

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/09/2011

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/32299-note-sul-procedimento-amministrativo-e-la-sua-fase-istruttoria>

Autore: Rubino Antonello

Note sul procedimento amministrativo e la sua “fase istruttoria”

NOTE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LA SUA “FASE ISTRUTTORIA”

Premessa

“

Quale fase del procedimento amministrativo è diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare?

- A) Fase decisoria;*
- B) Fase istruttoria;*
- C) Fase dell'iniziativa*

“

A partire dall'esile evidenza d'un quesito riscontrato in una delle numerose “banche dati” - disponibili sul Web- per la preparazione ed esercitazione dei concorrenti in vista di prove selettive e concorsuali, risulta possibile delineare una sorta di utile *baedeker* per un primo - ma non banale - approccio alla teoria del procedimento amministrativo nel nostro Ordinamento.

Nel “dimostrare” la fondatezza - di carattere legislativo, dottrinale e giurisprudenziale - della cifra di esattezza dell'opzione “B) Fase istruttoria” (quale corretta risposta al quesito formulato e riportato), infatti, il modesto Estensore cercherà d'accompagnare l'interessato interprete (senza pretese di perentorietà) entro una ri-lettura complessiva di quella Teoria “piuttosto giovane”, nell'ambito della quale - secondo le illuminanti parole di Sabino Cassese - ”solo negli ultimi decenni (*del secolo scorso*) si è imposta l'idea che il procedimento sia la forma naturale di svolgimento di tutta l'attività amministrativa, <<forma della funzione amministrativa>> “ e “parallelamente all'affermarsi di quest'idea, la scienza giuridica e la giurisprudenza hanno gradualmente acquisito la consapevolezza della ricchezza di funzioni del procedimento” stesso (-a cura di- S.Cassese, Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, III ed., 1999, p.229).

1. Il quesito

“Quale fase del procedimento amministrativo è diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare?”

Ai fini della presente, sintetica trattazione (che si gioverà dei contributi che la dottrina amministrativistica - con alcuni dei suoi interpreti più autorevoli - ha via via cristallizzato nei testi) risulta innanzi tutto necessaria una chiarificazione terminologica.

1.1 I “presupposti”

L’“oggetto” da “predisporre” (vedremo poi il senso di tale oggettivazione) e da “accertare” è costituito dai “presupposti dell'atto da emanare”.

Ai fini della definizione amministrativistica di tali “presupposti” il ricorso al Sandulli (pure per altri versi cardinale nel campo del “procedimento amministrativo”) non è di grande ausilio.

Nel “Manuale di Diritto Amministrativo” (XIV ediz., Napoli, 1984, pag. 631) così s’articola la limpida prosa dell’Autore :

(la fase preparatoria dei procedimenti amministrativi è) ”caratterizzata dal fatto che gli atti e le operazioni che in essa compaiono assolvono, nei confronti dell'atto ‘principale’, la funzione di PRESUPPOSTI...”.

Si direbbe una definizione ai fini della nostra chiarificazione del tutto tautologica (gli atti e le operazioni che compaiono nella “fase preparatoria” hanno funzione di Presupposti e ciò che nella suddetta fase del procedimento ha funzione di Presupposto non è altro che un atto o operazione che in tale fase compare), con l’ulteriore limite (per la modesta economia dei nostri scopi, non certo per l’opera fondamentale del Sandulli) di riferirsi appunto ad una “Fase Preparatoria” del procedimento amministrativo che, come risaputo, nell’ermeneutica sandulliana ricomprende gli “stadi” dell’iniziativa e dell’istruttoria (rendendo problematica quella discriminazione di momenti/fasi congeniale invece al merito del quesito proposto).

In effetti il Legislatore, in uno dei primi articoli della Legge sul procedimento amministrativo (la L. 241/90), ha utilizzato il termine “presupposti”¹, connettendolo direttamente con la determinazione della decisione dell’amministrazione.

E’ a proposito di tale indicazione normativa che il Rescigno (Corso di Diritto Pubblico, III ed.) afferma : “Con i termini ‘presupposti di fatto’ ci si riferisce a ciò che è realmente accaduto”.

Più precisamente si fa riferimento a quei fatti (o atti) che si considerano precedenti, che si presuppongono, che sono quindi valutati come tali. Non si tratta di “precedenti di fatto”, ma di quei fatti che sono oggetto di valutazione e che sono collegati al provvedimento. Trattasi quindi degli elementi che sono i “supporti fattuali” del provvedimento; supporti fattuali che, per diventare “presupposti” di fatto, devono essere oggetto di valutazione.²

E ancora.

“Ci si deve chiedere se i presupposti di fatto siano dei presupposti di fatto in sè, o presupposti di fatto giuridicamente qualificati; e quindi valutati come ‘presupposti giuridici di fatto’.

¹ **Articolo 3. (Motivazione del provvedimento) L. 241/90 e smi:** 1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare **i presupposti di fatto** e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

² (a cura di) Vittorio Italia, “L’Azione Amministrativa - Commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 e smi,” Milano, 2005, “Commento all’art. 3”, pagg. 153-154.

