

EDITORIALE – 11 MARZO 2015

Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani

di Filippo Patroni Griffi
Presidente di sezione del Consiglio di Stato



Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*

di Filippo Patroni Griffi

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Sommario: 1. Premessa. 2. Il procedimento amministrativo nella riflessione della dottrina fino a Sandulli. 3. Da Sandulli alla codificazione. 4. La “codificazione” del procedimento. 5. Problematicità e prospettive del procedimento.

1. Premessa

Il procedimento amministrativo costituisce, a mio avviso, una delle possibili chiavi di lettura dei mutamenti istituzionali succedutisi nel nostro Paese dall’inizio del 900 ad oggi; questo perché il procedimento è un istituto che, per mutuare un’espressione dallo studio delle rappresentazioni teatrali, costituisce il luogo in cui si realizza l’unità di tempo, di spazio e di azione del rapporto tra cittadino e pubblico potere; un’unità però diacronica, non statica, nella consapevolezza del resto, che, anche al di fuori della singola vicenda procedimentale, esiste un contesto dinamico fatto di connessione di procedimenti, di fattispecie giuridicamente rilevanti non procedimentalizzate, di confluenza tra attività negoziale e provvedimentale, di raccordo tra regolazione, programmazione e attuazione¹.

Il procedimento –è stato da più parti detto- è la forma abituale dell’esercizio del potere, e non solo di quello amministrativo. Riflettere oggi sul procedimento amministrativo, assumendolo come chiave di lettura e di verifica delle trasformazioni dell’amministrazione e dei suoi rapporti con i cittadini, ha dunque senso e consente –come vedremo- di coniugare tradizione sistematica e capacità di cogliere i momenti ordinanti delle trasformazioni dell’amministrazione e della dialettica tra cittadini e poteri pubblici, in un tempo storico in cui la funzione amministrativa

* Relazione al convegno “Riflessioni sul procedimento amministrativo (a trenta anni dalla scomparsa di Aldo M. Sandulli)”, tenutosi a Roma il 12 dicembre 2014.

¹ A. Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato dir. amm.* diretto da Cassese, Milano 2003, *Dir.amm.gen.*,t.II,1035ss



trova nella comunità il proprio fattore di legittimazione; e il suo connotato autoritativo –anche quando sul piano giuridico-formale non viene meno- si inserisce nella logica del servizio.

2. Il procedimento amministrativo nella riflessione della dottrina fino a Sandulli

Parlavo di tradizione sistematica, perché il procedimento è forse tra i pochi, e sicuramente il principale, dei temi su cui si è cimentata in maniera sistematica la nostra scienza del diritto amministrativo, come è noto incline, e a mio avviso sostanzialmente a ragione, a privilegiare l'aspetto pragmatico su quello dogmatico nello studio dei fenomeni amministrativi.

Ma che tipo di sistematica? Consideriamo per sommi capi la posizione della cultura giuridica italiana, in particolare di quella privatistica, a cavallo tra i due secoli dello scorso millennio.

La scuola giuridica italiana vive un momento di transizione: tradizionalmente ancorata alla scuola romanistica, si avvia ad abbandonare il modello esegetico di provenienza francese e di ispirazione codicistica (mi riferisco naturalmente al codice napoleonico che riassume in sé l'esperienza della legislazione postrivoluzionaria, penso al *Code rural*), per l'irrompere sulla scena della scuola tedesca e in particolare di Windscheid e della pandettistica.

La dottrina italiana si orienta verso la nuova scuola tedesca, ma avverte presto che la sistematica e, soprattutto, il dogmatismo pandettistico erano troppo lontani dal sentire e dalla formazione giuridica nazionali, sì da sottoporli a una riflessione che adattasse i “concetti” della scuola tedesca alla tradizione italiana.

Del resto – come osserva Giovanni Cazzetta² – dopo l'Unità, “il segno di un diritto veramente italiano” è dato dalla costante ricerca di “un'indispensabile alleanza, di un connubio, tra scienza e pratica, diritto teorico e pratico, giurisprudenza dottrinale e forense”³.

Si apre sì, dunque, la strada alla divulgazione del pensiero tedesco (ad opera, per esempio, di romanisti quali Filippo Serafini e del suo *Archivio giuridico*), ma il dibattito dottrinario si concentra sulla contrapposizione, talora probabilmente “esagerata”, tra scienza e pratica. Dibattito che probabilmente risente anche della contrapposizione, nella dottrina tedesca, tra la sistematica di Savigny (che comunque supera la frattura tra teoria e prassi propugnata da Windscheid) e

² *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano* in *Quad.fior.*2011 n. 40, 781 ss

³ Il Tabarrini scriveva, già nel 1847, che “senza i lumi e le emendazioni del Foro, la scuola non avrebbe che astrusi teorici inutili affatto ai bisogni del vivere civile, e senza la dottrina della scuola il Foro non avrebbe che pomposi parolai, pratici faccendieri”. E nel programma della *Rivista di diritto civile* del 1909 si ritrova l'esigenza di un diritto italiano che rifugga il metodo esegetico francese, ma che sappia sottrarsi anche al metodo dogmatico e astratto della pandettistica tedesca e alla “scienza per la scienza” che, nella scia di quella, veniva propugnata da Gian Pietro Chironi, ma avversata, tra gli altri, da Emanuele Gianturco.



l'adesione alla scuola storica riscontrata da alcuni autori nell'ultimo Jhering, dello Jhering, per intenderci, oppositore della *Begriffsjurisprudenz*. In definitiva, in Italia progressivamente si supera la sterile contrapposizione tra metodo esegetico francese e metodo sistematico tedesco per aprirsi a un diritto "pratico", in cui, dal punto di vista culturale, il giurista assume la consapevolezza che il diritto serve alla società e non alla logica astratta e dogmatica di un "sistema" che parla con sé stesso; e nel quale si realizza quel "felice connubio tra teoria e pratica" (propugnato dal Pacifici-Mazzoni nelle sue *Istituzioni*), il "giusto mezzo a cui inconsapevolmente tende l'intelletto italiano", per dirla con Emanuele Gianturco.

