

La forma, nell'attività amministrativa contemporanea, è identificata sovente come un ostacolo, un superfluo quanto solenne dovere cui sono soggette le amministrazioni, osteggiata dal legislatore che ha rinunciato a regolarla dettagliatamente e che la indica quale fattore autonomo di complicazione nelle ripetute quanto vane ondate semplificatorie, ma talvolta anche dagli stessi privati, i quali, nelle vesti di operatori economici, vedono fraporsi la forma tra l'istanza e la pretesa.

Si osserva che la forma è sistematicamente trasfigurata da momento di garanzia ad accessorio rito liturgico dietro il quale le amministrazioni tendono a celarsi, in un contestuale tradimento di legittimità formale e giustizia sostanziale dell'attività.

Il proposito dell'indagine è verificare che la tesi per la quale la forma costituisca un impedimento sia un evidente, quanto pericoloso, equivoco e, a tal fine, si rende necessario operare un'inversione di tendenza, anche culturale, poiché in realtà si tratta di una garanzia che deve caratterizzare il problema amministrativo complessivamente inteso e non solo la determinazione finale dell'amministrazione. Non si intende preservare il valore della forma in quanto tale, poiché anche l'abuso incontrollato delle forme – i formalismi nocivi – produce, infatti, danni irrimediabili, tanto per il cittadino, quanto per l'amministrazione.

La forma assolve una funzione di valore e di garanzia infungibile, poiché alla stessa non si può in alcun modo rinunciare, neppure in un ordinamento improntato esclusivamente alla cultura del risultato, con il quale – a differenza di ciò che si possa credere – la forma vive di una fondamentale affinità.

Vinicio Brigante è ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'. È titolare degli insegnamenti di Diritto processuale degli appalti pubblici nel Dipartimento di Giurisprudenza e di Diritto amministrativo nella Scuola di Medicina e Chirurgia dello stesso Ateneo. È stato *Visiting Researcher* presso l'Universidad de la República in Uruguay, presso la Shanghai Jiao Tong University nella Repubblica Popolare Cinese e presso la Kobe University in Giappone. È autore, per i nostri tipi, di *Evolving pathways of administrative decisions*, Napoli, 2019 e di scritti in tema di contratti pubblici, anticorruzione e amministrazione digitale.

ISSN 2611-0466

euro 22,00

ISBN 979-12-5976-394-5



9 791259 763945

21

V. Brigante

GARANZIE DELLA FORMA
E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

ES

CONTRIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

STUDI E MONOGRAFIE

Collana diretta da

F.G. Scoca, G. Corso

M. D'Orsogna, L. Giani, M. Immordino, A. Police, M.A. Sandulli, M.R. Spasiano

Vinicio Brigante

GARANZIE DELLA FORMA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

editoriale scientifica
napoli

Contributi di Diritto amministrativo

21

Studi e Monografie

CONTRIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

FRANCO GAETANO COCA, GUIDO CORSO

MARINA D'ORSOGNA, LOREDANA GIANI, MARIA IMMORDINO, ARISTIDE POLICE,

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, MARIO SPASIANO

Vinicio Brigante

**GARANZIE DELLA FORMA
E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

La pubblicazione del presente Volume
è finanziata con il contributo del dipartimento di giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'.

I volumi pubblicati nella presente collana sono stati oggetto di procedura
di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-394-5
ISSN 2611-04-66

*Ben oltre le idee
di giusto e di sbagliato
c'è un campo*

Ti aspetterò laggiù

J. AL DIN RUMI (XIII sec.)

*a mia Madre e a mio Padre
a chi, con Amorevole Premura, mi ha preso per mano, Guidandomi*

*La distanza alla quale deve porsi l'osservatore per cogliere la forma di un oggetto
è direttamente proporzionale alla sua grandezza.
Quanto più profonde e convulse sono le trasformazioni dell'ordinamento
tanto più bisogna allontanarsi dal singolo istituto,
dalla tecnica, dal procedimento normativo (...)
Si susseguono e si intrecciano perciò
l'astrazione teorica e la concretezza esegetica,
nella speranza che quella non perda di vista la realtà
e questa non si esaurisca nel particolare*

F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia
rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa* (1998)

*Molte cose dello Stato prendono consistenza in realtà
solo attraverso immagini del pensiero
o mediante la suggestione di simboli.
Se si guarda a fondo, queste cose poggiano spesso nel vuoto:
eppure, tengono finché si è d'accordo nel conservarle nelle dimensioni
o nelle figurazioni adottate all'inizio, ad usare cioè le matrici originarie*

G. BERTI, *Il 'casuale' nell'amministrazione pubblica* (1992)

INDICE

<i>Introduzione. Forma e problema amministrativo</i>	XI
------------------------------------------------------	----

CAPITOLO PRIMO PRESUPPOSTI TEORICI PER UN'INDAGINE SULLA FORMA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. La rilevanza della forma nel diritto amministrativo. Spunti introduttivi	1
2. La forma come garanzia in tutte le modalità di agire amministrativo	16
3. La tipicità quale carattere qualificante del potere amministrativo. Osservazioni critiche e letture attuali	24
4. La semplificazione dinanzi alla forma: tra doverosa propensione al risultato e esercizio responsabile del potere	27
5. L'incerta ma inderogabile ricerca della collocazione della forma nell'amministrazione contemporanea	29

CAPITOLO SECONDO LIBERTÀ DELLE FORME E LA NOZIONE DI FORMA SOSTANZIALE

1. Modelli teorici di riferimento e percorsi di elaborazione amministrativa	35
2. La forma quale possibile chiave di lettura attuale della dialettica diritto pubblico-diritto privato	37
3. La disponibilità della forma nei rapporti tra privati. L'autonomia negoziale quale fattore di integrazione per il perfezionarsi del vincolo contrattuale	45
4. Elaborazioni teoriche e giurisprudenziali in tema di forma nelle esperienze giuridiche tedesca e francese	51
4.1. Il principio di libertà delle forme	53
4.2. La nozione di 'forma sostanziale'	63

CAPITOLO TERZO
 IL PERCORSO DELL'ELABORAZIONE DOTTRINALE
 DELLA FORMA. RILEGGERE IL PASSATO
 PER COMPRENDERE L'AMMINISTRAZIONE
 CONTEMPORANEA

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La <i>'maniera'</i> prescritta all'amministrazione nell'opera di Romagnosi | 75 |
| 2. Le partizioni teoretiche, i movimenti dell'azione amministrativa e la scuola napoletana. La forma nel pensiero di Manna e Persico | 85 |
| 3. Il contributo determinante di Meucci: tentativi di ridurre a corpo la congerie indefinita delle cose amministrative. Prime connotazioni della forma in senso unitario verso gli adempimenti di giustizia sostanziale | 86 |
| 4. La volontà quale elemento strutturale delle manifestazioni formali della pubblica amministrazione. Note critiche sull'attualità delle elaborazioni di Cammeo e Trentin | 105 |
| 5. La forma identificata tramite gli elementi accidentali. L'elaborazione di Lucifredi e la teoria della complicità dei contrari | 110 |
| 6. La volontà, la forma e la storia causale dell'agire. Il procedimento e la forma della funzione nella prospettazione di Benvenuti e Pastori | 113 |
| 7. 'L'elogio della forma': il 'problema amministrativo' di Ledda | 119 |

CAPITOLO QUARTO
 STATUTO GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE
 E RILEVANZA DELLA FORMA

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Forma e principi costituzionali | 129 |
| 2. Il risultato amministrativo: il nucleo normativo di un obiettivo necessario | 133 |
| 3. Il potenziale carattere progressivo della forma e la portata attuale dell'art. 21 <i>octies</i> . Riflessioni critiche a partire dal dato normativo e dalle modifiche introdotte dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 | 142 |

4. La ricerca di sintesi tra i due aspetti deve ricercarsi a partire dal compito di realtà. Ipotesi di un approccio che generi dal problema concreto	150
5. La forma della programmazione. Programmare per legge e programmare per atti. La tendenza all'affidamento della programmazione a privati: rischi e opportunità	156
6. (<i>Segue</i>) L'attuazione del PNRR: della forma come ostacolo e della forma come possibilità	163
7. La tenuta della forma nel bilanciamento con il principio di tempestività	168
7.1. Il principio di tempestività come obbligo non limitato unicamente al dato temporale. La difficoltà di isolare una nozione unica di tempo amministrativo	169
7.2. La risposta tempestiva dell'amministrazione ad eventi di carattere emergenziale	174
8. Un tentativo di sintesi tra forma e risultato operato in via legislativa. La trasposizione del provvedimento 'in forma semplificata' dal processo al procedimento	178
9. Spunti ricostruttivi da alcuni problemi amministrativi esemplari	181
9.1. La ricostruzione del Ponte Morandi	182
9.2. La progettazione e l'elaborazione del sistema Mo.s.e. di Venezia	186
9.3. L'esperienza di EXPO 2015	189
10. I rinnovati rapporti tra risultato e forma: la necessaria mutevolezza del primo e l'accettabile flessibilità della seconda	190

CAPITOLO QUINTO

L'ATTUALITÀ DELLE CATEGORIE GIURIDICHE ATTRAVERSO LA FORMA. DALLA 'FORMA' DELL'ATTO ALLA 'FORMA' DEL PROCEDIMENTO

1. Elementi per una lettura contemporanea dei principi del diritto amministrativo	193
2. Crisi del principio di legalità e rilevanza delle forme	196
2.1. I pericoli più avvertiti per la legalità contemporanea. L'estensione degli obblighi di forma all'intero rito procedimentale	206

2.1.1. Tecnicizzazione del potere amministrativo e fuga dalla legalità	208
2.1.2. (<i>Segue</i>) I poteri privati e la surrogazione soggettiva dell'amministrazione	211
2.2. Il posto della legalità procedurale nell'amministrazione contemporanea. Un modello da preservare nei principi	216
2.2.1. Modernizzare gli istituti per non rinunciare alla dialettica proficua amministrazione-cittadino	217
2.2.2. La motivazione: la valorizzazione di un elemento irrinunciabile	225
3. La validità come canone di conformità ad uno schema di riferimento. Il contributo della forma	233
4. Legittimità e clausole generali: spunti per tracciare le trasformazioni dell'amministrazione	239
5. Conservazione delle forme giuridiche ed esigenze di adattamento amministrativo: ripensare la forma del procedimento	244

CAPITOLO SESTO
DEMATERIALIZZAZIONE DELLE FORME
E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA INFORMALE

1. La forma nell'atto amministrativo informatico ed elettronico	247
2. Amministrazione, <i>ICTs</i> e nuove forme di comunicazione istituzionale	253
3. Attività conoscitiva e dati	261
4. La rappresentazione digitale delle gare pubbliche	271
5. La rinnovata veste della tipicità nel diritto amministrativo e la centralità dei dati: 'l'amministrazione della conoscenza'	278
6. Amministrazione informale e Stato di diritto	280
7. Istituti di partecipazione informale e conoscibilità dell'attività amministrativa	284
8. Gare pubbliche informali e salvaguardia del principio di legalità	286
9. Pratiche di urbanistica informale e sussidiarietà orizzontale	288
10. L'informalità negli strumenti alternativi per la risoluzione di controversie tra amministrazione e privati	292
<i>Bibliografia</i>	295

INTRODUZIONE. FORMA E PROBLEMA AMMINISTRATIVO

La forma nell'attività amministrativa contemporanea è percepita sovente come un ostacolo, un inutile quanto solenne dovere cui ottemperare da parte delle amministrazioni, osteggiata dal legislatore che la indica quale fattore autonomo di complicazione nelle ripetute quanto vane ondate semplificatorie, ma talvolta anche dagli stessi privati, i quali, nelle vesti di operatori economici, vedono fraporsi la forma tra l'istanza e la pretesa.

Emerge l'idea di una forma dietro la quale le amministrazioni tendono a celarsi, rendendola un accessorio rito liturgico, trasfigurando la forma da garanzia a formalismo nocivo.

Il proposito dell'indagine è verificare che la tesi per la quale la forma costituisca un ostacolo sia un evidente quanto pericoloso equivoco e che, in termini di correttivo, si rende necessario operare un ripensamento culturale della forma come garanzia, da intendersi quale obbligo che permei l'intero procedimento e non solo la determinazione finale dell'amministrazione.

Il dato di partenza è costituito dall'indolenza del legislatore nel regolare tale aspetto in maniera puntuale, nella misura in cui, come noto, il principio di libertà delle forme, presente nella prima versione della bozza di legge sul procedimento amministrativo redatta dalla 'Commissione Nigro', non è mai entrato in vigore, impedendo l'identificazione di uno statuto unitario per la forma. Per diversa impostazione, l'idea che non vi sia una norma sulla forma dell'atto amministrativo costituirebbe un falso problema, poiché vi sarebbero diverse norme sulla forma, nei diversi testi di legge, che si stemperano nel principio di tipicità, pur letto in chiave moderna, riferito cioè all'attività in quanto tale e non necessariamente al singolo atto.

L'idea per la quale la forma sia un impedimento per l'attività amministrativa, e quindi per lo stesso soddisfacimento degli interessi, si può agevolmente verificare nelle politiche di semplificazione, che sono orientate a ridurre o ad eliminare intere fasi procedurali, con conseguente rinuncia alla forma – proprio nell'ottica di ritenerla possibile cau-

sa di complicazione per il raggiungimento del risultato – e quindi, di riflesso, alle garanzie.

Il fallimento delle innumerevoli campagne di semplificazione deriva, in realtà, proprio dal convincimento in base al quale uno dei rimedi più efficaci per tentare di risolvere i problemi dell'amministrazione consista in un sacrificio delle forme.

In tale panorama, si deve verificare se tale reputazione negativa della forma sia giustificata, o se, quantomeno, tale svilimento rappresenti un sacrificio necessario, o se, come si ritiene, si debba operare una netta inversione di tendenza¹, poiché alla forma è avvinta, in maniera inscindibile, la tutela, ovvero l'espressione più diretta e immediata del senso reale della garanzia nei confronti del potere pubblico.

L'assenza di una previsione puntuale in tema di forma, da assumere quale dato positivo di partenza per l'analisi, ha indotto a volgere lo sguardo alle previsioni e alle elaborazioni del diritto civile e alle acquisizioni che si sono registrate nel diritto amministrativo tedesco e francese.

Dall'esperienza amministrativa tedesca si può trarre, come dato utile, l'elaborazione del principio di libertà delle forme del procedimento – *Formlosigkeit*, la previsione di un'attività amministrativa informale, la piena disponibilità delle forme da parte dell'amministrazione – in base al quale non vi sono prescrizioni tassative in tema di forma, poiché non muta, in ogni caso, la dimensione di giustizia sostanziale che l'esercizio del potere pubblico è deputato a garantire e, inoltre, poiché l'informalità non esclude l'eventuale sindacato giurisdizionale.