Se, in altre parole, tali presupposti di fatto si traducano non nella mera indicazione di elementi fattuali, ma nella indicazione di elementi di fatto giuridicamente valutati dall'interprete; il che vale a dire, nella indicazione delle "concrete" ragioni del provvedimento adottato... Si deve rispondere nel senso che si tratti di fatti sussunti e qualificati dal diritto".³

1.2 "Accertare i presupposti"

In tal senso, l'azione di "accertare i presupposti" appare come direttamente pertinente al momento di "acquisizione dei dati", vale a dire quel momento in cui appunto l'autorità amministrativa accerta 'tecnicamente' i presupposti di fatto o di diritto che consentono legittimamente l'adozione del provvedimento. Ciò peraltro con la significativa "evoluzione" dovuta alla possibilità per il privato di autocertificare fatti, stati e qualità personali (un vero e proprio diritto riconosciuto al cittadino, a fronte del dovere del funzionario di ricevere l'autocertificazione e del divieto per l'amministrazione di richiedere il certificato): evoluzione dal principio di "verità formale" a quello di "verità reale".⁴

Connessa all'accertamento dei dati è quindi la verifica dell'opportunità o meno dell'adozione ed emanazione dell'atto sulla base appunto dei dati in possesso della Pubblica Amministrazione (momento di "elaborazione dei dati"). Tale attività comporta, solitamente, una serie di operazioni, come analisi, valutazioni, più o meno comparative, esami.⁵

1.3 "Predisporre"... "i presupposti"

Di più difficile esegesi risulta la voce verbale "predisporre", specie laddove si addivenga alla logica esclusione di una forma assoluta o intransitiva in funzione predicativa e si convenga sulla correlazione con "i presupposti" in funzione oggettivante (per amor di logica, prima ancora che di sintassi, risulterebbe infatti davvero ostico intendere :*fase del procedimento amministrativo diretta a 'predisporre'* in senso assoluto - predisporre cosa? quali elementi?).

In effetti, alla gamma semantica rappresentata dal "predisporre i presupposti" l'interprete potrà solo tentare di associare le attività procedurali - pure indicate in dottrina - volte a "reperire gli elementi utili all'emanazione del provvedimento" (complesso di attività però non disgiunto già da una "valutazione", intesa ad esempio quale verifica di condizioni di ammissibilità di un'istanza o di legittimazione del soggetto richiedente da parte dell'Amministrazione ricevente)⁶.

Ciò con la consapevolezza che "l'attività conoscitiva in senso proprio, volta ad acquisire la conoscenza della realtà di fatto" (presupposta appunto all'atto da emanare) già "si svolge mediante una serie di operazioni i cui risultati vengono attestati da dichiarazioni di scienza, acquisite al procedimento" e pur sempre nella considerazione di una relazione tra attività conoscitiva (preliminare alla decisione amministrativa finale) e presupposti dell'agire, sicché, a seconda delle specifiche disposizioni del legislatore, l'amministrazione dovrà alternativamente "accertare - ricorrendo all'esercizio dell'attività conoscitiva - la corrispondenza fra situazione di fatto e indicazione normativa" oppure "individuare una realtà di fatto che appaia idonea a configurare l'esistenza dell'interesse pubblico".⁷

³ (a cura di) Vittorio Italia, "L'Azione Amministrativa- Commento alla L.7 agosto 1990,n.241 e smi," Milano, 2005," *Commento all'art.3*", pag.155.

⁴ Tiziano Tessaro, **Gli atti amministrativi del Comune**, Rimini, 2004, pagg.118-119.

⁵ Tiziano Tessaro, **Gli atti amministrativi del Comune**, Rimini, 2004, pag.123.

⁶ Tiziano Tessaro, **Gli atti amministrativi del Comune**, Rimini, 2004, pag.120.

⁷ Elio Casetta, **Manuale di Diritto Amministrativo**, Milano, 2010, pagg.447-448.

L'attività conoscitiva (di predisposizione alle operazioni di accertamento/valutazione quindi consequenziali) potrà insomma arrestarsi solo laddove la rilevata presenza di una circostanza di fatto ("*presupposto*") possa ratificare "l'esistenza di un interesse normativamente determinato".

Di qui il carattere non meccanico o passivo dell'operazione di "predisposizione", specie laddove questa venga associata (e non potrebbe essere altrimenti nella particolare formulazione del quesito data) all'oggetto rappresentato dai 'presupposti dell'atto da emanare' e "all'individuazione della porzione di realtà nei confronti della quale l'amministrazione deve rivolgere la propria attenzione ai fini di provvedere legittimamente".⁸

1.4 "Predisporre ed accertare i presupposti"

La formulazione del quesito indica il predisporre "e" l'accertare i presupposti. L'analisi sintattica non si esaurisce nella constatazione che ci si trovi innanzi ad una preposizione congiuntiva e che quindi sia necessario prendere in considerazione sia il predisporre, sia l'accertare i presupposti al fine dell'esatta definizione della fase procedimentale (alla cui corretta identificazione il candidato è chiamato, peraltro, a rispondere).

Vi deve insomma essere un rapporto, un collegamento tra l'attività di "predisposizione" dei presupposti e quella di "accertamento" dei presupposti. Ne deriva un nesso, un collegamento diretto, sicché non basterebbe circoscrivere all'una o all'altra attività (in senso esclusivo) l'integrale finalizzazione della fase procedimentale interessata.

Pure in mancanza del ricorrere d'un esatto coincidere del lessico giuridico e della configurata sintassi strutturati nel quesito proposto ("*fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare*"), la Dottrina richiama tale nesso giuridico e logico mediante una serie di proposizioni e definizioni che in questa sede brevemente si richiamano.

- ◇ "...fase tendente ad acquisire dati ed acclarare le circostanze di fatto o ad elaborare i dati necessari ad illuminare la successiva fase decisoria..."⁹
- ◇ "scopo principale della fase...è quello di raccogliere,acquisire e valutare tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari e propedeutici per una decisione, che si deve necessariamente concretizzare in un atto o in un provvedimento"¹⁰
- ◇ "...fase del procedimento funzionalmente volta all'accertamento dei fatti e dei presupposti del provvedimento e alla acquisizione e valutazione degli interessi implicati dall'esercizio del potere..."¹¹
- ◇ (lo stadio/fase procedimentale) " ...si risolve nel compimento degli atti necessari a identificare,vagliare i dati di fatto e gli interessi rilevanti in ordine all'atto da adottare e ai suoi presupposti di fatto e di diritto".¹²

⁸ Elio Casetta, **Manuale di Diritto Amministrativo**, Milano, 2010, pagg.447.