La dogmatica tedesca influenza anche il pensiero amministrativistico. Ed essa era incentrata sul provvedimento amministrativo⁴, non sul procedimento. Ma l'attenzione in Italia al provvedimento è frutto anche di altri due fattori: l'incidenza dei paradigmi privatistici sugli istituti di diritto amministrativo, che pervaderà per lungo tempo la storia del pensiero giuridico amministrativistico ancora fino ai *Principi* di Miele (che traspone istituti privatistici, e in particolare il concetto di causa, nella teoria generale del provvedimento); l'incidenza della giurisprudenza sulla dottrina, che resterà costante nella tradizione italiana (con accentuati caratteri di reciprocità), e il carattere del sistema giurisdizionale istituito nel 1889 fondato sull'impugnazione del provvedimento⁵.

Fatto sta che solo con il *Corso* di Cammeo del 1914 si affaccia la nozione di procedimento, che si concretizza "quando la produzione di effetti giuridici risulta dal concorso di più atti, o anche da atti e fatti, purché questo concorso sia regolato da norme che disciplinano l'ordine della successione loro e le relative forme"; salvo a precisarsi che si tratta di un fenomeno "non generale e costante, bensì accidentale". E successivamente a lui l'attenzione della dottrina resta concentrata sul provvedimento, tanto da far parlare anche di atto-procedimento (Forti) e da far dire ancora a Zanobini, nel suo *Corso*, che al tema del procedimento la dottrina in fondo non dedicava che fugaci accenni.

3. Da Sandulli alla codificazione

Bisogna aspettare Aldo M. Sandulli, nel 1940, perché il procedimento amministrativo sia oggetto di una formidabile opera di sistemazione giuridica, che continuerà anche successivamente.

⁴ B.Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1988, 58. La teorizzazione del procedimento nel diritto austriaco si deve invece a F. Tezner, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahren*, Wien 1896

⁵ Da questo punto di vista, uno degli aspetti di modernità del procedimento è che esso apre al rapporto e favorisce quindi un giudizio sul rapporto, indagato attraverso il procedimento

Giannini riconosce⁶ che Sandulli “sembrava non solo aver fatto recuperare il tempo perduto, ma addirittura aver posto la dottrina italiana in una posizione avanzata nello studio del tema”.

L’opera di sistemazione di Sandulli e i successivi sviluppi dottrinari sul tema del procedimento rispecchiano, a mio avviso, l’approccio alla sistematica che si è visto essere proprio della scuola giuridica italiana di inizio 900.

Si è detto prima che il procedimento è forse tra i pochi e sicuramente il principale dei temi su cui si è cimentata in maniera sistematica la nostra scienza del diritto amministrativo. Ma si è trattato, per l’appunto, di una sistematica di tipo ordinante e non dogmatico, che, da una parte, faccia leva sul sapere problematico e sulla struttura topica del pensiero giuridico, indirizzata ai problemi, per arricchire la capacità di analisi della realtà, dall’altra, non rinunci all’effetto ordinante proprio del sapere sistematico. Di una sistematica che, con Savigny, sappia coniugare teoria e prassi (superando la relativa rottura propugnata nelle *Pandette* di Windscheid) sul modello del diritto romano nell’accezione di Orestano⁷. Una sistematica, in altri termini, “aperta”, ben diversa da quella dogmatica che ha portato la scienza amministrativistica italiana, quanto meno a partire da Benvenuti e Giannini, a fuggire dal sistema, in quanto forma, piuttosto che a criticare l’astratto metodo dogmatico in quanto tale⁸.

Cosa troviamo nel *Procedimento* di Sandulli (e poi nel *Manuale*, che formerà generazioni di giuristi)? Si è soliti dire sistemazione ed esaltazione della struttura e del valore giuridico formale del procedimento; e a ragione, in quanto ciò che rileva è la “determinazione dogmatica del fenomeno del procedimento”; l’indagine sul procedimento va “inquadrata nello studio della teoria generale della fattispecie. Essa, infatti, non viene a risolversi in altro, che in uno studio della progressiva formazione della fattispecie in cui si concreta l’azione dell’amministrazione pubblica”⁹.