Il diritto amministrativo francese, per altro verso, in base alle capacità di elaborazione degli istituti e delle nozioni ad opera del *Conseil d'État*, offre all'indagine la distinzione tra formalità sostanziali e accessorie, che non ha carattere tassativo, poiché non dipende in maniera preventiva dall'analisi del provvedimento in sé, ma è legata al rapporto che si instaura tra procedimento ed effetti che dallo stesso promanano. Tale assetto è verificabile in base ad un'analisi del principio di *sécurité juridique*, cui l'amministrazione deve tendere, che diviene parametro autonomo di valutazione dell'attività amministrativa e, di conseguenza, funge da pun-

¹ F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 9-10, 3443 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 549, "di questi tempi, almeno nel campo degli studi di diritto amministrativo, la forma non sembra attraversare un momento favorevole e ancor meno fortunato", riflessione che appare quanto mai attuale.

to di equilibrio ed impedisce alla forma di degradare in superfluo formalismo.

Una verifica attendibile della tesi sostenuta si rinviene allorchando si analizzi la compatibilità della forma con la teoria e la prassi dell'amministrazione di risultato, nella veste di statuto giuridico dell'amministrazione pubblica.

Si osserva, in termini di teoria generale, che forma e risultato, e la loro combinazione in termini ottimali per l'amministrato, vivono di una fondamentale affinità; vi sono, inoltre, convergenze metodologiche che inducono a sostenere che la sintesi risulta proficua per entrambi i termini della dialettica.

Il risultato consente una visione della forma come idoneità funzionale dell'azione, poiché lo stesso risultato condiziona, non solo l'operare quotidiano dell'amministrazione, ma diviene chiave di lettura di un rapporto, quello tra garanzia ed efficienza, che deve essere reso il meno conflittuale possibile. L'aspirazione al risultato non presuppone in alcun modo l'eliminazione delle forme, ma, al contrario diviene criterio interpretativo delle regole di comportamento dell'attività pubblica, per individuare la modalità, e quindi la forma, che sia idonea ad assicurare un assetto di interessi accettabile e appropriato, da un punto di vista di legittimità formale e di giustizia sostanziale.

La prassi, emersa in alcune recenti vicende che hanno interessato l'amministrazione italiana, ha consentito di dimostrare che, qualora ci si muova su percorsi alternativi, eccentrici rispetto all'ordinaria delle garanzie, si rischia di tradire simultaneamente legittimità ed efficienza dell'azione. Si osserva, invece, che anche in procedure alternative, talvolta necessarie, come accade nelle reazioni dell'amministrazione al verificarsi di eventi imprevedibili, si devono garantire forme adeguate, che rappresentano il viatico per ricondurre l'attività al regime ordinario con il minor sacrificio delle istanze di giustizia sostanziale legate alla peculiarità del singolo momento.

Possono emergere situazioni nelle quali l'esigenza del pubblico interesse sia così impellente, o l'evento sia così complesso, da non consentire l'osservanza della forma prescritta; in tali ipotesi anche una forma alternativa può ritenersi adeguata, qualora la stessa renda manifesto l'esercizio dell'autorità e la ragione, nel senso del diritto, del suo imporsi all'amministrato.

L'attuazione del PNRR, nel contesto delle riforme per la pubblica

amministrazione, costituisce l'ennesimo banco di prova della tenuta della dialettica tra forma e risultato, con la preoccupazione – legittimata dall'analisi dai primi approdi della giustizia amministrativa – che potrebbe affermarsi una pericolosa tendenza, anche culturale, per la quale 'si sacrifichi la forma, purché non si perdano i fondi'.

La verifica della tesi sostenuta ha necessariamente indotto a una lettura dei principi e delle categorie giuridiche, anche alla luce degli orientamenti pretori, che ha svelato come la crescente complessità nella quale operano le amministrazioni abbia, talvolta tacitamente, condotto a soluzioni nelle quali la partecipazione del privato non sia più in grado di concorrere alla legittimazione del potere, quantomeno non nel contraddittorio così come ideato in origine.

Per altro verso, si rischia di trasporre sull'onere motivazionale l'integrale – e talvolta insostenibile – forma della decisione, a fronte di un numero sempre crescente di procedimenti nei quali l'amministrazione non riesce, per diverse ragioni, a disporre e a dominare il problema amministrativo, e nei quali la recisione del nesso che intercorre tra istruttoria e determinazione rischia di rendere quest'ultima espressione di un bilanciamento di interessi che si è svolto lontano dalle sedi in cui dovrebbe svolgersi la tradizionale dialettica tra amministrazione e cittadino.

Questa chiave di lettura può essere proposta per indagare il tema nel mondo dell'amministrazione digitale, nel quale si osserva l'esistenza di diverse questioni idonee ad incidere sulla tenuta del sistema, tra le quali, la più avvertita per la forma riguarda i dati, la risorsa del presente, che orientano e danno la misura della conoscenza che l'amministrazione ha del mondo reale; interrogarsi sull'attività conoscitiva e sulla titolarità delle conoscenze tra pubblico e privato diviene presupposto imprescindibile per evitare prevedibili, e per certi versi verificatesi ed in atto, ipotesi di cattura del potere pubblico.

L'amministrazione digitale consente, inoltre, di analizzare la forma delle comunicazioni istituzionali delle amministrazioni e di interrogarsi su questioni dirimenti in tema di certezza e conoscibilità dell'atto pubblico con letture pretorie che, spesso, interpretano anacronisticamente la forma dell'atto in termini di mero rito, senza che dalle stesse possa osservarsi alcun miglioramento apprezzabile in termini di tutela.

Come nota di chiusura, si osserva che la forma, con l'intento di emendare definitivamente l'equivoco di designarla quale impedimento –

evitare che la stessa ‘ceda al fascino della moda, o ai simboli del futile e del frivolo’ – trova un’alleata insospettabile nell’attività amministrativa informale, in rapporti che confluiscono nelle forme giuridiche tradizionali solo come mera eventualità. Vi è, nell’informalità, il dichiarato e lo-devole proposito di ampliare le garanzie per il cittadino, anche a costo di un superamento delle definizioni, o forse, di una rinnovata veste delle stesse.

Nella veste contemporanea dello Stato di diritto non dovrebbe ammettersi l’idea che le forme siano ostacoli, barriere, ma si dovrebbe accettare consapevolmente l’immagine di un’amministrazione che si muove in una società necessariamente complessa², in forme non predefinite, ma pur sempre necessarie.

Un possibile corollario di ciò potrebbe indurre a sostenere che l’atto amministrativo non abbia nemmeno bisogno di una regola puntuale in tema di forma, non dovrebbe, in altri termini, nemmeno porsi la questione di una regolamentazione specifica, per diverse ragioni.

In primo luogo, come riflessione di carattere generale, si ritiene che il valore della forma, in un rapporto come quello amministrativo, permeato dal principio di legalità, debba vivere nella cultura giuridica, e in quella dell’amministrazione nello specifico, prima ancora che nei testi normativi.

In secondo luogo, una disciplina dettagliata della forma del provvedimento potrebbe distogliere l’attenzione dalla forma del procedimento, il reale nodo problematico attuale, da obblighi che devono essere posti per ogni movimento amministrativo, per sanare le fratture di legittimazione ed evitare la cattura o la dismissione colpevole del potere pubblico. In tal modo, si potrebbe evitare che la meticolosa previsione della forma del provvedimento finisca per porsi quale adempimento solo formalistico, nel significato di mera esternazione, della decisione amministrativa.

In terzo luogo, l’equivoco da cui si è partiti nel percorso logico-investigativo seguito – dalla forma come ostacolo, alla forma come garanzia – si coglie in maniera chiara qualora si concepisca la forma del provvedimento come un corollario diretto del principio di tipicità, ma nella sua accezione tradizionale, che relegherebbe il discorso a un mo-

² G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L’amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982.

dello di amministrazione del passato, poiché è finanche ammissibile che vi siano più forme, a patto che si abbia come riferimento il principio di tipicità rivolto al potere amministrativo in quanto tale, poiché solo in tal modo si può rinnovare l'idea per la quale la forma è espressione diretta di tutela.

Per giustificare, e in qualche modo legittimare, la svalutazione della forma, non gioverebbe nemmeno richiamarsi alla nozione di pubblico interesse, cioè all'interesse pensato come semplice astrazione, poiché l'interesse può inserirsi nel problema amministrativo solo se ed in quanto l'amministrazione sappia individuarlo nel concreto, quasi modellandolo sui fatti, ed a tal fine proprio la forma è sempre necessaria come un momento indispensabile di applicazione del diritto e di riduzione dell'autorità.

La forma deve rivolgersi al problema amministrativo – considerato nella sua portata complessiva, inteso quale processo formativo di una decisione – in ogni singolo momento in cui vi sia espressione di autorità, poiché è, contemporaneamente, l'espressione più immediata della garanzia per il cittadino e la manifestazione più adeguata della legittimazione del potere.

CAPITOLO I

PRESUPPOSTI TEORICI PER UN'INDAGINE SULLA FORMA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. La rilevanza della forma nel diritto amministrativo. Spunti introduttivi. – 2. La forma come garanzia in tutte le modalità di agire amministrativo. – 3. La tipicità quale carattere qualificante del potere amministrativo. Osservazioni critiche e letture attuali. – 4. La semplificazione dinanzi alla forma: tra doverosa propensione al risultato e esercizio responsabile del potere. – 5. L'incerta ma inderogabile ricerca della collocazione della forma nell'amministrazione contemporanea.

1. *La rilevanza della forma nel diritto amministrativo. Spunti introduttivi*

Lo studio del tema della forma nell'amministrazione moderna vive di tenui certezze, di successive e quasi immediate confutazioni, di reiterate insoddisfazioni dei risultati cui il giurista perviene, poiché la stessa si presenta come “un inestricabile groviglio di antinomie e contraddizioni”, “frutto di conciliazioni forzate tra elementi antinomici¹”. La forma è percepita spesso come

¹ Sul tema, per un'analisi complessiva delle contraddizioni dei singoli aspetti dell'attività amministrativa, cfr. G. BERTI, *Le antinomie nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 2, 273 ss., 277, “nel diritto amministrativo compaiono, intrecciate, figure del diritto costituzionale e del diritto privato”, l'amministrazione vive di una sintesi tra potere sovrano e istituti giuridici di diritto comune. Si osserva che “il grande peccato da cui è stato segnato lo Stato di diritto è forse la traduzione in forma (o tirannia delle forme) delle sue figure portanti o dei suoi intrecci” (276), “il diritto pubblico resta perciò pervaso da irrazionalità e lo è a tal punto che non può mai essere guardato troppo da vicino” (279); le esigenze di garanzia, nell'ambito di queste antinomie, di cui la forma rappresenta espressione, non devono smarrire i propri fondamenti stabili individuati “nelle più recondite dottrine della logica e della critica”, come osservato, in una prospettiva differente, e legata alla tutela giurisdizionale, rispetto all'impostazione di Berti, da G.D. COMPORI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 747; il modello cui si fa riferimento è integrato nel c.d. stato amministrativo, qualificato come tale in base alla volontà legislativa che condiziona l'esercizio del potere e nel quale l'amministrazione si può in ogni caso autolegittimare come struttura centrale, originaria e necessaria, come osservato da S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*^{led}, Milano, Società editrice libraria, 1901; sul tema, cfr. M. NI-

ostacolo e regolarmente dequalificata e travolta da politiche di semplificazione dalle quali emerge, in maniera più o meno dichiarata, che la stessa rappresenti autonoma causa dei problemi dell'amministrazione, con un evidente tradimento delle origini e la *ratio* che è a fondamento della sua stessa 'nascita'.

La scelta di rivalutare un aspetto tradizionalmente ignorato dal legislatore e sovente dequotato dal giudice amministrativo potrebbe apparire quantomeno singolare, soprattutto qualora si opti per un'analisi delle recenti vicende dell'amministrazione italiana – si pensi, per tutte, alla progettazione e all'esecuzione del Mo.s.e. di Venezia o all'articolato *iter* amministrativo che ha interessato il ponte Morandi, che saranno oggetto di opportuna analisi nel corso dell'indagine – per le quali, a fronte del ritenuto fallimento delle 'forme tradizionali', l'azione dell'amministrazione si è mossa lungo percorsi diversi, a tratti eccentrici, proprio nell'ordinaria sistematica delle garanzie.

Il tema della forma non smarrisce, in ogni caso, il suo fascino problematico, soprattutto se si intende valorizzarne il profilo in un'ottica funzionale alla strutturazione delle garanzie poste a presidio del corretto esercizio del potere, del risultato, riconoscendo così una dimensione e una proiezione sostanziale della forma stessa.

Nel mondo moderno, infatti, si osservano condotte amministrative ispirate e guidate da valori che con la forma – degradata però ad accesso-

GRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 3, 769 ss. (lo Stato amministrativo è deputato a “stabilire risolutamente l'ordine della convivenza”, come osserva N. IRTI, *Occasioni novecentesche. Sul cammino del diritto*, Napoli, ES, 2012, 9); la dequotazione cui sono soggetti i singoli elementi dell'attività a favore “del momento dell'amministrare” complessivamente inteso, quasi come se si trattasse di una disputa interna, rappresenta un approdo facilmente riscontrabile, con evidenti e palesi ricadute sulle modalità e le forme dell'agire, come rilevato da M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 2-3, 390; le antinomie presenti nel diritto amministrativo non devono tuttavia impedire di accedere a possibili impostazioni unitarie dell'entità problematica stessa dei principi, come osserva A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 11 ss.; attuali, soprattutto per le recenti vicende dell'amministrazione, infine, appaiono le riflessioni di G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1987, 452, “la scienza giuridica è una scienza dai valori universali, perché deve prendere a guida le più salde certezze dell'uomo, l'esigenza della sua personalità, la garanzia dei rapporti co' suoi simili, l'equo temperamento degli interessi in conflitto, la coordinazione degli innumerevoli individui in cellule ed aggregati sociali sempre più vasti”.

rio formalismo² – si pongono in un rapporto di tendenziale contrapposizione, assunti, tuttavia, come legittimi e talvolta come necessari.

Emerge una perdurante avversione verso la forma, vista come fonte di rallentamenti e come possibile causa di allontanamento dal 'risultato', anche al variare delle prassi, comunque instabili, che emergono e si impongono, in corrispondenza delle innumerevoli riforme che hanno interessato l'amministrazione³. Non si tratta di una sporadica e isolata attitudine, ma di una radicata tendenza.

Si deve chiarire, sin dalle premesse, che ci si riferisce alla forma intesa quale momento infungibile di garanzia per il cittadino, in tutti i possibili significati che la stessa può assumere nell'esercizio del potere amministrativo.

Si intende dimostrare la sussistenza di una saldatura tra forma, legittimazione stessa dell'amministrazione e risultato amministrativo, senza rinunciare al perseguimento degli ulteriori canoni dell'agire che risultano – ma come si cercherà di dimostrare, spesso appaiono solo – contrari al tale proficua dialettica.

