

*Quale futuro per il procedimento amministrativo?*

*Francesco Volpe*

relazione al XXIV Convegno di Studi  
dell'Associazione Veneta  
Avvocati Amministrativisti  
Cortina, 12 luglio 2014

1. — È alla fine del XIX secolo – con il processo di sistemazione organica del diritto pubblico e con il frazionamento dell'autorità amministrativa in una pluralità di soggetti formalmente distinti ed esponenziali di autonome funzioni – che la nozione di procedimento amministrativo viene a prendere forma.

Prima di allora, una tale nozione non era stata avvertita, perché non la si reputava necessaria: Non che mancassero serie procedimentalizzate di atti (la legge generale sugli espropri ne dava anzi un ottimo esempio), ma della loro natura gli studi si erano disinteressati, forse perché maggiormente concentrati sul problema delle tutele o perché si riteneva che le norme procedimentali, non incidendo su diritti, meritassero minore attenzione.

Inoltre, al procedimento amministrativo mancava il modello di paragone desumibile dal diritto civile, cui si faceva riferimento per costruire, in forma analogica, concetti e principi

Oggi, è vero, di una sorta di attività procedimentalizzata si parla anche nelle discipline privatistiche, attraverso l'individuazione dei contratti quadro; ma, prima che emergessero tali figure, la serialità nell'emanazione degli atti giuridici rimaneva confinata a ben poche figure. Quella del contratto preliminare, quella della procura e quella del mandato. E le patologie o il difetto di uno degli atti che in detta serialità si inserivano trovava una regolamentazione di diritto positivo, che come tale non richiedeva l'elaborazione di figure teoriche generali, ma che, per altro, verso, era difficilmente esportabile al di fuori del campo di sua stretta applicazione.

I problemi connessi alla serialità degli atti, pertanto, emergono solo con il diritto pubblico, una volta che esso comincia a costruire i suoi principi generali.

2. — Di fronte all'emergere di varie serie di atti previste dalle leggi speciali, il diritto positivo non riuscì, in allora, a offrire una disciplina generale, utile a stabilire cosa succedesse in mancanza di uno degli atti del procedimento o in presenza di un loro vizio. Fu così nel passato, ma a ben vedere questo vale anche oggi. Nonostante la legge del 1990 si intitolasse, originariamente, «nuove norme sul procedimento amministrativo», nella stessa si trovano regolati solo alcuni atti del procedimento (soprattutto quelli volti a favorire la partecipazione); anche lì manca una disciplina sistematica dell'istituto.

Di talché si è cercato di attingere, per inquadrare la figura, alle nozioni di teoria generale, trovandovi però un non troppo fertile terreno, proprio per le accennate difficoltà di importare i principi ricostruttivi dalle costruzioni del diritto civile.

Ne è seguito che la costruzione del concetto di procedimento amministrativo e la sua disciplina sono state il risultato di un vero e proprio intervento pretorio; con la particolarità che una tale operazione non è stata frutto dell'azione giurisprudenziale, ma, se mai, della dottrina, che sul punto venne seguita, piuttosto che anticipata, dai giudici.

3. — Sostanzialmente le tappe importanti nell'enunciazione di un concetto di procedimento amministrativo sono state tre; esse possono individuarsi, rispettivamente, nella costruzione del procedimento come atto complesso; nella costruzione c.d. formale del procedimento e in quella del procedimento come entità funzionale.

Come cercherò di dimostrare, la seconda costituisce una sorta di evoluzione della prima. Perciò, le costruzioni, in realtà, possono essere raggruppate in due grandi orientamenti: quello formale e quello funzionale. Errerebbe, tuttavia, chi considerasse che i medesimi due orientamenti siano tra loro contrapposti. Benché la nozione formale e quella funzionale mirino a offrire una diversa definizione di procedimento, il loro scopo interpretativo è esso stesso diverso, cosicché il campo di applicazione delle due diverse tesi è, a sua volta, distinto permettendo loro, in un certo senso, di coesistere, senza reciprocamente escludersi.

Mentre la concezione formale mira, soprattutto, a costruire una disciplina che regoli i rapporti tra i singoli atti e che chiarisca cosa succeda quando uno di essi manchi, sia viziato o sia assunto in un momento diverso da quello che sarebbe a lui proprio, la concezione che vede nel procedimen-

to la forma della funzione sembra avere una propensione maggiormente descrittiva.

Essa, in qualche modo, si disinteressa dei rapporti giuridici reciprocamente generati dagli atti che compongono l'*iter* e spiega, invece, *a cosa serva* l'attività procedimentalizzata. Una tale vocazione ricostruttiva, a mio modo di vedere, ha trovato la più completa attuazione negli studi di Giorgio Berti, il quale, contrapponendo la figura del procedimento a quella dell'atto (e del provvedimento in particolare) ed escludendo che il primo presenti un profilo servente rispetto alla costituzione del secondo, ha finito per ravvisare nel procedimento il luogo in cui il potere amministrativo progressivamente si attua.

Con il procedimento, pertanto, il potere giuridico non si eserciterebbe in modo puntuale, ma lungo tutto l'*iter* degli atti assunti dall'Amministrazione.

È chiaro, tuttavia, che una tale impostazione muove da una concezione di potere diversa da quella, tecnica, di forza applicata ai fini della produzione dell'effetto giuridico. L'effetto, invero, non si crea poco alla volta: esso o esiste o non esiste. Perciò, in quel potere che si attua e si consolida lungo il procedimento è più facile, e forse anche più corretto, ravvisare una descrizione del modo con cui l'Amministrazione, muovendo da margini di operatività relativamente ampi, finisce progressivamente per concentrare l'esito della sua valutazione in spazi sempre più ristretti di discrezionalità.