⁶ *Diritto amministrativo*, Milano 1970, v.II, 831

⁷ Per un approfondimento di questa problematica, cfr., anche per ampi riferimenti, M. Ramajoli, *L’esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in RTDP 2010, 347; per S. Cassese, *Lo stato presente del diritto amministrativo attuale*, in RTDP 2010, 389 ss., spec. 399, “il positivismo normativistico...-come quello scientifico-, fiducioso nell’assolutezza delle proprie proposizioni, corre continuamente il rischio di trasformare la scienza in metafisica: ha la pretesa di applicare al pensiero scientifico una categoria caratteristica della metafisica, l’assoluta sistematicità e coerenza logica”

⁸ Osserva G. Morbidelli, (*Aldo M. Sandulli e il suo contributo alla certezza del diritto e alla unificazione nazionale*, in www.federalismi.it n.24/2010) che “la sistematica non è incasellamento forzoso della realtà, ma è rispetto della complessità di questa, che va ad organizzare e pertanto a salvaguardare nella sua naturale pluralità e diversità”

⁹ Come rileva giustamente G.Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* (a cura di Mazzaroli e altri), Bologna 2005, 518 ss “la teoria formale del procedimento si caratterizza per svincolare il procedimento dall’atto giuridico finale, inteso come realtà sostanziale. Il procedimento viene visto...come asettico rispetto alla qualità dell’atto finale”(p.539)



Sandulli analizza la struttura del procedimento, lo differenzia dall'atto complesso (che pure disciplina i "vari casi in cui più agenti coordinano in modo più o meno immediato la propria azione verso la realizzazione di un certo risultato giuridico") dal quale restavano peraltro fuori importanti provvedimenti amministrativi (autorizzazioni e approvazioni). Chiarisce che il procedimento attiene sia alla codeterminazione di vari agenti in vista dell'effetto giuridico, sia all'ipotesi in cui l'agente sia unico ma l'ordinamento nondimeno prescrive "che questo non possa pervenire alla realizzazione del risultato se non attraverso una serie giuridicamente disciplinata di atti successivi". Nel diritto pubblico lo "svolgimento procedurale" costituisce la regola: nella legislazione perché essa realizza un'attività complessa, nel processo in funzione di garanzia. Ma è nel diritto amministrativo che occorre studiare il fenomeno nella sua unità: qui, a differenza che nel diritto processuale, manca una sistemazione legislativa unitaria della materia; il procedimento risponde a più esigenze; organizzative, di coordinamento tra soggetti pubblici, di garanzia; soprattutto, il procedimento consente di dare una forma alla discrezionalità amministrativa, in contrapposizione alla "comune osservazione" del passato (Manna) secondo cui il diritto amministrativo "non può non lasciare il più possibile libero, sopra tutto nelle forme, il potere discrezionale dell'autorità che deve provvedere"¹⁰.

Sandulli esclude esplicitamente che il procedimento possa essere concepito "come una categoria di natura sostanziale" (p.35): "quella del procedimento è dunque una nozione formale –(ma ndr) nel senso in cui questo aggettivo si contrappone a sostanziale- attinente all'aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momenti nel tempo". Così Sandulli avvia la partizione del procedimento in fasi, con l'intento di studiare gli effetti dei singoli atti rispetto alla produzione finale dell'effetto giuridico.

A questo punto occorre intendersi sulle parole: se per sostanziale si intende contenutistico, la teoria di Sandulli è puramente formale. Ma non va dimenticato che l'Autore pone in luce che occorre tener conto, nel procedimento, anche "del valore *sostanziale* delle relazioni che si instaurano tra i diversi fatti che in esso si coordinano"¹¹, sicché lo studio del procedimento va impostato "in immediata coordinazione con lo studio delle relazioni sostanziali, le quali intercorrono tra le varie attività, che nel procedimento si susseguono"¹². Le stesse fasi in cui si

¹⁰ A.M.Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940 (rist. 1964), p. 24, nt. 19)

¹¹ A.M.Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., spec. 23; il corsivo è nostro

¹² p. 38



articola il procedimento non sono “elementi costitutivi” di una struttura complessa, ma momenti in cui si articolano giuridicamente le relazioni sostanziali tra le varie attività (e tra i vari soggetti¹³). Non mi sembra dunque azzardato dire, utilizzando una terminologia più moderna, che il procedimento, già nella visione sandulliana, si attegga a *contenitore del rapporto* giuridico amministrativo (le “relazioni sostanziali”) che intercorre tra amministrazioni o tra amministrazione e cittadino¹⁴. L’analisi delle partizioni e lo studio strutturale del procedimento condurranno infatti Sandulli a vedere, anzi a verificare scientificamente anche in rapporto alla giurisprudenza, il procedimento come luogo di emersione progressiva delle situazioni giuridiche¹⁵, a esaminare le ripercussioni “delle imperfezioni e delle irregolarità” procedurali sul provvedimento, ad approfondire i profili dell’impugnazione degli atti interni al procedimento e di quelli che oggi definiremmo procedimenti di secondo grado.

In altri termini, intorno alla figura del procedimento sono organizzati, grazie all’analisi strutturale e all’inquadramento sistematico, una serie di istituti di ordine teorico ma con riflessi sistemici di tipo pratico: il che costituisce espressione evidente di quella capacità della nostra dottrina di saper cogliere non l’aspetto meramente dogmatico dell’opera di sistemazione ma piuttosto il valore ordinante del diritto rispetto alla complessità dei fenomeni giuridici e istituzionali, e della stessa realtà fattuale. E la funzione ordinante si sposa con il valore della forma, non necessariamente relegato a una visione nichilistica (nell’impostazione di Natalino Irti)¹⁶, ma, per l’appunto, come contenitore di valori sostanziali storicamente determinati.

La giurisprudenza fa tesoro della sistemazione sandulliana.

