunciato ad es. da F. GOISIS, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in B. GILBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, cit., 317 ss. – dell'art. 7, co. 1, seconda parte, d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2019, che, nel recepire la direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust, ha stabilito che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima». Tale contrasto non avrebbe ragion d'essere, purché si interpreti tale disposizione non come un ritorno ad un sindacato soltanto esterno sulle valutazioni tecniche opinabili, ma nel senso di ammettere un pieno riscontro dell'attendibilità della decisione anche opinabile, con effettiva valorizzazione del sindacato confutatorio, come del resto viene affermato da quella giurisprudenza da cui il legislatore sembra aver ripreso la formula utilizzata nell'art. 7: cfr. in questo senso, condivisibilmente, F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lgs. 19 gennaio, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1207 ss.; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, pp. 26 e ss., i quali pure evidenziano, tuttavia, l'ambiguità in questo senso del testo normativo.

Nel quadro delineato, può allora ribadirsi quanto già sostenuto in precedenza, che cioè l'art. 6 CEDU, nella sua particolare modalità di applicazione attraverso la compensazione *ex post*, permette di inquadrare, sotto il profilo strutturale, la modalità procedimentale della funzione che risulta espressa nel rilievo teleologico attribuito, in un determinato ordinamento in relazione ad un particolare attività, alla partecipazione. Ciò appunto in ragione delle diverse possibilità di modulazione delle garanzie che nella norma europeo-convenzionale in esame trovano espressione.

³⁵ A. CARBONE, *Il contraddittorio*, cit., pp. 202 e ss.

In particolare in quella sede, in ordine alla figura del responsabile del procedimento, si è avuto modo di specificare come la mancanza di una piena separazione dell'autorità decidente dalle parti rappresenti l'espressione, sotto il profilo strutturale, del modello di funzione in esame, che dunque, sotto tale aspetto, si declina strutturalmente in questa più limitata modalità di separazione, comprensiva della sua eventualità.

soffermarsi, ma può dirsi che in capo al privato sia da ravvisare una situazione giuridica sostanziale, espressa nella relativa pretesa, che si relaziona con una situazione effettuale, concernente il potere, che si vuole che la P.A. ponga o non ponga in essere. Rispetto a detta situazione soggettiva, vengono riconosciuti strumenti procedimentali al fine, appunto, di mettere il privato in condizione di poterne affermare la sussistenza nel procedimento. Questi strumenti, in relazione al soggetto che si afferma titolare della situazione di carattere sostanziale, si pongono come pretese procedimentali aventi ad oggetto beni strumentali (nello specifico, le garanzie del contraddittorio, la conclusione del procedimento entro un termine, ecc.) rispetto all'interesse sotteso alla pretesa sostanziale stessa.

Le pretese procedimentali, così individuate, sono quindi strumentali a far valere la situazione giuridica sostanziale in ambito procedimentale. Esse rilevano, tuttavia, autonomamente quali situazioni giuridiche di carattere procedurale³⁶, la cui lesione può essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, di modo da ottenere i rimedi giurisdizionali idonei a conferire la tutela che ad esse deve essere riconosciuta in relazione al modello procedurale corrispondente.

In proposito, può aderirsi quindi a quell'impostazione secondo cui le pretese procedimentali debbano essere considerate in maniera analoga alle pretese processuali in ambito giurisdizionale³⁷, purché – si badi – si tengano in dovuta considerazione le differenze presenti nel nostro ordinamento tra modello

³⁶ La categoria degli interessi procedimentali, come noto, ha trovato un'elaborazione a partire da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 275 e ss.; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 926, quali situazioni soggettive strumentali, autonome dall'interesse legittimo. L'autonomia di tale figura non fu però in generale accettata (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 21; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 300, n. 80, secondo cui, in mancanza di una disciplina della partecipazione del privato all'azione amministrativa, la posizione di quest'ultimo non si sarebbe potuta trasferire sui rapporti tipici della procedura; lo stesso M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 929, affermava che il modulo di tutela degli interessi procedimentali era quello degli interessi legittimi) e in generale fu messa in discussione da chi ha configurato gli interessi procedimentali come facoltà che tipicamente attengono, nel procedimento amministrativo, allo stesso interesse legittimo: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 114; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 34. Dopo l'adozione della l. n. 241/1990, la dottrina si è divisa tra chi ha continuato a considerare le situazioni procedimentali quali appunto facoltà inerenti agli interessi legittimi, chi le ha configurate come veri e propri diritti soggettivi, e chi come interessi c.d. partecipativi: sul punto, per le varie ricostruzioni, non si può che rimandare alla disamina compiuta in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 282 ss., spec. in nota; sul punto si veda in ogni caso anche M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 133 ss.

³⁷ Cfr. in tal senso, in via generale, L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 874-875.

procedimentale amministrativo e modello procedimentale giurisdizionale, nel senso chiarito dell'ottica della funzione. Il modello accolto in generale in ordine all'azione amministrativa, come visto, è infatti caratterizzato da una modalità partecipativa di stampo misto collaborativo e garantistica, ed è quindi differente rispetto a quello proprio del processo giurisdizionale, che deve considerarsi improntato ad un contraddittorio prettamente garantistico³⁸.

In tale quadro, si devono allora considerare anche i rimedi a dette pretese ascrivibili.

In generale, rispetto ad esse si tende ad ammettere la risarcibilità attinente alla violazione procedurale in sé; salvo aggiungersi, da parte degli autori più avvertiti, che ben difficile risulta la dimostrazione e la quantificazione di un danno siffatto. Per tale motivo, si auspica solitamente l'introduzione di rimedi particolari per le singole situazioni procedimentali lese³⁹.

