

NOTE INTRODUTTIVE ALLA VIGENTE DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

di Giuseppe MORBIDELLI (*)

SOMMARIO: 1. Descrizione di procedimenti. — 2. La procedimentalizzazione come caratteristica tipica dell'attività amministrativa. Definizione di procedimento amministrativo. — 3. Alle origini della nozione di procedimento amministrativo. La nozione formale e la nozione garantista del procedimento. — 4. Procedimento e principi generali del diritto amministrativo. — 5. La legislazione austriaca sul procedimento amministrativo: origini e caratteristiche salienti, e funzione di « guida » per altre legislazioni. — 6. Cenni ad altre legislazioni straniere sul procedimento (U.S.A., Germania). — 7. Pro e contro la codificazione del procedimento amministrativo: dai progetti di legge generale alla disciplina per principi giurisprudenziali al progetto della Commissione Nigro. — 8. La l. 241/1990: non legge generale sul procedimento amministrativo, ma legge che detta alcuni principi relativi al procedimento. — 9. La funzione del procedimento: di mera applicazione della legge (attraverso la verifica dei fatti e la verifica di legittimità), di integrazione della legge (attraverso la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento), di acquisizione e realizzazione degli interessi, di organizzazione dei fini pubblici.

1. *Descrizione di procedimenti.*

È comune esperienza che per ottenere una autorizzazione commerciale od una concessione edilizia occorre presentare una domanda al Sindaco, dopodiché viene acquisito il parere di una commissione e indi si giunge al provvedimento finale. Se l'autorizzazione commerciale riguarda l'apertura di un supermercato, occorre sentire il parere di una ulteriore commissione (di livello regionale) ed è necessario un nulla-osta della Regione.

Se invece si chiede una concessione di aree del demanio marittimo, per installarvi un approdo o uno stabilimento balneare,

(*) Ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Firenze.

la relativa domanda, inoltrata all'amministrazione della Marina mercantile, viene pubblicizzata, onde consentire a tutti coloro che hanno interesse di presentare le loro osservazioni antitetiche alla domanda o comunque volte a modificarne i contenuti, poi l'amministrazione acquisisce il parere di vari uffici (Genio civile, Intendenza di finanza, autorità doganale), e infine provvede sulla scorta dei rilievi degli stessi nonché di quanto esposto nelle osservazioni. In molti casi, la domanda viene sottoposta ad accertamenti tecnici inerenti cose (es.: per la registrazione di medicinali da mettere in commercio), o persone (es. accertamenti sanitari per ottenere una pensione di invalidità) o ad esami di idoneità (ad es.: per ottenere l'abilitazione all'esercizio dell'attività venatoria), o sia ad esami di idoneità che ad accertamenti sanitari (così per l'abilitazione alla guida di un autoveicolo). Per realizzare opere di rilevante entità (dighe, raffinerie, autostrade etc.) indicate dall'art. 1 D.P.C.M. 10 agosto 1988 n. 377, l'interessato deve presentare al Ministero dell'ambiente una complessa domanda, la quale viene pubblicizzata sui giornali e messa a disposizione per la consultazione da parte del pubblico, talché ogni cittadino può presentare in forma scritta istanze, osservazioni o pareri sull'opera progettata. Il progetto viene sottoposto ad una istruttoria per il giudizio di compatibilità ambientale, svolta da una apposita commissione tecnica, la quale ha facoltà di richiedere i pareri di enti ed amministrazioni pubbliche e di organi di consulenza tecnico-scientifica dello Stato, che ritenga opportuno acquisire. Dopodiché il Ministro dell'ambiente, sentita la Regione interessata, di concerto con il Ministro per i beni culturali e ambientali, si pronuncia sulla compatibilità ambientale. E ove il Ministro competente alla realizzazione dell'opera (es.: il Ministro dei lavori pubblici per le autostrade) non ritenga di uniformarsi alla valutazione del Ministro dell'ambiente, la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri. Se invece una amministrazione comunale intende procedere alla espropriazione di un'area onde realizzarvi una scuola, deve approvare un progetto esecutivo dell'opera, poi autorizza dei tecnici ad accedere alla proprietà interessata onde procedere alle operazioni planivolumetriche necessarie per accertare lo stato dei luoghi. Della procedura in corso viene data conoscenza agli espropriati, che potranno avanzare osservazioni. Indi una commissione tecnica de-

termina l'indennità da corrispondere ai proprietari, ed infine il Sindaco potrà emettere il decreto di esproprio.

2. *La procedimentalizzazione come caratteristica tipica dell'attività amministrativa. Definizione di procedimento amministrativo.*

Da questi rapidi cenni si ricava con facilità che le manifestazioni del potere amministrativo hanno dietro un percorso, più o meno frastagliato e complesso, che però comprende istanze, accertamenti tecnici, ispezioni, pareri di organi tecnici o di organi di rappresentanza di interessi, ed anche proposte ed osservazioni di privati, nonché interventi di altre amministrazioni, sotto forma di intese, proposte, concerti, nulla-osta, autorizzazioni etc. Ciò è tanto fisiologico all'attività dell'amministrazione che sono del tutto eccezionali provvedimenti amministrativi isolati: si ritiene che siano tali le segnalazioni manuali o ottiche o radiofoniche relative al traffico stradale, marittimo ed aereo, ma la questione è controversa, perché da taluno si sostiene che tali segnalazioni non avrebbero natura provvedimento, bensì sarebbero mere espressioni di attività continuativa di regolazione⁽¹⁾. Tuttavia non si può negare che quantomeno in situazioni di emergenza tali segnalazioni sono da considerare provvedimenti di polizia.

La serie di atti e di operazioni, tra loro coordinati ed integrati, e rivolta ad uno scopo, che è quello della emanazione di un provvedimento, è appunto ciò che si definisce procedimento amministrativo. La definizione non può che essere di larga massima, attesa la grande varietà di procedimenti amministrativi, per numero di amministrazioni ed uffici pubblici coinvolti, per tipologia di operazioni richieste, per tipologia di atti « interni » al procedimento. D'altra parte il procedimento per quanto debba essere previsto dalla legge, non è *in toto* determinato dalla legge. Infatti è anche determinato dalla stessa Pubblica amministrazione (P.a.), che attraverso il potere di autolimitazione della propria discrezionalità può introdurre ulteriori vincoli procedurali: così, ad es., in tema di contratti da stipulare a trattativa privata (e dunque senza alcuna procedura di gara), l'amministrazio-

(¹) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, 3^a ed., 101.

ne, per quanto non vi sia tenuta, è solita stabilire preventivamente l'obbligo di interpellare un certo numero di imprese per scegliere comparativamente tra le varie offerte, sicché il procedimento di trattativa privata si arricchisce di questa fase (c.d. *parte facoltativa o momento non necessario del procedimento*) ⁽²⁾.

Del resto, è proprio la estrema varietà del procedimento che diversifica il procedimento amministrativo da quello giurisdizionale e da quello legislativo, che sono invece caratterizzati da una relativa uniformità.

Poiché — come ricordato — sono meno che rari i provvedimenti senza procedimento, ciò che identifica l'inserimento nella serie procedimentale, è appunto l'ordine e il collegamento finalistico: deve trattarsi di atti ed operazioni rivolti verso la emanazione di un provvedimento, al quale sono perciò strumentali.

Per procedimento si definisce dunque la serie concatenata di atti, provenienti da soggetti pubblici (organi ed uffici) e anche da soggetti privati (o da persone giuridiche pubbliche che operano come amministratori: c.d. atti *non amministrativi* procedimentali, anche se sono atti di *diritto amministrativo* perché si inseriscono in un procedimento) e di operazioni, previsti da norme primarie o secondarie e talvolta (nei limiti di cui appresso) determinati facoltativamente dalla P.a., preordinati alla produzione di un provvedimento finale, come tale suscettibile di produrre effetti innovativi nell'ordinamento (secondo la nozione più diffusa di provvedimento). Per usare una immagine di Giannini ⁽³⁾, tali atti ed operazioni sono le « cerniere » su cui si incardina il provvedimento. Caratteristica del procedimento amministrativo è lo *scopo unitario*: appunto la produzione di un provvedimento amministrativo, volto alla cura degli interessi indicati dalla legge.

3. *Alle origini della nozione di procedimento amministrativo. La nozione formale e la nozione garantista del procedimento.*

La nozione di procedimento è relativamente recente. Ancora all'inizio del secolo, soprattutto sotto l'influenza della dottrina francese, nonché in virtù della acritica trasposizione delle tradizionali teoriche privatistiche, nelle quali la formazione della

⁽²⁾ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 89 ss.

⁽³⁾ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, 261.

volontà ha rilievo solo in via eccezionale, l'attività amministrativa degna di rilievo giuridico veniva riferita solo a quegli atti che fossero diretti immediatamente all'attuazione esterna della volontà pubblica ⁽⁴⁾.