I successivi sviluppi, di cui daremo conto schematicamente, muovono dall’influenza delle disposizioni costituzionali sull’amministrazione e sull’attività amministrativa e pongono in luce i diversi aspetti del procedimento amministrativo, l’uno a mio avviso complementare rispetto all’altro e tutti accostabili alla teoria formale del procedimento. Morbidelli sintetizza bene: “Sandulli ha spiegato cosa era il procedimento., gli Autori venuti dopo hanno spiegato a cosa serve il procedimento”¹⁷.

¹³ Donde la rilevanza, per l’Autore, del concetto di competenza come misura di attribuzione e di ripartizione di poteri tra gli organi dello Stato

¹⁴ Giannini, nelle *Lezioni* del 1950 (p.261), ebbe a parlare al riguardo di “cerniere sulle quali si incardina l’insieme”

¹⁵ “quale sia la situazione giuridica nella quale, man mano che lo svolgimento procedurale avanzi verso la sua conclusione, vengono a trovarsi i soggetti”(p. 39)

¹⁶ Il riferimento è a Natalino Irti, *Il salvagente della forma*, Bari 2007, secondo cui, citando Jorge Guillén, “nel naufragio dei tempi il diritto ha afferrato il salvagente della forma” (p. IX)

¹⁷ G. Morbidelli, *ult.cit.*, 539



Con Benvenuti e Giannini entrano prepotentemente nella struttura procedimentale, quale delineata da Sandulli, la funzione amministrativa e gli interessi a essa correlati; da cui la configurazione del procedimento come “forma della funzione”(Benvenuti)¹⁸ e luogo deputato alla ponderazione degli interessi (Giannini), pubblici e privati, solitamente collegato –ma il rilievo non mi sembra necessitato sul piano della teoria generale- con il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Quello che maggiormente mi sembra rilevare ai nostri fini è che si fa avanti fin da allora l’idea –probabilmente conseguente, sul piano dei principi, al “superamento del vincolo unilaterale tra legge ed atto amministrativo”¹⁹, ma probabilmente imposto dalla pratica del fenomeno amministrativo- che l’interesse pubblico non può essere compiutamente definito nell’astratta previsione di legge, ma è determinato nel procedimento come risultato dell’esercizio di un potere “partecipato”, nell’accezione di Benvenuti, quando non “concordato”, nella logica che sarà inaugurata dagli accordi della legge 241 e che trova fertile terreno di applicazione soprattutto nella pianificazione urbanistica e nell’attività edilizia. Da qui nasce la tensione persistente tra principio di legalità e determinazione in concreto dell’assetto degli interessi nell’esercizio di funzione, molto ben descritta da Guido Corso in un saggio sul principio di legalità²⁰. Con Giannini si fa strada anche la consapevolezza che, nella ponderazione di tutti gli interessi, il procedimento realizza la garanzia del privato ma anche quella dell’amministrazione, rispetto a soggetti “forti” espressione di rappresentanza di interessi collettivi o di categoria.

E siamo a Nigro, il quale –probabilmente per il retaggio culturale che si portava dagli *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*²¹- evidenzia il duplice profilo del procedimento, statico e dinamico, cioè il procedimento come organizzazione e come attività (oltre che il collegamento tra procedimento e processo). Il pensiero dello studioso costituisce un altro esempio evidente di sapere sistematico: egli tiene insieme le funzioni tradizionalmente assegnate al procedimento sia prima che dopo la Costituzione (coordinamento tra soggetti pubblici, apertura dell’azione amministrativa a terzi, garanzia degli “amministrati” ma anche di soggetti

¹⁸ Per una recente, attenta ricostruzione del pensiero di Benvenuti, e per ampi richiami, cfr. G.Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁹ A. Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato Cassese, cit.*, che spiega che ciò deriva dalla consapevolezza che la legge, incapace di compiere in via preventiva un (compiuto, direi) bilanciamento di interessi, trasferisce tale compito alla pubblica amministrazione, che si trasforma da entità esecutrice della volontà della legge in soggetto che agisce con un’attività procedimentalizzata, volta a definire in concreto l’interesse pubblico da perseguire.

²⁰ G.Corso, *Il principio di tipicità*, in *Codice dell’azione amministrativa* (a cura di M.A.Sandulli), Milano 2010, sub art.1

²¹ Milano 1966.



terzi e della stessa amministrazione, come già per Giannini) per cogliere la riferita duplice valenza organizzativa e funzionale del procedimento, nonché per gettare un ponte tra procedimento e processo, allo scopo di individuare entrambi come il luogo di emersione degli interessi storicamente giuridicizzati e della loro tutela.

Completa il quadro Sabino Cassese, soprattutto, per quanto qui rileva, con la sistemazione dell'intervento partecipativo del privato nel procedimento nelle sue varie forme in relazione alle sue finalità e alla tipologia dei procedimenti. Egli sviluppa la nota tripartizione tra partecipazione democratica, partecipazione collaborativa in chiave di efficienza dell'agire amministrativo e *right to a hearing*, in chiave garantistica e di difesa²².