4. — La teoria funzionale del procedimento – detta anche teoria sostanziale perché, secondo la stessa, il procedimento non sarebbe rilevante alla stregua di un fenomeno dinamico, ma come una realtà giuridica sostanziale e oggettivamente valutabile – non è, perciò, affatto priva di merito, giacché suo tramite è facile acquisire in che modo la discrezionalità, intesa come valutazione comparativa di interessi o come valutazione di fatti indeterminati, si formalizzi nelle decisioni dell'Amministrazione e risulti conoscibile anche dall'esterno.

Quantunque portatrice di felici soluzioni teoriche, la teoria funzionale, tuttavia, meno si presta a risolvere determinati problemi concreti.

Da questo punto di vista, la costruzione formale del procedimento, ha saputo offrire soluzioni di carattere più spiccatamente applicativo. La stessa caratterizzazione del procedimento, quale è offerta dalla teoria formale, quale entità dinamica volta alla costruzione della fattispecie e, in

definitiva, del provvedimento amministrativo, era del resto maggiormente consona ad un sistema giustiziale almeno all'origine improntato sull'impugnazione del singolo atto amministrativo e non sulla contestazione del rapporto complessivamente inteso.

La costruzione funzionale del procedimento, se mai, ha sollecitato altre conseguenze, che si sono attuate soprattutto sul piano delle riforme. I temi della partecipazione, in particolare, si riassumono in definitiva nella descrizione del concorso del privato alla raccolta degli elementi istruttori della valutazione discrezionale. E tale partecipazione ha avuto esito, appunto, nelle previsioni della legge generale del 1990.

5. — Se, per quanto ho sostenuto, l'apporto della nozione formale di procedimento ha avuto conseguenze applicative di maggior rilievo, va peraltro riconosciuto, sulla base di una analisi retrospettiva, che il suo apporto scientifico, benché relevantissimo, fu forse meno originale di quanto si sarebbe portati a credere.

Beninteso, ciò è possibile affermare oggi, dopo che sono passati settantacinque anni da quando quelle tesi vennero delineate e dopo che la giurisprudenza, dapprima, in larga parte le applicò, salvo poi riscontrarne, altrettanto empiricamente, i limiti.

Ciò non toglie che questi limiti pur sempre esistano e vadano considerati. In effetti, se compariamo le tesi del Sandulli con quelle del suo maestro, il Forti, si può notare che, al di là di alcune sfumature, il rilievo maggiormente innovativo dell'allievo fu dato dalla contrazione della fase cosiddetta costitutiva del procedimento.

Mentre, secondo il Forti, tutto il procedimento concorreva a costruire un unico atto amministrativo, dato dalla fusione di tutti quelli che componevano l'*iter*, il suo allievo identificò quell'unico atto – da lui definito inizialmente come fattispecie (nel senso che da essa sola procedevano effetti esterni) – solo in alcune delle manifestazioni seriali della volontà amministrativa. In tal modo – mediante anche l'apporto di uno studio del Donati del 1903 – la concezione formale isolò la fattispecie – ma oggi diremmo il provvedimento – sia dalla fase integrativa dell'efficacia sia, con ancor maggior rilievo, dalla fase preparatoria.

L'opera di Sandulli, in altri termini, fu essenzialmente un'opera di concentrazione, nel procedimento, della fase costitutiva.

Ma l'idea di fondo, vale a dire l'esistenza di una fattispecie a formazione progressiva rimase, verosimilmente, invariata.

Sullo sfondo, naturalmente, la concezione formale del procedimento attinge a tutto quello che la dottrina amministrativistica di allora offriva. Ad esempio, per quel che concerne la fase costitutiva, si fece capo alle tesi sugli ordinamenti giuridici di Santi Romano, giacché si presuppose che l'effetto giuridico prodotto dalla fattispecie fosse quello in grado di attuarsi nell'ordinamento generale e non già quello proprio degli ordinamenti settoriali, interni ai vari enti pubblici, in cui erano invece destinati ad operare gli atti preparatori o quelli integrativi dell'efficacia.

Analogamente, affiora qui e là, nella costruzione formale del procedimento, la nascente tesi delle pluriqualizzazioni, che trascina seco quella della «relatività» del procedimento: gli atti che lo compongono a volte assumono natura ambivalente, secondo lo scopo a cui essi mirano, finendo, talvolta, per partecipare anche ad una pluralità di serie organizzate.

Manca ancora, nella primigenia configurazione della concezione formale (risalente al 1940), una nozione chiara di provvedimento, perché quest'ultima attendeva ancora di essere pienamente individuata. Si parla, appunto, di «fattispecie» o di «atto principale».

Difetta, altresì, un uso chiaro e delimitato dei concetti di discrezionalità, perché gli studi del Giannini ne furono sostanzialmente coevi.

In ogni caso, la costruzione formale del procedimento, allorché essa venne definita, costituì senza dubbio una sorta di *summa organica* di quello che la dottrina amministrativistica, in circa sessant'anni di gestazione, aveva portato in gestazione.

6. — Le ricadute di quest'opera di sistemazione furono notevolissime. Non solo, come ho detto, esse si colsero sul piano della individuazione delle conseguenze date dalla mancanza o dalla invalidità di uno degli atti che compongono l'*iter*, ma anche sotto il profilo del diritto processuale, giacché si venne a qualificare nell'atto principale l'unico atto autonomamente impugnabile. Se si vuole, nell'idea che, annullato il provvedimento, il procedimento debba ripartire dal primo degli atti amministrativi non viziati risiedeva una sorta di prototipo degli effetti conformativi all'annullamento giurisdizionale, in disparte il considerare che, nel 1940, il rimedio dell'ottemperanza non era esteso al giudicato amministrativo.

7. — Se la pianta della concezione formale del procedimento diede numerosi e assai fertili frutti, essa, tuttavia, scontava il suo difetto

originario.

Quanto alla sua idea di fondo, come ho anticipato, essa in null'altro consisteva se non nella delimitazione della fase costitutiva.

Tuttavia, questa operazione poggiava essa stessa su basi tanto esili da apparire, al disincantato lettore di oggi, quasi ideologica; certamente priva di fondamenti di diritto positivo.