La sistematica giuridica veniva attratta soprattutto dal provvedimento, cui si riferiscono i connotati tipici dello Stato amministrativo: imperatività, esecutorietà, inoppugnabilità. E d'altra parte tale attrazione veniva « rinforzata » dal fatto che il processo giurisdizionale amministrativo ha per oggetto i provvedimenti finali, in quanto solo essi determinano una lesione concreta ed attuale delle posizioni dei destinatari: ed è noto l'apporto della giurisprudenza alla costruzione dei principi del diritto amministrativo. D'altra parte anche in Germania, pur in presenza di una altissima elaborazione dottrina, l'attenzione predominante si è focalizzata sull'atto amministrativo ⁽⁵⁾, espressione della volontà dello Stato nel caso concreto (secondo una tradizionale e divulgatissima definizione) ⁽⁶⁾ e sul successivo controllo giurisdizionale, talché i profili procedimentali sono stati a lungo sottovalutati.

Se si eccettuano sporadici accenni, il primo a rimarcare la concatenazione di atti o fatti legati da un ordine logico è stato Cammeo, nel suo « Corso di diritto amministrativo » risalente al 1914. È interessante ricordare come questo autore tracciasse un parallelo tra l'ordine riscontrabile nella produzione di un procedimento e l'ordine proprio del processo civile, e come avesse necessità di trovare similitudini nel diritto privato (es.: l'effetto « successione testamentaria » presuppone la redazione di un testamento, la morte del testatore, l'accettazione dell'eredità).

⁽⁴⁾ Si pensi che ancora nel 1939, due insigni autori come O. RANELLETTI e A. AMORTH, *Procedimento amministrativo*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino 1939, 527 definivano il « procedimento amministrativo » come « l'insieme delle norme procedurali relative al rapporto processuale che si stabilisce in forza dell'impugnativa di un atto o di un provvedimento amministrativo di fronte alla giurisdizione amministrativa ».

⁽⁵⁾ Sull'atto amministrativo come crocevia di tutto il diritto amministrativo nella dogmatica tedesca di inizio secolo v. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1987, 58.

⁽⁶⁾ Dovuto a O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig 1895, 94: v. in proposito M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, spec. 621 ss.

L'ottica di Cammeo era quella del sindacato giurisdizionale: la serie ordinata di atti è necessaria per assicurare validità al provvedimento finale. Sicché — e il parallelo con il diritto privato aiutava in quel periodo di relativa autonomia del diritto amministrativo — Cammeo poteva affermare che il processo di formazione della volontà non è confinato nel ruolo degli atti interni, non rilevanti per il diritto: è infatti lo stesso diritto positivo che prevede atti ed operazioni, sicché le norme che regolano tali atti (ad es. quelle relative ad organi collegiali che intervengono nel procedimento) costituiscono requisiti per la conformità a diritto del provvedimento finale. Nascono in quegli anni le nozioni di atto preparatorio, di atto presupposto, di atto consequenziale, di invalidità derivata. Tutte nozioni rilevanti ai fini del giudizio amministrativo e caratterizzanti pertanto la patologia degli atti.

Necessitava peraltro una ricostruzione in positivo del procedimento, come istituto di teoria generale del diritto amministrativo sostanziale (tanto più che — come vedremo — già erano intervenute significative esperienze straniere). Il che avvenne con la monografia di Sandulli del 1940 dedicata espressamente a « Il procedimento amministrativo », e nella quale il procedimento viene scomposto in fasi, ed in ognuna di esse vengono individuati gli atti che vi ricorrono, la loro natura, la loro funzione, i loro effetti; da tale analisi vengono tratte conseguenze in ordine agli effetti della mancanza o invalidità degli atti ricompresi nella serie procedurale, in ordine alla modificabilità o sanabilità degli atti interni al procedimento etc. La nozione di procedimento delineata da Sandulli ha carattere formale, in quanto essa designa non tanto la serie dei singoli fatti che nel corso dello svolgimento procedurale trovano la loro concretizzazione, quanto il modo del loro susseguirsi. E benché il procedimento abbia come suo momento di individuazione e di coagulo l'effetto giuridico finale (cioè il contenuto dispositivo del provvedimento), la teoria formale del procedimento si caratterizza per svincolare il procedimento dall'atto giuridico finale, inteso come realtà sostanziale. Il procedimento viene visto come ricostruzione della fattispecie e come tale asettico rispetto alla qualità dell'atto finale.

La teoria formale (o del « procedimento-fattispecie ») consente comunque una ricostruzione analitica e per fasi del procedimento, che in precedenza mancava, e che è tuttora fondamentale per qualsiasi indagine anche non formale del procedimento.

Come è stato detto, Sandulli ha spiegato cosa era il procedimento, gli autori venuti dopo hanno spiegato a cosa serve il procedimento. Ma per dare risposta a quest'ultima domanda occorre conoscere il procedimento in tutta la sua struttura.

La dottrina successiva (anche sotto l'influsso delle norme costituzionali), ha visto nella sequenza ordinata di atti e di operazioni rivolta o funzionale alla produzione di un provvedimento, la sede per un confronto dialettico degli interessi pubblici e privati coinvolti dal provvedimento stesso, e dunque lo strumento per assicurare l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa (c.d. procedimento-garanzia o procedimento-partecipazione). Altri invece hanno ancor più accentuato il profilo garantistico del procedimento, sì da assegnare al procedimento struttura e funzione simili a quelle del processo, avendo entrambi per obiettivo la tutela degli interessi coinvolti, quantomeno al fine da fungere da presupposto per una tutela giurisdizionale più intensa, perché l'obbligo di accertamento istruttorio, di motivazione, di contraddittorio etc. rende più penetrante il sindacato da parte del giudice amministrativo (c.d. concezione paragiurisdizionale del procedimento). Comune ad entrambe le tesi (del procedimento-partecipazione e del procedimento-quasi giurisdizione) è l'osservazione che l'attività dell'amministrazione non è di mera esecuzione della legge, ma è caratterizzata da discrezionalità, nel senso che attraverso la via del « potere discrezionale » la legge si trasforma in provvedimento, e si trasforma seguendo un procedimento prefissato dalla legge: sicché la procedimentalizzazione è la strada per un corretto, equilibrato, garantistico, produttivo esercizio della discrezionalità.

Il collegamento tra discrezionalità e procedimento fa sì che non solo viene dato rilievo al retroterra formale dal provvedimento finale, ma il contenuto di quest'ultimo deve trovare giustificazione logica e funzionale (e dunque non solo *formale*: quali rispetto delle competenze, di tempi, dell'ordine seriale degli atti) nei dati sostanziali risultanti dal procedimento (*in primis* dall'istruttoria). Ed anzi, proprio la necessità di controllare la discrezionalità per verificare la coerenza tra fatti e provvedimenti, accentua l'esigenza di partecipazione e di istruttoria e dunque la complessità del procedimento. Devesi però rimarcare che la nozione del procedimento come sede per una valutazione comparativa degli interessi in gioco, per allentare la « concentrazio-

ne » del potere espressa dal provvedimento amministrativo, attraverso la partecipazione degli interessati, si è formata sì sulle norme costituzionali e dunque sulla scorta di una amministrazione non autoritaria e improntata al principio di imparzialità, ma ha usato la nomenclatura e la struttura indicate da Sandulli con la teoria del « procedimento fattispecie » ⁽⁷⁾.

(⁷) Come evidenziato nel testo, il primo a ravvisare la procedimentalizzazione nella formazione dell'atto amministrativo è stato F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1914, II, 1079, III, 1234 ss. e 1271 ss. Vero è che non erano mancati studi in cui si era messa in evidenza la rilevanza del « rito amministrativo », — in particolare G. MANNA, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli 1876, 3^a ed., 339 ss. — ma questo con particolare riferimento alle procedure di riesame o contenziose: solo con Cammeo emerge però la nozione di procedimento come concatenazione legale e logica di atti, secondo il modello del processo civile.

Tra i primi studi significativi sulla nozione di procedimento vanno ricordati quelli di U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, 349 e di G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, I, 297 ss.: ma trattavasi sempre di spunti (non a caso CAMMEO, *Corso*, cit., 1234, considerava il procedimento come un fenomeno « accidentale », e non generale). La prima e ancora fondamentale completa teorizzazione della nozione di procedimento, ricostruita in chiave cronologico-formale come « fattispecie » a formazione successiva, cioè come serie di atti formalmente e funzionalmente collegati ad un obiettivo comune, si deve a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940 (v. anche dello stesso, per una sintesi, *Procedimento*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino 1967).