La descrizione delle linee di fondo del sistema amministrativo attraverso l'analisi di un aspetto specifico, che potrebbe assumere il rango di presupposto teorico di tutta l'attività pubblica, come la forma, risente in modo visibile della varietà di opinioni e di orientamenti dottrinali e pretori e, per tali ragioni, rischia di rappresentare un'operazione suscettibile di continue revisioni, soprattutto in mancanza di un'apposita norma in tema di forma, che potrebbe assicurare un grado ragionevole di stabilità e certezza⁴.

² Sul tema, in termini di teoria generale, come noto, vi è una vasta bibliografia, in questa sede ci si limita a rinviare alla lettura offerta da T. SERRA, *Angelo Ermanno Cammarata e Giuseppe Capograssi di fronte al formalismo*, in F. MERCADANTE (a cura di), *Atti. Due convegni su Giuseppe Capograssi* (Roma – Sulmona 1986), Milano, Giuffrè, 1990, 677, che contrappone la visione di chi ritiene che l'atto sia la forma unica e assoluta della realtà e quella di chi relativizza la nozione e la sottopone a gradualità.

³ Si v. F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3, 744 ss., osserva che gli ideali che caratterizzano tradizionalmente la struttura organizzativa sono soggetti a un inarrestabile ed evidente percorso di destrutturazione, le cui ipotesi di sviluppo appaiono apocalittiche, poiché è difficile individuare una tendenza unica delle stesse (747); sul tema delle ripetute riforme, sul quale si tornerà diffusamente, evocativo è il titolo dell'opera di L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁴ Su questi profili, emblematica è l'analisi condotta da E. CASETTA, *Il sistema del diritto amministrativo*, in *Amministrare*, 2001, 3, 359 ss., il quale, anche attraverso il riferimento alla produzione scientifica di Pototschnig, osserva che la perdita di unità del sistema amministrativo si percepisce dalla progressiva emarginazione del soggetto, *id est*

L'elemento di criticità che emerge immediatamente è, infatti, rappresentato proprio dalla circostanza che la forma, in termini di obbligo per l'amministrazione, non è direttamente disciplinata da un regime giuridico unitario a differenza di ciò che accade nel diritto civile o dalle soluzioni adottate in altri ordinamenti⁵; non vi è una disposizione alla stessa dedicata. Al contrario, si rileva la persistenza di atteggiamenti o modi di operare che al senso più profondo della forma – nella sua accezione di garanzia e tutela per l'amministrato – non corrispondono.

Si può agevolmente notare che spesso il legislatore è orientato a superare le forme e l'amministrazione, invece, si celi dietro le stesse, quasi

l'amministrazione, dalla struttura giuridica che ne dovrebbe indicare la condotta e ciò comporta la necessità di ricercare soluzioni, spesso creative e disancorate dai dettami normativi, con evidente sacrificio del canone di certezza che il potere ha l'obbligo di garantire. Si rende necessario, pertanto, operare un intreccio tra analisi critica delle definizioni e dei sistemi giuridici, attraverso una riflessione metodologica e continua riqualificazione sul piano formale degli istituti. Tuttavia, si osserva che non sarebbe in ogni caso auspicabile la costruzione di un sistema amministrativo chiuso, immutabile, scevro da concetti indeterminati o clausole generali, che condurrebbe a una resistenza inaccettabile del potere pubblico rispetto al cambiamento; di recente, sullo stato di unità e frammentazione della disciplina amministrativa in Italia, si v. A. POLICE, *Unity and fragmentation: the Italian public Administration*, in D. SORACE, L. FERRARA, I. PIAZZA (eds.), *The Changing administration law of an EU Member State. The Italian case*, Torino, Giappichelli, 2021, 43 ss., il quale osserva il continuo riemergere dell'esigenza di tentare un recupero di un'unità concettuale dell'amministrazione, attraverso la riscoperta delle ragioni di continuità, che, nonostante il dissolversi del quadro tradizionale e la multiforme e incessante vicenda di trasformazione, ritenuta ormai una caratteristica connaturata al potere pubblico; si fa riferimento al condizionamento legislativo di ogni attività amministrativa e del relativo grado di affidamento ingenerato nel cittadino, come osservato da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, 4 ss., il quale opera un'approfondita analisi degli orientamenti della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca su questi temi e sulla sequenza concettuale che salda la nozione di Stato di diritto e di sicurezza giuridica, come presupposto giustificante dei pubblici poteri; rispetto allo stato attuale del dibattito sul tema indagato, appare storicamente lontana la riflessione operata da V. GUELI, *Realtà e logica nel diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 2, 342 ss., 374 (spec. par. § 16) "l'unità dell'ordinamento non è presupposto fittizio, come l'unità del sistema, ma una realtà. L'unità reale dell'ordinamento giustifica che si assuma l'unità logica delle sue norme se non come presupposto, come scopo e compito dell'attività giuridica". I principi fondamentali di un ordinamento, tratto unitario e obiettivo di un sistema giuridico, devono garantire e supportare le esigenze di certezza dell'azione, e ciò accade raramente, a patto che si elevi la forma amministrativa a tale rango, intesa quale obbligo specifico e unitario, con un'evidente forzatura qualora si volga lo sguardo alle prassi.

⁵ Aspetti analizzati nel dettaglio, *infra*, cap. § 2.

come se si tratti di un rito liturgico, che ha come effetto quello di trasfigurare la forma, rendendola un ostacolo, e non un fattore di tutela, nella definizione stessa dei confini del potere pubblico.

In questa ritualità la forma è percepita come ostacolo anche dallo stesso cittadino, questa volta nella veste di operatore economico, che vede fraporsi la forma stessa tra la propria istanza e la pretesa nei confronti dell'amministrazione, in un sostanziale tradimento del legittimo affidamento.

L'attività amministrativa cambia nel tempo, finanche nelle sue caratteristiche più radicate, poiché deve adattarsi agli interessi diversificati che emergono dalla collettività⁶ e tale circostanza è particolarmente avvertita proprio qualora si analizzi la forma, poiché manca una norma in tema che coadiuvi o supporti l'interprete⁷. Gli isolati riferimenti normativi in

⁶ Incertezza sintetizzata nei suoi tratti problematici da C. ROHERSSEN, *L'anarchismo nello stato moderno*, Milano, Giuffrè, 1974, 21 ss., poiché il potere amministrativo può smarrire, per diverse ragioni, la relativa finalizzazione, non necessariamente per sviamenti patologici o indotti, ma per una semplice eterogenesi di fini di cui il potere, e quindi l'amministrazione, è titolare.

⁷ Necessario il riferimento a S. SATTA, *Azione in generale* ad vocem, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 786 ss., 789, le discipline pubblicistiche, basate sugli attributi originare del potere, nel corso degli anni, si sono emancipate dalle elaborazioni teoriche del diritto privato, "variamente articolandosi in una lenta e faticosa formazione" diretta alla ricerca di propri e autonomi schemi ricostruttivi; la scelta di non limitare l'analisi alla forma del provvedimento si legittima in tale circostanza, perché avrebbe implicato lo studio di una invariante (per riprendere la celebre espressione utilizzata da M.S. GIANINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 25, 251) architrave immutabile del diritto amministrativo, in luogo di un tema maggiormente esposto a oscillazioni interpretative e investigative; sul tema dell'azione nel diritto amministrativo, "causa produttrice, ma forza, che fa valere le varie altre cause produttrici", come rilevato da C. APPENDINO, *Sistema di diritto amministrativo scientifico*, Roma, Tipografia Agostiniana, 1931, 149; sul tema è necessario riportare l'ammonimento operato da S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953 (ma 1947) ora anche in *L' "ultimo" Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, 591, per il quale l'agire materiale non sempre identifica un atto e che la giurisprudenza amministrativa ha assimilato, tramite un "espediente interpretativo" le due ipotesi al fine di sottoporle a sindacato giurisdizionale, come accaduto per le ipotesi del silenzio, ma si avverte che si tratta di deroghe ai principi giuridici, indotti da considerazioni ed esigenze di equità e di ordine pratico. "Dalla categoria degli atti giuridici negoziali o non negoziali, escluderei, per farne una categoria a sé, le azioni giuridiche materiali, positive o negative"; si v. l'impostazione teorica tradizionale offerta da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*^{Ved}, V, Milano, Giuffrè, 1950, per il quale l'estensione dell'azione amministrativa rinviene un parametro di riferimento affidabile nella distinzione tra fini essenziali e fini non essenziali.

tema di forma, rinvenibili in differenti testi di legge, sono, infatti, l'esito della codificazione a diritto costante, che ha impedito ai diversi istituti di formare "un tutto sapientemente disciplinato e svolgentesi secondo un concetto unico informatore"⁸, poiché si è registrata l'impossibilità di conferire un ordine integrale ad una realtà, quella amministrativa, fortemente irrazionale, che necessita, invece, di basi essenziali per l'elaborazione di un metodo proprio e specifico.

Una potenziale ipotesi per il diffuso disinteresse per la forma, quasi una disaffezione, da parte del legislatore, può rinvenirsi nella circostanza che le riforme hanno dovuto dirimere e proporre letture risolutive in merito a questioni, non necessariamente più rilevanti, ma di certo più appariscenti e urgenti che hanno, per certi versi, indotto, talvolta in maniera artificiosa, alla conservazione integra dell'impianto concettuale originario dell'amministrazione, ostile alle formalità.

Una disposizione dalla quale può invece ricavarsi indirettamente un'attenzione per la forma è l'art. 21 *septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 – le cui disposizioni saranno oggetto di apposito approfondimento nel corso della trattazione – nella parte in cui è prevista la nullità per il provvedimento adottato in elusione del giudicato.

Proprio la nozione di elusione consente di riproporre l'eterno dilemma tra forma ed evento, tra il rispetto delle garanzie, rappresentate dal giudicato, e la libertà di disposizione della fattispecie sostanziale che deve essere in ogni caso garantita all'amministrazione, anche in seguito alla pronuncia del giudice amministrativo⁹. Emerge la tensione e la ne-

⁸ Su tali profili, ivi compresa l'insuscettibilità di codificare il diritto amministrativo, si v. M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 347 ss.; insuperate le riflessioni di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Norme generali sull'azione amministrativa*, in *Rass. Parl.*, 1961, 3, ora anche in *Opere giuridiche*, III, Napoli, ES, 2001, 153 ss., 154, "molti tentativi sono stati invero compiuti, fin dall'unificazione del sistema amministrativo, per ricondurre all'unità all'ordine la massa delle leggi amministrative, derogatorie (...) la loro storia dimostra come lo slancio legalitario che li ispirava sia stato soffocato dal vizio di quella unilaterale impostazione. (...) Ormai si impone la ricerca di vie più attuali e concrete per la realizzazione di una piena legalità nell'azione. È già molto che oggi si possa ritenere del tutto spento il clamore una volta suscitato fin dalle più macchinose responsabili proposte private di codici integrali dell'amministrazione pubblica. Non metterebbe colto di discutere nemmeno di consimili fantasie".

⁹ Sul tema, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, 696 ss. (spec. par. § 3.2).

cessità di trovare un punto di equilibrio tra la pretesa di libertà del potere, impossibile da sostenere, e l'osservanza di specifici obblighi che si impongono per l'intero spettro del comportamento tenuto dall'amministrazione.

La tendenza alla libertà della forma cui ambisce l'amministrazione si basa infatti su una concezione del potere inteso come *domaine propre* e deriva in parte dall'applicazione di schemi privatistici al campo del diritto pubblico come la concezione irrelata del potere inteso come assimilazione dello stesso al diritto potestativo¹⁰; si tratterebbe di un adattamento del criterio secondo cui una volta riconosciuto il potere, l'interesse a esercitarlo è dimostrato e perciò inattaccabile.

È proprio in queste maglie concettuali che si inscrivono due questioni dirimenti in tema di forma, analizzate nel dettaglio *infra*, cap. § 2. Si tratta del paradosso del diritto civile, nel quale da un lato vi sono disposizioni puntuali in tema di forma del contratto e dall'altro si registra un ampliamento dell'autonomia negoziale diretta a rendere l'elemento formale funzionale agli interessi. Per altro verso, emerge la questione del principio di libertà delle forme elaborata nel diritto amministrativo tedesco, che trasposta nel diritto italiano si tramuta nella ricerca di una legittima e giustificata aspettativa riposta nell'esercizio del potere, ma in un'ottica differente.

Altra plausibile spiegazione riguardo la mancanza di una previsione sulla forma si rinviene nella circostanza che il diritto amministrativo è rimasto privo, per lungo tempo, di un proprio casellario, un proprio alfabeto dogmatico in cui inquadrare molti rapporti e si è servito delle categorie giuridiche elaborate dalla dottrina, soprattutto quella civilistica. Adattare tali costruzioni logiche all'ambito dell'agire amministrativo può

¹⁰ Si tratta di un'applicazione concettuale e non di un adattamento di istituti, come osservato da A. REINACH, *Zur Phänomologie des Rechts: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* (1^a ed., 1913) Halle, Verlag von Max Niemeyer, 1922 (trad. it. a cura di D. FALCIONI, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1990); di recente nella prospettiva del tema dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, 2, 11 ss., 63, 94, riferisce di un orientamento pretorio diretto a delimitare, in senso restrittivo, l'ambito della giurisdizione amministrativa in base al "criterio formalistico della ricorrenza fenomenologica dell'atto amministrativo". L'Autore osserva che si tratta del dover essere di un provvedimento che non c'è e che deve essere ricavato dalla successiva stipula del contratto, con un evidente forzatura dei principi in tema di forma (ci si riferisce espressamente della giurisprudenza amministrativa del *Conseil d'État* che ammette la configurabilità di un atto implicito, legittimato però da principi non mutuabili interamente nel diritto italiano).

rappresentare una forzatura e si è preferito sorvolare sulla identificazione della forma, con una scelta che non trova un'apposita giustificazione nemmeno dalla lettura delle, pur rare, sedute parlamentari o di commissione nelle quali la questione si è posta in maniera specifica¹¹.

Tale ricostruzione deve, tuttavia, essere respinta, poiché oggi l'amministrazione può riferirsi a impianti legislativi consolidati e categorie giuridiche, dalle quali, tuttavia, raramente si rileva che la forma debba costituire un obbligo per entrambi i soggetti del rapporto, l'amministrazione e il privato; è infatti indubbio che la stessa natura del soggetto amministrativo, le situazioni giuridiche soggettive che ad esso si confrontano¹² rendono necessario, per ragioni di garanzia, che la forma deve permeare l'esperienza amministrativa intersoggettivamente considerata¹³. La condotta del privato che, infatti, non rispetti i principi in tema

¹¹ Sul tema, *ex multis*, L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in *Astrid*, 2006, 6, 2; si v. M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 493 ss., 495, l'art. 1 della bozza della 'Commissione Nigro', intitolato 'informalità dell'azione amministrativa' iniziava con l'enunciazione di un favore generale per la libertà delle forme, tema che sarà ripreso diffusamente, *infra*. L'Autore dimostra che il principio di non aggravamento si pone quale contro limite, quale argine alla moltiplicazione di vincoli e irrigidimenti formali. Le ragioni culturali della scelta operata in seno alla 'Commissione Nigro' riguardano la consapevolezza di dover riconoscere una libertà di apprezzamento, un'elasticità nell'uso delle forme giuridiche.