Se, infatti, volessimo considerare quale, secondo detta teoria, sia il criterio discrezionale utile a stabilire quando un atto amministrativo appartenga al procedimento oppure no, ci si accorgerebbe, infatti, che esso riposa più su elementi «quantitativi» che concettuali.

Sarebbero atti preparatori, e come tali appartenenti al procedimento, quelli privi di autonomia funzionale e «venuti in vita espressamente in vista della fattispecie».

Gli atti che, pur precedendo la fattispecie, sarebbero privi di tali caratteristiche sarebbero dunque presupposti «in senso stretto», come tali estranei al procedimento e, secondo alcune non sempre esplicite affermazioni, capaci addirittura di provocare la nullità (e non già la semplice illegittimità) degli atti che seguono.

Ebbene, su questa distinzione tra carattere autonomo e inautonomo dell'atto si è radicata una delle polemiche che, in passato, si è dimostrata essere tra le più vivaci. Vale a dire quella del carattere provvedimentale o no della dichiarazione di pubblica utilità e della sua eventuale estraneità al procedimento espropriativo, con conseguente onere di autonoma e tempestiva impugnazione della dichiarazione stessa e con conseguente eventuale nullità del provvedimento espropriativo assunto in suo difetto. Stabilire quando un atto abbia autonomia funzionale e quando no, tuttavia, non è cosa affatto agevole, perché non esiste un metodo per *misurare* tale autonomia.

Oggi possiamo considerare quell'antica disputa sulla dichiarazione di pubblica utilità come cosa di minor valore. Da un lato, l'onere di immediata impugnazione della dichiarazione costituisce ormai, per tradizione giurisprudenziale, *ius receptum*. Poco vale, perciò, interrogarsi ancora se davvero la dichiarazione di pubblica utilità produca effetti verso i terzi o no. Probabilmente, lo dico in via incidentale, quegli effetti non produce (se, per tali intendiamo i veri e propri effetti giuridici e non le semplici conseguenze economiche). Se, dunque, della dichiarazione di pubblica utilità è fatto onere di immediata impugnazione, le ragioni debbono ravvisarsi solo in considerazioni di carattere empirico. La dichiarazione di

pubblica utilità costituisce, infatti, la sede in cui ricade il più marcato esercizio della discrezionalità espropriativa; inoltre l'emanazione dei provvedimenti di esproprio può avvenire anche a distanza di molto tempo da quando la dichiarazione sia stata assunta. Ne segue che, se oggi i giudici chiedono che la dichiarazione sia subito impugnata è solo per evitare che, a distanza di troppo tempo, sia vanificata tutta un'attività di preparazione dell'opera pubblica che, ad un certo punto, pare irrealistico disperdere.

Per altro verso, il problema della natura della dichiarazione di pubblica utilità è venuto meno anche in ragione della riconduzione della materia nella giurisdizione esclusiva; cosicché quand'anche si predicasse la nullità del provvedimento di esproprio, perché emanato in mancanza della dichiarazione o a suoi termini scaduti, ugualmente non si verificherebbe uno scostamento della giurisdizione. Rimarrebbe – questo è vero – un diverso regime dei termini processuali (che non è cosa di poco conto), ma la questione della individuazione del giudice corretto oggi senza dubbio non si pone più.

8. — Quello della dichiarazione di pubblica utilità, tuttavia, è stato solo l'elemento antesignano di una disputa di carattere più generale, poggiante anch'essa sulle malcerte fondamenta della distinzione tra atti preparatori e atti presupposti in senso stretto. Vale a dire quello della c.d. «carenza di potere», poi declinata nelle due accezioni della carenza in astratto e in concreto.

Anche qui, dopo trent'anni dall'emergere di quelle tesi, si può dismettere il manto di una insincera ingenuità e riconoscere le cose per quel che stanno.

Come avviene spesso anche nel diritto, quella della carenza di potere fu una sorta di «*nouvelle vague*», ipostatizzata allo scopo di forzare il sistema della validità degli atti giuridici, quando ciò fosse convenuto. Di un tale scopo, la carenza di potere non ne fu l'unico esempio, perché una funzione analoga, a suo tempo, venne assolta anche dalla categoria della c.d. irregolarità. L'una e l'altra teoria, in effetti, si qualificano per il fatto che, loro tramite, si cerca di affermare che un atto è legittimo, quando in realtà è invalido, o che l'atto è nullo e improduttivo di effetti, quando, al più, esso è illegittimo e pienamente efficace. In questa scia, derogatrice ai principi cardine del sistema delle invalidità, si pone anche la distinzione tra invalidità «invalidante» e invalidità «caducante» (ri-

levante soprattutto per i profili del sopravvenuto difetto di interesse a coltivare l'impugnazione e della eventuale attività conformativa), che è particolarmente di rilievo ai nostri fini, sia perché essa è stata introdotta proprio dai propugnatori della tesi formale del procedimento, sia perché essa, al pari del tema della carenza di potere, si innesta sulle conseguenze del difetto dell'atto antecedente sulla successiva serie.

Del resto, fu il Giannini a dimostrare, nel suo *Discorso generale* che gli stessi concetti di *validità* e *annullabilità* sono assai relativi e probabilmente privi di un vero e proprio fondamento di diritto positivo o dogmatico.

Tuttavia, da qualcosa occorre partire e su qualcosa occorre porre le nostre fondamenta. Dimostrati o no che siano i concetti di validità e di annullabilità (di cui siamo in larga parte debitori al pensiero del Windscheid), essi non possono essere, nel loro contenuto, negati, salvo che non si voglia far cadere, con loro, tutto il sistema di giustizia amministrativa. Quella di carenza di potere, tuttavia, è obiezione alla tesi della validità che si poggia su un piano di comprensione diverso e consequenziale. Essa presuppone la nozione di annullabilità, come tradizionalmente è nota, ma non la applica in certi casi.