Questi possono essere rimedi in forma specifica, come ad es. avviene per i rimedi tipici avverso il diniego di accesso, ora anche in relazione al c.d. accesso civico⁴⁰, ovvero – secondo un'opinione che poteva essere condivisibile al tempo in cui fu formulata, cioè prima che la l. n. 80/2005 riconducesse il rimedio all'alveo dell'azione di adempimento⁴¹ – per il ricorso avverso il silenzio. Possono anche essere rimedi per equivalente, attraverso la previsione di un indennizzo, come si verifica per il danno da mero ritardo, in forza del co. 1 *bis* dell'art. 2 *bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 98 del 9 agosto 2013.

Una particolare considerazione meritano, in tale ambito, i rimedi concernenti le situazioni inerenti al contraddittorio, in relazione alla possibilità che la

³⁸ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁹ Cfr. tra gli altri F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, c. 312; ID., *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 451-453; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche*, cit., pp. 455 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, p. 232.

⁴⁰ Cfr. l'art. 5, co. 7 e 8, d.lgs. n. 33/2013, nonché il testo dell'art. 116 c.p.a. come dal medesimo d.lgs. n. 33/2013 modificato.

⁴¹ Ci si riferisce ad A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 246 e ss., che descriveva la situazione successiva alla presa di posizione del Cons. St., Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n. 1, il quale aveva ritenuto che il ricorso avverso il silenzio, introdotto dalla l. n. 205/2000 attraverso l'inserimento dell'art. 21 *bis* della l. TAR, avesse ad oggetto unicamente il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione e non potesse estendersi all'accertamento della fondatezza della pretesa, prima di essere sconfessato sul punto dalla modifica apportata dalla l. n. 80/2005 all'art. 2, l. n. 241/1990. Al riguardo, per la considerazione del ricorso avverso il silenzio nell'ambito dell'azione di adempimento si rimanda ad A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 105 e ss.; ID., *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., pp. 98-99, n. 91.

loro violazione sia idonea ad invalidare la decisione adottata. Viene in evidenza, in proposito, la norma di cui l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, la quale, come noto, pone limiti all'annullabilità del provvedimento in relazione alla idoneità del vizio ad influire sulla determinazione del contenuto della decisione.

Ora, va detto che tale norma, lungi dal rappresentare un *vulnus* alle esigenze partecipative, come da più parti ritenuto, risulta invece idonea ad integrare, sotto un profilo strutturale, la regola propria della violazione del contraddittorio il cui modello procedurale sia improntato ad una modalità partecipativa di stampo collaborativo/garantistica, giacché l'invalidità del provvedimento, alla luce di tale disposizione, può essere posta *in diretta correlazione con la violazione del momento teleologico* che la partecipazione riveste nell'ambito del procedimento⁴².

Perché tale impostazione possa risultare accoglibile, tuttavia, deve potersi configurare una tutela autonoma di annullamento dell'atto in ordine alla violazione riferita, che partecipi dei caratteri propri del momento teleologico desumibile dal dato strutturale del modello di riferimento. Se così non fosse, se non fosse cioè configurabile una tutela di annullamento della decisione autonoma rispetto ai profili sostanziali a quest'ultima inerenti, lo svolgimento della funzione potrebbe sostanzialmente prescindere dall'esplicazione del momento partecipativo, che della funzione stessa rappresenta invece espressione.

A tal fine, riveste rilievo fondamentale la negazione della possibilità di procedere, in relazione ad essa, ad un'integrazione postuma della motivazione in giudizio da parte dell'Amministrazione.

La violazione del contraddittorio procedimentale, infatti, ancorché non rilevi in sé e per sé in ragione della natura e della struttura dello modello di contraddittorio considerato, ma vada riferita alla sua idoneità ad influire sul

⁴² Cfr. ampiamente A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 220 ss., spec. 230-231, ove in particolare si è considerato che l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, costituisce la *precisa modalità di esplicazione*, ai fini della valutazione dell'invalidità dell'atto, *della regola del raggiungimento dello scopo* delle garanzie procedurali nei procedimenti che esprimono una funzione sostanziale che si caratterizza nel senso descritto. In presenza di un rilievo teleologico della partecipazione in senso misto collaborativo-garantistico, infatti, lo 'scopo' che viene in questione non è quello che la partecipazione possa semplicemente avvenire, ma che essa possa avvenire al fine di esercitare un'effettiva influenza sul contenuto della decisione da adottare. Come tale, la modalità di esplicazione della regola del raggiungimento dello scopo, in questo caso, si declina in modo differente rispetto a quella che caratterizza l'applicazione della regola di cui all'art. 156, co. 3, c.p.c. nel processo civile, in ragione appunto del modello differente a cui quest'ultimo si deve ritenere faccia riferimento, un modello, cioè, ove il rilievo teleologico della partecipazione deve considerarsi essenzialmente garantista.

Sul punto cfr. anche quanto detto *supra*, in nota, in ordine all'espressione dei differenti modelli di contraddittorio.

contenuto sostanziale della decisione, non investe in pieno la situazione giuridica sostanziale del ricorrente laddove la forma di tutela non comporti la possibilità, per la P.A., di addurre motivi ulteriori, rispetto a quelli fatti valere nella motivazione dell'atto, al fine di escludere che il contenuto di quest'ultimo potesse essere in concreto differente. In questo modo, il vizio procedurale non perde la sua rilevanza all'interno della valutazione sostanziale dell'azione amministrativa, come invece necessariamente avverrebbe laddove fosse possibile portare alla cognizione del giudice un assetto di interessi alternativo non ricompreso negli elementi individuati nel quadro motivazionale della decisione⁴³.

Così ricostruita la violazione del contraddittorio, la valutazione del profilo sostanziale concerne soltanto l'influenza del vizio, come aspetto a quest'ultimo correlato in ragione del profilo teleologico della funzione; ed in questo senso dovrebbe essere quindi costruito l'oggetto del relativo giudizio⁴⁴.