¹² Evocativo è il rilievo offerto da F. PUGLIESE, *Per 'amministrare' la felicità: dalla lex al nomos*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, Mucchi, 1996, 1782, per il quale proprio le trasformazioni dell'interesse legittimo impongono di indagare il rapporto tra amministrazione e cittadino che rende la posizione giuridica soggettiva relazionale per certi versi più forte dello stesso diritto soggettivo. L'interesse legittimo, infatti, determina un obbligo cui si correla una pretesa tendente alla realizzazione dell'interesse giuridico complessivamente considerato.

¹³ Si v. A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, ESI, 1950, 28, l'esperienza giuridica, ivi compresa quella amministrativa, palesa l'esistenza di contegni e comportamenti, che, qualora siano caratterizzati dalla presenza di un potere, richiedono un'articolata e adeguata disciplina, riferibile a tutte le relative possibili declinazioni dei rapporti giuridici, i quali, proprio per la tendenziale presenza di uno stato di soggezione dell'amministrato, devono svolgersi secondo un regime giuridico certo e conoscibile. Tuttavia, le inevitabili deroghe e deviazioni, anche nel diritto amministrativo, qualora attengano alla forma dei rapporti o alle fasi preliminari, non devono in ogni caso comportare una riduzione di tutela. Le matrici di tali deroghe possono essere ricercate nei criteri speciali che regolano l'attività amministrativa, i c.d. principi specifici della materia; discorre di 'principi primi' del diritto amministrativo D. SORACE, *La 'legificazione' delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*,

di forma impone uno sforzo ricostruttivo all'amministrazione che comporta una dilatazione dei tempi procedimentali, con un conseguente danno per tutti i soggetti del rapporto.

Un'altra delle possibili ragioni questa pervicace ostilità, principalmente legislativa ma spesso avallata dalle Corti, potrebbe rinvenirsi nella volontà di non vincolare con formulazioni a carattere tassativo e analitico un aspetto così complesso, l'identificazione di una nozione unica di forma appunto, resa ancor più difficile dalla eterogeneità di strumenti, autoritativi e non, imputati all'amministrazione e dalla insuperabile indeterminazione degli interessi cui lo stesso potere pubblico deve provvedere¹⁴.

La forma, proprio per la natura della posizione giuridica dell'amministrazione, deve essere invece imposta con maggiore impellenza e precisione a quest'ultima, perché l'attività amministrativa non è concepibile fuori e oltre la forma; "nulla può essere conosciuto come diritto se non in relazione alla stessa forma"¹⁵. La forma è l'elemento che

2002, 3, 323 (spec. par. § 2) il quale rileva che la codificazione di tali principi comporta il rischio di imprecisione e incompletezza.

¹⁴ Obbligato è il riferimento a E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)* ad vocem, in *Enc. giur.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 3 ss., il diritto amministrativo non può essere ridotto a un sistema di assiomi, "per ogni sistema formale vi sono proposizioni non deducibili, ossia non derivabili né refutabili in base al sistema dato", "questo significa che, pur supponendo la compiuta formalizzazione, talune proposizioni di diritto amministrativo dovrebbero verificarsi con criteri o in base a sistemi esterni a quelli del diritto amministrativo". Le perduranti difficoltà di inquadramento sistematico del tema, storicamente determinato, come riferito, si riflettono nella difficoltà di riconduzione ad unità concettuale anche dei profili formali che la composizione degli interessi deve assumere, o non assumere in senso espresso, come nelle ipotesi di silenzio. L'interesse pubblico si sottrae a qualunque condizionamento teorico e aprioristico e può plasmarsi continuamente e rendersi aderente alle rinnovate esigenze della realtà fattuale. Esistono tecniche distinte di gestione degli interessi e dei conflitti, i cui nuclei essenziali sono non sovrapponibili tra loro, ma possono ben combinarsi sul terreno neutrale, multipolare e dinamico dei rapporti giuridici; sul tema la bibliografia è particolarmente ampia, ma si v., G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 5 ss., il quale, nell'individuazione dell'interesse pubblico nella sua prospettiva concreta di definizione, riferisce della necessità di operare un metodo essenziale e gradualista, che consenta una ponderazione oculata all'esito di un'attenta analisi. Appare peraltro evidente che l'imputazione del potere sia il presupposto legittimante minimo nella dialettica complessiva del rapporto amministrativo, nel quale, l'amministrazione deve operare per "congegni formali".

¹⁵ Cfr. G. DELVECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, Milano, Zanichelli, 1905, 129 (spec. cap. § IX) ora anche in *Presupposti, concetto e principio del diritto*.

assicura la conoscibilità dell'attività, consentendo una valutazione delle dinamiche di ponderazione degli interessi che hanno portato alla decisione finale, e, dunque, al risultato.

In questa prospettiva investigativa, diretta in maniera evidente – e sicuramente controcorrente rispetto ad alcune letture – a far emergere la dignità del tema in termini di obbligo inderogabile, la forma, intesa come matrice delle dinamiche procedimentali e metodologiche del potere, anche in considerazione della sua incerta, e in ogni caso eterogenea caratterizzazione, può divenire punto di gravitazione dei fenomeni amministrativi, e quindi il criterio per spiegarne e indirizzarne gli sviluppi¹⁶. Può, in altri termini, ambire a divenire sintomo attraverso cui l'interprete può tracciare le direzioni, al fine di analizzare ogni singola condotta come proiezione sostanziale del risultato.

La forma integra, nel contesto delle premesse teoriche che si assumono sulla base della elaborazione di una parte della dottrina, un "altro aspetto del diritto più fondamentale e soprattutto antecedente¹⁷" al dato

Trilogia, Milano, Giuffrè, 1959, 99; sul tema, cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, ora anche in *Opere giuridiche*, I, Napoli, ES, 2001, 358, osserva che la forma nel diritto pubblico si basa sul presupposto dell'"indubbio vincolo" dell'amministrazione alla legge ma deve essere graduata in base ad altri parametri che, eventualmente, emergono; di recente, sul tema, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista nel processo di modernizzazione della p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3, 1021, per il quale il diritto è forma, è sovrastruttura che costituisce i suoi contenuti; si v. L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 3, opera, sul piano del paradigma costituzionale da adottare, una revisione critica della nozione di democrazia in senso formale, e di riflesso, del connotato formale e procedurale delle decisioni pubbliche, in termini di potenziale conformità; sul tema della forma, e sulla opportunità di operare una distinzione tra sistema culturale e sistema giuridico, si v. A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 1, 1 ss., 12, le graduazioni che rispecchiano la differente funzione dei soggetti, senza ingenerare mutilazioni o partizioni indebite, consentono di individuare un sistema linguistico, esigenza prioritaria della comunicazione, e un sistema giuridico, che rappresenta il *munus* del governo e della regolazione sociale dell'azione dei soggetti dell'ordinamento.

¹⁶ La prospettiva di assumere i concetti giuridici indeterminati quali criterio per analizzare la realtà è utilizzata, in termini metodologici, *ex multis*, da S. LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e alle sue strutture fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1960, 4, poiché si desume la necessità di affrancare le analisi da ogni preconconcetto, in quanto l'amministrazione è titolare di un potere di apprezzamento e ponderazione comparativa, che deve essere elevato a momento centrale nella costruzione dell'interesse pubblico concreto, nei suoi termini e limiti giuridici e fattuali.

¹⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*^{11ed}, Firenze, Sansoni, 1951, 5, ora anche in

positivo, sia per le esigenze logiche e delimitative del concetto, sia per l'esatta valutazione della realtà in cui la nozione giuridica si esplica, poiché la forma deve porsi quale enunciazione di un obbligo puntuale dell'agire e un modello di riferimento per la pubblica amministrazione¹⁸, ma anche per lo stesso privato e, ovviamente, per il giudice amministrativo.

In questa prospettiva, l'analisi dei singoli elementi dell'attività pubblica, nell'ambito della teoria del comportamento, richiede revisioni e approcci interpretativi critici, non meramente passivi, poiché, nel mondo contemporaneo, non tutte le fasi dell'agire sono direttamente osservabili, anche perché sono previste, sempre più di frequente, ipotesi di attività amministrative non manifestative, "i profili giuridici della oggettività immateriale¹⁹", tra cui è intuitivo far riferimento alle ipotesi di si-

L'“ultimo” Santi Romano, Milano, Giuffrè, 2013, 7, tale superamento si rende necessario non solo per un'aspirazione investigativa che ambisca a una coerenza interna, ma che si ponga quale fattore di giustificazione e di rappresentazione della complessità delle vicende giuridiche [si v., per una lettura contemporanea dell'impostazione di S. Romano, nell'ottica della ricerca di un ordine interno ai sistemi, N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1, 19, la fenomenologia descrittiva si converte in teoria della pluralità; cfr. A. TRAVI, *Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*. Pisa, 14-15 giugno 2018, Napoli, ES, 2019, 199 ss.].

¹⁸ Una preliminare rassegna normativa e pretoria è offerta, con estrema completezza dei contenuti, sebbene si limiti all'attività amministrativa provvedimentoale, da L. RAGNISCO, *Forma e impugnativa di alcuni atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, II, 170 ss., che intima di operare le determinazioni classificatorie dell'atto non in base al dispositivo, ma in base alle formalità che lo caratterizzano; sul tema, si v. D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*^{11ed}, Padova, Cedam, 1932, 6 ss. (rispetto all'impostazione di Donati, si deve osservare, come fa G. BERTI, *Rileggendo Donato Donati*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1967, 6, 224 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, 8, che, per l'Autore, l'atto amministrativo, tendenzialmente, non crea rapporti giuridici autonomi poiché non è deputato a generare diritto. Tale lettura si pone all'esito di una concezione della separazione sostanziale delle singole funzioni statali).

¹⁹ Si v. A. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.) ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, 467 (spec. par. § 13) anche il comportamento immateriale, che palesa un evidente tratto critico in relazione al suo manifestarsi, è caratterizzato da due aspetti, entrambi oggettivi, il disporre e il decidere; nel diritto amministrativo – posto che nella presente indagine non vi è un profilo di analisi specifico al tema del silenzio – necessario è il rinvio a F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 83; più risalente nel tempo è la lettura di O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Riv. sc. Giur.*, 1892, 3 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, 1

lenzio, perché l'evoluzione della dinamica dei rapporti impone un adeguamento del metodo. In relazione a queste ultime, in ogni caso, non può teorizzarsi l'assenza della forma, ove si ponga mente proprio alla dimensione del risultato.

Alla luce di tali brevi rilievi, è evidente, inoltre, che occorre superare qualsiasi idea di una possibile accezione negativa del ruolo della forma²⁰ – non aderendo, come detto, a prospettazioni tese a configurarla come genetica e assoluta nemica dell'amministrazione moderna e degli

ss., sul tema delle connessioni tra l'interno volere e la mancata esternazione espressa (tesi ripresa integralmente dagli studi di R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV, 106 ss.); il tema del silenzio, in termini di modalità di agire, impone di raccordare le teorie elaborate da, *ex multis*, U. BORSI, *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1931, IV, 77, con la necessità che il comando, tratto tipico dell'esercizio del potere sia configurato attraverso un atto di linguaggio, di tipo descrittivo e prescrittivo, come, di recente, sostenuto da N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 20; anche il momento della manifestazione dell'agire vive in una polarizzazione tra l'unicità-esclusività delle valutazioni e la molteplicità degli ordinamenti statali che si autoaffermano e autolegittimano, la c.d. pluralizzazione degli ordini, come osservato da F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti* ad vocem, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 1 ss.; discorre di "pluralità monotipica", in termini di obiettivo per le singole branche del diritto, A.E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, Giuffrè, 1963, 210.

²⁰ Anche se è opportuno riferire che teorie come quelle elaborate da F. FERRERO, *Le forme scritte degli atti amministrativi*, Perugia, Tip. Guerriero Guerra, 1934, 5, "la forma ha notevolissima importanza nel campo dell'attività amministrativa, tanto da assurgere ad una considerazione autonoma, distinta dal contenuto dell'attività stessa" devono essere rivisitate, poiché i due aspetti appaiono inscindibili nella loro dialettica, le ipotesi di scissione – il silenzio, ad esempio – sono connaturate a precise scelte legislative e connotate da esigenze avvertite nella contemporaneità, più che in passato; si condivide, invece, senza riserve, l'impostazione offerta da U. FORTI, *Forma scritta e nullità di atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1933, III, 7 ss., per il quale le formalità prescritte in diritto amministrativo integrano la legittimità dell'atto e l'inosservanza delle stesse induce a indagare di che tipo di vizio si tratta, ma, si deve rilevare "energicamente, che la forma scritta è la regola e che se pure vi sono casi in cui l'atto amministrativo può e talvolta deve essere emanato in forma verbale, ciò dipende dalla specialità della materia o da espressa disposizione". La forma può essere imposta da ragioni pratiche, comuni nelle ipotesi in cui l'autorità sia surrogata dal consenso nell'ambito dei rapporti amministrativi, poiché "il consenso è una di quelle manifestazioni di volontà che meno frequentemente hanno carattere formale quando si riferiscono ad un atto dell'autorità pubblica e provengano dal cittadino o da altro organo subordinato". Si rileva, pertanto, una condivisibile visione graduale in ordine alla rigidità richiesta per le forme amministrative.

obiettivi cui la stessa tende – dovendo invece convenire verso una prospettiva di indagine che muove dalla considerazione secondo cui, proprio nel suo procedere, l'autorità deve manifestarsi, è obbligata a rendere percepibile il suo agire²¹ e soprattutto a farsi garante essa stessa della correttezza sostanziale della sua azione.

La fisionomia della forma deve essere letta proprio nell'ottica del rapporto tra contenuto e forma – tra il *che cosa* e il *come* dell'agire, per utilizzare una formula particolarmente espressiva²² – che non deve porsi a svantaggio di quest'ultima, pur nella consapevolezza che i punti cardinali dell'indagine non possono essere fissi o precostituiti, ma si assumono nell'insuperabile variabilità delle costruzioni logiche imposte dal cambiamento amministrativo²³.

²¹ Si deve, a tal proposito, riferire della posizione, in termini di “schema”, elaborata da Capaccioli, per il quale l'essenza del diritto amministrativo risiede nell'attribuzione del potere e nella conseguente tipicità dello stesso – carattere oggi posto sotto innumerevoli pressioni esterne – al di là delle modalità di manifestazione, mentre tutto il resto assume carattere recessivo e accidentale, come osserva F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009, 4, 873 ss.; il tema, nella medesima chiave teorica, ma con differenti premesse è analizzato da A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Univ. Macerata*, Padova, Cedam, 1929, 38; in termini generali, cfr. G. FERRARINI, *La forma degli atti giuridici*, in *Note di diritto civile*, Modena, s.e., 1989, 83 ss.