La tesi del procedimento come garanzia e come forma della funzione amministrativa è stata elaborata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126 ss.; v. altresì, dello stesso BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, ora in *La procedura amministrativa*, a cura di G. PASTORI, Vicenza 1964, 539 ss. Rispetto alla configurazione del procedimento come fattispecie, Benvenuti ebbe a dimostrare l'esigenza di un collegamento del fenomeno formale procedimentale al momento contenutistico sottostante: il collegamento viene operato mediante il riferimento al concetto di « funzione » di cui il procedimento costituisce la manifestazione sensibile sotto il profilo oggettivo e, cioè, la sua forma. Importanti sviluppi di questa tesi sono presenti in G. PASTORI, *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, a cura di PASTORI, cit., 7 ss.; con ampi richiami comparatistici (e *ivi*, p. 91 ss.; quadro di sintesi e testi delle principali leggi straniere sul procedimento amministrativo: tra cui le leggi austriache, il *Federal Administrative Procedure Act* del 1946, la legge spagnola sul procedimento amministrativo 17 luglio 1958), e in G. BERTI, del quale v. ad es. *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova 1961; *Id.*, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975, 779 ss.; *Id.*, *La struttura procedimentale della pubblica amministrazione*, in *Dir. soc.*, 1980, 437 ss.; *Id.*, *Diritto*

4. *Procedimento e principi generali del diritto amministrativo.*

Tale opera di coniugazione tra procedimento fattispecie e procedimento garanzia è particolarmente visibile nella giurisprudenza, la quale, muovendo dalla ricostruzione formale del procedimento (fasi, atto presupposto e atto conseguente, necessità di rispettare la sequenza degli atti etc.), 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.

Come è ben noto la non codificazione del diritto amministrativo ha legittimato la giurisprudenza ad individuare una *summa* di regole dell'azione amministrativa, al fine di porre ordine ad una normativa copiosissima e stratificata. Regole in parte estrapolate da disposizioni contenute in leggi di particolare rilievo anche per la vastità del campo di applicazione e/o per la accuratezza di disciplina (es.: T.U. impiegati civili dello Stato, l. com. e prov.; cod. nav.; T.U. acque; T.U. pubblica sicurezza), e di lì « generalizzate »; in parte invece elaborate convergendo « in positivo » i vari profili dell'eccesso di potere (c.d. principi sul « formarsi dell'atto »), in parte infine ricavate dai principi costituzionali, e che si sono affermate come principi generali dotati di precettività⁽⁸⁾. Sicché — ed è affermazione comune in

e Stato. Riflessioni sul cambiamento, Padova 1986, 325 ss.; ID., *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1991, 201 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965. La concezione paragiurisdizionale del procedimento si deve soprattutto a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss. Sulle varie nozioni di procedimento, v. ora la sintesi di E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991; una rassegna della letteratura sul procedimento in M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano 1991, 41 ss.; una completa ricostruzione del dibattito fino agli anni '50 in S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, 13 ss. Per quanto concerne gli effetti dei principi costituzionali sul procedimento, oltre ai ricordati studi di Berti e di Allegretti v., per una completa rassegna e numerose indicazioni, G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, I, Milano 1985, spec. 83 ss.

(8) V. per tutti F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, 105 ss., il quale mette in evidenza che quando si parla di elaborazione giurisprudenziale di principi o di istituti, va fatta una distinzione: in parte, siamo di fronte ad una attività di « colmata » di lacune, attraverso l'analogia o comunque il ricorso a principi della materia (es.: in tema di sanzioni disciplinari, le norme del T.U.

dottrina e in giurisprudenza — il diritto amministrativo non è frutto solo delle leggi che regolano l'attività dello Stato, ma anche dei principi che costituiscono la « parte generale non scritta di tale branca del diritto » ⁽⁹⁾. Il procedimento amministrativo è stata una delle aree maggiormente sottoposte all'influenza normogenetica della giurisprudenza (che per questo viene sovente definita, e non da ora, pretoria o creativa) ⁽¹⁰⁾: sia perché l'estrema varietà dei procedimenti ha reso necessario individuare un filo unitario, sia perché il procedimento costituisce un correttivo (o meglio un controlimite) della discrezionalità, soprattutto nei

imp. civ. Stato costituiscono principi della materia); in parte, di rilevazione di principi generali dell'ordinamento che si sovrappongono alla disciplina positiva: e ciò ovviamente richiede che tali principi trovino fondamento nei principi costituzionali. Vero è che — come vedremo — anche nel periodo pre-Costituzione si ricorreva al principio di ragionevolezza, all'equità, al principio di giustizia, cioè a principi « morali » e « naturali », per affermarne la superiorità rispetto al diritto positivo contingente, implicitamente introducendo una gerarchia tra norme (attingendo alla legge superiore alla ragione): nel senso che il « diritto positivo » sia dominato da « superiori idealità di giustizia che lo informano e lo trasformano », e in genere da regole che i francesi chiamavano di moralità amministrativa, v. F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario R. Università di Bologna*, 1923-24, 32-34. Ma tale esigenza è ancora più forte in presenza di una Costituzione rigida che pone i principi di imparzialità e di buon andamento, da cui scaturiscono una congerie di « sottoprincipi ».

⁽⁹⁾ V. Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961 n. 3, in *Cons. Stato*, 1961, I, 8, ove leggesi che il diritto amministrativo risulta non solo da norme ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema. Il « diritto giurisprudenziale » è comunque evocato in numerose sentenze: v. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 2 aprile 1965 n. 222, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, 548 e *Id.*, Sez. IV, 30 marzo 1966 n. 182, *ivi*, 1966, I, 2, 460 ss.

⁽¹⁰⁾ Sulla « giurisprudenza creativa » del Consiglio di Stato, N. PAPALDO, *La IV Sezione del Consiglio di Stato*, (1949), in *Scritti giuridici*, Milano 1959, 3. Sull'attività creativa del giudice amministrativo v'è un'ampia letteratura, specialmente francese: v. M. HAURIOU, *Teoria della istituzione e della fondazione* (trad. it.), Milano 1967, 119-169; J. RIVERO, *Le juge administratif, un juge qui gouverne?*, D. 1951, Ch. 21; J. ROCHE, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *A.J.D.A.*, 1962, 532. Deve aggiungersi che a tale formazione giurisprudenziale non è estraneo l'apporto della dottrina, che influenza la giurisprudenza: sul ruolo della dottrina nell'elaborazione del diritto amministrativo, J. RIVERO, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, Paris 1955, 27-36 e, in Italia, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 387 e 393 e G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova 1974, 2671 ss.

procedimenti pianificatori, dove la selezione degli interessi è più complessa, il che ha imposto la individuazione di regole applicabili comunque, anche nel caso di silenzio della legge ⁽¹¹⁾. Tanto per andare nel concreto, sono creazione della giurisprudenza principi quali l'obbligo di motivazione dei provvedimenti con effetti sfavorevoli verso i destinatari, la necessità di una valutazione comparativa nelle ipotesi di procedure concorsuali, i presupposti per la formazione del silenzio-rifiuto, il *contrarius actus* (cioè la regola per cui un'amministrazione che modifica o revoca un proprio atto deve seguire l'*iter* previsto per la formazione di tale atto). I principi tagliano in orizzontale tutti i procedimenti (si può parlare di *principi « orizzontali »*), e non possono assolutamente essere disattesi pur nel silenzio della legge, anzi proprio per il silenzio della legge (poiché invece *espresse* indicazioni di diritto positivo possono derogarli, ovviamente nei limiti in cui non confliggono come norme costituzionali).

Altri principi invece riguardano particolari categorie di procedimenti (*principi « verticali »*): es. i procedimenti disciplinari, o quelli ablativi o quelli concessori. Al pari dei principi orizzontali, anch'essi devono sempre essere osservati pur se non richiamati dalla specifica legislazione. Si può infatti affermare che il diritto vivente (intendendo con tale termine la consolidata giurisprudenza) ha creato una vera e propria trama di regole del procedimento in generale e delle varie categorie di procedimenti, che conformano e guidano l'attività amministrativa ed il cui carattere normativo è tanto radicato che la Corte costituzionale ravvisa nei principi elaborati dalla giurisprudenza lo strumento idoneo per assicurare il rispetto della riserva di legge, pur nella sommarietà contenutistica del dettato legislativo, che viene cioè colmato da tali principi ⁽¹²⁾. Ed il Consiglio di Stato ⁽¹³⁾ ha affermato che il principio di tipicità degli atti amministrativi è assicurato sia da previsioni di legge, sia dai *principi generali del diritto amministrativo* ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ V. in argomento G. CORSO, *Procedimenti di programmazione e comparazione degli interessi*, in *Atti del XXXIV Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione*, Varenna 22-24 settembre 1988, su « *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli* », Milano 1991, 207 ss.

⁽¹²⁾ Corte Cost., 7 aprile 1988 n. 409, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1833.

⁽¹³⁾ Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961 n. 3, cit.