La pretesa ad un procedimento in contraddittorio può in tal modo assumere la rilevanza di bene autonomo, distinto da quello sostanziale: quest'ultimo, infatti, se fatto valere attraverso la relativa domanda, se dunque portato ad oggetto del giudizio, consente (dovrebbe consentire) invece la possibilità di valutare la pretesa sostanziale al di fuori dei limiti degli elementi presi in considerazione nel procedimento, secondo un'impostazione più volte da chi scrive sostenuta⁴⁵.

Ciò che rileva è dunque la necessità di accogliere un'interpretazione della norma che non consenta, nel caso si voglia far valere la pretesa procedimentale al contraddittorio, di estendere la motivazione in giudizio; rispetto alla quale si viene peraltro a stemperare il riferimento all'attività vincolata ovvero discrezionale dell'Amministrazione, di cui alle due differenti proposizioni dell'art. 21 *oc-*

⁴³ Cfr. *Il contraddittorio*, cit., pp. 245 ss.

⁴⁴ Si impone dunque una considerazione dell'oggetto del giudizio in relazione all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, per cui, in caso di vizio inerente al contraddittorio, esso non venga di fatto a consistere nella pretesa sostanziale del privato. Nel senso dell'estensione alla pretesa sostanziale cfr. invece, da ultimo, S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in corso di pubbl. su *Dir. proc. amm.*, 2019.

⁴⁵ Cfr. *L'azione di adempimento*, cit., 254 ss.; *L'azione di condanna ad un facere*, cit., pp. 123 ss.

Va rilevato che, in tal modo, il vizio procedurale che si fa valere deve essere considerato in relazione di condizionamento rispetto alla ulteriore ed eventuale domanda concernente la pretesa sostanziale, ché, altrimenti, se ne verificherebbe necessariamente la perdita di rilievo rispetto a quest'ultima (cfr. *Il contraddittorio*, cit., 246-247). La prospettiva adottata può considerarsi simile a quella stabilita in ordine al vizio di incompetenza da parte di Cons. St., ad. plen., n. 5 del 27 aprile 2015, ancorché va detto come tale sentenza abbia invero negato l'applicabilità della medesima regola dell'assorbimento ad una censura di carattere sostanziale rispetto al vizio relativo alla comunicazione di avvio del procedimento.

ties, co. 2, l. n. 241/1990, in ragione del fatto che la vincolatezza è elemento che deve comunque essere valutato in concreto.

Può, poi, ulteriormente aggiungersi che, se il rimedio in esame non si ritiene sufficiente al fine di evitare comportamenti elusivi da parte dell'Amministrazione, come solitamente viene denunciato, la strada è quella di prevedere un rimedio particolare; il quale, in forma specifica, potrebbe in via generale essere individuato in una generalizzazione del ricorso in opposizione per il caso di violazione del contraddittorio, così da lasciare all'interessato la possibilità di scegliere se ripristinare il contraddittorio in sede procedimentale o instaurare il ricorso giurisdizionale⁴⁶.

4. (segue) Differenti modelli strutturali

Si è visto, quindi, come la caratterizzazione delle situazioni giuridiche procedurali dipenda dal relativo modello procedimentale in quanto riferibile alla funzione sostanziale nel senso chiarito, nel senso, cioè, di un rilievo contenutistico della funzione che viene in considerazione in quanto si impone su un piano strutturale. In ordine all'analisi delle situazioni procedurali, si è quindi considerata una connotazione della funzione che prenda le mosse dal rilievo teleologico attribuito alla partecipazione, che si venga come tale ad imporre, sotto il profilo strutturale, sia sul versante organizzativo sia in relazione alle modalità di esplicazione del contraddittorio.

Nel paragrafo precedente, il riferimento è stato al modello generale dell'attività amministrativa, ma, come è ovvio, differenti modelli si possono venire a configurare in ragione di un diverso declinarsi dei caratteri appena considerati.

⁴⁶ Cfr. quanto detto ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 255 e ss., ove si è anche aggiunto come non si vede quale altra utilità potrebbe ricavarsi da un rimedio (peraltro, ormai del tutto desueto) come quello in esame, rivolto alla medesima autorità che ha emanato l'atto, se non quella di permettere un contraddittorio che era altrimenti mancato.

Nel senso descritto nel testo, di fronte ad una violazione del contraddittorio la parte avrebbe quindi a disposizione due rimedi: uno volto a ripristinare il contraddittorio mancato, dinnanzi allo stesso organo che ha emesso la decisione, l'altro volto a denunciare la sua violazione, che in tanto rileva in quanto potenzialmente influente sulla determinazione amministrativa. Si avrebbe, in altri termini, un rimedio amministrativo, per cui il contraddittorio può essere recuperato direttamente all'interno della realtà procedimentale, e un rimedio giurisdizionale, che si pone invece nel senso dell'integrazione tra procedimento e processo, senza che tuttavia ciò possa comportare in ogni caso la sostituzione del contraddittorio processuale a quello procedimentale.

Un rimedio per equivalente potrebbe invece consistere, per particolari violazioni, nella previsione della corresponsione di un indennizzo al verificarsi di determinati presupposti (similmente a quanto avviene con il silenzio), su cui tuttavia potrebbero nutrirsi perplessità in ordine alla sua opportunità generale.

In questo senso, può essere utile richiamare nuovamente l'art. 6 CEDU, quale canone generale di relazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale nella complessiva valutazione del principio della giusta determinazione del diritto/giusta irrogazione della sanzione per le situazioni di diritto amministrativo. In proposito, riprendendosi un'autorevole categorizzazione dottrinale⁴⁷, è stato infatti possibile a chi scrive considerare come il sistema della CEDU, nella garanzia procedurale di cui all'art. 6, consenta di porre il rapporto tra realtà processuale e realtà procedimentale in termini sia di *alternatività* sia di *integrazione* dell'una rispetto all'altra⁴⁸.