Non di meno, stabilire quando, secondo la concezione formale del procedimento, un atto presupposto fosse tale da radicare il potere nell'Amministrazione di emanare il provvedimento, con conseguente nullità del secondo in difetto del primo e quando, invece, il potere fosse riconducibile direttamente alla legge era ancora una attività ad esito incerto, perché incerto era il discrimine tra le categorie degli atti preparatori o degli presupposti.

9. — Se, poi, dalla fase preparatoria ci spostiamo a quella costitutiva, il problema non muta, essendo anche in quel caso assai poco chiaro quando, secondo la concezione formale del procedimento, un atto debba rientrare nell'una o nell'altra.

Anche a tal riguardo, i sostenitori della tesi formale del procedimento ammisero che «la distinzione... è una di quelle, di cui manca nel diritto positivo ogni espressa formulazione», di talché ne è stata avanzata una spiegazione condotta ancora una volta in termini di stretta «connessione funzionale» o di intima compenetrazione.

Pure in questo caso, dunque, è stato introdotto un criterio non del tutto limpido, che sembra poggiare su una osservazione empirica più che



indicare una netta linea di demarcazione.

Di tale empirismo, nella pratica, ne è prova la discussione, anch'essa ormai non più recente, circa la natura degli atti di adozione degli strumenti urbanistici generali, ricondotti alla fase costitutiva del procedimento, a mio modo di vedere, più per ragioni ideologiche, tese a salvaguardare o a enfatizzare l'autonomia degli enti territoriali minori, che sostanziali. In realtà, ben si sarebbe potuto spiegare il fenomeno asserendo che l'adozione è una sorta di proposta con contenuto semi-vincolante, da cui l'ente titolare dei poteri di approvazione potrebbe discostarsi solo entro certi limiti e con il rispetto di date proceduralità. Né a ricondurre l'adozione nella fase costitutiva avrebbe potuto valere il sistema delle misure di salvaguardia ordinarie, la cui efficacia è verosimilmente riconducibile alla variante intesa come fatto giuridico (sì che le stesse misure discendono direttamente dalla legge e non dall'adozione). Se, infatti, l'adozione partecipa alla fase costitutiva con l'approvazione, deve affermarsi che quella fase non è completata sino alla approvazione e che, pertanto, sino alla approvazione nessun effetto diretto può da quella derivare.

A completare, infine, il quadro di empirismo, nella diatriba, venne ad aggiungersi l'autonoma impugnabilità, ben presto riconosciuta, degli atti di adozione; qui dichiarata non già al fine di evitare la vanificazione dell'attività amministrativa, ma allo scopo di favorire le esigenze di una immediata tutela del privato. Curiosamente, tuttavia, la mancata impugnazione dell'atto di adozione, proprio in ragione della sua partecipazione ad un atto complesso, non impedisce, secondo l'interpretazione che la giurisprudenza costantemente offre, di proporre il gravame per la prima volta contro l'approvazione. Di talché, sul punto, si assiste ad una sorta di ambiguità dell'atto di adozione, che è insieme atto autonomamente lesivo ed impugnabile, per un verso; atto inautonomo e ad impugnazione differita, per l'altro.

10. — Credo, così, di avere dimostrato come, alla base del tentativo di ricostruzione avanzato dalla concezione formale, sussistano criteri delimitativi dell'appartenenza degli atti alle singole fasi e al procedimento stesso oggettivamente asistematici; credo di avere dimostrato altresì come questi difetti congeniti si siano tradotti in difficoltà applicative, che, al di là della casistica classica (su cui ormai sussiste una certa sedimentazione giurisprudenziale), sono ancora in grado di produrre incertezze quanto al regime delle fattispecie alle quali li si voglia applicare.

Ma le difficoltà di conservare una tale nozione di procedimento si pongono anche almeno sotto altri tre profili.

11. — Il primo di essi attiene proprio al risultato cui il procedimento mira: la creazione della fattispecie effettuale, se stiamo alla terminologia primigenia; del provvedimento se usiamo un linguaggio più moderno. Non mi pare, infatti, convincente sostenere che la conclusione del procedimento sia data necessariamente da un provvedimento; vale a dire da un atto che costituisce dichiarazione di volontà, produce effetti nell'ordinamento generale e che costituisce espressione di c.d. amministrazione diretta.

Vi sono casi in cui il procedimento non conduce affatto a questo risultato. Non mi riferisco alla patologia, data dall'arresto procedimentale o al silenzio dell'amministrazione, con le diverse reazioni che essa genera.

L'ipotesi cui alludo, invece, è quella della pronuncia negativa, la quale, pur legittima, è di assai discutibile rilievo provvedimentale e, in ogni caso, effettuale. La decisione negativa, certamente, è atto di volontà; è altrettanto certamente esercizio di amministrazione diretta, ma - a differenza del provvedimento vero e proprio - essa non produce alcun effetto giuridico. L'atto negativo è, appunto, espressione del rifiuto di provvedere; il che, per stretta logica (oltre che per considerazioni sistematiche, sulle quali non mette conto indugiare), esclude che, quando l'Amministrazione lo assuma, di provvedimento si possa parlare.

Vero gli è che il rifiuto di provvedimento non è un atto giuridico e che il suo annullamento, perciò, non è un vero annullamento, ma è espressione dell'accertamento giurisdizionale del fatto che, nel pronunciarsi negativamente, l'Amministrazione non ha esattamente adempiuto al dovere di pronuncia che su di lei gravava in merito all'istanza provvedimentale del privato, con la conseguenza che tale dovere non è risultato estinto dall'inesatto adempimento. Il rifiuto di provvedimento è stato trattato alla stregua di un provvedimento allo scopo di ottenere qualcosa di annullabile, in una giurisdizione essenzialmente di annullamento qual era quella in vigore fino a soli quattordici anni orsono.

Oggi il giudice amministrativo non è più solo il giudice dell'annullamento; se ne può trarre spunto per riconoscere che il rifiuto di provvedimento non è un provvedimento in senso tecnico. In un certo senso, per la verità, questo è già stato affermato dal codice, quando, dopo la riforma del 2012, è stato previsto che il giudice ha, nei confronti delle pronunzie negative

illegittime, gli stessi poteri di cui egli dispone nel giudizio sul silenzio inadempimento.