²² F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, Cedam, 1938, 233, 280, in considerazione delle innegabili utilità che promanano dall'inquadramento di tutti gli elementi costitutivi degli atti, anche se si tratta, nella celebre opera, di atti processuali. Si avverte di una incompletezza di fondo che caratterizza la distinzione tra forma e contenuto, perché entrambi i termini sono esposti a scarsa determinatezza e mancanza di univocità definitoria. Si identifica la qualifica di giustificazione, tratto unificante di forma e contenuto, con gli “elementi razionativi” (103, 108). L'Autore, peraltro, ha contribuito a trasporre sul campo della teoria generale dell'atto giuridico la dicotomia tra agire ed evento, proprio attraverso un esercizio di comparazione con la coppia concettuale rappresentata da forma e contenuto. Ogni momento dell'agire si estende ai due aspetti menzionati, “la cui menzione è necessaria affinché l'agire possa spiegare la funzione tecnica indicata dal suo nome”.

²³ Cfr., in termini generali, V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Giuffrè, Milano, 1977, 2 ss., 13, la complessità sociale determina variazioni ineliminabili delle modalità dell'agire amministrativo, un'evoluzione, dapprima episodica e quasi inconsapevole, che impone cambiamenti continui, “un intricato e disordinato evolversi”. Le società e le amministrazioni, proprio per il loro modo d'essere e le loro complesse e intense dinamiche, mostrano segni di composizione giuridica eterogenei, palesano in modo necessitato, anche dalle stesse endemiche complessità, di non potersi sviluppare al di fuori di un'atmosfera giuridica da esse prodotta; peraltro, questo approccio, estensibile a tutti i settori del diritto

Come osservato autorevolmente, “l’espressione ‘forma’ deve essere intesa nel suo significato amplissimo, e cioè come una correlazione strutturale unitaria, in cui una serie di elementi percepibili sono in rapporto reciproco, una struttura, cioè, idonea a conservare l’impronta di chi l’ha foggiate, o di chi la incarna²⁴”, anche se, come è evidente, si deve operare un’operazione interpretativa di adattamento di tale elaborazione alle caratteristiche delle modalità di agire dell’amministrazione contemporanea.

La nozione indagata incarna un “travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra cittadino e Stato non ha avuto ancora, e forse non potrà avere mai, una soluzione unica, in luogo della quale lo stesso ordinamento giuridico si appaga di una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie, che sembrano fatte apposta per alimentare la polemica delle teorie²⁵”.

L’accurata attenzione nelle indagini, offerta dalla dottrina, consente – ma in ogni caso non può trattarsi di un approccio risolutivo – di volgere lo sguardo alle formalità prescritte per le vicende strettamente processuali²⁶, estensibili alle forme sostanziali e quindi amministrative, in virtù di un collegamento che si basa sul carattere di pubblicità delle due funzioni cui si fa riferimento²⁷. Si tratta di fasi e di forme differenti, non sovrapponibili, né mutuabili da un sistema all’altro acriticamente, per ovvie ragioni.

to amministrativo, rivela la sua essenza qualora si provi ad analizzare ambiti specifici, le c.d. componenti minime dell’indagine, come osserva G. BERTI, *Ordinamento amministrativo e ristrutturazione comunale*, in *Le Reg.*, 1979, 4, 623 ss., 638.

²⁴ Cfr. E. BETTI, *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma, Città nuova, 1987, 61.

²⁵ Cfr. P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, ora anche in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, 4 ss.

²⁶ Ci si riferisce a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, Jovene, 1933, 329, “dai profani si muovono molte censure alle forme giudiziali, in base al fatto che le forme danno luogo a lunghe ed inutili questioni, e spesso la inosservanza d’una forma può produrre la perdita del diritto: e si vagheggiano sistemi processuali semplici e scevri di formalità. Tuttavia, l’esperienza ha dimostrato che le forme nel giudizio sono necessarie come e a più forte ragione che in ogni altro rapporto giuridico; la mancanza porta il disordine, la confusione, l’incertezza. Disgraziatamente è difficile avere un sistema di forme logico, cioè rispondenti alle condizioni del tempo in cui si vive. Molte forme sono il portato delle condizioni sociali e politiche del tempo: ma molte sono resti di antichi sistemi, che si tramandano per un attaccamento, talora giusto, talora irragionevole alla tradizione e per lo spirito conservatore che domina nel ceto forense”.

²⁷ In questo senso, U. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano, Giuffrè, 1942, 135 (nota § 24) anche per i riferimenti bibliografici richiamati.

In relazione alla più volte citata ostilità dell'ordinamento amministrativo sul tema, è particolarmente evocativo che, già nel 1908, in una sentenza della Corte d'appello di Napoli²⁸, si percepisce in maniera inequivoca che tutte le questioni affrontate ruotino attorno a una sola tendenza e come lo stesso tribunale si sia "lasciato dominare da una sola persistente preoccupazione, quella di non apparire eccessivamente incline al culto delle forme sacramentali²⁹".

Occorre allora domandarsi se non sia giunto il tempo per una rivalutazione della forma, da intendersi quale obbligo e struttura metodologica che grava in capo all'amministrazione, rappresentando un elemento sempre necessario del manifestarsi dell'autorità, nella sua proiezione nel contesto di un

²⁸ Corte app. Napoli, 11 maggio 1908, in *Giur. it.*, 1908, I, 659 ss., che si esprime, rigettando l'istanza, sulla presunta nullità di una deliberazione del consiglio comunale di Napoli, relativa alla stipulazione di un contratto, per essere la discussione avvenuta a porte chiuse, senza esplicita motivazione al riguardo, poiché la pubblicità è stata rispettata in altre adunanze tenute per lo stesso oggetto, risultando inoltre sul punto, l'unanime consenso tacito del consiglio per la chiusura delle porte. La distinzione tra atti solenni e atti non solenni, la controversia sulla libertà delle forme sono modeste variazioni nel contesto del principio di legalità; in senso parzialmente difforme ma coeva alla sentenza citata è Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 1921, in *Giust. Amm.*, 1921, 288, "un provvedimento emesso, sia pure in forma non solenne, fa presumere, fino a prova contraria, che sia vera ed esatta la indicazione degli atti documentali che il provvedimento stesso dichiara essersi tenuti presenti", poiché si palesa la rispondenza tra funzione conoscitiva e contenuto dell'atto, a prescindere dalla solennità delle forme prescelte dall'amministrazione; sul tema, condiviso in questa sede è l'ammonimento di M.S. GIANNINI, *In tema di verbalizzazioni*, in *Foro amm.*, 1960, I, 1102 ss., 1103, le verbalizzazioni degli atti degli organi collegiali implicano un rapporto interno tra diversi momenti amministrativi caratterizzato da una spiccata peculiarità, poiché "il trasporto dal negozio privato al provvedimento e all'atto amministrativo della tematica relativa alle forme (*ad substantiam* o *ad probationem*) suscita grosse perplessità, in quanto la distinzione tra le due sorte di forme ha una ragion d'essere finché si rimane nella sede propria dell'autonomia privata, ossia in una sede in cui l'ordinamento tutela le manifestazioni del privato concernenti le disposizione dei propri interessi nei limiti in cui il privato si attenga a determinate regole imperative; mentre tale ragione non sussiste in una sede strutturalmente diversa da quella dell'autonomia privata, com'è quella dell'attività autoritativa dell'amministrazione pubblica, la quale deve necessariamente seguire determinate regole per poter agire in modo giuridicamente rilevante".

²⁹ Si opera un rinvio al pensiero di L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, Vallardi, 1908, 629 ss., "infaticabile demolitore dei vietati formalismi che ancora inceppano, e nella legge e nella pratica giudiziaria, il sistema processuale in Italia"; cfr., per un'analisi relativa ai momenti di sintesi dell'amministrazione per collegi, E. GUICCIARDI, *Atti di collegi amministrativi e sottoscrizione del verbale*, in *Giur. it.*, 1964, III, 44.

rapporto amministrativo, nel convincimento che essa non sia in sé negativa. Un aspetto indispensabile di applicazione del diritto, che si trova – o quantomeno dovrebbe trovarsi – nella completa disponibilità del soggetto preposto, e pertanto responsabile, della cura del pubblico interesse, anche se si tratta di una disponibilità mediata dal principio di legalità.

Emerge, in definitiva, che la forma ha rappresentato e rappresenta l'elemento debole e, come tale, sacrificabile, dell'attività amministrativa. Da tale punto di partenza si devono indagare le traiettorie per rivalutare tale aspetto e le irrinunciabili funzioni cui la stessa assolve.

2. *La forma come garanzia in tutte le modalità di agire amministrativo*

Un'ulteriore notazione d'apertura, anche di carattere metodologico e in termini di priorità e delimitazione investigativa, si rende necessaria, poiché la riflessione per cui "l'autorità si manifesta in forme sempre nuove, confermando l'attualità delle questioni dei giuristi debbono continuamente riproporsi sul fondamento del potere, sulla sua portata e sulla sua consistenza, sui modi più appropriati di tutela della sfera di libertà garantita³⁰" consente di estendere l'ambito di analisi alle differenti modalità di esternazione di cui l'amministrazione può servirsi, rifuggendo da giudizi di prevalenza di una modalità sull'altra, che potrebbero condizionare, e quindi limitare, lo studio³¹. È evidente che il primo e più immediato parametro è rappresentato dal provvedimento, dalla determinazione autoritativa³², esito di una sequenza procedimentale, ma

³⁰ L'autorevole spunto è offerto da F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*. Atti del XXX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 20-22 settembre 1984, Milano, Giuffrè, 1987, 83 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 260.

³¹ Ci si appropria della interpretazione fornita da G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008, 44, "la stessa idea di potere e quindi di sovranità è presente nella struttura" delle differenti modalità di agire. "Il diritto amministrativo combacia sempre con l'area del 'potere', in quanto quando si manifesta nella caratterizzazione insieme degli atti, degli accordi, all'interno delle procedure, dell'autotutela, della responsabilità e alla fine della giustizia che coglie, attraverso il rapporto tra potere e interesse legittimo, tutto ciò che deriva dal mondo amministrativo e contribuisce al tempo stesso a renderlo percepibile all'esterno in ogni suo contorno".

³² O. MEYER, *Deutsches Verwaltungrecht* (1st ed., 1924, rist. inal. 1960) I, München, Duncker & Humblot [trad. it. a cura di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, in

ciò non deve rappresentare un limite per la possibilità di analizzare le altre e diverse forme di esternazione dell'amministrazione.

In base a tali premesse, l'indagine può riferirsi indistintamente alla forma³³ dei singoli episodi di esercizio del potere, ossia contratti³⁴, ac-

U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, 777 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002]; tuttavia, non pare possibile sovrapporre la nozione di autoritatività, in termini certi e immutabili, con quella di discrezionalità, poiché quest'ultima pare rappresentare "una forma minore per quantità (e per qualità nelle rappresentazioni correnti) di quello spazio decisionale che compete anche al potere unilaterale privato", come rileva C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1, 142, poiché si tratta di stabilire quanto al potere si appartiene per volontà di legge e quanto sia il potere stesso ad aggregarsi nell'ordine dei fatti; particolarmente netta, limitatamente a quanto di interesse per la presente indagine, in termini di esclusività delle modalità di agire, è la posizione di B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 483 ss., 510, "la pubblica amministrazione è autorità; è impero; le sue manifestazioni di volontà sono unilaterali ed esecutorie. Il provvedimento e non il contratto è il simbolo dell'agire amministrativo". In tal senso, si osserva, poiché si deve riferire di tali sviluppi, seppur in maniera non esaustiva, anche in relazione alle modalità di esternazione, che non si prevede la assimilazione del provvedimento al contratto, poiché il modello contrattuale è un atto impegnativo e l'amministrazione non può impegnarsi fino al punto di rinnegare l'autorità, che ne rappresenta un attributo strutturale e dalla quale la stessa non può ovviamente dissociarsi.

³³ Come osserva, in termini generali, N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, Cedam, 2007, 3 ss., l'agire è la parola del fare, dell'inesausta creatività, dell'energia che trascende le singole fasi. Il rischio, avverte l'Autore, risiede nel considerare le forme come esterne e arbitrarie, circostanza che indurrebbe a una 'irrelazione' tra forma e agire.

³⁴ Il rigore formale dei contratti della pubblica amministrazione si palesa, talvolta, come addizionale elemento che connota l'agire pubblico, posto in termini di ulteriori prescrizioni e non in forma di regime alternativo rispetto all'ordinario previsto dal diritto comune, poiché è fattore preclusivo della volontà delle parti, presunta dalla forma stessa del contratto, *ex multis*, si v. l'impianto argomentativo elaborato da Cass., sez. III, 26 giugno 1946, n. 746, in *Foro amm.*, 1946, II, 78 (con nota di A. FOSCHINI, *Criteri differenziatori tra locazione di cose e concessione amministrativa*, *ivi*, 81 ss., si riscontra sovente, nell'ambito del medesimo rapporto, avente forma e rappresentazione contrattuale, la coesistenza di elementi pubblicistici e privatistici, che si intrecciano e si collegano, difficili da isolare per natura); si v., anche per la originalità della vicenda e per il pericolo di sovvertire contemporaneamente i principi che presidono entrambe le fasi della vicenda contrattuale, E. MENNA, *Se alle amministrazioni comunali e provinciali possa esser consentita la forma del contratto verbale*, in *Boll. Op. pie*, 1912, 2, 17 ss., che opera un'applicazione differenziata delle norme di diritto comune al fine di escludere la prova testimoniale sulla base principio elaborato, *ex multis*, da Cass. Napoli, 8 marzo 1910, in *Riv. amm.*, 1910, 485, per la quale tutti i contratti dello Stato devono risultare da atti scritti a norma delle speciali determinazioni di legge e non possono provarsi per testimoni; Cass. Napoli, 8 giugno

cordi, comportamenti³⁵ e operazioni amministrative³⁶, e del non agire,

1883, in *Boll. Amm. Nap.*, 1883, 331, sul perfezionamento formale del contratto e il vincolo inscindibile con l'iter di approvazione autoritativo (sul tema si osserva l'interessante lettura offerta da E. PRESUTTI, *Dei provvedimenti emanati dai Commissari Prefettizi*, in *Foro amm.*, 1926, II, 55 ss., 60, nella cooperazione giuridica necessaria, la cooperazione è presupposto essenziale e costitutivo, ogni qual volta l'ordinamento richiede forme di concorso di differenti dichiarazioni di volontà per il perfezionamento di un negozio, "onde la cooperazione giuridica necessaria per il perfezionamento di un negozio attiene solo alla forma del negozio stesso". L'Autore opera una equiparazione tra cooperazione giuridica e atto complesso in relazione al suo perfezionarsi); Trib. Belluno, 4 settembre 1924, in *Foro ven.*, 1924, 490, "il contratto d'appalto per costruzione di opere pubbliche nell'interesse dello Stato, delle province o dei comuni, deve essere redatto per iscritto. Ma se, invece, un'opera pubblica sia stata eseguita per incarico di una pubblica amministrazione, dato verbalmente, il rapporto deve essere regolato dalle norme comuni". La differente veste formale conferita all'affidamento incide sul regime giuridico applicabile, circostanza che espone tale sostanziale libertà di agire ad abusi da parte dell'amministrazione; differente è l'interpretazione della deliberazione d'accettazione che deve essere portata a conoscenza del proponente, con stipulazione in forma scritta della convenzione, come rileva Corte app. Genova, 20 giugno 1911, in *Dir. comm.*, 1911, 656; sul tema, nella prospettiva della conoscenza del singolo atto, cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Facoltà create delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1895-1896)*, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, 363, che rileva la necessaria rigidità delle formalità prescritte e la relativa eterogeneità di fini verso le quali le stesse sono dirette; Cass. Palermo, 28 febbraio 1885, in *Riv. amm.*, 1886, 33, sulla perdurante resistenza di autorità dell'agire in relazione a rapporti contrattuali di tipo attivo; Trib. Napoli, 28 marzo 1885, in *Il Filangieri*, 1885, 380; Corte app. Palermo, 10 luglio 1885, in *Cir. Giur.*, 1886, 208; sul regime e le forme di pagamento dei contratti attivi, Cons. St., 1° luglio 1887, in *Giur. it.*, 1888, 70; Cass. Roma, 15 marzo 1889, in *Giur. it.*, 1889, 99, sul tema, attesa l'impossibilità di poter conferire tratto di esautività alla bibliografia, ci si limita a riportare la posizione scettica palesata da E. CAPACCIOLI, *Evoluzioni recenti della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, 445, che riscontra l'esistenza di diversi punti di ipocrisia in relazione alle prescrizioni formali e procedurali, puntualmente disattese nella prassi. La separazione tra forma e contenuto, onde la forma rappresenta un momento estraneo e superfluo, insensibile al variare dei contenuti, in ogni caso determinati dal potere, sembra non reggere dinanzi agli sviluppi che la scienza giuridica, anche quella amministrativa, ha garantito attraverso il superamento di radicate convizioni.