Oltre quindi al modello dell'integrazione, che caratterizza il modello generale dell'azione amministrativa, ove come visto non vi è necessità che la pienezza delle garanzie sia assicurata nel corso del procedimento, può aversi un modello in cui il procedimento amministrativo, in sé considerato, sia rispettoso delle prescrizioni di cui all'art. 6 CEDU, cosicché, in questo senso, possa essere considerato alternativo al processo giurisdizionale⁴⁹; si precisa, solo in questo

⁴⁷ Ci si riferisce all'impostazione di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1427 e ss.

⁴⁸ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 149 e ss.

⁴⁹ È considerazione comune che, infatti, – si badi, ai soli fini CEDU – non essendo assicurato in via generale un doppio grado di giudizio (cfr. *ex multis* quanto stabilito dalla Corte europea in *Delcourt v Belgium*, 17 gennaio 1970, par. 25), salvo quanto previsto dall'art. 2, Prot. addiz. VII CEDU in materia penale, neppure sarebbe necessario un successivo rimedio giurisdizionale, laddove il procedimento dinanzi ad un'autorità amministrativa sia, in sé, rispettoso dei canoni di cui all'art. 6 CEDU.

Da ultimo, un'interessante ricostruzione alternativa a tale ordine di idee è stata sostenuta da F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 258 ss., spec. 270 ss., la quale ha ritenuto che la necessità di un rimedio giurisdizionale, anche a fronte di un procedimento amministrativo ipoteticamente rispettoso, in sé, dei canoni di cui all'art. 6 CEDU, sarebbe riscontrabile anche in ambito europeo-convenzionale: ciò in forza dell'art. 13 CEDU, che stabilisce il diritto ad avere un rimedio interno effettivo avverso la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione. Tale interpretazione si basa sulla considerazione che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato ai rapporti tra l'art. 6 e l'art. 13 CEDU in ordine alla violazione della ragionevole durata del processo. Nella giurisprudenza europeo-convenzionale, infatti, l'art. 6 CEDU è sempre stato considerato norma speciale rispetto all'art. 13, in quanto il suo specifico contenuto rimediabile assorbirebbe in sé quello di cui a quest'ultima disposizione; tuttavia, tale approccio, come è noto, ha subito una deroga per quanto concerne la violazione della prescrizione della ragionevole durata del processo (prescrizione contenuta nell'art. 6, par. 1, CEDU), rispetto alla quale la Corte ha considerato come la mancata previsione di un rimedio interno, attraverso il quale far previamente valere la violazione, costituirebbe una violazione dell'art. 13 (cfr. *Kudla v Poland*, 26 ottobre 2000, par. 146 ss.). Rispetto a tale impostazione, P.A. richiamata ritiene allora che l'art. 13 dovrebbe interpretarsi, in generale, nel senso di imporre che gli atti non giurisdizionali potenzialmente violativi delle garanzie convenzionali debbano poter essere contestati attraverso un rimedio effettivo, che si avrebbe appunto con la possibilità del successivo sindacato giurisdizionale; ciò che non implicherebbe,

senso, giacché le garanzie di tutela giurisdizionale previste dagli artt. 24 e 113 Cost. non consentirebbero comunque di impedire il successivo ricorso al giudice⁵⁰.

Sotto tale profilo, può dirsi dunque che in quei casi in cui l'ordinamento esprime un modello che, sotto il profilo teleologico che viene in rilievo ai nostri fini, sia in sé considerato improntato al rispetto della garanzia europeo-convenzionale del giusto processo, allora rispetto ad esso si dovrà valutare il dato strutturale che caratterizza la funzione, e le sue implicazioni, quali in particolare quelle concernenti le situazioni giuridiche procedimentali.

Queste ultime, lo si è visto, si vengono infatti a declinare, appunto, in ordine alla funzione in relazione alla quale si esprimono, e, come tali, presentano

tuttavia, la generale previsione anche di un doppio grado di giurisdizione (che come visto la giurisprudenza della Corte europea in generale esclude). Ora, ancorché non possa negarsi che un sindacato successivo possa in generale essere utilizzato al fine di sopperire a violazioni contingenti del contraddittorio, a noi sembra che, accedendosi all'impostazione descritta, per cui detto rimedio sarebbe in ogni caso necessario ai sensi dell'art. 13, essa dovrebbe poi finire per applicarsi anche al rapporto tra i gradi del processo giurisdizionale. In effetti, pare potersi ritenere che, a differenza della violazione della ragionevole durata del processo, che è in qualche modo *esterna* rispetto al processo stesso (ed in tal senso rende più semplice il riferimento all'art. 13 CEDU: cfr. *Kudla v Poland*, cit., par. 154), ritenere applicabile l'art. 13 anche per una mancanza *interna* al processo (una mancanza, quindi, astrattamente idonea ad incidere sulla decisione), ed utilizzare di fatto in questo senso la compensazione *ex post* (anche quando, cioè, il procedimento risulta nella sua struttura rispettoso dell'art. 6 CEDU, al solo fine di far valere possibili mancanze che si sono in concreto verificate nel singolo procedimento), renderebbe necessaria in ogni caso l'astratta possibilità della compensazione stessa, che in ambito giurisdizionale avverrebbe appunto attraverso la predisposizione vari gradi di giudizio. La soluzione dovrebbe quindi valere, senza distinzioni, sia per i vari gradi del processo giurisdizionale sia per il rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, identica essendone la *ratio*. Ciò però si presta all'obiezione che la conclusione appena riferita è proprio quanto la Corte europea esclude, non ritendo, come detto, imposto dalla Convenzione il doppio grado di giudizio.