⁹ Tiziano Tessaro, **Gli atti amministrativi del Comune**, Rimini, 2004, IV, Il Procedimento Amministrativo,pag.117

¹⁰ Tiziano Tessaro, **Gli atti amministrativi del Comune**, Rimini, 2004, IV, Il Procedimento Amministrativo,pag.117

¹¹ Elio Casetta, **Manuale di Diritto Amministrativo**, Milano, 2010,Il Procedimento Amministrativo, pag.445

¹² Aldo M.Sandulli,**Manuale di Diritto Amministrativo**, Napoli, 1984,Gli atti amministrativi, pag.632.

2. La fase procedimentale ISTRUTTORIA: nozione, articolazione in momenti/attività, il rapporto con la ‘motivazione’ del provvedimento nella Legge 241/90

2.1 Nozione

Ciascuna delle definizioni riportate nel precedente paragrafo:

- ◇ presenta quale oggetto la **Fase Istruttoria del Procedimento Amministrativo** (la cui puntuale indicazione è stata volutamente sostituita mediante l’utilizzo dei puntini sospensivi);
- ◇ è tratta da capitoli/paragrafi che nelle fonti dottrinali esaminate vengono dedicati all’illustrazione del **Procedimento Amministrativo nella sua Fase Istruttoria**;
- ◇ dispone univoco riferimento alle **attività istruttorie procedurali**.

Si evidenzia - per comparazione- il quasi perfetto combaciare tra la formulazione conferita al quesito e la definizione della Fase Istruttoria presentata nel suo “Manuale” (per inciso, uno dei testi maggiormente diffusi ed adottati nelle Facoltà Universitarie di Giurisprudenza del nostro Paese) dal Casetta:

I) Quesito	II) Casetta /Manuale di Diritto Amministrativo
<i>“fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell’atto da emanare”</i>	<i>“L’istruttoria è la fase del procedimento funzionalmente volta all’accertamento dei fatti e dei presupposti del provvedimento”</i>

Persino ancor più funzionali ad una piena ricomprensione dei significati del “predisporre i presupposti” e dell’“accertare i presupposti” dell’atto da emanare (nella peculiare formulazione del quesito somministrato), risultano forse gli altre due richiami definitivi citati:

I) Quesito	II) Sandulli /Manuale di Diritto Amministrativo
<i>“fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell’atto da emanare”</i>	<i>“L’istruzione si risolve nel compimento degli atti necessari a identificare, vagliare i dati di fatto e gli interessi rilevanti in ordine all’atto da adottare e ai suoi presupposti di fatto e di diritto”</i>
I) Quesito	II) Tessaro /Il Procedimento Amministrativo
<i>“fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell’atto da emanare”</i>	<i>“scopo principale della fase istruttoria è quello di raccogliere, acquisire e valutare tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari e propedeutici per una decisione, che si deve necessariamente concretizzare in un atto o in un provvedimento”</i>

Sfugge alle possibilità -certo modeste- del presente ed occasionale interprete il connotare meglio e più compiutamente la formulazione del quesito:

“fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare”,

vale a dire :

“fase del procedimento diretta a **identificare-raccogliere (PREDISPORRE appunto) gli elementi di fatto e di diritto necessari e propedeutici** per una decisione (suoi **PRESUPPOSTI** di fatto e di diritto) e volta ad **ACCERTARE** i fatti e i **PRESUPPOSTI** del provvedimento/atto da emanare”.

E' appunto questa la “nozione”-univoca e perentoria- che la dottrina amministrativistica consultata fornisce della FASE ISTRUTTORIA del Procedimento Amministrativo con singolare uniformità di accenti.

2.2 Articolazione della fase istruttoria in momenti/attività.

Per quanto concerne la concreta articolazione della Fase Istruttoria, la dottrina ha enucleato i seguenti “momenti” sostanziali:

VERBARI*	- valutazione formale degli elementi della domanda; - acquisizione dell'interesse concreto; - valutazione dell'interesse concreto alla luce degli interessi pubblici.
VIRGA*	- il momento dell'acquisizione dei dati o elementi di conoscenza; - il momento della elaborazione degli stessi, nel quale si determina quale contenuto dare al provvedimento.
<i>*(l'indicazione dei due Autori ha funzione -esemplificativa- di richiamo a più articolate e composite scuole dottrinali)</i>	

CONCORDEMENTE TRA LE VARIE ELABORAZIONI DOTTRINALI, IL MOMENTO DI ACQUIZIONE DEI “DATI/ELEMENTI DELLA DOMANDA/ELEMENTI DI CONOSCENZA” - IN SENO ALLA FASE ISTRUTTORIA - E' QUELLO IN CUI L'AUTORITA' AMMINISTRATIVA ACCERTA “TECNICAMENTE” I PRESUPPOSTI DI FATTO O DI DIRITTO CHE CONSENTONO LEGITTIMAMENTE L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO.

2.3 La motivazione del provvedimento come rappresentazione dei presupposti indicati “in relazione alle risultanze dell’istruttoria”

“

Articolo 3. (Motivazione del provvedimento) - L.7 agosto 1990,n.241

*1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. **La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.***

“

In tal senso, la motivazione costituisce, per l'appunto, la rappresentazione dei presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione dell'amministrazione. Già negli anni sessanta, la finalità principale della motivazione era individuata nella potenzialità di esplicitazione dei risultati dell'istruttoria del procedimento.