12. — Un secondo profilo critico cui dà luogo la concezione formale del procedimento attiene al suo stesso principale fine applicativo. Vale a dire alla troppo schematica semplicità del regime che essa indica per il caso di mancanza o invalidità di uno degli atti che compongono l'*iter*, tale per cui il difetto di un atto preparatori comporterebbe sempre annullabilità, quello dell'atto della fase costitutiva inesistenza e quello dell'atto della fase integrativa inefficacia.

Proprio gli esempi della carenza di potere e della distinzione tra le invalidità, caducante e invalidante, al di là delle fumisterie di cui talora questi concetti si sono contornati, dimostra come non sia affatto possibile ridurre le cose entro tali schematismi.

13. — Il terzo, e ultimo, profilo critico sulla concezione formale del procedimento non deriva da un suo difetto ontologico, ma dalla successiva evoluzione del diritto positivo.

Per potersi sostenere che la mancanza dell'atto preparatoria comporta, mediante il suo annullamento, l'illegittimità dell'atto successivo e così via fino al provvedimento finale, è tratta la regola implicita secondo la quale gli atti che compongono l'*iter* debbono rispettare un rigido ordine, il che significa che debbono essere assunti osservando una serie predeterminata dalla legge.

Anche questo, oggi, mi sembra meno facile poter condividere. Non già per le eccezioni alla regola della serie che la giurisprudenza ha da lungo tempo ipotizzato, attraverso l'assai equivoco istituto della c.d. sanatoria in senso stretto.

Né, a incrinare il principio, varrebbe osservare che l'Amministrazione precedente può integrare il procedimento di atti normativamente non previsti, sì da alterare anche in questo modo la serie.

La mancata assunzione nel procedimento degli atti non obbligatori è, infatti, causa di illegittimità dell'atto susseguente che non trova titolo nella mancanza del presupposto, ma nel vizio, almeno sintomatico, della contraddittorietà tra atti del procedimento (quello di previsione dell'atto facoltativo e la successiva immotivata decisione di procedere in sua assenza).

Sono, piuttosto, i nuovi istituti previsti dalla legge a indebolire il principio della serie procedimentale.

Massime vale richiamare l'istituto della Conferenza di servizi decisoria e, in certa misura, forse anche quello dello Sportello Unico delle Attività Produttive.

Se quest'ultimo, in definitiva, può essere valutato alla stregua di un diverso modo di far avanzare i procedimenti (una sorta di *meta-procedimento*) restandone immutata la sostanza, la prima, sostituendo in un unico atto contestuale tutti gli atti della serie, nega in sé la tesi secondo la quale un dato atto del procedimento trova il suo presupposto, giuridico e funzionale, in un altro preciso e puntuale atto.

14. — Alla luce di tutte queste considerazioni, pare a me che quella di procedimento amministrativo, almeno se intesa secondo la tradizionale concezione formale, sia oggi una nozione piuttosto in crisi, perché i suoi criteri definitori sono risultati incrinati alla luce del loro riscontro applicativo.

È dunque possibile suggerirne una diversa ricostruzione, capace di sostituirsi a quella sin qui accolta o integrarla?

Questa sede non permette di affrontare un'opera di revisione sistematica di siffatta portata.

Volendo comunque suggerire almeno un'indicazione superficiale, un tentativo di rifondare la teoria del procedimento amministrativo non è, a mio modo di vedere, destinato a buon fine.

Le ragioni che vi ostano sono le stesse che incontrò il fondatore della concezione formale e che furono da lui stesse riconosciute. Esse sono date dalla mancanza di elementi di diritto positivo, tali da permettere di capire quando un procedimento amministrativo inizi. A ben vedere, non è a questo fine utile neppure l'indicazione che si cava dall'art. 7 della legge generale del 1990, dal momento che l'obbligo di comunicazione dell'avvio chiarisce *cosa* si debba fare quando un procedimento inizia e non *quando* il procedimento inizi.

Mancano altresì elementi di diritto positivo che chiariscano quali atti partecipino alle singole fasi e quali ne siano i reciproci, e generali, effetti. Di talché, sembra che ogni definizione di procedimento, intesa a delimitarlo, sia destinata a offrire soluzioni analoghe a quelle già prospettate, vale a dire appoggiate su criteri empirici e limitatamente concettuali.

Di una cosa, tuttavia, si può essere certi. Esistono atti amministrativi posti in serie tra di loro; esistono alcuni atti ne presuppongono per volontà normativa altri o che, per la medesima volontà, sono diretti all'emanazione di atti successivi.

Questa indicazione, estremamente generica, può costituire già da sola una sufficiente base di ragionamento, di cui mi limito ad indicare i tratti essenziali.

Una volta, infatti, che si rinunci a definire che cosa si debba concettualmente intendere per procedimento, forse si potrebbe porre in dubbio la stessa utilità di una siffatta nozione se i problemi che la medesima mira a risolvere – vale a dire le conseguenze reciproche che i singoli atti producono l'uno sull'altro – fossero diversamente risolubili.

Un pertinente modo, secondo il mio parere, potrebbe essere quello di legare le conseguenze del singolo atto non alla circostanza che esso appartenga o no ad una delimitata serie (cosa che presuppone di definire la serie e dunque il procedimento), ma agli effetti suoi propri. In altre parole, agli effetti che allo stesso atto sono riconducibili in ragione del potere che con lo stesso viene esercitato e in ragione delle regole generali sulla validità.

Da questo punto di vista, i problemi definitori possono essere affrontati sia in considerazione degli effetti che un atto successivo può produrre su quello che lo precede, sia viceversa.