⁵⁰ Si intende che dette previsioni impediscono in ogni caso un modello basato sull'alternatività-obbligatorietà, in relazione al quale, cioè, non sia possibile adire l'autorità giudiziaria, mentre l'alternatività-facoltatività, cioè un'alternatività che si basi su una scelta dei soggetti coinvolti, si ritrova nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (e su questa base, cioè quella della facoltatività per le parti, si è giustificata la compatibilità costituzionale dell'alternatività; cfr. Corte cost., n. 148 del 29 luglio 1982), anche nel quadro attuale, qualora non si ritenga che, dopo la riforma intervenuta ad opera della l. n. 69/2009, il ricorso straordinario abbia assunto carattere giurisdizionale, ma si propenda invece per la sua qualifica di rimedio giustiziale in senso proprio (cfr. quanto detto in A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 54 ss.). Nell'accezione ora utilizzata, ad ogni modo, l'alternatività si riferisce al suo rilievo come rimedio in rapporto a quello giurisdizionale (come tale, essa si contrappone alla cumulatività, anch'essa declinabile nel senso dell'obbligatorietà o della facoltatività, come nel caso del ricorso gerarchico rispettivamente prima e dopo l'entrata in vigore della l. TAR). Altro è il problema, nel caso del ricorso straordinario, della correlazione con l'alternatività nel senso del rispetto in sé delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU (su cui si rimanda a quanto detto ne *Il contraddittorio*, cit., 187-188 e 198).

caratteri diversi a seconda del modello di riferimento. Così, in particolare, per quanto concerne le conseguenze della violazione delle regole del contraddittorio, il differente profilo teleologico concernente la partecipazione non renderebbe applicabile l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 nel modello che viene ora in esame.

Occorre allora considerare quando possa dirsi che l'ordinamento esprima detto modello, anticipando sin da subito come un ruolo fondamentale giochi in tal senso l'assetto organizzativo dell'organo decidente.

In proposito, un particolare rilievo assume la rivalutazione che si è verificata in ordine a quella che viene definita attività amministrativa contenziosa e al correlato concetto di decisione⁵¹, la quale, se originariamente venne legata al generale svolgimento dell'attività in contraddittorio con i soggetti interessati in ordine alla soluzione di un generico conflitto di interessi⁵², è stata successivamente riferita ai ricorsi amministrativi⁵³, per essere da ultimo ricondotta ad un'attività di decisione della lite a cui siano estranei fini ulteriori se non quello di assicurare giustizia da parte di un soggetto indipendente dall'Amministrazione la cui attività è oggetto del giudizio (soggetto neutrale)⁵⁴. In questa ricostruzione, i due elementi, teleologico e strutturale, risultano strettamente connessi tra loro: in tanto l'attività è qualificabile come contenziosa in

⁵¹ Cfr. *Il contraddittorio*, cit., pp. 49 e ss. e pp. 184 ess., ed ivi anche i riferimenti sulle diverse tesi riferibili al concetto di amministrazione contenziosa e di decisione.

L'evoluzione riferita segue lo sviluppo della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, e l'estensione in via generale del contraddittorio procedimentale nei termini in cui si è verificata con la l. n. 241/1990. Si è infatti avuto modo di rilevare come tale fenomeno abbia portato, nella sostanza, ad un'emersione ed una netta separazione di due accezioni riferibili alla decisione. Quando, cioè, si è giunti alla generale concezione del procedimento in contraddittorio secondo i canoni statuiti dalla legge generale del procedimento (quindi, ad una generale costruzione del procedimento su un modello in senso lato contenzioso), si è abbandonato il riferimento della decisione ad un'attività genericamente contenziosa: da un lato si è iniziato in dottrina a cercare di identificare un'attività giustiziale in senso stretto, svincolandola dal legame con la funzione di amministrazione attiva, e ad essa si è rapportato il concetto di decisione; dall'altro sono riemerse le tesi volte a considerare la decisione amministrativa in termini unitari, valorizzandosi il momento di determinazione della scelta, secondo la concezione della decisione fatta propria da Ledda, di cui si è ricordato *supra*, nel testo e in nota.

⁵² In questo senso si veda l'impostazione di M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, cit., pp. 36 e ss. e 49 e ss.; ID., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 810 e ss., spec. p. 812.

⁵³ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, 524 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 e ss.

⁵⁴ Cfr. A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, Treccani, 2000, pp. 9 e ss.; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, BUP, 2007, pp. 98 e ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, 33 ss.

senso proprio, cioè diretta unicamente ad assicurare giustizia, in quanto l'autorità procedente sia connotata dal carattere della neutralità; ché, se così non fosse, se cioè non si fosse al cospetto di un'autorità "neutrale", l'attività di questa sarebbe necessariamente volta alla cura di un interesse ulteriore rispetto a quello meramente giustiziale⁵⁵.

Ora, risulta evidente che, per tale via, si addivene ad una concezione di attività giustiziale che si collega direttamente al profilo strutturale del modello procedimentale. Tale profilo strutturale deve essere da noi valutato nel senso che si è già avuto modo di descrivere, considerando, cioè, il rilievo teleologico della partecipazione che emerge dal modello strutturale di riferimento, così da poterlo correlare con la declinazione delle situazioni giuridiche di carattere procedimentale.

Il rilievo strutturale relativo all'organo decidente va dunque strettamente collegato con gli aspetti di ordine teleologico che caratterizzano il modo con cui le parti si relazionano nello svolgimento dell'attività; l'emersione del piano teleologico dell'attività sul piano strutturale della funzione, ai fini che qui interessano, non può infatti che passare, è evidente, per la considerazione dell'assetto organizzativo relativo allo svolgimento della funzione stessa.