E di questo rapporto motivazione-istruttoria è testimonianza anche l'attuale formula normativa, laddove appunto prevede la necessità di indicazione dei presupposti del provvedimento ***in relazione alle risultanze dell'istruttoria.***¹³

Tra i presupposti di fatto, le ragioni giuridiche e la decisione dell'amministrazione, vi sono (come necessario punto di collegamento) le risultanze dell'istruttoria.

L'istruttoria ,quindi, si presenta come il momento in cui vengono vagliate le risultanze relative ai presupposti di fatto ed alle ragioni giuridiche che devono essere indicati.¹⁴

¹³ A.Bottiglieri-S.Cogliani-D.Ponte-R.Proietti, **Commentario alla legge sul procedimento amministrativo**, Padova, 2007, Capo I- I Principi, pagg.106-107.

¹⁴ (a cura di) Vittorio Italia, “**L’Azione Amministrativa- Commento alla L.7 agosto 1990,n.241 e smi,**” Milano, 2005, “*Commento all’art.3*”, pag. 158.

3. La Fase Istruttoria come “fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell’atto da emanare”

- ◇ **Principalmente, la Fase Istruttoria si presenta come quella “fase del procedimento diretta a identificare-raccogliere (PREDISPORRE appunto) gli elementi di fatto e di diritto necessari e propedeutici per una decisione (suoi PRESUPPOSTI di fatto e di diritto) e volta ad ACCERTARE i fatti e i PRESUPPOSTI del provvedimento/atto da emanare” (CFR. PARAGRAFI 1 - 2.1).**
- ◇ **Concordemente tra le varie elaborazioni dottrinali esaminate, poi, il momento di acquisizione dei dati all’interno della fase istruttoria e’ quello in cui l’autorita’ amministrativa accerta “tecnicamente” i presupposti di fatto o di diritto che consentono legittimamente l’adozione dell’atto da emanare (CFR. PARAGRAFO 2.2).**
- ◇ **Infine, la fase istruttoria si presenta come il momento in cui vengono vagliate le risultanze relative ai presupposti di fatto ed alle ragioni giuridiche che devono essere indicati nell’atto da emanare (CFR. PARAGRAFO 2.3 con riferimento al rapporto - sancito nella stessa Legge sul procedimento amministrativo - tra motivazione del provvedimento ed istruttoria).**

Da tali constatazioni (corollario di quanto riportato nelle precedenti pagine) si ricava la naturale, univoca e perentoria indicazione della **FASE ISTRUTTORIA** quale “fase del procedimento amministrativo diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell’atto da emanare”.

Restano a questo punto da esaminare (ai fini di una maggiore completezza del quadro di pertinenza conferito all’Opzione “B” di risposta al quesito proposto in fase iniziale) :

- ◇ **le disposizioni sui compiti del responsabile del procedimento delineati dall’art.6 della L.241/90 e la probabilità dell’adozione d’un nesso eziologico con la strutturazione del quesito ;**
- ◇ **talune caratterizzazioni che dalla “patologia” dell’atto “viziato” possono derivare riguardo all’argomento analizzato in questa sede.**

4. Il quesito e il possibile riferimento ai compiti del Responsabile del Procedimento ex L.241/90.

4.1 I profili di discrezionalità ed autonomia del Responsabile del Procedimento nel quadro dell'evoluzione del concetto di "procedimento amministrativo" nel nostro sistema giuridico.

Sfugge all'economia di questo succinto testo dare un compiuto conto dell'evoluzione del concetto di "procedimento amministrativo" nel nostro sistema giuridico.

In questa sede basti rilevare che dal concepimento di *una serie ordinata di atti e di operazioni*, orientato ad un risultato, ad un fine rappresentato dal provvedimento terminale (quindi con una concezione del momento procedimentale quale sostanzialmente preparatorio e strumentale al provvedimento finale)¹⁵ si è via via passati alla dimensione del "procedimento come modo di esercizio del potere", "forma dell'azione con la quale si esplica il momento dell'autorità del soggetto pubblico temperato con la libertà del privato, al quale vengono garantite le forme di espressione di questa supremazia (quindi ad un'evidenza procedurale e funzionale del procedimento),¹⁶ sino all'esito di un'apertura del procedimento ad una più ampia partecipazione (si pensi al peso assunto ad esempio dai soggetti portatori dei cosiddetti interessi diffusi) in coincidenza di una diversa prospettiva di relazioni tra le strutture di governo degli interessi pubblici e la società.¹⁷

Da ciò è derivato che - sulla base di una sempre più spiccata presunzione di non sufficienza della mera analisi strutturale, normale ed estetica del procedimento (attraverso cioè lo studio delle sue fasi) - abbia assunto una sempre maggiore considerazione l'analisi funzionale, diretta a rilevare l'intreccio ed il comporsi degli interessi - pubblici e privati - in gioco.

Il procedimento, quindi, assume le caratteristiche d'un bacino di compensazione di contrastanti interessi pubblici e privati: esso non è più interpretato quale presupposto dell'atto o come "atto-procedimento", bensì come "procedimento-garanzia" o "procedimento-partecipazione".¹⁸

In questo quadro emerge la portata delle norme contenute nella L.241/90 (posta a conclusione di una lunga elaborazione giurisprudenziale ed inglobante la codificazione dei principi di partecipazione), che segnano uno sviluppo ulteriore di "democratizzazione dell'azione amministrativa".¹⁹

Esempi significativi di tale sviluppo: il concetto di "motivazione sufficiente" (per il quale si veda il paragrafo 2.3) ed i profili di discrezionalità ed autonomia del funzionario responsabile del procedimento (profili e facoltà mediate dai principi di non aggravamento del procedimento, di pertinenza all'oggetto del procedimento e dai canoni di logicità e congruità: principi e canoni- non sembri ridondante il sottolinearlo- **propri dell'attività istruttoria**²⁰).