³⁵ Ci si riferisce a H.A. SIMON, *Administrative Behavior* (2nd ed., 1957) New York, MacMillan (trad. it. a cura di S. CIMMINO, *Il comportamento amministrativo*^{led}, Bologna, Il Mulino, 1967) che sintetizza le diverse modalità dell'agire, ivi compreso qualora lo stesso non sia palese, in relazione all'esigenza di garantire razionalità ed equilibrio, le "tavole dei valori di riferimento per il soggetto pubblico". L'Autore lega in maniera indissolubile il comportamento al necessario carattere di razionalità, il quale, a sua volta, rinvia nella gerarchia dei fini, una "consua integrazione, per il raggiungimento dell'auspicabile fine della temprezza" (121) [si v., con riferimento al canone della razionalità elaborata nel pensiero di Simon, D. CAMPUS,

L'eredità di Herbert Simon tra psicologia cognitiva e scienza politica, in *Riv. it. sc. Pol.*, 2001, 2, 291 ss., che osserva la sussistenza di un limitato numero di opzioni che l'amministrazione può selezionare, limiti che devono essere accuratamente distinti tra interni ed esterni. Per altro verso, si osserva che la pubblica amministrazione, oltre i ben noti limiti esterni, tra i quali la funzionalità dell'azione e il rispetto del principio di legalità, incontra un limite nelle scelte di identificazione organizzativa che la stessa adotta, che comporta l'adesione a un determinato modello. Proprio al pensiero di Simon si deve l'emancipazione delle analisi sui percorsi decisionali dell'amministrazione dal momento organizzativo al momento precettivo, inteso quale momento di esternazione dell'autorità (294)]; necessario è il rinvio alla nota teoria elaborata da A. FALZEA, *Fatto giuridico* ad vocem, ora anche in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, 397, "per abbracciare ogni possibile atteggiamento esterno del corpo umano, ogni atteggiamento corporeo che sia coesione o incoscienza, volontario o involontario, ma sia in ogni caso 'iniziativa' dell'uomo (un libero, non fisicamente determinato, spiegamento di energie umane), occorre costruire una figura notevolmente più ampia: la figura generale del comportamento". È, altresì evidente, che la libertà di cui discorre l'Autore deve essere riparametrata nei termini di discrezionalità, per consentire un adattamento ai termini amministrativi; una delle prime teorie che hanno optato per una teorizzazione del comportamento amministrativo risale a U. FRAGOLA, *Atti e comportamenti amministrativi equivalenti*, in *Foro amm.*, 1937, I, 81, il quale osserva, in maniera critica, il tendenziale atteggiamento di chiusura del Consiglio di Stato, per il quale, la mancanza, nella teoria degli atti giuridici, di un capitolo sui c.d. atti equivalenti ha generato la riflessione per cui "ed è per questo che fino ad ora si è proceduto ad impressione, e talvolta non si è riconosciuto l'atto giuridico in certi comportamenti materiali del soggetto, veramente equivalenti ad un espresso atto giuridico" [lo stesso U. FRAGOLA, *Natura e condizioni dell'atto-comportamento della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1936, I, 187 ss., 190, osserva che affinché un comportamento della p.a. possa assumere il carattere di una manifestazione di volontà, sia pure tacita, devono concorrere, tre condizioni, *id est* che il comportamento sia concludente e non si presti a dubbie interpretazioni e che non si tratti di un atto amministrativo per il quale sia prescritta una determinata forma, in termini tassativi e non sia prescritto l'obbligo di motivazione a pena di nullità. "Si osserva, che vi sono degli atti amministrativi, per la validità dei quali è indispensabile la osservanza di determinate 'forme'. Si distinguono, all'uopo, forme essenziali e forme non essenziali (la inosservanza di queste ultime non importa invalidità degli atti amministrativi: che per quanto sia ammesso il principio della non formalità degli atti amministrativi, esso ammette parecchie eccezioni, o per espressa disposizione di legge o perché è ricavabile per implicito" (191)]; L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 579 ss., "la scienza del diritto amministrativo è e tende a diventare sempre più scienza dell'esperienza amministrativa, rivolta a cogliere il diritto amministrativo nel suo farsi, nel suo emergere come diritto e quindi attenta a considerare la genesi, il contenuto, i fini, l'effettivo porsi degli istituti amministrativi"; sul connotato esteriore e vincolante del comportamento amministrativo, si v. S. LESSONA, *Interesse privato e dovere di abrogazione di provvedimenti successivamente inefficaci*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, 289 ss., 302.

³⁶ L'utilizzo del termine operazione si deve principalmente a D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, ES, 2005 e a L. GIANI, *L'operazione*

cioè in quei casi in cui la forma sia non percepibile come tale, ma sia in ogni caso una manifestazione del potere³⁷, pur con le revisioni necessarie di cui si dirà, e questo in quanto, come anticipato in apertura, proprio la forma non è, e non dovrebbe essere, dedotta, né deducibile come elemento a priori, secondo uno sterile schema strutturale che la riduce a mera e inutile formalità, ma dovrebbe essere stabilita e plasmata dall'attività amministrativa, secondo parametri metodologici strutturati.

Si può, in altri termini, seguire una proiezione funzionale che lega la forma al contenuto, e dunque alla conoscibilità del risultato frutto del singolo esercizio, pur differenziato, di potere.

Qualora, infatti, ci si concentri su eventuali spostamenti del confine dell'area dell'autorità in favore del consenso si ritornerebbe su temi forse superati e tale lettura si rivelerebbe, inoltre, adeguata solo qualora la stessa amministrazione sia disposta a sottoporre a revisione negoziale anche i propri poteri e i privilegi³⁸; in altri termini, anche l'analisi relativa alla forma della procedura per l'affidamento di contratti pubblici deve confrontarsi con il presente, con l'innovazione digitale e con la presenza di poteri privati che condizionano il perfezionarsi delle procedure e incidono sulla portata delle forme e delle garanzie, per anticipare delicate questioni che saranno oggetto di specifica analisi.

Gli sforzi interpretativi volti a operare un giudizio di predilezione

amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo, in *Nuove aut.*, 2012, 2, 197 ss., che consente di operare un rinvio alla nozione di risultato, tema ripreso nel corso della trattazione, al fine di dimostrare che la forma non si pone in contraddizione con il risultato amministrativo ma può svolgere un ruolo ancillare per la sintesi cui l'amministrazione deve provvedere (v. *infra*, cap. § 4); analogamente si riferisce al tema delle operazioni amministrative, seppur nel contesto dell'ammissibilità del ricorso verso le stesse, A.M. SANDULLI, *Sulla impugnabilità giurisdizionale di atti amministrativi non scritti*, Modena, s.e., 1941, 65, 87.

³⁷ F. LEDDA, *La concezione dell'atto*, cit., il riferimento all'esercizio del potere può risultare utile per una riflessione solo qualora ciò esercizio implichi l'esistenza di una scelta discrezionale, anche se, con riferimento agli atti vincolati il potere di definire l'oggetto comporta la necessità di predisporre forme e schemi, circostanza che palesa in ogni caso l'esistenza di un margine, pur ridotto, di scelta.

³⁸ Si v. F. LIGUORI, *Liberalizzazioni, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, ES, 2019, 11, la trasformazione del diritto amministrativo in strumento di garanzia per gli amministrati si manifesta su un piano generale, e con specifico riguardo al profilo della tutela, perché il regime pubblicistico, anche qualora acceda a modelli di diritto comune, comporta l'assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai principi di corrispondenza tra decisione stessa e fine legale.

per il provvedimento o per il contratto³⁹ devono infatti confrontarsi con i cambiamenti che la modernità ha imposto, che rendono probabilmente superato il dibattito, almeno nella sua veste tradizionale, e impongono di volgere lo sguardo verso questioni più attuali⁴⁰.

Si deve imporre, in un contesto di evidente incertezza e revisione delle categorie tradizionali, la ricerca di evidenze che si affermano nella realtà amministrativa.

Il processo di definizione delle forme può seguire due diversi percorsi.

Il primo che procede con un esercizio di sistemazione *ab externo*, riduttivo del valore della forma, intesa quale elemento autonomo del provvedimento; il secondo muovendo *ab interno* dai singoli istituti che alla forma possono ricollegarsi.

In questa seconda ipotesi, la determinazione della forma non prescinde e non potrebbe prescindere dal rapporto di funzionalità necessaria.

Da qui la necessità di addivenire a un aggiornamento degli istituti⁴¹,

³⁹ Una notazione insuperata sul tema è offerta da M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 2, 391 ss., per il quale il diritto pubblico resta fermo nelle determinazioni e nei presupposti e il diritto privato, inalterato nel suo impianto, dimostra la sua disponibilità di fronte all'esigenza del pubblico interesse, abbandona la caratterizzazione di 'diritto dei particolari' e palesa l'espressione di una tecnica giuridica basata sul consenso. Il tema rinviene, come contro limite visto dalla prospettiva del diritto amministrativo, la corrispondenza dell'attività amministrativa ai principi tipici dell'istituzione, cui è pacificamente riconosciuta la centralità e la funzione di polo attrattivo del fenomeno giuridico nel suo complesso. Una valutazione differenziata delle vicende amministrative deve tener conto dei sottostanti profili metodologici e le concezioni circa la tematica statutale, anche se interpretata nell'ambito del contesto critico di temi quali soggettività e volontà. Non si può peraltro tacere della "difficile posizione dell'amministrazione, che, per natura, è esposta a un rischio elevato di violare situazioni soggettive", circostanza che impone regole rigorose (Cons. giust. Amm., sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136, in *Foro it.*, 2021, III, 71); S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, 176, l'estensione al diritto amministrativo del "metodo costruttivo formale anti teleologico che aveva permesso l'elaborazione di un sistema del diritto privato, estremamente maneggevole e tendenzialmente, così si credeva, universale perché puro o vuoto adattabile ad ogni ordinamento possibile, una specie di grammatica universale di tutte le lingue parlate".

⁴⁰ Di recente, cfr. F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2022, si interroga sulla centralità del momento di scelta, da parte dell'amministrazione, della concreta modalità di agire, quale momento cui attribuire un rilievo formale autonomo.

⁴¹ Il diritto amministrativo è settore ontologicamente instabile e di per sé soggetto costantemente a derive di relativismo asistemico, come osserva A. FALZEA, *Sistematica e*

al fine di consentire la definizione di assetto giuridico coerente per la soluzione del problema amministrativo⁴².

teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini, in L'unità del diritto, Bologna, Il Mulino, 1994, 417; ex multis, sul tema, senza pretesa di esaustività, M. RAMAJOLI, L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale, in Riv. trim. dir. pubbl., 2010, 2, 347 ss., 350, "la varianza fenomenologica e positiva delle nozioni e degli istituti" e la relativa trasformazione degli stessi in morfologie descrittive sembra non riguardare il tema della forma, relegata a uno status di irrilevanza. Il tentativo di costruire una parte generale del diritto amministrativo attraverso la forma difficilmente conduce alla elaborazione di una teorica generale completa di tutti gli atti amministrativi; L. TORCHIA, La scienza del diritto amministrativo, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 4, 1105 ss.

⁴² L'espressione impone di operare un rinvio a F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 133 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 337 ss., osserva che "ci si deve dar carico di non trascurabili problemi di linguaggio: invero, le tecniche espressive dell'amministrazione (...) non sempre corrispondono a quelle esigenze di chiarezza che per il cittadino hanno una ragguardevole importanza". L'Autore ammonisce, in relazione alle esigenze partecipative, che un eccesso di formalismo mal si concilierebbe con l'andamento effettivo dell'agire pubblico (343); uno dei primi riferimenti al lessico problema amministrativo, è operato da C. SORRO DELITALIA, *Il problema amministrativo e il problema politico in Italia*, in *Circ. giur.*, 1879, 118, il quale rileva la necessità di accedere a una teoria dello Stato che offra le premesse per intaccare il "regno del privatismo e creare uno spazio operativo autonomo per il diritto amministrativo"; sul tema, e non solo per l'assonanza lessicale, si v. F. SATTA, *Il problema dell'amministrazione* (parte I), in *Studi economico-giuridici* (1971-1972), Milano, Giuffrè, 1973, 227 ss., riscontra che l'amministrazione gode di ampi poteri per conoscere e valutare la situazione fattuale per la quale provvede. Peraltro, osserva l'Autore, che il formarsi procedimentale della decisione corrisponde allo svolgersi "della storia quotidiana del potere" (231), pur nelle sue premesse organizzative e strutturali, poiché è la funzione a giustificare l'esistenza stessa dell'apparato. Tuttavia, per quanto di interesse per la presente indagine, l'unità di intenti che deve presiedere l'indirizzo, inteso quale criterio guida per l'attività amministrativa e quale indissolubile realtà di organizzazione e funzione, si disgrega nel suo manifestarsi, poiché risulta complesso rinvenire un tratto unificante. La nozione di problema amministrativo non può ovviamente rinvenire nella forma, intesa quale elemento autonomo, una soluzione autonoma, senza accedere a teorie che tengano in adeguata considerazione gli altri aspetti della realtà amministrativa. La valutazione dell'opportunità dell'agire, e della relativa forma, seppur in via subordinata alla legittimità, può reggersi su regole extra-giuridiche che, a seguito di rinvio formale, potrebbero assumere autonomo rilievo giuridico; si v., per le relative interferenze tra accordo e provvedimento, F. FRANCHINI, *Atti amministrativi condizionati ad accordi fra privati?*, in *Foro amm.*, 1957, I, 347, l'amministrazione può rifiutarsi di prendere in considerazione il recesso del privato, qualora la stessa amministrazione abbia provveduto, pure non formalmente, a istruire un'ulteriore istanza del privato. L'atto d'autorità su richiesta preclude, in *parte qua*, il rito, perché la stessa amministrazione non ha perfezionato

La forma, nella sua veste di strumento di garanzia e tutela, si pone quale fattore ancillare per realizzare la convivenza e la relativa implicazione tra potere e diritto, a maggior ragione qualora siano in atto cambiamenti strutturali e particolarmente incisivi, come quelli del tempo presente, che rischiano di far dubitare della loro conformità a quel portato valoriale ritenuto, forse a torto, invariabile, sul quale poggia il sistema e che ne garantisce la tenuta.