Se, a tal fine, si tiene presente quanto considerato in ordine al ruolo che l'art. 6 CEDU riveste in proposito, può allora concludersi nel senso che la qualificazione di un procedimento come giustiziale derivi dalla conformità dello stesso, in sé considerato, a detta norma, sia in relazione alla struttura dell'autorità decidente, nel senso appena chiarito, sia con riguardo alle modalità di esplicazione della funzione.

⁵⁵ La considerazione del legame tra profili teleologici e profili strutturali della funzione in ordine al rilievo della neutralità dell'attività si riscontra nella tradizionale ricostruzione di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1990, pp. 261 e ss. In particolare l'illustre A. riconosceva la definizione di attività neutrale a quelle attività decisorie in cui l'autorità amministrativa decidente non fosse parte della contesa o non si trovasse in un rapporto di gerarchia o quasi-gerarchia con una delle parti. Nondimeno, la qualificava come neutralità impropria, in quanto questa si esaurirebbe nell'ambito e nelle finalità proprie della pubblica Amministrazione; ciò, a sua volta, si ricaverebbe dalla configurazione che di detta attività ne dà l'ordinamento, sottoponendo le relative decisioni al sindacato giurisdizionale. Si dovrebbe, invece, riconoscere il carattere di neutralità piena ed assoluta a quelle attività che, da un lato, provengano da un organo in posizione di indipendenza, e che, dall'altro, in diretto collegamento con tale provenienza, si collochino in una posizione di estraneità e di indifferenza assoluta rispetto agli interessi al cui regolamento l'attività stessa è diretta (viene fatto l'esempio dell'attività consultiva del Consiglio di Stato e quella di controllo della Corte dei conti). All'interno di tale seconda categoria, l'unico criterio valido nel nostro ordinamento per identificare l'attività giurisdizionale sarebbe quello, di carattere formale-strutturale, concernente la forza dei relativi atti, i quali non possono essere revocati o modificati o comunque dichiarati illegittimi se non mediante altre pronunce giurisdizionali.

In tale quadro ricostruttivo, una posizione di primo piano rivestono le Autorità amministrative indipendenti. Il canone che esse esprimono, in ragione del ruolo che viene loro assegnato nel complessivo assetto dell'ordinamento, si ripercuote infatti sul relativo modello strutturale della funzione, sotto i diversi profili ad esso attinenti. Il punto è allora quello di valutare quando questo canone si venga a caratterizzare in modo tale da inserirsi compiutamente nel modello strutturale ora in esame, e, come tale, richieda il rispetto, integralmente già nella fase amministrativa, delle garanzie della CEDU, senza il ricorso alla successiva compensazione nella fase giurisdizionale.

In proposito può essere utile ricordare la vicenda si è verificata in ordine alla CONSOB. In quell'ipotesi il legislatore nazionale aveva esercitato un'esplicita scelta per un modello prettamente garantistico di irrogazione delle sanzioni, con una netta separazione tra l'organo istruttore e l'autorità decidente, prevedendo che «*il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*»⁵⁶. Tale scelta, tuttavia, è risultata disattesa dalla stessa CONSOB in sede di attuazione della normativa attraverso l'adozione del proprio regolamento procedurale. Come noto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Grande Stevens* ha riscontrato la non conformità all'art. 6 CEDU di detto regolamento, in relazione a taluni profili concernenti il contraddittorio, tra cui la mancanza di una piena separazione strutturale tra organo investigativo e organo decidente. La Corte ha pure affermato, tuttavia, come tale circostanza non comportasse automaticamente anche la violazione della norma europeo-convenzionale richiamata, purché, come da suo costante insegnamento giurisprudenziale, al procedimento dinnanzi all'autorità amministrativa seguisse un successivo sindacato dinnanzi ad un'autorità giurisdizionale che rispettasse le garanzie di cui allo stesso art. 6⁵⁷.

Il Consiglio di Stato, successivamente adito in merito alla medesima vicenda, ha potuto così sostenere che la non rispondenza del procedimento di irrogazione di una sanzione CONSOB ai canoni dell'art. 6 CEDU, rilevata dai

⁵⁶ Artt. 187 *septies*, co. 2, e 195, co. 2, TUF. La stessa previsione si ritrova solitamente nelle normative che riguardano le Autorità amministrative indipendenti (cfr. ad es. l'art. 45, co. 6, d.lgs. n. 93 del 1° giugno 2011 sull'ARERA, ecc.). In relazione all'AGCM, peraltro, l'art. 10, co. 5, l. n. 287/1990, considera la regolamentazione delle «*procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione*», senza riferimento alla separazione di funzioni istruttorie e decisorie, e le relative attività trovano poi disciplina nella stessa l. n. 287/1990, agli artt. 12 ss., e nel d.p.r. n. 217 del 30 aprile 1998, adottato appunto in forza dell'art. 10, cit.

⁵⁷ *Grande Stevens v Italy*, 4 marzo 2014, che ha comunque dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU in ragione dell'assenza di un'udienza orale nella fase giurisdizionale.

giudici di Strasburgo, non integrava, di per sé, una violazione di tale norma, ben potendo le garanzie convenzionali essere rispettate attraverso il successivo sindacato giurisdizionale⁵⁸. Tuttavia, poiché la normativa interna stabiliva prescrizioni precise in ordine ai principi a cui la struttura del procedimento sanzionatorio deve conformarsi, il relativo regolamento non poteva comunque considerarsi legittimo⁵⁹.

In ragione della disciplina legislativa richiamata, anche in assenza di una violazione della Convenzione, il procedimento di irrogazione delle sanzioni doveva dunque essere strutturato secondo i canoni di un contraddittorio prettamente garantistico. In questo quadro, in presenza cioè di una statuizione legislativa che prescrive questo tipo di contraddittorio, l'art. 6 CEDU, a ben vedere, risulta allora idoneo a svolgere una funzione interpretativa integratrice, nel senso che fornisce di fatto il canone di confronto per valutare la rispondenza della normativa regolamentare ai principi enunciati dalla legge.