¹⁵ Concezione di cui l'Autore più rappresentativo risulta senz'altro il Sandulli.

¹⁶ Linea interpretativa che si può ben attestare al Benvenuti.

¹⁷ Per una ricognizione: tra gli altri, A.Bottiglieri-S.Cogliani-D.Ponte-R.Proietti, **Commentario alla legge sul procedimento amministrativo**, Padova, 2007, I Principi.

¹⁸ F.Benvenuti in L'attività amministrativa (a cura di Pastori), ISAP, 1964.

¹⁹ Cogliani in A.Bottiglieri-S.Cogliani-D.Ponte-R.Proietti, **Commentario alla legge sul procedimento amministrativo**, Padova, 2007, Capo I- I Principi.

²⁰ Elio Casetta, **Manuale di Diritto Amministrativo**, Milano, 2010, Il Procedimento Amministrativo, pag.448.

4.2 I compiti del responsabile del procedimento delineati nella L.241/90.

L'art. 6 della Legge 241/90 individua i compiti del responsabile del procedimento.²¹

La comparazione tra contenuto del quesito e articolato di legge è un'efficace esemplificazione di quanto sinteticamente riportato nel precedente paragrafo.

Tanto il campo della valutazione delle "condizioni di ammissibilità", dei "requisiti di legittimazione" e dei "presupposti", dell' "accertamento di ufficio dei fatti", del "rilascio di dichiarazioni" e della "rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete", dell' "esperimento di accertamenti tecnici ed ispezioni" (art. 6 suddetto, comma 1/lett.a-b) sembra prestarsi ad un ordine funzionalistico, ad un'evidenza procedurale e funzionale del procedimento, alla circoscrizione delle possibilità e dei connessi limiti di "un equo temperamento tra le esigenze emergenti nel procedimento"²², così il combinato disposto della "predisposizione ed accertamento dei presupposti dell'atto da emanare" (sin dalla corretta collocazione in una delle "fasi procedurali" richiesta dalla prova) appare invece - nel quesito somministrato - ostaggio di una finalità classificatoria e di una ricostruzione meramente strutturale del procedimento.²³

La formulazione del quesito risulterebbe perciò di difficile assimilazione - persino in ossequio ad una lettura-interpretazione logico/letterale estensiva - ai contenuti dell'articolo suddetto, proprio perchè differente e discriminante è la chiave interpretativa rappresentata alternativamente nei riguardi del procedimento amministrativo.

Tuttavia si suppone che proprio una lettura peculiare dell'art.6 L.241/90 possa generare l'improvvido equivoco della mancata considerazione della Fase propriamente Istruttoria del Procedimento nel nòvero delle risposte esatte al quesito proposto.

Al fine di contribuire al dipanarsi di tale fuorviante lettura , è bene precisare innanzi tutto cosa effettivamente *non* sia e cosa effettivamente *non* rappresenti la disposizione della Legge 241/90 esaminata.

La norma sembra infatti specificare "analiticamente gli adempimenti cui è tenuto il funzionario responsabile del procedimento.

²¹ Articolo 6.(Compiti del responsabile del procedimento)

1. Il responsabile del procedimento:

- a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento;
- b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;
- c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14;
- d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le modificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;
- e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

²² "Occorre, pertanto, che il responsabile effettui un equo temperamento tra quelle che sono le esigenze emergenti nel corso del procedimento: avendo sempre presenti sullo sfondo i principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, il responsabile del procedimento dovrà da una parte compiere tutte le attività utili a fornire un quadro completo all'interno del quale adottare la decisione più rispondente sia all'interesse pubblico che all'interesse privato coinvolto nell'azione amministrativa, dall'altra, esimersi dal compiere atti o svolgere una qualsiasi attività che, non essendo nè utile nè necessaria all'adozione di una scelta ponderata, comporti un aggravio del procedimento, violando così uno dei principi cardine della riforma che ha investito il settore amministrativo" (così il Caringella in Corso di Diritto Amministrativo, Milano, 2008, "Il responsabile del procedimento")

²³ Vale a dire dell'indicazione sandulliana di puntuale associazione tra tipologie di atti e singoli "fasi", "stadi", "sottofasi" procedurali (cfr. Aldo M. Sandulli, Manuale di Diritto Amministrativo, Napoli, 1984, Gli atti amministrativi, pag. 631).

In realtà, malgrado il dettaglio e la cura utilizzati nella redazione dell'art.6, risulta evidente l'impossibilità di indicare tutti gli adempimenti che devono essere curati al fine di emettere il miglior provvedimento finale possibile. L'elencazione, al di là della sua analiticità, deve perciò essere considerata come esemplificativa e non esaustiva".²⁴

Anzi, "tale disposizione non contiene un'indicazione tassativa ed esaustiva di quelli che sono i compiti del responsabile del procedimento, bensì si limita ad elencare esemplificativamente una serie di compiti gravanti in capo al responsabile stesso".²⁵

In tal senso è del tutto improprio associare alla ratio dell'art.6 una volontà esplicativa (e quasi didascalica) riguardo al procedimento amministrativo da parte del Legislatore; **è da escludersi perciò sia il senso di una partizione logica delle varie fasi del procedimento²⁶, sia una scansione cronologica formalizzata delle fasi del procedimento (quasi assumendo l'ordine di disposizione dei commi dell'articolo quale naturale proiezione del dispiegarsi progressivo delle stesse).**

In realtà l'art.6 non impone una distinzione né di natura funzionale, né di tipo organizzativo rispetto alle fasi procedurali.²⁷

Con differente tenore, l'articolato esaminato si limiterebbe semmai ad "accogliere" una differenziazione tra due fasi del procedimento (pur senza giungere ad imporre una netta scissione): fase istruttoria e "fase della decisione"²⁸ (vale a dire quella fase definita "dispositiva" dal Virga e denominata "costitutiva del procedimento" dal Sandulli).