15. — La prima prospettiva è, in un certo senso, quella più facile da esaminare, giacché si afferma vigente il principio *tempus regit actum*. Pertanto, deve escludersi, in via preliminare che un atto successivo possa in alcun modo incidere sulla validità dell'atto precedentemente formatosi. Tanto premesso, si deve affermare che, in taluni casi, alcuni atti successivi sono in grado di incidere sull'*esistenza* di quelli precedenti o sulla conformazione dei loro effetti. In tali circostanze, come è facile intuire, si ricade nel fenomeno della c.d. autotutela.

In altri (e ai nostri fini più rilevanti) casi, invece, gli atti successivi assolvono a funzioni di controllo su quelli precedenti e mirano ad impedire che questi producano effetti se il controllo non è positivamente esaurito. Non mi pare, tuttavia, pienamente convincente risolvere il problema di quelli che sinora sono stati definiti come atti c.d. integrativi dell'efficacia asserendo che gli stessi agirebbero a mo' di condizioni sospensive. Con la conseguenza che essi permetterebbero al provvedimento controllato

di produrre effetti retroattivamente, vale a dire sin dal momento della precedente emanazione di quest'ultimo.

Mi pare difficile sostenere questa tradizionale tesi non già perché non sia impedito che l'efficacia di un provvedimento sia sottoposta a condizione, quanto perché la condizione, in se stessa, è un evento, cioè un fatto, e non un atto giuridico. Se quindi si volesse qualificare un atto di controllo, successivo all'emanazione del provvedimento, alla stregua di una condizione, cioè di un fatto, le conseguenze non potrebbero essere che due. O quell'atto di controllo, in realtà, non è in assoluto un atto e non è esercizio di potere, oppure occorre affermare che siamo in presenza di una pluriqualificazione. Il che porterebbe ad ipotizzare che quell'atto di controllo varrebbe come fatto ai fini dell'acquisizione dell'efficacia ad opera del procedimento, e come atto a diversi fini. L'operazione, tuttavia, postula che si debba individuare quali siano i diversi fini verso i quali l'approvazione o il visto si dirigerebbero nella loro qualità di atti giuridici. Ma una tale operazione non sarebbe affatto agevole, perché quei controlli esauriscono ogni loro conseguenza giuridica verso l'atto controllato e non producono ulteriori e diversi effetti.

Solo allo scopo di offrire uno spunto per ulteriori riflessioni, suggerisco, pertanto, che quegli atti che si rivolgono, per così dire, funzionalmente «al passato», cioè verso gli atti che li precedono, vadano ad integrarsi con quest'ultimo in una entità complessa, sì che quando l'atto controllato sia il provvedimento, gli atti di controllo finiscano con integrare con lo stesso quella che, secondo la tesi tradizionale, era definita come «fase costitutiva».

Del resto, la tesi della parziale retroattività dei c.d. atti integrativi dell'efficacia non trova alcun fondamento normativo e venne asserita, a suo tempo, al solo scopo di individuare un modo di incidenza degli atti di controllo, purché successivi al provvedimento, che fosse tale da distinguerli dagli atti che compongono il provvedimento stesso. Si volle, appunto, concentrare la fase costitutiva e forse lo si fece per eccesso.

La prospettiva che qui indico, sia chiaro, non modificherebbe nulla quanto alla individuazione della responsabilità dell'atto controllato, che sarebbe pur sempre imputabile all'Amministrazione che lo emana, stanti i limitati poteri di incidenza, sul contenuto, di chi esercita il controllo.

Di contro, la medesima prospettiva contribuirebbe a chiarire alcune soluzioni di cui la giurisprudenza ha dato applicazione. Mi riferisco, in particolare, a quelle sulla decorrenza del termine per l'impugnazione che,

tradizionalmente, decorre dal momento del positivo superamento del controllo e non dal momento della emanazione dell'atto controllato. Secondo l'ipotesi che ho suggerito, tale impugnazione risulterebbe differita perché dal secondo momento, e non dal primo, verrebbe a perfezionarsi l'atto complesso.

Allo stesso modo, una tale ricostruzione potrebbe spiegare la complicata natura dell'atto che non riesca a superare il controllo.

Di esso si dice che è un atto *inutile*; vale a dire un atto perfetto, ma destinato a rimanere per sempre inefficace. Un simulacro, dunque. Una sorta di spirito inquieto che si aggira tra gli scaffali delle pubbliche Amministrazioni e che, benché incapace di produrre effetti, non contribuisce alla certezza dei rapporti giuridici. Ebbene, secondo la soluzione che prospetto, il provvedimento che non superasse i controlli semplicemente non verrebbe ad esistere nella sua entità complessa. Che poi è quello che anche un osservatore esterno alla scienza giuridica avverte quando gli si comunica che il provvedimento che lui aspettava, pur emanato, è come se non esistesse perché non ha ottenuto il visto o l'approvazione.

Per chi volesse seguire questa linea ricostruttiva, sarebbe forse possibile ridefinire la stessa fase costitutiva – ma che a questo punto vale definire «complessa» – riconducendo nella stessa solo gli atti che sono funzionalmente orientati a verificare o ad approvare gli atti che precedono, insieme, ovviamente, agli atti soggetti a verifica e ad approvazione. In tal modo, si supererebbero i problemi di una definizione della fase costitutiva che si fondino su una equivoca definizione di «stretta compenetrazione» o di un «intimo legame funzionale».

Si riuscirebbe altresì a spiegare perché, nella fase costitutiva, entri l'adozione dello strumento urbanistico, salvo doversi ammettere anche – e non si vede perché no – che vi partecipi anche tutti gli atti della c.d. sotto-fase decisionale: pareri e proposte vincolanti, deliberazioni preliminari, designazioni vincolanti, accordi determinativi del contenuto del provvedimento e, verosimilmente, anche gli esiti della stesse Conferenze di servizi.

La struttura così delineata, d'altra parte, non impedirebbe che, anche all'interno della fase costitutiva, si verrebbero a porre precisi doveri o obblighi tra i soggetti chiamati ad intervenire. Nulla verrebbe ad alterarsi, quindi, per quanto attiene all'obbligo di emanare il provvedimento dopo l'accordo preliminare perché un tale obbligo impegna, prima ancora che la validità del provvedimento, la responsabilità civile dell'Amministrazione.