Degli aspetti di criticità che emergevano in ordine alla CONSOB nella pronuncia *Grande Stevens*, va detto, peraltro, che la considerazione del profilo strutturale concernente il rapporto che intercorre tra organo inquirente e orga-

⁵⁸ Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, ove il giudice amministrativo era stato adito da un'impresa sottoposta a procedimento sanzionatorio da parte della CONSOB al fine di far rilevare l'illegittimità della procedura a cui era assoggettata per violazione dell'art. 6 CEDU, come riscontrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia *Grande Stevens*. Ha ritenuto allora il Consiglio di Stato che la compensazione offerta dalle garanzie della fase processuale non costituirebbe «una sorta di sanatoria postuma dell'illegittimità non consentita dall'ordinamento italiano»; la prospettiva da cui parte la giurisprudenza europeo-convenzionale sarebbe infatti differente: «non vi è alcun obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase amministrativa. La fase amministrativa eventualmente priva delle garanzie del giusto processo giurisdizionale non deve, pertanto, essere considerata ontologicamente illegittima: essa è soltanto inidonea a soddisfare già nella fase amministrativa le garanzie di tutela di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU». Cfr. in proposito quanto già affermato *supra*, in nota, in ordine al rilievo della compensazione *ex post* nell'ambito del diritto europeo-convenzionale.

⁵⁹ Lo stesso Consiglio di Stato, nelle sentt. nn. 1595-1596/2015, ha infatti reputato illegittima la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento CONSOB, delib. n. 15086 del 21 giugno 2005, perché essa «sebbene non presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU, né con gli artt. 24 e 111 Cost., non risulta, tuttavia, conforme ai principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie che, con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza della Consob, sono espressamente richiamati dalla legge nazionale (in particolare dagli artt. 187-septies e 195 T.U.F. e nell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 ...)», sulla base, cioè, di un principio del contraddittorio improntato ad un modello procedimentale prettamente garantistico, fatto proprio dal legislatore nazionale nel delineare i principi a cui la CONSOB si sarebbe dovuta attenere nell'adozione della disciplina relativa al proprio procedimento sanzionatorio. Nel senso che il regolamento della CONSOB avrebbe dato comunque luogo alla violazione della disciplina legislativa interna si erano già espressi V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1199; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p.1063.

no decidente, e quindi l'esplicarsi in maniera piena del contraddittorio c.d. orizzontale (tra le parti in rapporto alle loro posizioni), è questione comune al modello delle Autorità indipendenti, e che ha interessato, in particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la cui mancanza di separazione tra i relativi organi è stata da più parti denunciata⁶⁰.

In particolare, tale aspetto si è da ultimo rivelato scriminante al fine di negare, da parte della Corte costituzionale, la possibilità di considerare l'AGCM quale soggetto deputato a sollevare questione di legittimità costituzionale⁶¹.

In proposito, la Corte ha infatti stabilito che requisito per poter rivestire la qualità di giudice *a quo*, nell'ambito del procedimento incidentale di costituzionalità delle leggi, è la terzietà dell'organo decidente, anche a prescindere dall'incardinamento di esso in un ordine giudiziario. Nel caso dell'Autorità antitrust questo requisito tuttavia mancherebbe, in ragione della circostanza che la legittimazione ad essere parte nel giudizio amministrativo, riconosciuta all'Autorità (sia in veste di parte resistente sia, da ultimo, come parte ricorrente⁶²), contrasta con l'estraneità alla definizione della situazione sostanziale che un organo terzo dovrebbe possedere. La legittimazione, sottolinea la Corte, spetta infatti all'Autorità, e non ai suoi uffici inquirenti, non potendosi riscontrare, tra detti uffici e il Collegio giudicante, quella netta separazione che consentirebbe di ravvisare, in capo a quest'ultimo, la terzietà necessaria ai fini dell'ammissibilità a sollevare questione di legittimità costituzionale.

⁶⁰ Sulle possibili criticità concernenti la rispondenza del procedimento sanzionatorio dell'AGCM alle prescrizioni di cui all'art. 6 CEDU si veda *ex multis* F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, cit., pp. 515 e ss.

⁶¹ Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, che si è espressa in ordine alla possibilità, appunto, di considerare giudice *a quo* l'AGCM in relazione ad un procedimento volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione della relativa normativa. In relazione all'ordinanza di rimessione si vedano in particolare i commenti di G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, 2018; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come 'giudice a quo' nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 2018; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, *ivi*; M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *ivi*; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, *ivi*; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, *ivi*; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, *ivi*; S. STAIANO, *Essere giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, *ivi*; F. APERIO BELLA, *"Ceci n'est pas une note de jurisprudence": riflessioni critiche a margine del tentativo dell'Agcm di farsi giudice a quo*, in *Dir. e soc.*, 2018, pp. 281 e ss.

⁶² Sulla legittimazione dell'AGCM a proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo, di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 287/1990, si rimanda ad A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, ed *ivi* i relativi riferimenti.

La possibilità di essere parte in giudizio, derivante dalla mancata completa separazione degli organi, risulta dunque rivestire carattere scriminante, secondo quanto già considerato in giurisprudenza⁶³, in ordine alla considerazione di organo decidente terzo rispetto alle parti, e quindi alla qualifica di giudice *a quo*. È quindi sulla base di questo elemento, un elemento, cioè, di carattere prettamente strutturale, rilevante in ordine all'effettiva esplicazione del rapporto tra le parti e l'organo decidente, che vi è (pur soltanto ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale) la qualificazione di detto organo in ordine alla valutazione della funzione espletata.