⁽¹⁴⁾ Sulla formazione dei principi nel diritto amministrativo F. MERUSI,

5. *La legislazione austriaca sul procedimento amministrativo: origini e caratteristiche salienti, e funzione di « guida » per altre legislazioni.*

L'indagine sul procedimento amministrativo non può prescindere da richiami all'esperienza di altri Paesi ⁽¹⁵⁾. Mentre in

L'affidamento del cittadino, cit., 105 ss.; Id., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Legge, giudici, politica. L'esperienza italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Superiore*, Milano 1983, I, 122 ss.; P. D'AMELIO, *La formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 118; sulla « costruzione » del diritto amministrativo italiano in « via giurisprudenziale » v. per tutti M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. processuale*, 1963, 536. La formazione del diritto amministrativo in via giurisprudenziale è ancor più accentuata in Francia, ove si parla comunemente di « *droit judiciaire* », di « *pouvoir créateur de la jurisprudence* », di « *inventions* » del Conseil d'Etat, di « *grands monuments jurisprudentiels* »: v. in proposito gli studi, ancora fondamentali di M. LETOURNEUR, *Le principe générales du droit dans la jurisprudence du C.E.*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1951, 19 ss.; S. RIVERO, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, cit., 1955, 27 ss., nonché P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration*, Paris 1968, 463 ss., che peraltro mette in evidenza anche l'influenza operata da parte della dottrina, che non solo cataloga e razionalizza le decisioni, ma elabora gli strumenti di cui i giudici fanno impiego. La intesa elaborazione di principi da parte del giudice amministrativo ha sollevato un intenso dibattito sotto il profilo della compatibilità di tale produzione con la sovranità della legge: v. in particolare, A. EISENMANN, *Jurisdiction et logique selon les données du droit française*, *Melanges Cedip*, 457, il quale rileva tuttavia che l'elaborazione di regole da parte dei giudici nasce dall'oscurità e dall'insufficienza della legge; per cui il giudice completa la non completa regola posta dalla legge; il diritto giurisprudenziale non è « *un enfant illégitime des juges* », ma « *un enfant légitime et naturel* ». Su tutta la problematica v. ora l'ampia analisi di T. FORSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif française*, Paris 1987. V. anche A. VEDEL, *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, n. 31 (1979-1980), 31.

⁽¹⁵⁾ Per un panorama comparatistico del procedimento amministrativo v. S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 27 ss. Sui fondamenti costituzionali della legislazione austriaca sul procedimento v. ora le dense pagine di SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, cit., spec. 194 ss.; e ivi anche interessanti indicazioni sul contributo di TEZNER, volto a ricondurre la discrezionalità nell'ambito del principio di legalità; nonché sulla teoria della funzione amministrativa in Kelsen e in MERKL; v. anche, dello stesso B. SORDI, *Diritto amministrativo*, in *Dig. it. disc. pubbl.*, V, Torino 1990, 12 ss. Sulla legislazione austriaca (e statunitense), nonché per una sintetica rivisitazione critica della dottrina italiana sul procedimento amministrativo v. F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova 1980, 91 ss.

Italia il procedimento amministrativo era confinato nel limbo dell'irrilevante giuridico, la giurisprudenza amministrativa austriaca andava elaborando una serie di principi vincolanti l'attività amministrativa, in ciò sospinta dalla legge che affidava al Supremo Tribunale amministrativo (« *Verwaltungsgerichtshof* ») la funzione di annullare i procedimenti emanati senza seguire le forme essenziali della procedura amministrativa. Nel 1896 uno studio ancora famoso (opera di F. Tezner ⁽¹⁶⁾, che era stato per molto tempo Presidente di quel Tribunale) sistemava i risultati della giurisprudenza e modellava il procedimento di formazione degli atti amministrativi secondo gli schemi del processo giurisdizionale. Sotto l'influsso della elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, nonché in svolgimento di talune norme della Costituzione del 1920 e sulla scorta di un lungo ed approfondito lavoro preparatorio, nel 1925 l'Austria venne a dotarsi di un compendio organico di quattro leggi sul procedimento (legge di introduzione, legge generale, legge amministrativa penale, legge sull'esecuzione amministrativa). Il modello austriaco ebbe un influsso diretto (di mimesi) sulla legislazione dei Paesi più vicini per storia e tradizione (Polonia, Jugoslavia, Cecoslovacchia) ed un influsso indiretto molto più esteso, tantoché tutte le leggi sul procedimento, anche quelle emanate in ordinamenti completamente diversi (come la legge U.S.A.) possono ritenersi tributarie della legislazione austriaca: così molte leggi sul procedimento amministrativo di Paesi dell'America Latina sono ispirate alla legge spagnola sul procedimento del 1958 (e ora sostituita con una nuova legge del 1992), che a sua volta si rifaceva alla legislazione austriaca. La quale ha una connotazione paragiurisdizionale: contiene norme sulla competenza, sulle parti, sulla redazione dei verbali, sulle notificazioni, sui termini, sull'istruttoria, sul contenuto e sulla forma dei provvedimenti e anche sulla riproduzione del procedimento e sulle spese dello stesso.

L'idea di fondo sottesa alla legislazione austriaca (e che si rifà alla notissima teoria di Kelsen sulla produzione graduale del diritto: *Stufenbau* ⁽¹⁷⁾) è che la funzione statale demandata alla

⁽¹⁶⁾ Dal titolo « *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens* », Wien 1896.

⁽¹⁷⁾ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato* (1923-1924); Id., *Giurisdizione e Amministrazione* (1929), ora in Id., *Il primato del*

amministrazione costituisce una concretizzazione della legge e pertanto non v'è una differenza essenziale tra essa e la giurisdizione: al pari della sentenza il provvedimento pone una norma individuale, anche se si distingue dalla sentenza per maggiore libertà di decisione. Entrambe si collocano nella serie graduale che va dalla norma generale alla norma individuale. È importante rilevare che la teoria della assimilazione tra giurisdizione e amministrazione reca con sé la trasposizione nella seconda di garanzie tipiche della prima. Non solo il contraddittorio, le formalità, la motivazione, ma anche la indipendenza e l'imparzialità dell'amministrazione; e nel contempo sottopone l'amministrazione *quam maxime* al controllo della legge, in netta contrapposizione con la dottrina della libertà dell'amministrazione, nata nella monarchia costituzionale, e secondo cui ciò che non era espressamente previsto dalla legge era nei poteri liberi dell'amministrazione. Sicché la estrema procedimentalizzazione disposta dalle leggi austriache ha un significato costituzionale ben preciso: tanto più complessa e minuziosa è la regolamentazione del procedimento, tanto maggiore è la portata del principio di legalità (sancito dall'art. 18, comma 1° della Costituzione del 1° ottobre 1920), per cui il procedimento amministrativo funge da garanzia del primato del Parlamento. E se pure — come da molti è stato osservato — sentenza e provvedimento amministrativo non possono essere assimilati, resta tuttavia la feconda idea di sottoporre l'amministrazione a regole dettagliate di garanzia, volte ad avvicinare l'amministrazione agli amministrati e a ridurre la carica di autoritarità degli atti amministrativi. Il procedimento — è stato rilevato da uno studioso di storia del diritto ⁽¹⁸⁾ — si incunea nell'interno del potere e ne modifica la struttura autoritaria ed unilaterale: sicché il c.d. formalismo del procedimento austriaco è in realtà, una volta che lo si collochi storicamente, un esempio luminoso di limitazione del potere.

Parlamento, a cura di C. GERACI, Milano 1982, risp. 79 ss., 123 ss.; ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1970, 109 ss. La parificazione tra atto amministrativo e sentenza anche sul piano della forza, è presente soprattutto in A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig und Wien, 1923, 244 ss.; ID., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1927, 213 ss.

⁽¹⁸⁾ SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., 191.

6. *Cenni ad altre legislazioni straniere sul procedimento (U.S.A., Germania).*

La legge federale U.S.A. sul procedimento amministrativo (*Administrative Procedure Act* — A.P.A.) è del 1946. Può apparire singolare che in un Paese con cultura giuridica profondamente diversa da quella continentale, e con una struttura amministrativa sottoposta a grande flessibilità, si sia ritenuto di regolamentare il processo di formazione delle decisioni amministrative. Le radici dell'A.P.A. affondano nel *New Deal* (ma anche nella legislazione precedente), che portò alla moltiplicazione degli enti federali e all'intervento di amministrazioni in larghi strati dell'attività sociale ed economica, e dunque a continue interferenze sui diritti dei cittadini, fino ad allora regolati solo da norme di diritto privato. Il che determinò l'esigenza di porre regole all'attività di tali amministrazioni, in quanto la mancanza di uno Stato amministrativo (con tutto ciò che comporta: procedure, requisiti formali, competenze) dava ad esse ampia libertà e scarsissimi controlli. Tanto più che il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa era (all'epoca) largamente carente. Si potrebbe dire che mentre in Austria la legge sul procedimento nasceva dall'esigenza di dare ordine e funzionalità all'attività amministrativa già però radicata nello Stato, negli Stati Uniti nasceva dall'esigenza di ricondurre sotto lo Stato la stessa attività, oltre che da quella di evidenziare pubblicamente gli interessi (sociali ed economici) che incombono sulle decisioni amministrative (e che le condizionano). Il risultato ha punti di contatto con la legislazione austriaca, giacché la legge U.S.A. ha una caratterizzazione di stampo processuale (*quasi judicial*), in quanto esplicitazione sul versante dell'amministrazione della clausola del « *due process of law* », sancita dal V e dal XIV emendamento della Costituzione: è infatti comunemente affermato (e sentito) che la correttezza e la regolarità delle procedure appartengono all'essenza stessa delle libertà. Le esigenze garantistiche determinano una istruttoria con ampia partecipazione dei privati (*hearing*), sì che tutti gli interessi dei soggetti coinvolti (sempre più spesso portatori di interessi collettivi) vengono ad essere oggetto di approfondito dibattito politico e di indagini conoscitive. A differenza del modello austriaco, formale ed unitario (anche perché si inquadra in una teoria generale), quello americano è impron-