4.3 La "natura istruttoria" dell'art.6 della L.241/90

Al funzionario responsabile del procedimento spetta l'adozione di tutti gli atti e la cura di tutti gli adempimenti necessari per acquisire un quadro esaustivo, allo scopo di emettere il provvedimento finale in linea con l'interesse pubblico perseguito e rispondente (per quanto possibile) agli altri interessi pubblici e agli interessi privati coinvolti nel procedimento.

In sostanza, l'elencazione in esame - nell'articolo 6 - ha valore esponentiale dell' "*id quod plerumque accidit*", perché ogni singolo procedimento presenta problemi particolari e perché sarà il funzionario responsabile ad individuare, nella fattispecie concreta, gli adempimenti più idonei.²⁹

La giurisprudenza ha affermato che la figura del responsabile del procedimento, come appunto delineata dall'art.6, l.7.8.90, n.241, è "attributaria d'una funzione essenzialmente istruttoria coordinata alla sequenza di atti culminanti, poi, con l'effusione provvedimento nella quale si sostanzia la manifestazione di volontà dell'amministrazione; potendosi ulteriormente risolvere (anche) in chiave collaborativa con il privato, al fine di porre quest'ultimo in condizione di rimuovere difetti, irregolarità, incompletezze, impedimenti presenti nell'istanza dal medesimo presentata" (T.A.R. Calabria, Catanzaro, 26.02.98, n.153).³⁰

²⁴ Cogliani in A.Bottiglieri-S.Cogliani-D.Ponte-R.Proietti, **Commentario alla legge sul procedimento amministrativo**, Padova, 2007, Capo II- Responsabile del Procedimento.

²⁵ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano, 2008, Sez.9, Il Procedimento Amministrativo.

²⁶ Per la quale si richiama la classica, paradigmatica tripartizione -tutta dottrinale- dell'intera categoria dei procedimenti amministrativi -sotto il profilo strutturale- in fasi denominate: preparatoria, costitutiva ed integrativa dell'efficacia (A.M.Sandulli, **Manuale di Diritto Amministrativo**, Napoli, 1984, pag.624).

²⁷ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano, 2008, Sez.9, pag.1639.

²⁸ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano, 2008, Sez.9, pag.1639.

²⁹ Proietti in A.Bottiglieri-S.Cogliani-D.Ponte-R.Proietti, **Commentario alla legge sul procedimento amministrativo**, Padova, 2007, Capo II- Responsabile del Procedimento, pag.163.

³⁰ Su questa "collaborazione" del privato già nella Fase Istruttoria del Procedimento Amministrativo-secondo l'evoluzione storico/giuridica accennata- si rimanda a quanto succintamente indicato nel paragrafo 4.1.

4.4 Una proposta di ordinamento della attività endoprocedimentali nella scansione del Procedimento

4.4.1 L'art. 6, comma 1, lett. a)

Stanti il carattere non classificatorio riguardo al procedimento e l'inidoneità assoluta dell'articolo 6 a svolgere una scansione cronologica formalizzata e diacronica delle fasi del procedimento, nessuna lettura potrebbe autorizzare l'associazione puntuale dei commi dell'articolato a singole fasi procedimentali.

Significative in tal senso le note di riflessione sul comma 1 lett. a) dell'articolo 6 proposte dal Caringella.³¹ Con riferimento al detto comma 1 lett.a)³², il Caringella infatti esplicita:

“

Tale disposizione, nel rispetto del principio di efficienza che deve caratterizzare l'attività della pubblica amministrazione, mutua una regola di economia, di origine processual-civilistica, per la quale è inutile iniziare un procedimento ogniqualvolta la domanda è inammissibile, o perché diretta ad ottenere un provvedimento che la P.A. non può adottare o perché la richiesta proviene da un soggetto che non possiede i requisiti di legittimazione. Nell'ipotesi in cui i risultati di questa indagine preliminare siano negativi non sarà necessario procedere alla valutazione della fondatezza della domanda del privato”³³

In tal senso l'Autore delinea “un'attività di verifica preliminare” da parte del Responsabile del Procedimento, mutuandone i fondamenti ed i principi da fonte processual-civilistica.³⁴

E' significativo che tale verifica venga appunto caratterizzata nella forma di “attività” e non di “fase” o “stadio” procedimentale. Ed è ancor più rilevante che tale attività non venga mai connotata quale parte integrante di una presunta “fase d'iniziativa” o d'impulso del Procedimento.

In altra parte della medesima trattazione l'Autore tornerà però sulla natura delle attività endoprocedimentali e sulla possibile collocazione nella scansione delle fasi stesse del Procedimento, valorizzando la “diversa” classificazione (dove l'attribuzione è dell'Autore) delle fasi procedimentali da parte del Sandulli. Lo farà a proposito della “natura istruttoria e pre-decisoria del preavviso di rigetto”³⁵, vale a dire riferendosi a quell'articolo della L.241/90 che attribuisce al responsabile, per i procedimenti ad istanza di parte che debbono concludersi con un provvedimento negativo, il compito di comunicare al privato istante i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza per consentire un contraddittorio rispetto all'adozione della statuizione lesiva.³⁶

Data la particolare luce che tale approfondimento getta “sull'attività di verifica preliminare” suddetta (art.6, comma 1 lett.a), L.241/90) e sulla indubbia collocazione di questa non in un limbo sconosciuto dell'iter procedimentale, ma pienamente nella sua Fase Istruttoria (pur con le “sotto-partizioni sandulliane” che l'Autore finisce per considerare), ci sembra opportuno considerarne i lineamenti.

³¹ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano,2008, Sez.9, Il Responsabile del Procedimento.