Verrebbe già da chiedersi se la forma come caratteristica dell'attività amministrativa, sia un mito più che una realtà⁴³.

l'esercizio del potere, anche qualora la richiesta sia informale. Diversamente, nelle ipotesi di manifestazione formale di volontà da parte del privato, occorre osservare e tenere conto se il provvedimento dell'amministrazione sia stato emanato nel momento in cui la stessa viene a conoscenza della manifestazione; sul tema del linguaggio nel diritto e del relativo legame con il problema amministrativo, emblematico è il pensiero di G. DELLA CANANEA, *Diritto letteratura e filosofia negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, II, Napoli, ES, 2018, 987, il diritto non ha attitudine tanto a descrivere determinati assetti di interessi ai beni della vita, quanto a imprimervi una trasformazione, al di là della manifestazioni di volontà pubblica coerenti o contrarie; una prospettiva necessaria poiché legata al 'costruttivismo', è offerta da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'identità delle scienze giuridiche nel mondo giuridico 'plurale'*. 'Questa è l'acqua', in *Dir. pubbl.*, 2013, 2, 441 ss. (spec. par. § 2) "il metodo giuridico mescola il modo di individuare il diritto del senso comune a un approccio tecnico, o meglio fonda l'approccio tecnico sul senso comune", e, poiché il tema sembra legarsi in maniera indissolubile con la tesi sostenuta, nei procedimenti argomentativi dei giuristi si rinviene la costruzione del sistema, che si palesa, contemporaneamente, come "un blocco di granito" e "molto flessibile e variabile"; sul tema, cfr. L. BENVENUTI, *Le dottrine del diritto amministrativo. Profili metodologici e linguaggio*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, I, Padova, Cedam, 2007, 122, l'ordinamento analitico tende ad assumere lo stesso oggetto di indagine della dottrina giuridica. E, questo, poiché i giuristi sono abituati a considerare il diritto come un fenomeno prevalentemente linguistico. Il diritto amministrativo svolge un ruolo riflessivo, marca le differenze tra le operazioni interpretative e costruttive, pondera la scelta dei criteri. L'Autore rivela che le proposte di traslare lo specialismo e il formalismo scientifico moderno nel diritto pubblico rappresentano opzioni poco argomentate e, come tali, deboli (125).

⁴³ F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa italiana e i suoi protagonisti*. Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1969, 67 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006, 2733 ss., il quale, non ambisce, in una declinazione ripresa in diversi punti dello studio, "ad un'assoluta libertà di forme", "poiché l'auspicata legge sulla procedura amministrativa dovrà piuttosto disciplinare il modo di esercizio del potere e quello della partecipazione ad esso degli amministrati che non imporre rigide formalità erette a ragione dell'amministrazione quando non, addirittura, a ragione dell'amministrare. Solo in tal modo

3. *La tipicità quale carattere qualificante del potere amministrativo. Osservazioni critiche e letture attuali*

L'autorevole riflessione per la quale è dubitabile "quanto talora si legge, che l'atto amministrativo, se tipico, ha una forma necessaria"⁴⁴, poiché l'atto deve seguire la regola generale della libertà relativa all'esternazione, deve costituire il punto di partenza per tentare di vincolare la forma alla predeterminazione degli effetti giuridici⁴⁵.

Emerge e si riscontra nella realtà amministrativa una pericolosa tendenza, forse necessaria, all'atipicità degli strumenti⁴⁶, che incide inevitabilmente sui singoli elementi dell'attività e sulla stessa conoscibilità ipotecendo, almeno in parte, la dimensione garantista cui la stessa forma dovrebbe essere preordinata. Ciò si nota in maniera particolarmente avvertita nel tempo presente.

Si potrebbe, in alternativa, sostenere che la tipicità subisce alcune deroghe sistemiche, e allora proprio la forma, proprio per la sua indeterminatezza, può divenire il punto di osservazione ottimale di tali deroghe, al fine di ricondurre l'attività all'alveo della rinnovata veste della tipicità.

L'ossessione o forse l'esigenza di tendere all'atipicità assume una valenza quasi salvifica della correttezza e dell'adeguatezza dell'attività, atipicità che diventerebbe, al contrario del passato, un carattere qualificante con il quale fare i conti, rendendosi necessaria la ricerca di nuovi punti di analisi e di elementi distintivi dell'esercizio del potere, soprattutto al fine di verificarne la legittimità.

Le immagini tradizionali del potere si deformano e ci si deve abituare a diversi modi di concepire l'autorità amministrativa, ormai lontana dal modello originariamente previsto; cambia l'amministrazione come soggetto, cambia il potere per come è esercitato e di ciò ne risente, ovviamente, anche la forma.

gli amministratori, infatti, possono essere davvero ministri dell'amministrato, per amministrare insieme a lui, con la sua collaborazione e il suo controllo e non soltanto con il controllo di un organo inteso a presidiare la legittimità degli atti amministrativi (pur necessaria) ma non la validità dell'azione amministrativa".

⁴⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, Giuffrè, 1996, 321.

⁴⁵ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*^{11ed}, Padova, Cedam, 1983, 295, lega la tipicità dell'atto agli effetti giuridici prodotti.

⁴⁶ Si v., sul tema, nell'ottica di rendere il tipo funzionale alla struttura dell'attività, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

La tipicità, infatti, deve essere assunta in ogni caso come principio che definisce lo spazio del potere amministrativo, ne circoscrive l'ampiezza e ne detta limiti e condizioni, e pertanto assume il rango di canone di garanzia ineludibile⁴⁷, ma deve essere anche essa letta volgendolo lo sguardo all'attualità.

Una chiave di lettura che si ritiene di condividere – e che trova conferma in alcuni aspetti legati alla digitalizzazione, come si dirà *infra*, cap. § 6 – sposta l'attenzione dell'analisi sulla tipicità degli atti istruttori e procedurali, poiché anch'essi sono una componente del medesimo potere che confluisce nel provvedimento finale⁴⁸, facendo così emergere profili che attengono però più al metodo che alla forma intesa quale mero contenitore della decisione.

La tipicità degli atti istruttori, infatti, non deve – e non può – necessariamente essere rappresentata nelle medesime forme che valgono per i provvedimenti; anche la tipicità può attuarsi secondo modelli articolati e differenziati.

Nella stessa direzione, è evidente che si deve operare una distinzione tra la tipicità del provvedimento, legata all'unilateralità, e la tipicità degli strumenti consensuali dell'amministrazione, vincolati appunto al consenso⁴⁹. Riguardo il tema degli accordi, infatti, la tipicità non deve porsi

⁴⁷ Di recente, A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2020, 2-3, 529 ss., 532; Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2022, n. 3292, nella quale si osserva che "l'ordinamento giuridico, sebbene non definisca la nozione di 'provvedimento amministrativo', delinea comunque il relativo regime giuridico, richiamando espressamente, tra l'altro, l'autoritatività (arg. ex art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241/90), l'efficacia, l'esecutività e l'esecutorietà (artt. 21 *bis* l. n. 241/90) dell'atto provvedimento: altri caratteri, inoltre, sono desumibili dai pertinenti principi costituzionali – in primo luogo dal principio di legalità, che impone la tipicità e nominatività del provvedimento amministrativo –, ovvero sono ricavabili per differenziazione rispetto al regime giuridico di altri atti costituenti esplicazione di potestà pubblica".

⁴⁸ A. TRAVI, *Tipicità degli atti*, cit., 541, per il quale essenziale è il fondamento della norma che può essere anche implicito, purché sia sempre univoco. È sufficiente, in altri termini, che l'amministrazione sia in grado di fornire una giustificazione oggettiva delle sue scelte; cfr. B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 ss.

⁴⁹ La letteratura sul tema è particolarmente ampia, ma sul profilo indagato ci si limita a rinviare a G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, 99 ss.; in termini ampi, ma utili per l'analisi condotta, F. LEDDA, *Nuove note sugli accordi 'di diritto pubblico' e su alcuni temi contigui*, in *Giur. it.*, 1998, 1, 3 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 477 ss., 481, nell'analizzare la scelta

quale ostacolo per il conseguimento dell'obiettivo pratico che è alla base dell'introduzione stessa dell'istituto e deve essere rappresentata da una prestazione adeguata e non esorbitante imposta al privato che si ponga in 'giusto rapporto' con la prestazione erogata dall'amministrazione. Lo svolgimento critico e i problematici rapporti con la teorica del consenso nella ricostruzione del concetto di autorità non implicano, a prescindere, una dequotazione di formalità prescritte e un conseguente ripudio della tipicità⁵⁰.

Si può concludere che la fuga verso l'atipicità può essere letta in un'ottica diversa, ossia come l'esigenza di considerare e valutare l'azione amministrativa sul piano della relazione tra norma e fatti che non vuol dire superare o ignorare la tipicità, ma legare la stessa all'esercizio del potere nel suo complesso e non con riferimento al provvedimento o ai singoli atti allo stesso preordinati⁵¹.

Si attenua la libertà delle forme del provvedimento e degli atti istruttori imponendo la tipicità al potere, perché lo stesso non può, per le esigenze dell'oggi, presentarsi sempre allo stesso modo; la tipicità si mostra con forme e proiezioni diverse, ma non scompare, né smarrisce la propria funzione delimitativa e contenitiva verso le ingerenze del potere.

sottesa alla nomenclatura di accordi osserva che anche il potere giuridico è frutto di astrazioni e del potere stesso potrebbe farsi a meno, ma qualora si scelga di declinare il potere in forme diverse devono essere evitate contraddizioni.

⁵⁰ Di recente, su questi profili, anche come rilettura dell'opera di Sorace, si v. G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 363 ss., il quale osserva l'inscindibile osmosi della coppia concettuale imperatività-garanzie, che non implica un'opzione culturale di riduzione delle seconde qualora l'amministrazione agisca attraverso modelli consensuali o contrattuali; senza entrare nel merito di una questione estremamente articolata e sedimentata nelle argomentazioni, si v. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431, 433, che consiglia di rifuggire da approcci aprioristici, in "un dibattito che a volte perde di serenità scientifica, inquinato da preconcetti ideologicizzanti, volta a volta favorevoli all'autorità ovvero al consenso. Sul piano del metodo, sembra necessario evitare di considerare l'autorità come un attributo essenziale dell'amministrazione, e quindi gli atti autoritativi come i soli autentici atti amministrativi; così come, d'altra parte, non appare teoricamente appropriato ritenere pregiudizialmente che l'amministrazione consensuale sia la forma più corretta, addirittura l'unica corretta sul piano etico, di moderna azione amministrativa. Non va dimenticato che atti autoritativi ed atti consensuali sono meri strumenti giuridici; i quali vanno esaminati in modo oggettivo, in relazione alla loro rispondenza alle finalità che all'amministrazione viene chiesto di raggiungere".

⁵¹ A. TRAVI, *Tipicità degli atti*, cit., 554, si deve recuperare la dimensione dei fatti, che non vuol dire superare o essere indifferenti alla portata della tipicità.

4. *La semplificazione dinanzi alla forma: tra doverosa propensione al risultato e esercizio responsabile del potere*

La coesistenza di forma e l'attuazione di adeguate politiche pubbliche per la pubblica amministrazione rinviene un affidabile banco di prova qualora si volga lo sguardo alla semplificazione.

Il fallimento delle innumerevoli campagne di semplificazione deriva, in gran parte, dall'idea per la quale uno dei rimedi più efficaci per tentare di risolvere i problemi dell'amministrazione consista in un sacrificio delle forme, in base alla convinzione che semplificare corrisponda a una riduzione delle garanzie⁵².

Si rileva, infatti, nelle numerose riforme per la pubblica amministrazione che si sono succedute nel corso degli anni, una tendenza di *favor* indiscriminato per la semplificazione – una sorta di auspicio, poi perennemente tradito – cui corrisponde, quasi in termini di causa-effetto, un'avversione verso la forma, ritenuta causa autonoma di complicazione. È agevole osservare quasi una sovrapposizione tra strumenti di semplificazione e contrasto alle forme, come se questo costituisca la strada di attuazione innata dei primi.

L'approccio deve essere criticato in radice, se in esso si rintraccia un presupposto concettuale teso a identificare la forma con il mero formalismo, poiché semplificare non può corrispondere a un'eliminazione o riduzione indiscriminata di garanzie, forme e tempi, poiché si tratta di soluzioni che potrebbero finanche – ma si nutrono forti riserve anche su ciò – condurre a risultati immediati, ma che nel lungo periodo contribuiscono all'effetto opposto, ossia a complicare l'apparato amministrativo, allontanandolo dal risultato; proprio questa tendenza ha portato a raccontare la storia della semplificazione come una storia di 'vinti'⁵³.

Si assiste a una semplificazione per riduzione, con l'eliminazione di fasi procedimentali, con l'idea, non dichiarata ma evidente, che semplificare implichi la compressione delle forme e delle garanzie; per citare

⁵² Condivisa è la lettura critica operata da F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: scorticatoie e semplicismi mediatici*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012, 977 ss., molte delle semplificazioni procedimentali non hanno conseguito i risultati sperati, producendo spesso l'effetto opposto di rendere opaco e farraginoso l'incedere dell'amministrazione. La semplificazione non è uno strumento, ma "l'effetto di un apparato amministrativo che abbia già in sé la capacità di operare al meglio con le regole ordinarie" (979).

⁵³ Ci si riferisce al noto volume di G. MELIS, G. TOSATTI, *La riforma amministrativa 1918-1992: gli studi e le proposte*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1994, 11; A. PAJNO, *La cabala delle leggi*, in *Rass. Parl.*, 2009, 1, 253 ss.

un'evocativa e indubbiamente incisiva espressione Ledda⁵⁴, c'è il rischio che allo snellimento delle procedure consegua la morte dei diritti.

A tale errata ideologia si associa sovente una scelta discutibile dello strumento legislativo cui affidare gli obiettivi di semplificazione, affidati a decreti-legge, come tali caratterizzati dall'urgenza del provvedere che mal si concilia con gli atavici e strutturali problemi del potere pubblico.