tato ad empirismo e flessibilità, cui concorre la casistica giurisprudenziale, che sovente provvede ad integrare e rielaborare la legge (proprio per questo motivo si parla spesso di *judicial activity*). Sicché, partendo dal rilievo che l'eccesso di giurisdizionalizzazione (« *over judicialitation* ») determina rigidità ed inefficienza, si stanno sviluppando nel troncone dell'A.P.A., procedimenti meno formali (si consideri infatti che la procedura formale si conclude con una udienza, nella quale viene adottata la decisione, la quale è ricorribile in due gradi, ed infatti è comune l'osservazione che spesso l'A.P.A. costituisce causa di lentezza e fucina di cavilli procedurali) ⁽¹⁹⁾.

Se la legge austriaca non può non essere ricordata perché è stata la prima e per il suo retroterra culturale e parimenti deve farsi per la legge U.S.A. perché dimostra la universalità dell'esigenza di procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, la legge della Repubblica federale tedesca sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) va segnalata per la sua completezza e raffinatezza di elaborazione.

La legge ha dietro di sé un approfondito dibattito, afferente l'opportunità stessa di codificare il procedimento amministrativo, e se da un canto costituisce la canonizzazione di principi elaborati a livello giurisprudenziale e dottrinario, di cui opera una sussunzione sistemica, in ossequio allo Stato di diritto, dall'altro contiene principi innovativi di grande spessore, come il principio di informalità (*Nichtförmlichkeit*), il contratto amministrativo (*Verwaltungsvertrag*), i procedimenti di determinazione di piano

⁽¹⁹⁾ Sulla legislazione statunitense sul procedimento (la legge fondamentale del 1946 e talune leggi statali sono tradotte in PASTORI, *op. cit.*, 421 ss.; e ivi anche indicazioni bibliografiche) v. per tutti J.C. DAVIS in *Administrative Law Treatise*, San Diego 1978, 37 ss.; A.E. BONFIELD, *The Federal A.P.A. and The State administrative law*, in *Virginia Law Review*, 1986, vol. 72, 297 ss.; W. GELHRON, C. BYSE, P.L. STRAUSS, T. RAKOFF, R.A. SCHOTLAND, *Administrative law*, 8ª ed., Mineola, New York 1987, 209 ss.; tra gli studi in lingua italiana v. J.K. ADAMS, *Il diritto amministrativo*, Bologna 1957, 15 ss.; G. ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1976, 279 ss.; G. GARDINI, *La legislazione federale e la legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Regione e governo locale*, 1992, 757 ss.; interessanti considerazioni (e numerose indicazioni bibliografiche) in M. COMBA, *Riflessi sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. soc.*, 1992, 269 ss.

(*Planfeststellungsverfahren*), i procedimenti di massa (*Massenverfahren*); nonché regole volte a garantire consulenza e informazione ai privati che entrano in rapporti con l'amministrazione⁽²⁰⁾. La legge tedesca sia per il suo alto livello di elaborazione, sia perché costituisce una sintesi della nozione di procedimento formale (procedimento fattispecie) e di quella di procedimento funzionale o garantistico, sia perché improntata ad affiancare alle esigenze garantistiche quelle di efficienza, ha influenzato notevolmente il nostro legislatore, attraverso gli studi preparatori che hanno condotto al disegno di legge governativo poi tramutato in legge 241/1990.

7. *Pro e contro la codificazione del procedimento amministrativo: dai progetti di legge generale alla disciplina per principi giurisprudenziali al progetto della Commissione Nigro.*

In Italia, per quanto manchi una legge generale sul procedimento, non per questo difetta la disciplina del procedimento: ed è quella creata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Così è anche in Francia, dove lo svolgersi dell'attività amministrativa è disciplinato da principi elaborati dalla giurisprudenza, anche se recentemente sono stati approvati decreti che pongono regole da

(20) Sulla legge tedesca sul procedimento (che è stata tradotta, a cura di A. MELONCELLI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 293 ss.) v., tra i molti, F. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München 1986; H. MEYER, H. BORGES, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Darmstadt 1976 (con notazioni sulle vicende storiche che hanno condotto alla codificazione del procedimento); C.H. ULE, H.W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, 9 ss.; H.V. ERICHSEN, W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York 1986, par. 36, II-III, 336-341; F. EICHLER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, Percha 1990; e, in italiano, E. DENNINGER, *Effetti della giurisprudenza costituzionale sull'Amministrazione e sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 331 ss.; P. SCHEFOLD, *Riforma amministrativa, riforma del procedimento amministrativo e il ruolo della dirigenza politica: il modello tedesco*, in S. GAMBINO (a cura di), *Dirigenza politica e innovazione amministrativa*, Rimini 1992, 95 ss.; A. MASUCCI, (cur.), *La codificazione del procedimento amministrativo, Repubblica federale di Germania*, in *Quaderno*, n. 2, cit., *Problemi di Amministrazione pubblica*; F. MAYER, *La legge sul procedimento nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1115 ss. su taluni aspetti della legge, G. SCIULLO, *Procedimento e atti nell'Amministrazione per piani: la disciplina sulla pianificazione nella legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 1490 ss.

seguire nei procedimenti ⁽²¹⁾, e così è in Inghilterra, dove attraverso la « *judicial review* » delle decisioni dei pubblici poteri si è formato un « *corpus* » organico di regole dell'azione delle amministrazioni ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ La situazione francese ha molti punti di contatto con la nostra. Per quanto il problema di una disciplina organica del procedimento costituisca da tempo oggetto di elaborazioni dottrinali e di movimenti di opinione anche di vecchia tradizione (v. per una sintesi Y. GAUDEMET, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, in *Récueil Dalloz Sirey*, 1986, *Chronique*, XVII, 107; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris 1968), manca una regolamentazione generale, la quale è stata supplita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, soprattutto attraverso il principio del diritto di difesa, ha elaborato alcune regole da osservare da parte dell'amministrazione nello svolgimento del procedimento particolarmente a tutela della sfera giuridica del privato da esso coinvolto. A partire dalla seconda metà degli anni settanta, tuttavia, si è dato vita ad una parziale riforma attraverso specifiche normative incidenti sul procedimento amministrativo. Ciò attraverso il decreto n. 1025 intitolato alle « Relazioni tra amministrazioni e utenti » che tra i propri obiettivi contiene quelli della « migliore protezione dei diritti dell'utente del servizio pubblico », la « creazione di rapporti meno spersonalizzati », la « trasparenza » e la maggiore « obiettività di decisione e migliori condizioni di esercizio del potere di valutazione ». Esso inoltre concerne il contraddittorio tra amministrazione e privati, di cui viene generalizzato il campo di applicazione fino ad allora rimasto — nonostante gli sforzi estensivi di esso compiuti dalla giurisprudenza amministrativa — ristretto ad ambiti molto limitati, e che viene ora esteso a tutti i procedimenti nei quali vengono adottate misure favorevoli per il privato: v. in proposito per tutti J.M. AUBY, *Il decreto del 28 novembre 1983*, in *Problemi di Amministrazione pubblica*, Formez 1985, 11 ss.

⁽²²⁾ Sulla disciplina del procedimento in Gran Bretagna come sviluppo di regole di giustizia naturale (che conduce ad es. al principio della incompatibilità degli amministratori che hanno interesse nell'affare loro assegnato e al principio del contraddittorio), di regole di correttezza (*fairness*), del divieto di *irrationality*, v. H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano 1969, spec. 225 ss., il quale evidenzia l'importanza della correttezza procedurale (*procedural fairness*) così come definita attraverso la *rule of law* (e ricorda l'opinione di un giudice della Corte Suprema degli U.S.A. secondo cui sarebbe preferibile vivere sotto leggi sovietiche applicate mediante procedure di *common law* anziché sotto il *common law* applicato con procedure sovietiche), nonché da ult., J. JOWELL, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative nel diritto inglese: l'evoluzione dei principi sostanziali*, in M.P. CHITTI (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano 1990, 167 ss.; M. TERRASI, *Dalla natural justice alla fairness: il privato nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1989, 2575; D. FOULKES, *Administrative law*, London 1990, 256 ss. Lo stesso in Canada, ove attraverso la *judicial review* sono state create tutta una serie di regole volte ad assicurare la *procedural fairness*: v. R.A. MACDONALD, *Judicial Review and Procedural Fairness in Administrative Law*, in *MacGill Law Journal*, 1980, 520 ss.