³² “1. Il responsabile del procedimento: a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento”

³³ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano,2008, Sez.9, pag.1629.

³⁴ Ma il “criterio di economicità” dell'azione amministrativa è ben rinvenibile già all'interno della Legge sul Procedimento Amministrativo ed in particolare nell' articolo 1, comma 1, L.241/90.

³⁵ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano,2008, Sez.9, pag.1698.

³⁶ **Articolo 10-bis. Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza** – “1. Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda...”

4.4.2 L'art.10-bis della L.241/90, ovvero della “natura istruttoria e pre-decisoria del preavviso di rigetto”

“L'art. 10-bis ridisegna l'intera scansione procedimentale, collocando la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza all'interno dell'iter procedimentale, unitariamente inteso, nel mezzo tra la fase istruttoria e quella decisoria.

Per poter rappresentare all'istante le ragioni impedienti l'accoglimento della propria istanza, l'amministrazione effettua una delibazione degli elementi di fatto e una valutazione sulle ragioni di diritto che ostano alla definizione del procedimento in senso favorevole per il privato. Tale delibazione, però, non ha necessariamente carattere definitivo, giacché è esposta alle eventuali osservazioni dell'istante, naturalmente tese a rimuoverla, in difetto delle quali le anticipate ragioni di rigetto si cristallizzeranno nella motivazione del provvedimento finale.

E' evidente, pertanto, che il preavviso di rigetto non chiude la fase delle valutazioni istruttorie, né costituisce il momento dell'assunzione della decisione finale del procedimento...La natura pre-decisoria della comunicazione *de qua* è stata posta in luce da Tar Campania, sez. II, 24 marzo 2006, n. 3174, il quale ha rilevato che la norma in parola, quale mezzo preventivo di soluzione di potenziali conflitti, dà luogo ad una fase pre-decisionale a contraddittorio pieno sulle ragioni ostative all'accoglimento della domanda di parte...**La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte appare dunque costituire, contemporaneamente, momento terminale della prima fase istruttoria ed eventuale momento iniziale di una seconda fase istruttoria (nel caso in cui l'istante intenda replicare al preavviso di rigetto della P.A.), nel corso della quale l'amministrazione è tenuta a valutare, ove pertinenti all'oggetto del procedimento, le osservazioni e i documenti prodotti dall'istante, dando atto nella parte motiva del provvedimento finale delle ragioni del loro eventuale rigetto**”.³⁷

E ancora (in un paragrafo significativamente intitolato “Collocazione nella scansione delle fasi procedurali”):

“Per quanto riguarda la sua (- *della comunicazione di preavviso di rigetto* -) collocazione all'interno della scansione in fasi del procedimento, secondo alcuni la comunicazione in parola appartiene ancora alla fase istruttoria. Essa infatti prelude alla predisposizione, da parte del privato, di apporti utili a prospettare interessi o fatti prima pretermessi, ignorati o mal valutati; dà impulso alla rimozione-ove possibile- dei fattori ostativi all'accoglimento; in termini più generali ed onnicomprensivi, spinge, verso il completamento della cornice istruttoria nella quale si andrà a radicare il provvedimento finale.

E' dunque evidente che la fase decisoria vera e propria non può prendere avvio se non dopo che il privato abbia replicato per iscritto o documentalmente, in quanto solo allora sarà possibile “decidere” (cioè principiare la fase di valutazione comparativa tra gli interessi) con cognizione di causa, vale a dire tenendo conto degli apporti conoscitivi (opinioni/rappresentazioni) dell'istante. **Ciò risulterebbe confermato anche in caso di mancato intervento del privato, perché l'amministrazione sarebbe comunque tenuta ad acquisire al procedimento tutti i fatti rilevanti (taciuti dall'interessato o addirittura sopravvenuti rispetto all'inoltro della comunicazione ex art.10-bis) e ciò costituisce un adempimento che, incidendo sulla completezza dell'istruttoria, non può che appartenere alla omonima fase procedimentale.**”³⁸

³⁷ F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo* (V Ediz.), Milano, 2008, Sez. 9, “3. La natura istruttoria e pre-decisoria del preavviso di rigetto”.

³⁸ F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo* (V Ediz.), Milano, 2008, Sez. 9, “6. Collocazione nella scansione delle fasi procedurali”.

Per inciso, rileviamo in questa serrata elaborazione dottrinale che l'atto di "predisposizione" da parte del privato di apporti utili a prospettare interessi o fatti "spinge" verso il completamento della Fase Istruttoria, **al pari dell'acquisizione di tutti i fatti rilevanti da parte dell'amministrazione (adempimento che, incidendo sulla sua completezza, non può che appartenere appunto alla medesima Fase Istruttoria).**

Tale cardinale precisazione, oltre che richiamare la "valutazione" delle "condizioni di ammissibilità", dei "requisiti di legittimazione" ed dei "presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento" (di cui, appunto, all'art.6 comma 1-a) L.241/90), riconducendo "l'attività di verifica preliminare" - precedentemente enucleata - nel pieno alveo della Fase Istruttoria, risulta quasi una notomizzazione del quesito da cui siamo partiti ("Quale fase del procedimento amministrativo è diretta a predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare?"), indirizzando in maniera assolutamente persuasiva alla corretta risoluzione.