Il percorso dottrinale richiamato –che pure traeva spunto da principi elaborati, in relazione a casi, dalla giurisprudenza- ha, a sua volta, largamente influenzato la giurisprudenza successiva, nella quale quei principi hanno trovato pratica applicazione soprattutto in relazione al processo di formazione della decisione amministrativa e ai rapporti tra i suoi attori istituzionali; e, ancora, con riferimento alla figura dell'eccesso di potere, sempre più spesso rinvenuto nel discostarsi dell'atto da quelle regole di istruttoria e di giudizio che si esplicavano nella sede naturale, e ordinante, del procedimento²³. Sotto tale profilo –si ripete- il procedimento è uno strumento coerente con lo spostamento del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto, perché il procedimento “apre” al rapporto e fa emergere gli interessi che in esso si muovono.

4. La “codificazione” del procedimento

Dottrina e giurisprudenza erano ormai mature per sciogliere il nodo, che già da alcuni anni si era posto, sul se adottare una legge sul procedimento amministrativo, sul modello, non poco diversificato, di altri Paesi, europei e non. E siamo alla legge n. 241 del 1990.

La nostra legge sul procedimento si pone –come è stato da più parti osservato- in una posizione intermedia tra i due modelli positivi (ed estremi) di “codificazione” del procedimento.

²² S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Riv.it.sc.giur.*, 1971, 25 ss. In *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in RTDP 2007, 40, l'A. dà il senso di un mutamento di prospettiva della partecipazione, che coglie il senso “partecipato”, quasi co-determinato, della decisione amministrativa. Su ciò sia consentito il rinvio a F.Patroni Griffi, *Sabino Cassese: “itinerario di un giurista, dal procedimento amministrativo nazionale allo spazio giuridico globale*, www.giustizia-amministrativa.it nonché in *Sabino Cassese e i confini del diritto amministrativo*, Napoli 2011, 71 ss

²³ Osserva ancora Morbidelli, *ult.cit.* 541, che “tale opera di coniugazione tra procedimento-fattispecie e procedimento-garanzia è particolarmente visibile nella giurisprudenza, la quale, muovendo dalla ricostruzione formale del procedimento...l'ha addizionata di tutta una serie di regole volte a garantire l'imparzialità e in genere l'uso della discrezionalità in coerenza con i principi costituzionali”.



Dalla legislazione statunitense dell'*Administrative Procedure Act* (1946), ripete la struttura snella e l'impostazione per principi; nel merito, mutua l'attenzione verso la disciplina della partecipazione procedimentale degli interessati nell'ottica della co-determinazione degli interessi²⁴, nella quale, peraltro, sostanzialmente si esaurisce la disciplina statunitense²⁵.

Il modello austriaco, e, sia pure in misura inferiore, quello tedesco si muovono invece in una logica diversa, solo apparentemente più vicina a quella italiana, anche se la dottrina italiana ha sempre guardato con molta attenzione all'esperienza austriaca. Tale modello è di impostazione essenzialmente processuale e di derivazione positivistico-kelseniana, attento ad assicurare la garanzia del rapporto autorità-libertà sul piano giuridico formale (il diritto pubblico subbiettivo che si contrappone, limitandolo, al potere), ma, come rovescio della medaglia, poco capace di adattare il mezzo (il procedimento) al fine (la funzione)²⁶. E tale modello procedimentale si ripercuote sulla disciplina del processo, analitica, completa ed esaustiva, ma inevitabilmente poco sensibile al concreto atteggiarsi dei poteri del giudice e delle tecniche di sindacato e coerentemente fedele al modello istituzionale del giudice, al pari dell'amministrazione, mero esecutore della volontà della legge.

Il modello italiano del 1990, coerente alla tradizione dottrina e giurisprudenziale del nostro Paese, è decisamente più flessibile: gioca sui principi dell'azione amministrativa (nei quali molto si ritrova delle fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere del diritto giurisprudenziale), regola il procedimento più che il provvedimento, si giova di una tecnica di sindacato per clausole generali, che assume i principi della legge come parametri di riferimento più che come disposizioni normative di cui fare applicazione in forma deduttiva. Il che non vuol dire che vi sia una sottovalutazione del principio di legalità, ma solo che lo stesso è diversamente declinato: non già la mera contrapposizione tra due posizioni soggettive che si delimitano a vicenda e non si parlano, bensì una sfera giuridica del cittadino che si fa *in progress*, storicamente determinata, che si modella sull'esercizio in concreto del potere per potersi meglio delineare, sempre in concreto, come posizione piena del cittadino medesimo verso *quel* potere (e non verso il potere, un potere generico, astratto e predeterminato)

E' questo, credo, il significato vero –evidenziato da Nigro– del processo di emersione di interessi giuridici che, dall'indistinto mondo degli interessi di fatto, vanno a comporre la sfera giuridica del

²⁴ Prospettiva, come si è visto, presente nella nostra dottrina e soprattutto, sia pure con angolazioni parzialmente diverse, in Benvenuti, Nigro e Cassese

²⁵ La stessa è stata successivamente integrata dal *Freedom of Information Act* (1975) e dal *Government under Sunshine Act* (1984), in tema di accesso e trasparenza

²⁶ Così, efficacemente, A.Sandulli, *Procedimento amm., cit.*



cittadino nei confronti del potere. E quindi un interesse legittimo non mero riflesso, in senso platonico, di un mondo ideale dei diritti, bensì una posizione che, con le garanzie assicurate dalla legge nel concreto farsi dell'azione amministrativa, cioè nel procedimento, sappia dialogare col potere concreto; in una, una posizione che dialoga con un potere “conformato” in concreto dal principio di legalità. La “libertà” da noi con si pone come un limite *esterno* all’“autorità”; quest’ultima, piuttosto, è *conformata al suo interno* dal doveroso modo di essere del potere, sicché la conformità a legge non è –oserei dire *soltanto*- la conformità al paradigma normativo, ma una più intrinseca legittimità sostanziale che tiene conto di “concetti giuridici indeterminati” di cui il giudice di volta in volta valuterà il rispetto.