16. — Più articolato pare, invece, il ragionamento da svilupparsi circa gli atti che non sono legati a funzioni di verifica o di approvazione di precedenti atti amministrativi, ma che sviluppano le loro conseguenze su quelli che seguono.

Una volta rinunciato ad individuare un limite ben definito al procedimento, pare a me che venga meno anche la ragione di distinguere tra atti preparatori ed atti presupposti in senso stretto, di talché le conseguenze della loro adozione o della loro mancata adozione debbono essere analizzate indifferenziatamente o, in ogni caso, non in ragione della appartenenza ad un medesimo procedimento.

Nella individuazione di tali conseguenze, pare a me che si debba tenere conto di un principio generale vigente nel nostro ordinamento. Stabilito, infatti, che il difetto dell'atto genericamente presupposto non può non incidere sulla patologia dell'atto seguente, vale pur sempre la regola, secondo la quale, in difetto di disposizioni che introducano un regime giuridico distinto o in difetto di peculiarità strutturali dell'efficacia tipica degli atti presupposti, la sanzione del cattivo esercizio dell'azione amministrativa è sempre data dalla annullabilità.

L'affermazione richiede che si chiarisca, tuttavia, una premessa. La regola generale dell'annullabilità per la violazione del divieto di emanare un atto amministrativo è conseguenza del diritto positivo e, in particolare, dell'art. 113 Cost. Nulla però impedisce – giova ribadirlo – che in astratto la violazione di quel divieto sia altrimenti sanzionata.

Assunta, in ogni caso, la regola generale dell'annullabilità, essa porta a ritenere che si debba accantonare il problema della carenza di potere e delle sue, ipotetiche, differenze di regime. La mancanza dell'atto «che precede», quale esso sia (e salvo quanto cercherò di indicare dappresso), dovrebbe condurre sempre all'annullabilità, sotto il profilo della violazione di legge.

Secondo la ricostruzione che suggerisco, d'altra parte, verrebbe, così, a trovare conferma la regola dell'illegittimità del provvedimento per difetto dell'atto presupposto, ma questo non in ragione della appartenenza di quell'atto al procedimento, quanto in ragione del principio generale della annullabilità degli atti assunti *contra legem*.

In modo più specifico, pare a me che l'atto presupposto sviluppi la propria efficacia derogando al divieto, imposto dalla normativa d'azione, di emanare l'atto successivo. L'effetto dell'atto presupposto, dunque, incide in un certo senso *abrogando* direttamente (in virtù della autorizzazione



desumibile dalla stessa legge che lo prevede) l'effetto impeditivo stabilito dalla disciplina generale.

Questa ipotesi, a parere mio, risolve un problema non di poco rilievo. Vale a dire quello di comprendere in qual diverso modo l'atto giuridico presupposto operi rispetto ai distinti presupposti, ma di fatto, che la legge talora richiede. Se, infatti, l'atto giuridico presupposto agisse allo stesso modo del presupposto di fatto, ancora una volta ci troveremmo di fronte ai problemi esaminati con gli atti successivi di controllo. Occorrerebbe individuare nell'atto presupposto una efficacia giuridica autonoma, distinta da quella che permette la legittima emanazione dell'atto successivo e tale da consentire di considerarlo vero e proprio atto giuridico e di ottenerne, quando serva, l'annullamento.

Stabilendo, invece, che l'atto giuridico presupposto incide direttamente, derogandolo, sul divieto di emanazione posto dalla norma d'azione e ipotizzando, invece, che i presupposti di fatto incidano (con la loro assenza), sulla fattispecie giuridicamente rilevante assunta dalla norma d'azione quale presupposto di propria efficacia, si otterranno le medesime conseguenze. Vale a dire che, in entrambi i casi, il divieto di emanare l'atto successivo non si produrrà. Ma, nell'un caso, perché direttamente abrogato dall'atto giuridico presupposto, nel secondo caso per l'inefficacia originaria della norma in ragione del non sussistere della fattispecie applicativa.

17. — Di fronte a questa regola generale, ipotizzo, però, che, in alcune specifiche circostanze, le conseguenze del difetto dell'atto che precede possano essere diverse dalla generale annullabilità, ancorché esse, in ragione del principio desumibile dall'ultimo comma dell'art. 113 Cost., non possano essere meno soddisfattive di quanto assicurino la generale sanzione dell'annullamento.

Vi sono, dunque, i casi in cui la legge prevede espressamente la nullità del provvedimento, per difetto dei suoi presupposti. Il carattere tassativo delle nullità testuali, oggi stabilito dall'art. 21 - *septies* della legge sul procedimento, da un lato conferma la fondatezza della regola generale, secondo la quale all'invalidità dell'atto, in difetto di previsioni diverse, segue l'annullabilità. Per altro verso riconosce che conseguenze diverse dall'annullamento, in taluni casi, pur sempre possano esistere. Salvo, naturalmente, verificare che cosa davvero sia la nullità oggi azionabile sulla scorta dell'art. 31, u.c., del codice di rito: argomento sul quale già

in altra occasione ho parlato.

Conseguenze diverse dall'annullamento, pur nel difetto dell'atto presupposto, possono, infine, aversi per le ipotesi in cui quest'ultimo incida, prima ancora che sul divieto di emanare l'atto successivo, sul potere di emanarlo o nelle ipotesi in cui l'atto che precede serva a costruire gli elementi essenziali c.d. estrinseci dell'atto successivo.

In queste ipotesi, la conseguenza dovrebbe essere data non dalla nullità, ma dalla radicale inesistenza che, secondo me, è davvero causa di improduttività degli effetti e che, secondo me, dovrebbe essere dedotta, ancor oggi, davanti al giudice ordinario e non davanti al giudice amministrativo. Essa, producendo le stesse conseguenze effettuali cui conduce l'annullamento, finisce per *assorbire* in sé la generale annullabilità dell'atto conseguente per mancanza dell'atto presupposto.