E infine la 'chiusura del cerchio', con il chiaro richiamo alla Lezione Sandulliana:

"La norma si presta, però, a valorizzare una diversa classificazione delle fasi del procedimento amministrativo, quella operata dal Sandulli. Questo autore distingue nel procedimento tre fasi: quella preparatoria, quella costitutiva e quella integrativa dell'efficacia. La fase preparatoria si distingue in diversi stadi: l'iniziativa, l'istruttoria, lo stadio predecisionale e quello di determinazione del provvedimento finale. Il preavviso di provvedimento negativo si inserisce bene nello stadio predecisionale. In effetti la comunione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda presuppone che sia stata già effettuata una valutazione della completezza dell'istruttoria, del valore probatorio del materiale raccolto ed una comparazione degli interessi pubblici e privati sottesi all'azione amministrativa, in mancanza dei quali non sarebbe possibile comunicare ai terzi che l'istanza non merita accoglimento. Gli eventuali vizi dell'istruttoria che il privato potrà evidenziare, possono tutt'al più giustificare una riapertura dell'istruttoria, disposta dal dirigente incaricato di adottare il provvedimento finale, ai sensi dell'art.6, comma 1, lett.e), della legge n.241/1990, motivando in merito".³⁹

La comunione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda presuppone che sia stata quindi già effettuata una valutazione della completezza dell'istruttoria, del valore probatorio del materiale raccolto (al pari di una comparazione degli interessi pubblici e privati sottesi all'azione amministrativa).

E' appunto la collocazione -di tale valutazione di completezza, del valore probatorio del materiale raccolto e della comparazione degli interessi pubblici/privati sottesi- nello "stadio istruttorio" della fase preparatoria del Procedimento Amministrativo, a determinare la conseguente collocazione del preavviso di provvedimento negativo de qua nello stadio predecisionale, immediatamente consequenziale.

Sembrerebbe verosimile una prospettazione analogica rispetto all' "attività di verifica preliminare" di cui all'art.6 comma 1 lett.a) ; che, perciò, risulterebbe così pienamente investita d'una collocazione nella Fase Istruttoria del Procedimento Amministrativo (o meglio nello "stadio dell'istruttoria" della Fase Preparatoria secondo l'ermeneutica operata dal Sandulli).

³⁹ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano, 2008, Sez.9, "6.Collocazione nella scansione delle fasi procedurali"

5. La collocazione del “predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare” nella Fase Istruttoria : una ricostruzione a partire dal ‘vizio’ dell'atto

Sussiste, infine, un modo suggestivo (ma non meno rigoroso della rassegna dei percorsi già esposti) per giungere alla conclusione univoca di esattezza della collocazione nella Fase Procedimentale Istruttoria del “predisporre ed accertare i presupposti dell'atto da emanare”.

La giurisprudenza reputa infatti “pacificamente che la contraddittorietà dell'atto con i risultati dell'istruttoria costituisca un vizio del provvedimento idoneo a inficiarne la legittimità.

Si tratta di un vizio della motivazione in quanto, secondo l'art.3 della legge n.241/90, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

La giurisprudenza ha qualificato tale vizio come eccesso di potere, in quanto costituisce una violazione delle regole di logica ed imparzialità che, pur non essendo previste in norme espresse, costituiscono limiti intrinseci del potere amministrativo.

In particolare, i giudici riconoscono, tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, **il difetto d'istruttoria, inteso come mancata acquisizione di tutti gli elementi, che la legge o la situazione di fatto richiedeva al fine della decisione, o come mancata valutazione degli elementi raccolti**”.⁴⁰

Quindi la mancata **acquisizione di tutti gli elementi** che la legge o la situazione di fatto richiedevano al fine della decisione (**atto del “predisporre i presupposti dell'atto da emanare”**) e la mancata **valutazione degli elementi raccolti (atto dell’”accertare i presupposti dell'atto da emanare”)** **integrano la fattispecie del difetto d'istruttoria**, riconosciuto in giurisprudenza tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

La corretta collocazione del “predisporre e accertare i presupposti” nell'ambito del Procedimento Amministrativo viene in questa sede dedotta dall'esame della particolare patologia degli atti (viziati) rivenienti, enucleando ancora una volta **la Fase Istruttoria** (il cui difetto può inficiare la legittimità dell'atto scaturente) quale esatta e pertinente sede di tali attività (che solo l'attenzione per le reiterazioni ci preclude di definire, appunto, “istruttorie”...) .

Di particolare interesse a tal proposito risulta la decisione del **Consiglio di Stato, sez.VI, 14.10.99, n.1360**, in occasione della quale si è affermato-proprio a riguardo della sussistenza di eccesso di potere per difetto d'istruttoria- che: *“in materia di agevolazioni finanziarie per il Mezzogiorno previste dalla Legge n.64/86 - a seguito della nuova procedura disposta dal D.L. 32/95- al fine di accelerare la procedura per la concessione dei contributi sottoponendo a lettura ottica i modelli all'uopo predisposti per la compilazione delle domande, non si deve escludere un'attività valutativa finale (ai sensi dell'art.6 legge 7.8.90 n.241) effettuata dal responsabile del procedimento, il quale ha l'onere di verificare non solo gli eventuali errori propri dello strumento utilizzato, ma anche la sussistenza dei presupposti per l'emanazione del provvedimento; di conseguenza è illegittima l'esclusione dai benefici di cui alla legge 64 citata qualora con un'istruttoria più approfondita sarebbe stato possibile accertare la natura formale e non essenziale di errori od omissioni.”*⁴¹

⁴⁰ F.Caringella, **Corso di Diritto Amministrativo** (V Ediz.), Milano, 2008, Il procedimento amministrativo, pag.1632.

⁴¹ **Consiglio di Stato, Sez.VI, 14/10/1999, n.1360.**

Il perno interpretativo della pronuncia è appunto costituito dalla prefigurazione di un’**“istruttoria più approfondita”**, tesa a verificare la **“sussistenza dei presupposti”** per l’emanazione del provvedimento (**una fase istruttoria**, quindi, nella quale tale verifica di **sussistenza/accertamento dei presupposti** possa rappresentarsi quale parte/momento costitutivo e fondante).

Antonello Rubino
e-mail: antlo.rubino@gmail.com