Non credo che questi caratteri di fondo, a ben guardare, siano stati stravolti dalle modifiche apportate nel 2005 e nel 2009 alla legge sul procedimento²⁷. Sicuramente queste modifiche, sul piano dell'impostazione (e della stessa lunghezza della legge 241, come novellata) denotano uno spostamento del baricentro dal procedimento al provvedimento²⁸, in evidente controtendenza con la nostra tradizione²⁹; ma è altresì vero che grande rilevanza assumono nella legge i principi generali –e ne fanno ingresso di nuovi- e la motivazione, che assume una rilevanza centrale nello statuto del provvedimento, come “ponte che conduce alla cognizione diretta dei motivi, ripercorrendo l'intero procedimento in quanto dimostrativo della genesi del provvedimento”³⁰. In una più recente riflessione sul procedimento³¹, si dà il senso della continuità tra teoria formale del procedimento di Sandulli e apporto che i principi generali e la loro codificazione daranno alla stessa, sul piano, non contenutistico, ma certamente sostanziale.

Così come continuano ad avere rilevanza centrale nella disciplina legislativa l'interazione tra azione e organizzazione nel procedimento, sicché la legge continua ad avere presenti aspetti organizzativi in quanto direttamente incidenti sull'azione (responsabile del procedimento, conferenza dei servizi, istituti di partecipazione) e gli stessi principi generali sono, in gran parte,

²⁷ Acutamente gli interventi normativi sul procedimento sono stati definiti un “processo riformatore a ripetizione che la normativa sul procedimento ha conosciuto in un breve volgere di anni” sì da auspicare che il legislatore lasci “oggi sedimentare un po’ la materia” (R. Greco, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009*, in www.giustizia-amministrativa.it)

²⁸ M.A.Sandulli, *Presentazione a Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010, p.XVI

²⁹ Sulla questione cfr. la lucida analisi di Ro.Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *RTDP* 2010, 667 *ss.*

³⁰ Così M. Ramajoli, come riportata nella *Presentazione, cit.*, di M.A.Sandulli

³¹ *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010, di cui vedi la trattazione di M.A. Sandulli nella *Presentazione*



riferibili tanto all'azione quanto all'organizzazione (su tutti, economicità ed efficacia, trasparenza)³².

Non mi sentirei pertanto di condividere del tutto le conclusioni cui perviene una recente, attenta analisi sulla dimensione funzionale del procedimento, che individua tre fattori di criticità della concezione tradizionale di procedimento –diversificazione del ruolo del privato rispetto alla funzione tradizionalmente attribuita al suo intervento, esistenza di meccanismi procedurali al di fuori dell'esercizio di poteri discrezionali; meccanismi di azione amministrativa che prescindono dalla procedimentalizzazione- per ritenere che oggi il procedimento “evidenzia una capacità esplicativa ridotta rispetto ad alcuni fenomeni”³³.

Non mi convince del tutto l'analisi; è vero, però, da una parte, che esistono fenomeni dell'attività amministrativa, sotto il profilo dell'azione e, soprattutto, sul versante dell'organizzazione, non direttamente riconducibili al procedimento (penso, per esempio, a gran parte degli obblighi di trasparenza che si concretizzano nella pubblicità di una serie di dati e informazioni³⁴); dall'altra, che il procedimento non è più l'unica e necessaria forma della funzione amministrativa, senza peraltro arrivare a sminuirla come una delle (tante) possibili forme della funzione amministrativa.

In definitiva credo che il procedimento possa continuare a essere considerato –per dirla con Nigro- come un concetto di sintesi che si espande lungo un territorio in cui si opera il passaggio dall'irrelevanza (giuridica) di un interesse alla sua inclusione organica nella struttura dell'amministrazione.

In definitiva, mi sembra si possa conclusivamente affermare che a legge n. 241 del 1990 ha costituito il momento “positivo” di una riflessione sui rapporti tra cittadino e potere pubblico, manifestandosi così la sua riconosciuta valenza “costituzionale”³⁵, al di là dei pur importanti profili di interesse per il diritto amministrativo, a cominciare dal fatto stesso della emanazione della prima legge generale sul procedimento amministrativo nel nostro ordinamento. E forse per questo, oltre che per il carattere snello e l'impostazione di principio della legge, che si preferì scorgervi una sorta di statuto del cittadino, piuttosto che un codice dell'azione amministrativa.

³² Del resto –come osserva D.Piana, *Rule of Law tra diritto e politica*, in *Riv.it.sc.pol.* 2010, 279, spec.284, “la storia del costituzionalismo liberale insegna che la *rule of law* intesa come supremazia delle regole dipende dal modo in cui le regole sono create ed adottate” e quindi anche dalla forma organizzativa del potere

³³ E. Chiti, *La dimensione funzionale del procedimento*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano 2008, 211 ss, spec. 237.

³⁴ Sulla tematica, cfr. per tutti, F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008; P. Tanda, *Trasparenza (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. 3, Torino 2008, 884 ss.