Viene anche aggiunto, da parte della Corte costituzionale, che tale assetto dell'AGCM riflette la natura del potere ad essa attribuito: di questo, infatti, si riconosce il carattere discrezionale⁶⁴, riferito alla circostanza che l'autorità sia portatrice, al pari delle altre Amministrazioni, di un interesse pubblico specifico⁶⁵. Ciò giustificerebbe un contraddittorio, ancorché più intenso, comunque di natura verticale, confrontandosi il privato con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità⁶⁶.

⁶³ Viene richiamata la giurisprudenza che, in ordine al Consiglio Nazionale Forense, ha escluso la sua qualità di parte in giudizio in ragione della sua terzietà: Cass., Sez. I, 21 maggio 2018, n. 12461; Sez. Un., 24 gennaio 2013, n. 1716; Corte giust. UE, 17 luglio 2014, in causa C-58/13, *Torresi*. E quella, opposta, che ha considerato il Garante della privacy parte in giudizio al fine di far valere lo stesso interesse pubblico di cui è portatore: Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341.

⁶⁴ La questione della natura discrezionale o meno dell'attività svolta dalle Autorità amministrative indipendenti, e dall'AGCM in particolare, è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina: è noto infatti che a fronte della tesi per cui il potere esercitato da detta Autorità non sarebbe caratterizzato da profili di discrezionalità (cfr. in particolare F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 181 e ss.; F.G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *ivi*, 2008, pp. 257 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bianco e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 94 e ss., ma già ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 87 e ss.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 42; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, *ivi*, 55 ss.) si contrappone l'impostazione di chi vede i profili di tecnicità uniti a quelli di discrezionalità (F. CINTIOLI, *Potere amministrativo, tecnica e mercato*, cit., pp. 372 e ss.) o di chi vi ravvisa una discrezionalità in senso proprio (tra gli altri A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 127 e ss. e pp. 245 e ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 240 e ss.).

⁶⁵ Corte cost., n. 13/2019, cit., secondo cui «*la veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale.*».

⁶⁶ In ordine alla questione concernente il rilievo del profilo teleologico con riferimento alle sanzioni amministrative, anche in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei

Quest'ultimo rilievo deve essere considerato secondo l'impostazione a cui in questa sede si accede. In questo senso, esso va inteso come valutazione di conformità al profilo costituzionale del rilievo teleologico che, in ordine all'attività antitrust, trova espressione nel modello strutturale della funzione previsto dalla relativa disciplina positiva. In tal modo riceve quindi giustificazione, sul piano costituzionale, l'assetto organizzativo proprio dell'AGCM; riceve, cioè, giustificazione un modello di funzione che, nell'ambito dell'attività a cui si fa riferimento, si caratterizza per la mancanza di indifferenza e neutralità in capo all'autorità a cui la funzione stessa è attribuita, quale conseguenza della sua struttura organizzativa.

Le considerazioni effettuate in ordine alla connotazione della funzione rivestono rilievo sotto il profilo che qui interessa, cioè quello delle situazioni giuridiche di carattere procedimentale, giacché esso risulta direttamente correlato, come già ripetuto, al profilo teleologico che il relativo modello procedurale, fatto proprio dall'ordinamento, esprime in termini strutturali. Dalla considerazione strutturale della funzione, come riferita, si deve ricavare infatti l'effettivo declinarsi di dette situazioni, quale espressione del corrispondente modello partecipativo.

Quanto alla caratterizzazione dell'attività come discrezionale o meno, quindi al contenuto dell'attività, essa deve rapportarsi comunque alla struttura della funzione, cioè, sotto questo aspetto, al modello decisorio proprio dell'attività amministrativa, in particolar modo in relazione alla sua possibile qualificazione come attività di accertamento. Come tale, però, la stessa può al limite avere rilievo in ordine al contenuto delle situazioni giuridiche sostanziali coinvolte nell'esercizio del potere, piuttosto che in relazione ai caratteri propri delle situazioni prettamente procedurali, di cui in questa sede ci si sta occupando.

5. Cenni (non) conclusivi e spunti per il proseguo dell'indagine

Molte sarebbero le implicazioni e le conseguenze che dalle considerazioni effettuate potrebbero trarsi in merito al rapportarsi tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale. Pur tuttavia, si ritiene che non occorra

diritti dell'uomo, si deve rimandare interamente a quanto riportato in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 116 e ss., spec. in nota, e p. 142, n. 118. Da ultimo, per la rilevanza dei profili teleologici relativi alle sanzioni amministrative si è espresso S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, Edit. Scient., 2017, *passim*.

andare oltre nella nostra analisi. L'esame del legame che unisce organizzazione e funzione sotto un profilo strutturale può reputarsi infatti sufficientemente delineato ai fini che ci si era prefissati, ai fini, cioè, della sua generale considerazione in relazione al modo di declinarsi delle situazioni giuridiche di carattere procedurale, nel senso chiarito.

Le brevi riflessioni che in questa sede si è avuto modo di effettuare hanno infatti cercato di dimostrare la particolare declinazione delle situazioni giuridiche di carattere (prettamente) procedimentale in relazione al profilo strutturale della funzione, ponendo in evidenza come all'interno di detto profilo si debba considerare il rilievo teleologico idoneo ad influenzare la loro caratterizzazione.

Si ripete che quanto qui considerato rappresenta solo un aspetto di un più ampio discorso, che porta con sé necessariamente l'esame, da un lato, delle situazioni giuridiche di carattere sostanziale ricomprese nella vicenda concernente il potere; dall'altro, una più generale connotazione del modello strutturale riferibile alla funzione, per quanto concerne gli ulteriori elementi (qualificazione dell'attività effettuata, effetti della decisione, ecc.) nella loro declinazione nei diversi modelli presenti nell'ordinamento.

Su queste linee l'indagine dovrà dunque proseguire.