Così – una volta ammesso che, soprattutto dopo la riforma del Titolo Quinto, siano ipotizzabili deleghe intersoggettive – pare a me che il difetto di questo tipo di delega incida sull'inesistenza dell'atto emanato dal *falsus* delegato. Perché, una volta abbandonata la tradizionale distinzione tra titolarità ed esercitabilità delle situazioni giuridiche soggettive, si deve riconoscere che la delega intersoggettiva attribuisce effettivamente il potere e che l'ente privo di delega, in realtà, esercita un potere che non gli appartiene.

Le stesse conclusioni, invece, non valgono per il caso della delega interorganica, la quale non mira alla attribuzione di alcun potere, ma solo allo spostamento delle competenze interne ad un certo ente. La mancanza di quest'ultima, pertanto, comporterà illegittimità dell'atto che segue per il profilo della incompetenza che, essendo anch'essa una specifica violazione di legge, assorbe in sé quest'ultimo vizio.

18. — Analogamente conduce ad una ipotesi di inesistenza il difetto degli atti che concorrono a costituire il soggetto tenuto ad emanare gli atti successivi. Così, a parer mio, vale per il difetto dell'atto di incardinazione. Quest'ultimo, concorrendo a costituire il rapporto organico, fa sì che, quando esso manchi, l'azione di chi emana l'atto successivo non sia riferibile all'ente. Da qui, dunque, l'inesistenza per difetto del soggetto. Parimenti, di inesistenza si deve parlare anche nello specifico caso previsto dall'art. 3, d.l. 16 maggio 1994, n. 293, per gli atti assunti oltre la scadenza del periodo di c.d. *prorogatio*.

Si potrebbe, infine, essere portati a parlare di inesistenza anche nel caso

in cui l'atto precedente concorra a costruire il secondo degli elementi estrinseci dell'atto successivo, vale a dire l'oggetto.

Tali atti presupposti sono in realtà più frequenti di quello che appaia. A mio modo di vedere, vi rientrano tutti gli atti di ammissione, reale o personale, che creano qualità giuridiche in capo a cose o persone, quando quelle cose o quelle persone, così qualificati, costituiscano l'oggetto o il destinatario di ulteriori atti.

Pensando ad una ammissione personale, un esempio può essere colto nel provvedimento con cui la Commissione degli esami di Stato per l'abilitazione forense qualifichi un determinato soggetto come idoneo ad essere iscritto all'albo professionale. Sono provvedimenti reali di ammissione, invece, il certificato di abitabilità, l'omologazione di un autoveicolo, l'atto appositivo di un vincolo di interesse culturale.

Alcune di queste ammissioni reali costituiscono, in effetti, l'oggetto di successivi provvedimenti amministrativi: proprio avendo a menti il vincolo, si può suggerire l'esempio dei provvedimenti che impongono obblighi di conservazione dei beni qualificati di interesse culturale.

Ciò non di meno, non credo che sia del tutto esatto parlare, in questi casi, di inesistenza, ma, se mai, di inefficacia dell'atto conseguente.

La differenza, se si vuole, è assai modesta (perché, infine, sul piano effettuale gli esiti sono gli stessi), ma credo che concettualmente vada rispettata, almeno da parte di chi, come me, aderisce alla tesi della struttura ipotetica della norma e che, sulla sua base, ipotizza, insieme con autorevoli civilisti, che l'oggetto non sia, in sede di teoria generale, un elemento essenziale dell'atto, ma un elemento della fattispecie presupposta dall'atto, la cui assenza determina, appunto, inefficacia.

19. — Dagli spunti ricostruttivi che ho sin qui delineato sono rimasti esclusi alcuni dei problemi sul procedimento che sopra ho delineato: principalmente quelli relativi alla individuazione dell'atto autonomamente impugnabile e quello della permanenza del dovere di rispettare la serialità degli atti.

Mi limiterò a pochissimi cenni.

Quanto al primo profilo, reputo, ancora una volta, che la nozione di procedimento sia fuorviante e che sia aprioristico affermare che è autonomamente impugnabile un determinato atto, sol perché esso sarebbe «conclusivo» del procedimento. In definitiva, ciò che determina l'autonomia impugnabilità è la sussistenza dell'interesse a ricorrere o, per chi

aderisce alla struttura oggettiva del processo, della legittimazione a ricorrere. Pertanto un atto sarà autonomamente impugnabile quando esso produrrà una lesione diretta, personale e attuale degli interessi di fatto o quando esistano i diversi presupposti legittimanti puntualmente stabiliti. Il tutto, però, indipendentemente dalla circostanza che quell'atto si ponga o no al culmine di un procedimento amministrativo.

Quanto al secondo profilo – quello dell'obbligo di rispettare la serialità degli atti – non si vede perché esso debba affermarsi venuto meno, quando un determinato ordine sia desumibile, in modo esplicito o implicito, dalla legge. Salvo doversi riconoscere che, in taluni casi, è la legge stessa, tramite i nuovi istituti di cui ho fatto cenno, a consentirne alternativa deroga.

20. — L'uditorio si potrà forse interrogare sull'utilità degli spunti ricostruttivi sin qui esposti.

In particolare, quegli spunti, se pur procedono da una revisione generale dell'istituto del procedimento amministrativo (di cui si nega persino l'autonomia concettuale), alla fine giungono a conclusioni applicative non troppo dissimili dal diritto giurisprudenzialmente applicato.

A me pare, tuttavia, che una tale operazione abbia un qualche valore, perché ritengo che l'interprete non debba necessariamente ricercare soluzioni totalmente originali, in termini di regime applicato.

Ritengo che tra i suoi compiti rientri anche quello, forse più modesto ma non meno utile, di spiegare le effettive ragioni sulle base delle quali un determinato regime applicato trova fondamento. Ciò contribuisce a rinsaldare la bontà della disciplina effettivamente attuata e a preservarla da più radicali contestazioni.