³⁵ Da ultimo, L.Torchia individua il passaggio, direi sistemico, dei pubblici poteri “dall'ancoraggio statale all'ancoraggio costituzionale”: *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, cit., 45ss



5. Problematicità e prospettive del procedimento

Nella legislazione successiva al 1990 e nel dibattito dottrinario, con riflessi inevitabili nella giurisprudenza, si evidenziano profili problematici e, al tempo stesso, prospettive di sviluppo della riflessione sul procedimento.

I profili problematici mi sembrano derivare dall'eterna dialettica, non solo con riguardo al procedimento, tra forma e sostanza nel diritto. Le prospettive devono muovere dalla consapevolezza dell'attualità del valore e dei limiti del procedimento come forma della funzione amministrativa e devono saper rispondere all'esigenza di "governare" la complessità del sistema, non quella che scaturisce dalle menti contorte dei giuristi, ma quella che nasce dalla complessità dei fenomeni sociali.

Forma e sostanza configgono, per esempio, nella disciplina dei vizi formali del procedimento, quale introdotta, in particolare, con l'articolo 21—*octies* della legge n.241, che, nell'accogliere una concezione sostanzialistica dell'invalidità del provvedimento rispetto ad alcune violazioni procedurali, peraltro in linea con altre legislazioni europee e con alcuni indirizzi giurisprudenziali, corre il rischio di vanificare l'efficacia delle garanzie procedurali.

Non è questa la sede per un'analisi della questione, ma credo sia fondamentale —come mi è parso in altra sede di poter rilevare³⁶ in una lettura che sia coerente con le coordinate istituzionali di cui si è detto, sottolineare che il provvedimento "in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti" o che non sia stato preceduto dall'avviso di procedimento è un provvedimento invalido, illegittimo, e che l'amministrazione non ha la disponibilità giuridica delle regole sul procedimento. La norma, infatti, si rivolge non all'amministrazione, ma al giudice; e si configura come norma avente contenuto non sostanziale, bensì processuale, come riflesso, direi dell'interesse ad agire: si tratta di ipotesi eccezionali in cui "il ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dall'annullamento di un provvedimento cui seguirebbe la nuova emanazione dello stesso atto"³⁷. Di questo istituto, in una siffatta impostazione, potrebbe essere data anzi una lettura di rafforzamento delle garanzie per l'interessato. Nel momento in cui l'amministrazione adduca in giudizio le ragioni sostanziali che sorreggono il provvedimento, per dimostrare che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso, potrebbe ritenersi che la parte sia facoltizzata a presentare motivi aggiunti e, in tal caso, poiché la valutazione del giudice riguarderà queste ragioni, il *thema decidendum* dovrà ritenersi integrato e conseguentemente sarà ampliata la

³⁶ F.Patroni Griffi, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it nonché in *Corr.giur.* 2011

³⁷ Così Ro. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento*, *cit.*, 678, che richiama Cons. St., VI, 16 maggio 2006 n. 2763 e 4 settembre 2007 n. 4614



portata oggettiva del giudicato, limitando così fortemente la riedizione del potere dell'amministrazione qualora la ragione addotta in giudizio sia ritenuta insussistente in sentenza.

Ma forma e sostanza, più in generale, entrano in rapporto dialettico nell'impostazione che si dà al rapporto tra cittadino e amministrazione nella complessità dei fenomeni sociali. Astrattamente sono ipotizzabili due modelli (democratici) estremi: un modello rigido, garantista, governato dal principio di legalità secondo una declinazione per cui la diffidenza reciproca regola il rapporto amministrativo (e prima ancora quello costituzionale); e un modello "aperto", flessibile, fondato sulla "fiducia reciproca" tra cittadino e istituzioni.

Nel primo modello, "l'autorità" deve essere minuziosamente regolata per evitare il sopruso, ma la stessa "libertà" va contenuta per evitare il prevalere dell'interesse del singolo su quello dell'autorità. Le regole vanno poste in primo luogo nella legge, che è chiamata a predefinire nel dettaglio l'interesse pubblico. Vi è poco spazio per la discrezionalità dell'amministrazione e, ove questa esista, il controllo sulla discrezionalità avviene mediante una tecnica quasi sillogistica rispetto al paradigma normativo. Questo è un modello "sostanzialistico", nel senso che *i contenuti* dell'agire dell'amministrazione e del cittadino non possono discostarsi da schemi legali predefiniti minuziosamente.

Il modello "aperto" prende atto della complessità dei fenomeni sociali e della necessità di dare alla stessa una risposta diversificata. Il principio di legalità ovviamente persiste, ma la sua declinazione in concreto è affidata a strumenti più flessibili di dialogo tra amministrazione e cittadini, il rapporto amministrativo si arricchisce di una logica non più solo bipolare, i procedimenti tendono a essere "semplificati", il processo decisionale è affidato allo stesso dialogo tra destinatario dell'atto e potere pubblico, attraverso l'affinamento degli strumenti partecipativi fino a giungere all'accordo. Questo è un modello "formale" nel senso che il diritto dà la forma a contenuti che, nel rispetto del principio di legalità e degli altri principi dell'ordinamento, si vengono a determinare in pratica nella concretezza e nella dinamicità dei rapporti amministrativi. Non ritengo –ma non è possibile in questa sede approfondire il tema- che la forma costituisca solo il salvagente di una società nichilista incapace di esprimere valori contenutistici. Il diritto è forma nella misura in cui predispose gli strumenti della regolazione; è giusto, peraltro, ed è rimesso alla responsabilità della comunità, che i contenuti siano storicamente definiti e democraticamente decisi. E l'ordinamento giuridico si fonda su valori costituzionali condivisi, la cui attuazione e il cui cambiamento sono assicurati dal diritto.