Abbiamo osservato in precedenza che praticamente non c'è attività amministrativa senza procedimento (che costituisce — per usare una nota definizione — la « forma della funzione amministrativa »), e che il procedimento richiede regole generali.

È però indubbio che la regolazione del procedimento per via di massime giurisprudenziali è incompleta e causa di incertezze. Di qui, anche nel nostro Paese, i molteplici tentativi per una legge generale ⁽²³⁾. Un primo progetto che ripercorreva tutte le fasi del procedimento, dall'iniziativa alla decisione finale, venne elaborato negli anni 1944-1947 da una Commissione di studio presieduta da Forti (che — come ricordato — era stato uno dei pochi studiosi che, prima di Sandulli, aveva messo in luce il tema del procedimento). Tale progetto, rielaborato ed aggiornato, grazie soprattutto all'iniziativa di Lucifredi (professore di diritto amministrativo, più volte Ministro per le riforme istituzionali), è stato presentato alle Camere per numerose legislature, ma non si è mai giunti a tradurlo in legge. Ad un certo punto (all'inizio degli anni '70), anzi, il progetto di legge generale venne abbandonato (sia in Parlamento che presso la dottrina).

Le ragioni di tale « desistenza » erano molteplici: l'invecchiamento del testo (in pratica sempre quello della Commissione Forti) rispetto all'evoluzione della legislazione, ed anche rispetto ai nuovi apporti della dottrina; il differenziarsi e lo specializzarsi della legislazione, talché appariva problematico elaborare una

(23) Per un rapido *excursus* sulle varie proposte di disciplina del procedimento amministrativo, v. Camera dei deputati, *La riforma del procedimento amministrativo*, Roma 1991, e *ivi* anche i lavori preparatori della l. 241/1990; più estesamente P. CALANDRA, *Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo*, in Atti del Convegno su *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli 1981. Gli atti della Commissione Nigro sono pubblicati in *Quaderni Regionali*, 1984. Sul dibattito circa la legge generale sul procedimento v., tra le opere più recenti, G. SANTANIELLO, *Il procedimento amministrativo: linee di sviluppo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 496; A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino 1988; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, cit.; nonché soprattutto M. NIGRO, *La giurisprudenza amministrativa e le trasformazioni dell'amministrazione: alcune riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma 1989, 563; ID., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252.

legge « lunga » sul procedimento amministrativo, sì da « tagliare » in orizzontale tale compendio di leggi; il rilievo che a fronte di una complessa e cangiante legislazione amministrativa appariva più adeguata la risposta per principi elaborata a livello giurisprudenziale, che dunque si muove in aderenza con la dinamica della legislazione e delle esigenze concrete. Di fronte alla legge generale tedesca, approvata proprio negli anni di maggiore sfiducia verso una disciplina per legge del procedimento, si osservò che era un modello non « importabile », poiché, per la sua complessità ed analiticità, avrebbe determinato un irrigidimento nel funzionamento complesso delle strutture, impreparato a gestire il procedimento così articolato e responsabilizzato. La legge generale avrebbe cioè peggiorato la situazione, così come avverrebbe se si immettesse in una rete ferroviaria obsoleta un treno ad alta velocità: le rotaie non reggono, si scardinano, sicché non possono circolare nemmeno i vecchi treni.

Più recentemente, però, sia per l'influenza di modelli stranieri (come la via francese alla normativa per « punti » del procedimento, e come la stessa legge tedesca, nelle sue parti più innovative), sia soprattutto per l'accentuarsi di esigenze di democratizzazione e di semplificazione dei procedimenti, che la legislazione rende sempre più criptici, complessi, interminabili, il Governo ebbe ad istituire una Commissione con il compito di formulare proposte per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi (c.d. Commissione Nigro, dal nome del suo Presidente). Le carenze del procedimento non risolte o non risolvibili in sede giurisprudenziale, su cui ebbe a porre l'accento la Commissione Nigro, erano soprattutto le seguenti:

a) l'assenza di regole volte a garantire la partecipazione degli interessati nella formazione del procedimento amministrativo; partecipazione che la giurisprudenza non ritiene abbia un fondamento costituzionale, anche se costituisce un principio dell'ordinamento vincolante il legislatore regionale, perlomeno laddove si sia in presenza di provvedimenti sacrificativi di posizioni soggettive;

b) l'assenza di regole volte a garantire la pubblicità e la « comprensibilità » del procedimento (diritto di accesso, motivazione);

c) l'assenza di regole volte a responsabilizzare la guida del procedimento;

d) l'assenza dell'obbligo generale di concludere (e con provvedimento motivato) i procedimenti entro un termine prestabilito;

e) l'esigenza di razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi. Ciò sotto molteplici aspetti, sia ad es. allargando le ipotesi di silenzio-assenso; sia prevedendo forme di coordinamento tra le varie autorità pubbliche che devono intervenire nel procedimento, sia prevedendo misure per « saltare » passaggi presso enti od uffici od organizzazioni quando non provvedano nei tempi prestabiliti. Si assiste ad una ipertrofia dei procedimenti amministrativi, che deriva sia dalla regionalizzazione e dalla attribuzione di nuovi compiti agli enti locali, che però di sovente vengono « recuperati » attraverso la immissione nel procedimento di competenze delle autorità centrali (tipico è il caso della autorizzazione per interventi in aree di valore paesaggistico, che il D.P.R. 616/1977 — v. art. 82 — ha delegato alle Regioni, ma che è stato poi sottoposto al riesame ministeriale: v. art. 1 l. 431/1985), sia dall'espandersi dell'azione amministrativa, talché sempre più frequenti sono i « contatti » o per meglio dire i contrasti tra interessi pubblici diversi, che non sempre nel corso del provvedimento vengono temperati; per cui ogni organo od ufficio coinvolto nel procedimento ha di fatto un potere di veto. Di qui la domanda di semplificare e comunque di limiti, anche temporali, per l'assenso da parte dei soggetti preposti alla cura dei vari interessi coinvolti: la funzione di selezione e di bilanciamento degli interessi e di garanzia di diritti non deve far trascurare del tutto l'esigenza dell'efficienza dell'azione amministrativa.

Lo schema elaborato dalla Commissione Nigro (i cui lavori terminarono nel 1984), si risolveva in una *summa* di regole generali dell'azione amministrativa (e non in una legge generale) volte a risolvere i problemi sopra enunciati, per quanto possibile in sede legislativa (ché — come è sin troppo ovvio — occorre una fattiva collaborazione da parte di tutte le amministrazioni e di tutti i dipendenti pubblici per dare concretezza alle leggi, e segnatamente a quelle che investono proprio nella sua essenza il modo di operare delle amministrazioni). Lo schema Nigro veniva modificato a seguito di un parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato reso nel febbraio 1987, ed anzi venivano eliminate talune parti particolarmente significative, riprese dalla legge

tedesca, come quelle sulla informalità dell'azione amministrativa, sulla ammissibilità in via generale del contratto di diritto pubblico, nonché la disciplina *ad hoc* dei c.d. procedimenti di massa ⁽²⁴⁾. Veniva poi unificato ad un altro schema, redatto pure dalla Commissione Nigro, relativo al diritto di accesso ai documenti amministrativi, e tradotto in disegno di legge governativo, presentato alla fine della IX legislatura, e poi ripresentato all'inizio della X legislatura. Si giungeva così all'approvazione della l. 7 agosto 1990 n. 241.

8. *La l. 241/1990: non legge generale sul procedimento amministrativo, ma legge che detta alcuni principi relativi al procedimento.*

Come già anticipato, la l. 7 agosto 1990 n. 241 (« Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi ») è una legge sul procedimento, non la legge del procedimento amministrativo, nel senso che non ne stabilisce una disciplina completa ed esaustiva. Mutuando una terminologia invalsa per le costituzioni, a differenza delle leggi sul procedimento di Austria, Cecoslovacchia, Polonia, Jugoslavia, U.S.A., Spagna, Germania, che sono leggi lunghe, la l. 241 è una legge breve. Non è una legge generale sull'azione amministrativa: bensì detta alcuni principi dell'azione amministrativa. Inoltre regola (con vaste aree di franchigia) la partecipazione al procedimento amministrativo, pone norme di semplificazione (in parte delegando a ciò il Governo *ex art.* 17 n. 2 l. n. 400/1988), nonché introduce la figura del responsabile del procedimento ⁽²⁵⁾. Di conseguenza la l. 241 non smentisce la te-

⁽²⁴⁾ Cons. Stato, Ad. gen., 19 febbraio 1987 n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, 22. Critiche alle modifiche suggerite dall'Ad. gen. in M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 ss.

⁽²⁵⁾ La l. 241 è stata oggetto di numerosi commenti. Tra quelli di carattere generale, in quanto contengono anche una ricostruzione dell'evoluzione del pensiero dottrinale sulla nozione di procedimento amministrativo, taluni richiami comparatistici, nonché indicazioni sul lavoro della Commissione Nigro, e soprattutto una lettura della legge nell'ambito dei principi del nostro ordinamento amministrativo, ricordiamo quello di G. CORSO e F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini 1991, ed AA.VV. (con il coordinamento

si, da tempo prevalente nella nostra dottrina, circa la inopportunità di codificare e così cristallizzare il procedimento amministrativo, che d'altro canto è già regolato da una « rete » di principi elaborati a livello giurisprudenziale e in continua evoluzione. Su tale rete si aggiunge ora una serie di principi qualificanti sui rapporti tra cittadino e P.a. in ordine allo svolgimento dell'attività amministrativa, tale da costituire un « minimo comune denominatore » di disciplina dei rapporti in questione ⁽²⁶⁾. Con ciò venendo incontro alla esigenza di offrire garanzie ai soggetti coinvolti in procedimenti, esigenza che la stessa autorevolissima dottrina contraria alla legge generale sul procedimento ebbe a ri-

di V. ITALIA e M. BASSANI), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano 1991. Ampia raccolta di materiali (leggi, regolamenti, circolari, pareri del Consiglio di Stato, note di dottrina) in S. CAPONI, A. SAJA, *Nuovo procedimento amministrativo*, Roma 1992; v. altresì l'accurata analisi di F.M. NICOSIA, *Il procedimento amministrativo. Principi e materiali*, Napoli 1992. Importanti sono gli atti del Convegno di Varenna, 18-20 settembre 1986, su « *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributo alle iniziative legislative in corso* », Milano 1989 (tra cui soprattutto v. le relazioni di G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, 29 ss. e di M.E. SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo*, 107 ss.) e del Convegno di Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, a cura di F. TRIMARCHI, su « *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione delle amministrazioni* », Milano 1990, con relazione introduttiva di M. NIGRO e altre relazioni di componenti la Commissione: che ha redatto il documento poi tradottosi (con modifiche) nella l. 241, e nelle quali si dà una lettura autentica « ante litteram » della l. 241, e se ne mette chiaramente in luce la matrice costituzionale: che è quella di spartire la potestà amministrativa tra il formale titolare burocratico e la pluralità dei consociati (NIGRO, *ivi*, 13 ss.), incidendo dunque sulla tradizionale riferibilità dell'atto amministrativo allo Stato; e di incentrare la soluzione di tale difficile equilibrio tra principio burocratico e principio partecipativo nella istruttoria, ove si svolge la individuazione e la « evidenziazione » degli interessi coinvolti (NIGRO, *ivi*, 15). Ma v. già dello stesso M. NIGRO, *Scienza dell'Amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 673.

Interessanti indicazioni sui raccordi tra la l. 241 e la teoria di Benvenuti sul procedimento come garanzia e come forma della funzione amministrativa in A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 655 ss.

⁽²⁶⁾ Come ebbe ad osservare, con riferimento allo schema Nigro, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli procedurali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (cur.), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini 1987, 819.

tenere « imperiosa » ⁽²⁷⁾ e di allargare lo spazio di verifica e di analisi del corretto esercizio della discrezionalità ⁽²⁸⁾.

9. *La funzione del procedimento: di mera applicazione della legge (attraverso la verifica dei fatti e la verifica di legittimità), di integrazione della legge (attraverso la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento), di acquisizione e realizzazione degli interessi, di organizzazione dei fini pubblici.*

Le considerazioni introduttive che abbiamo svolto ci consentono già di percepire quale sia la funzione (o meglio quali) siano le funzioni del procedimento, e dunque di comprendere a cosa esso serve ⁽²⁹⁾. In primo luogo, ha una funzione di *accerta-*

⁽²⁷⁾ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 14ª ed., Napoli 1984, 626, nota 93a.

⁽²⁸⁾ Corte Conti, Sez. contr. Stato, 17 marzo 1992 n. 21, in *Cons. Stato*, 1992, II, 123, partendo dal rilievo che l'art. 1 l. 241 ha posto esplicitamente il buon andamento fra i requisiti normativi dell'azione amministrativa, osserva che con ciò ha reso più pregnante la dislocazione nell'area della legittimità di quelle tradizionali figure dell'eccesso di potere che sono ontologicamente legate all'esercizio della discrezionalità amministrativa, ampliandone in qualche modo lo spettro sintomatico e fornendo al riguardo più penetranti ed incisivi strumenti di verifica e di analisi.

⁽²⁹⁾ Le varie funzioni del procedimento (di verifica della legittimità, di coordinamento, di istruttoria, di organizzazione) sono sinteticamente illustrate in S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1991, 225. Il rilievo per cui « la predeterminazione per via legislativa dell'attività amministrativa costituisce un fenomeno storicamente recessivo », cui si contrappone la tendenza ad acquistare importanza di altri fenomeni, « come quello della direzione governativa e quello della formazione degli atti in collaborazione o con la partecipazione di cittadini », è ben rilevato, tra gli altri, da S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, 115 e da M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss. Nel senso che l'interesse pubblico non nasce predeterminato e dunque sulla sua concretizzazione attraverso il procedimento, è fondamentale quanto osservava A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 76 ss. Tra gli studi principali in cui si mette in rilievo la funzione costituzionale del procedimento, volta a garantire l'imparzialità ed il buon andamento, e di converso a recuperare legittimazione all'Amministrazione, v. G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit.; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'Amministrazione pubblica*, cit., 449 ss.

Una sintesi delle principali « letture » della nozione di procedimento e dunque delle varie funzioni che il procedimento svolge in G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, cit., 1987, 805 ss.: la prima, del procedimento quale metodo di composizione logico formale delle mani-

mento della corrispondenza tra il provvedimento *in fieri* e la normativa.

Tale funzione è presente anche nei procedimenti più semplici: la domanda di aspettativa per infermità di un dipendente richiede un giudizio medico che accerti l'esistenza di una malattia che impedisce temporaneamente la regolare prestazione del servizio; la domanda di autorizzazione edilizia per il rifacimento di un tetto richiede una verifica di conformità tra l'intervento e le norme del regolamento edilizio sulle caratteristiche delle coperture degli edifici.

L'accertamento può concernere una verifica di pura legittimità cioè di corrispondenza tra un fatto già acquisito e norme (come nel secondo esempio), oppure una verifica dei fatti (come nel primo esempio); è sempre però una verifica volta all'osservanza della legalità, perché anche nel caso dell'accertamento fattuale, il travisamento dei fatti o il difetto dei presupposti configura il vizio di eccesso di potere.

Sovente però non è sufficiente l'accertamento puro e sem-

festazioni dell'agire amministrativo; la seconda, integrativa della precedente in quanto incentrata alla valorizzazione della funzione, quale insieme delle regole sostanziali da osservarsi nel giudizio discrezionale anche ad integrazione delle previsioni di legge. La terza, infine, più interessata a configurare il procedimento come la misura e l'attuazione di un rapporto amministrativo nell'esercizio di un potere obiettivato, che non quale garanzia formale e sostanziale dell'esercizio di un potere. È comune nella dottrina la duplice ed ineliminabile configurazione del procedimento quale occasione di composizione degli interessi e di garanzia per gli interessati, ma anche di strumento di efficacia per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico assegnato dall'ordinamento all'amministrazione procedente, sicché non è possibile risolvere il procedimento amministrativo nella sola accezione garantistica.

Nel senso che la sempre più complessa attività conoscitiva e di evidenziazione degli interessi che caratterizza il procedimento costituisce lo strumento per assicurare l'imparzialità della P.a. e per controbilanciare la non proceduralità dell'attività amministrativa, E. CARDI, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, I, Rimini 1983, II, Perugia 1984. Dello stesso CARDI v. *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991.

Il collegamento tra procedimento ed efficienza dell'azione amministrativa è messo in luce, da ultimo, da S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 118 ss.