Il modello "aperto" è ritenuto più rischioso, in balia delle parti, esposto al rischio corruzione. Il modello rigido, peraltro, non sembra abbia dato, anche sul punto, risposte brillanti.



In realtà il modello “aperto” ricerca la propria garanzia in due momenti: trasparenza e procedimento amministrativo.

La trasparenza – nel suo passaggio codificato dal diritto di accesso alla “accessibilità totale” di cui a decreti legislativi n. 150 del 2009 e n. 33 del 2013– consente il controllo sociale sull’esercizio del potere: che significa controllo degli amministratori e degli amministrati. Esso si traduce nella trasparenza dei processi decisionali e nel rispetto di obblighi di pubblicità, che dovrebbero circoscrivere i rischi solitamente attribuiti al modello aperto (e ciecamente non riferiti al modello “chiuso”).

Il procedimento è la “forma” che ancora riesce a governare la complessità del sistema: perché è un contenitore “aperto” a nuove istanze e “intelligente”, in quanto in esso ogni esigenza e ogni posizione soggettiva trovano la loro collocazione rispetto all’effetto finale e anche rispetto agli effetti intermedi. La stessa diversificazione dei procedimenti sotto il profilo funzionale, conseguente alla diversificazione delle funzioni e dei meccanismi in generale di svolgimento dell’azione amministrativa, dovrebbe indurre a una rivalutazione del profilo formale del procedimento nell’accezione sandulliana, ancorché aggiornata, del termine³⁸. Il nuovo modello di rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione (il venir meno della tradizionale separatezza tra cittadino e amministrazione e tra stesse amministrazioni, l’attenuazione della concezione atomistica e bilaterale dei rapporti con l’amministrazione, la trasparenza e la responsabilizzazione “personale” delle amministrazioni³⁹) trova ancora spazio nel contenitore “formale” del procedimento: un procedimento per tutte le stagioni? Se si vuole, sì: ma perché “aperto” e “intelligente”.

Una tale accezione è coerente anche con il nostro sistema delle tutele⁴⁰, condotto, pur a fronte di una incrementata positivizzazione settoriale del diritto amministrativo⁴¹, ancora per principi e clausole generali, che denotano il carattere aperto e storicamente dinamico del nostro sistema

³⁸ Certo, occorre avere consapevolezza che il quadro completo dei fenomeni amministrativi può ricavarsi solo una considerazione globale degli stessi, da ciò che accade dentro il procedimento e da ciò che ne rimane fuori, se e nella misura in cui ciò che ne rimane fuori sia comunque in diretta connessione con questo, come ulteriore esplicitazione dell’azione amministrativa o come effetto riflesso di questa e del procedimento

³⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2013, 234 s; più in generale, 101 ss e 225 ss

⁴⁰ Su cui, anche per riferimenti, si rinvia a F. Patroni Griffi, *Pubblici poteri e tutele nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino 2012, 2131 ss

⁴¹ A. Sandulli, *Il procedimento...cit.*, 1055, descrive puntualmente il fenomeno: “Nel nostro ordinamento, per lungo tempo, il regime giuridico dei procedimenti amministrativi è stato frutto delle risultanze di una tacita ripartizione di competenze tra il legislatore e il giudice: il primo ha provveduto ad elaborare...norme settoriali...il secondo, invece, ha costruito il complesso dei principi dell’azione amministrativa...Il consolidamento dei principi giurisprudenziali ha condotto...alla canonizzazione normativa dei medesimi.”



amministrativo e il fattore creativo della giurisprudenza amministrativa, sempre più simile alla *case-law* anglosassone di derivazione dal diritto comune, sempre più distante dal metodo sillogistico di derivazione pandettistica dei giudici civili non solo italiani.

In conclusione, mi sembra di poter dire che il valore ordinante del procedimento sia tutt'altro che in declino; anzi, esso è esaltato da una sua configurazione come struttura formale in cui trovano spazio non solo la ponderazione ma anche lo “scambio” di interessi, in cui si sviluppa la tensione tra partecipazione auspicata, perché espressione di democraticità dell'azione, e una partecipazione osteggiata, per il rischio di corruzione e parzialità⁴². In un sistema, del resto, in cui “sempre più spesso la legge non definisce l'assetto degli interessi, né fa prevalere l'interesse pubblico su quello privato, ma pone solo alcune regole procedurali per definire quell'assetto”⁴³.

Siamo ancora in una concezione sandullianamente “formale” del procedimento. Ma di un procedimento aperto alle sfide sostanziali che il mutare dei tempi e dei contesti istituzionali impone. Con un'attenzione di fondo: rafforzamento e democratizzazione dell'amministrazione devono procedere di pari passo; perché solo un'amministrazione forte ed efficiente può essere “democratizzata” senza soccombere di fronte agli interessi privati organizzati; allo stesso tempo, solo un'amministrazione aperta e trasparente può essere “resa forte” con l'attribuzione di incisivi poteri “autoritativi”.

⁴² S.Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, cit., 25

⁴³ B.G.Mattarella, *Pubblica amministrazione e interessi*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano 2008, 113 ss, 118