La funzione organizzativa nel procedimento è particolarmente evidenziata da M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A.*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss. (v. p. 273: « il procedimento cuce dinamicamente soggetti ed interessi in una trama che è anzitutto organizzativa »).

plice (che poi, a sua volta, può essere di estrema complessità, si pensi o agli accertamenti tecnici per la registrazione di medicinali o ai concorsi per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, cui partecipano migliaia di cittadini, e per ciascuno deve essere attribuito un punteggio stabilito dalla legge in funzione di svariati parametri: numero dei familiari, condizioni igieniche dell'abitazione in cui vive il candidato etc.). Ciò avviene quando la legge non pone una consequenzialità tra accertamento di un fatto e esito del procedimento. Del resto, negli atti di pianificazione ma non solo in essi, la legge non dà (perché non lo potrebbe) il contenuto degli stessi, ma si limita a porre i fini e le procedure da seguire in quanto le frastagliate esigenze della vita e le variegatissime fattispecie concrete non si prestano ad una predeterminazione in sede legislativa del contenuto degli atti. Ad es. per l'art. 6, comma 4° lett. *b* del nuovo codice della strada (d.leg. 30 aprile 1992 n. 285) — ma analoga era la normativa nel previgente codice — l'ente proprietario della strada può con ordinanza stabilire obblighi divieti e limitazioni di carattere temporaneo o permanente per ciascuna strada o tratto di essa o per determinate categorie di utenti, in relazione alle esigenze della circolazione o alle caratteristiche strutturali della strada. Oppure, sempre per esprimere in via esemplificativa la flessibilità di contenuto che possono avere le determinazioni amministrative, si pensi all'ipotesi di mancato funzionamento dei servizi di preminente interesse generale, che determinano un fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti. In tale evenienza il Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro da lui delegato, se il conflitto ha rilevanza nazionale o interregionale, ovvero il prefetto o il corrispondente organo nelle Regioni a statuto speciale, negli altri casi, possono emanare ordinanza motivata diretta a garantire le prestazioni indispensabili e imporre all'amministrazione od impresa erogatrice le misure idonee ad assicurare adeguati livelli di funzionamento del servizio, temperando l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. L'ordinanza può anche limitarsi ad imporre un differimento dell'azione, tale da evitare la concomitanza con astensioni collettive dal lavoro riguardanti altri servizi del medesimo settore (v. art. 8 l. n. 146/1990). Come è evidente, tale ordinanza, prevista dalla legge, richiede una valutazione ampia-

mente discrezionale circa l'*an* della sua adozione ed inoltre ha un contenuto variabilissimo. *Però è ampiamente procedimentalizzata*. Prima si invitano le parti a desistere dai comportamenti che determinano tale situazione di pericolo e si propone alle stesse un tentativo di conciliazione, poi, in caso di esito negativo dello stesso si invitano le parti ad attenersi al rispetto della proposta eventualmente formulata dalla Commissione di garanzia prevista dalla stessa l. 146. Qualora tale situazione permanga, l'autorità provvede dopo avere sentite le organizzazioni dei lavoratori che promuovono l'azione e le amministrazioni o la impresa erogatrice del servizio, sentiti inoltre il Presidente della Giunta regionale, nonché i Sindaci competenti per territorio.

In sostanza l'integrazione della legge, l'organizzazione del procedimento e la sua regolazione sono espressione costituzionale di attuazione del principio di legalità, ma sono anche una esigenza fisiologica, per assicurare corrispondenza e adeguatezza tra il *provvedere* e l'*oggetto del provvedere*. Soprattutto nella disciplina degli interventi nell'economia e nell'attività sociale, i compiti affidati all'amministrazione non si traducono in mere applicazioni dalla legge (c.d. *legis executio*), ma richiedono un'attività integrativa della legge caratterizzata dalla discrezionalità. In primo luogo, perché sovente la stessa legge impone di tener conto di numerosi interessi da contemperare e assembleare nella decisione finale (in particolare nei procedimenti di pianificazione: si pensi alla pianificazione urbanistica o commerciale o della circolazione urbana). In secondo luogo, perché gli interessi pubblici indicati dalla legge hanno spesso natura indeterminata: si pensi a finalità come sicurezza pubblica, igiene e sanità, interessi della navigazione, valorizzazione ambientale etc.

Tantoché si è spesso osservato che la legge, nel far riferimento a finalità generiche e a concetti indeterminati, in pratica affida una procura in bianco (*Blankovollmacht*) alla P.a. Infatti, la legge lascia libera determinazione sul se, sul come, sul quando o sul contenuto del provvedimento o anche su tutti o su parte di tali punti. In altri termini alla base dello sviluppo del procedimento sta la crisi del rapporto « classico » tra legge e atto amministrativo: la crescente incapacità della legge di risolvere in via preventiva, generale e astratta i conflitti di interesse, comporta l'esigenza di trasferire all'amministrazione il compito di verificare e comporre gli interessi collegati alle situazioni concrete; ma

l'amministrazione perde così la sua funzione tradizionale di mera esecuzione della legge, e con essa cade anche lo schermo giustificativo della legalità, come legittimazione dell'atto amministrativo in quanto pura proiezione della legge.

Tale perdita di legittimazione porta alla valorizzazione del procedimento con le sue garanzie di istruttoria, di partecipazione, di ricerca di coordinamento; talché l'impianto procedurale della funzione amministrativa è « una esigenza costituzionale sovrapposta alla stessa legalità dell'amministrazione » ⁽³⁰⁾.

La indeterminatezza ed indefinibilità dell'interesse pubblico generale, la immancabile dissociazione (da riempire attraverso il procedimento) tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto ⁽³¹⁾ e la conseguente lesione del principio di legalità, sono controbilanciati dal procedimento, e dalla regola di ragionevolezza che lo impronta, volta a dare una coerenza logica e una proporzionalità alla sequenza accertamento dei fatti, selezione degli interessi, provvedimento finale. Ed inverso il procedimento ha lo scopo di accertare, oltre ai fatti, tutti i vari interessi che confluiscono nel provvedimento finale. Nel procedimento di concessione di acque pubbliche regolato dal T.U. delle leggi sulle acque ed impianti elettrici (r.d. 11 dicembre 1933 n. 1175) — che è particolarmente significativo — viene svolta una istruttoria sotto la direzione del Ministero dei lavori pubblici cui sono invitati a partecipare i rappresentanti dei vari Ministeri che possono essere interessati (trasporti, difesa, agricoltura, sanità), il richiedente, eventuali altri richiedenti (che abbiano cioè avanzato domande « concorrenti »), coloro che hanno presentato le loro osservazioni ed opposizioni avverso la domanda. L'ufficio del Genio civile procede alla visita dei luoghi, e redige una relazione dettagliata su tutta l'istruttoria, mettendo in evidenza le qualità e caratteristiche delle varie domande in rapporto alla più razionale utilizzazione del corso d'acqua, agli interessi pubblici connessi, alla natura ed attuabilità delle opposizioni (v. artt. 7 e 8 T.U. cit.). Tra le domande presentate è preferita quella che presenta la « migliore utilizzazione dal punto di vista idraulico ed econo-

⁽³⁰⁾ Così G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1878 (in nota).

⁽³¹⁾ Sulla distinzione tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto v. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della P.A.*, Torino 1967, 301 ss.

mico o che soddisfi ad altri particolari interessi pubblici ». Il Ministro decide dopo aver sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, il quale indica anche gli elementi essenziali da inserire nel disciplinare di concessione.

Gli interessi da valutare in comparazione con quelli perseguiti dalla legge (nella specie di concessioni d'acqua ad uso irriguo: la produzione agricola) possono essere pubblici o privati, possono essere rappresentati attraverso proposte di altri enti o attraverso l'acquisizione di pareri o attraverso osservazioni od opposizioni. Tutti questi interventi servono non solo a rappresentare interessi diversi (c.d. interessi secondari), ma a dare indicazioni per l'ottimale perseguimento dell'interesse primario (es. osservazioni volte a migliorare la restituzione delle acque, per favorire gli agricoltori posti a valle).

L'acquisizione di tali interessi, la loro selezione, la loro valutazione comparativa, sono tutte attività interne al procedimento. Il quale ha appunto lo scopo di far emergere tali interessi. È vero che essi potrebbero essere rilevati ed esaminati d'ufficio (ad es. in sede di approvazione del progetto per la realizzazione di un ponte, l'amministrazione comunale valuta gli interessi paesistici e quelli idraulici, che vengono investiti dall'interesse primario ad una più rapida comunicazione tra le due sponde): ma intanto ciò vale solo per gli interessi più evidenti, ed inoltre solo le autorità titolari degli interessi coinvolti possono rappresentarli con la compiutezza necessaria: nell'esempio fatto il Genio civile ha la competenza tecnica e le conoscenze relative a tutto il corso del fiume, idonee per valutare le esigenze di ordine idraulico che il progetto deve garantire. Per semplicità, anziché far introdurre nel procedimento tutte le autorità preposte alla cura di interessi pubblici che potrebbero essere coinvolti, talvolta si acquisisce il parere di un organo collegiale in cui sono presenti rappresentanti di varie amministrazioni (tipico il Consiglio superiore dei lavori pubblici ove siedono, oltre a rappresentanti del Ministero dei lavori pubblici, rappresentanti di quasi tutti i Ministeri: v. art. 2 l. 18 ottobre 1942 n. 1460).

Il procedimento svolge dunque anche una funzione di organizzazione in quanto dà ordine ai fini pubblici. E nel contempo proprio tale organizzazione garantisce efficacia all'azione amministrativa che viene a modellarsi non secondo schemi astratti ma secondo le esigenze concrete. Non solo: la pubblicazione (attra-

verso la motivazione) del percorso logico che viene seguito, l'obbligo di dar conto delle proprie valutazioni e delle indagini, l'evidenziazione del processo di ponderazione degli interessi, riduce l'area del potere amministrativo libero, e dunque contribuisce alla imparzialità e così ancora alla « moralizzazione amministrativa » ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Il punto è stato segnalato partic. da U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano 1988, 3 ss.