Manca, infine, il carattere dell'organicità delle riforme che dovrebbe imporre una *reductio ad unum* o quantomeno chiarire in quale modo il sacrificio di determinate garanzie comporterebbe una semplificazione delle procedure che sia sostenibile nel lungo periodo⁵⁵.

Emerge, in termini generali, una visione della semplificazione che non è in grado di proiettare nel lungo periodo gli obiettivi cui la stessa deve tendere – volgendo lo sguardo al risultato⁵⁶ – ma si opta per una campagna di politiche pubbliche preordinate e guidate dall'ideologia della lotta alla forma.

Le politiche pubbliche che propendono alla semplificazione non dovrebbero mai transitare per la rinuncia a diritti, per ridurre i momenti di dialogo e concerto tra amministrazione e privati, ma dovrebbero incidere direttamente sul rapporto che lega l'autorità ai suoi necessari interlocutori privati attraverso un canone di solidarietà reciproca, ovvero un diverso senso di responsabilità che – per citare Pugliese – nell'amministrazione deve prendere il posto della declinante, e per certi aspetti recessiva, competenza e nel privato il posto del cieco profitto⁵⁷.

Si deve rinnovare – ma si potrebbe intensificare il verbo – l'approccio culturale diretto ad accettare le obbligate contrazioni di talune fasi dell'attività pubblica, ma nel rispetto minimo della forma, in un'operazione complessa, che non può non ricomprendere un adeguato senso di responsabilità nell'esercizio del potere pubblico, con un rinnovato interesse ai propositi dell'amministrazione del tempo presente.

⁵⁴ Cfr. F. LEDDA, *Alla ricerca della lingua perduta del diritto*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 1, 1 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 494; il rischio si verifica in maniera avvertita per gli interessi sensibili, come osserva F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1, 3 ss.

⁵⁵ Si v. F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012, 685 ss.

⁵⁶ Analizzato diffusamente *infra*, cap. § 4, nell'ottica dello statuto giuridico dell'amministrazione.

⁵⁷ Ci si riferisce a F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole nuove responsabilità*, Napoli, ES, 2013.

5. *L'incerta ma inderogabile ricerca della collocazione della forma nell'amministrazione contemporanea*

Si possono identificare, a tal punto, le traiettorie che la forma può garantire allo sviluppo dei rapporti tra amministrazione e amministrati nel mondo della modernità, per chiarire in che modo la stessa possa rappresentare una modalità di tutela adeguata avverso il potere.

La necessità di individuare, isolare e, contestualmente, conferire apposita collocazione sistematica agli elementi di un ordinamento – anche se si avverte che si tratta di un'attività principalmente concettuale – e nello specifico quello amministrativo, risponde a esigenze differenti, tra le quali il modo in cui lo stesso sia in grado di assicurare la propria vigenza e corrispondente forza precettiva e consentire di operare una verifica sulle modalità di autodefinizione dei propri elementi strutturali⁵⁸.

Analizzare l'amministrazione, intesa quale sistema chiuso, in termini di ordinamento giuridico – nozione da intendersi così come elaborata fin dal pensiero di Santi Romano⁵⁹ – qualora si assuma come parametro

⁵⁸ Si v. M.S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 2, 997 ss. (il lavoro si pone in una dialettica diretta con altro scritto, dello stesso A., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 1, 219 ss.) osserva che la normazione è l'aspetto più rilevante poiché palesa il complesso sistematico di norme regolatrici degli elementi e i rapporti tra essi. L'Autore osserva che la plurisoggettività non rappresenta, di per sé, un nocumento al grado di legittimazione del potere pubblico, ma ne costituisce un elemento classificatorio; si v. D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1, 45, il quale, in relazione al pensiero di Orsi Battaglini, osserva che l'ordinamento amministrativo si legittima in base alla considerazione, in termini dubitativi, per cui lo stesso Stato di diritto, "come oggetto e principio di scienza, è anzitutto unità e omogeneità dell'ordinamento: il costituirsi, al suo interno, di discipline autonome e fondate, come il diritto pubblico, su alcuni principi radicalmente eterogenei potrebbe comportare disordine scientifico".

⁵⁹ Cfr. B. SORDI, *Statualità e pluralità nella teoria dell'ordinamento giuridico*, in R. CAVALLI PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*. Pisa, 14-15 giugno 2018, Napoli, ES, 2019, 19, la statualità, già nel pensiero di Santi Romano, non è riferibile unicamente all'*imperium*, ma deve essere predicabile per isolare le nozioni derivate, e, in chiave moderna, quella di amministrazione; il tema è ovviamente condizionato dal contesto esterno nella quale l'amministrazione si colloca e al quale la stessa deve provvedere, in continuo divenire, cui è avvinto in maniera evidente il tema della modalità di esternazione dell'agire, come rilevato da V. GUELI, *Pluralità degli ordinamenti e condizioni della loro coesistenza*, Milano,

la forma, risulta un'operazione complicata, non solo perché non è rinvenibile una norma di carattere generale posta a tali fini – come più volte notato – ma non è neppure ricavabile un modello di riferimento, ispirato dai principi cui l'amministrazione deve tendere, in quel contesto di supremazia speciale che caratterizza – si ritiene di utilizzare il tempo presente – i rapporti tra amministrazione e cittadino⁶⁰.

È, tuttavia, opportuno avvertire del rischio opposto, ossia che l'eccesso di formalità si trasformi nei c.d. formalismi nocivi⁶¹, circostanza che equivarrebbe a legittimare le ragioni di un rimprovero mosso al diritto amministrativo, ossia quello di disciplinare le procedure sempre e comunque in funzione degli individui, anche quando l'esigenza è quella di garantire l'interesse pubblico, attraverso la previsione di meccanismi di tutela eccessivi per lo scopo – difficilmente misurabile, si avverte – di garanzia⁶². In altri termini, è innegabile – anche se si palesa un notevole scetticismo a riguardo – che il compito del diritto amministrativo si configuri nella individuazione di modalità per “ottenere un livello non minore di garanzia sostanziale attraverso una maggiore libertà formale⁶³”.

Tale approccio richiama la ‘tenue giuridicità’ di cui sembra essere intriso il diritto amministrativo come branca autonoma, nell'ambito del quale le conciliazioni tra esigenze difformi si ottengono solo all'esito di evidenti compromessi, posto che la stessa amministrazione “garantisce

Giuffrè, 1949, 12 ss., che avverte che gli ordinamenti giuridici – l'uso del plurale ne rivela le premesse teoriche – si identificano con forme organizzative allo stato fluido o allo stato diffuso, in base alla distinzione operata sulla base dei comportamenti prevalenti. Occorre una *vis* precettiva che abbia lo scopo e la capacità di assicurare l'osservanza degli stessi, poiché il significato del precetto deve essere nitido e preciso e ugualmente si può applicare tale assunto al ruolo precettivo dell'amministrazione. Pare dubbio che l'intenzione, la scelta del fine, rimanga nella sfera esclusiva dell'autorità pubblica, laddove si pervenga ad ammettere un contributo, ancorché minimo da parte degli amministrati.

⁶⁰ Si v. la insuperata teoria di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, 180 ss.; in relazione al rapporto osmotico tra volontà – poi procedimento – e comando, la struttura logica materiale del diritto amministrativo, cfr. G. TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 1, 314.

⁶¹ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1985, le definisce crociate ‘antiformaliste’.

⁶² Il rimprovero, e le connesse proposte, sono riportate da D. SORACE, *Come rifare la pubblica amministrazione e il suo diritto? (Discutendo con Bruno Dente e Carlo Marzuoli)*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 2, 387.

⁶³ B. DENTE, *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1995, 99.

solo nei limiti in cui la forma, talora per volontà e convenienza degli operatori, viene fatta prevalere sulla sostanza: questa viene messa da parte, però convenzionalmente, soltanto perché sembri predominare la forma⁶⁴”.

Il rispetto di canoni formali adeguati, intesi in termini di doverosità per la pubblica amministrazione, si pone quale fattore di dissuasione e tutela avverso ipotesi di arbitrarietà nell'esercizio della funzione, nell'ottica di introdurre un *modus operandi* orientato “all'unità dei principi e all'uniformità delle forme (che è, ovviamente, garanzia di giustizia sostanziale)⁶⁵”, senza che tali obiettivi si trasformino in un limite indebito e o in un vero e proprio ostacolo per l'esercizio della funzione pubblica.

La dialettica tra autorità e libertà, di cui i rapporti amministrativi sono ontologicamente e strutturalmente permeati, non è immutabile nella sua concreta evoluzione, come emerge chiaramente da un'analisi delle prassi amministrative più recenti, e, pertanto richiede la fissazione di determinati e essenziali punti cardinali, tra i quali si ritiene debba trovar apposta, e non secondaria, collocazione lo statuto della forma.

Il carattere eterogeneo e sfuggente della nozione di forma per la pubblica amministrazione, assunto quale valore critico di riferimento, conduce a risultati e – se visti nell'ottica del potere, obblighi – differenti, la cui inosservanza, talvolta, come si vedrà, è sanata da interventi legislativi o da interpretazioni pretorie, che paiono poco convincenti o che perseguono obiettivi inconciliabili con un grado minimo di legittimazione del potere e, di conseguenza, di tutela per il privato.

Si avverte che il riferimento non è operato ai doveri formali intesi quali ricostruzione dei caratteri giuridici del singolo atto di esercizio di autorità, poiché ci si riferisce all'esercizio del potere nel suo complesso, riferibile a tutti i momenti amministrativi, non solo quelli direttamente incidenti su posizioni giuridiche soggettive. Tale impostazione si rende necessaria per individuare – o quantomeno tentare di farlo – una spessa e resistente trama di principi deputati a garantire le pretese individuali e, di

⁶⁴ G. BERTI, *Le antinomie*, cit., 289, il pluralismo amministrativo non si palesa necessariamente in una versione conflittuale, poiché il conflitto può essere normalizzato senza sacrificare necessariamente un aspetto a discapito dell'altro.

⁶⁵ Si v. F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti del Convegno Regionale di Studi giuridici* (Trento, 1957), ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006, 1509 ss., 1515.

converso, a conferire giuridicità, e quindi implicitamente accettazione, al potere pubblico⁶⁶.

In questa prospettiva, si delinea la identificazione di un regime amministrativo che non si limita a disciplinare gli aspetti dell'autorità, ma si traduce nel diritto dell'amministrare, al fine di realizzare e garantire la giustizia sostanziale della funzione. Ad ogni obbligo per l'amministrazione corrisponde, più o meno direttamente, un diritto dell'interessato e non vi sono indici, come si dirà, che inducono a sostenere che la forma debba essere aprioristicamente, o al ricorrere di determinate condizioni seppur prestabilite, porsi quale nemica di tale dialettica⁶⁷.

⁶⁶ Si v. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 99 ss., 109, la necessità di collocare l'amministrazione all'intersezione tra esigenze dei cittadini e spettanza soggettiva del potere, al fine di fornire una spiegazione e legittimazione dell'insieme dell'attività, non può pretermettere momenti formali; il tema impone, peraltro l'individuazione concreta dell'interesse pubblico, come interesse oggettivato nel concreto, che non è soggetto a formalità specifiche, anche per ciò che concerne la comunicazione della determinazione concreta al cittadino, come osservato, *ex multis*, da A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 797 ss., poiché il rispetto degli obblighi formali si impone, non per l'interesse pubblico nella sua generica identificazione, ma per il perseguimento dell'interesse pubblico amministrativo. Tale nozione rappresenta e deve ambire ad essere il modo giuridico della funzione ma deve necessariamente informare la disciplina nel suo complesso, in termini di conformità allo scopo.

⁶⁷ Si v., sulla nozione di diritto dell'amministrare intesa quale momento ineludibile dell'amministrazione ordinata all'adempimento di diritti e doveri individuali e collettivi, G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 2-3, 323 ss., 327, il rispetto dei principi e delle regole fondamentali dell'agire si pone a presidio della legittimità sostanziale dell'attività, al di là delle previsioni legislative formali, "dall'involucro formale del potere o dei poteri di autorità si facevano emergere il volto e i caratteri sostanziali dell'amministrazione in quanto tale"; cfr. H. SIMON, *Il comportamento*, cit., 137 (ci si riferisce alla numerazione della trad. it.) i principi generali dell'attività sono infungibili, anche con riferimento all'utopia rappresentata dalla razionalità perfetta e assoluta. Lo schema valutativo dell'agire può essere ideato sul rapporto tra l'attività di indagine e quella interpretativa e impone di identificare il senso del giudizio riguardante la giustificazione concreta dell'autorità; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'identità delle scienze giuridiche*, cit., 463, la forma integra una realtà, ovvia perché evidente nella sua necessità, onnipresente, e, per tale ragione, difficile da capire e discutere; di recente, si v. G. PALMA, *Il lungo itinerario giuridico-costituzionale in virtù del quale l'apparato pubblica amministrazione statale ha assunto l'attuale 'identità' istituzionale 'distinta' dal potere governativo. Una prospettazione del tema della angolazione della scienza amministrativistica*, in *Federalismi*, 2019, 5, 4 ss.

Nel rispetto degli obblighi formali, l'amministrazione ottempera a un altro dovere, specifico, di primaria importanza, di legittimare e giustificare se stessa, e tale obbligo non deve essere limitato ad uno schema prestabilito, ma si deve proporre in termini di realistica considerazione, perché, come autorevolmente riferito da Ledda⁶⁸, seppur in una prospettiva peculiare, "tra l'ordine dei fatti in cui si percepisce il fenomeno reale, e l'ordine della qualificazione giuridico-formale, vi è un vero e proprio abisso", poiché qualsiasi premessa dei criteri di qualificazione giuridica non si deve ridurre "ad una pura immagine" ma deve rappresentare il risultato compiuto di una scelta⁶⁹.

Emerge una nozione di forma come declinazione di un obbligo che grava in capo al potere pubblico, la cui identificazione è resa difficoltosa proprio perché si inserisce in un modello di amministrazione, e quindi di diritto che ne regola i rapporti con gli amministrati, intesi quali fenomeni complessi; la forma è un aspetto dalla normatività, che, per riferire delle parole di Berti⁷⁰, si compone di "speranza e costrizione", due at-

⁶⁸ Ci si riferisce a F. LEDDA, *Intervento*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*. Atti del convegno di studi amministrativi. Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 1983, 83; in senso conforme, si v. A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e l'infecunda idea*. *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, 71, la concezione di autorità dell'amministrazione non si oppone, ma è subordinata al combinato disposto dei principi di libertà e legalità. La nozione di specialità del diritto amministrativo non si identifica con l'autorità ma implica un assoggettamento più stringente ai canoni di legalità (74). La consistenza e la stabilità dei principi operano quali elementi e fattori legittimanti e come connettivo dell'azione del potere pubblico, in tutte le relative possibili manifestazioni.

⁶⁹ Cfr. R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 928 ss., 937, la scienza giuridica si esprime e si perfeziona attraverso scelte e in ipotesi linguistiche specifiche che, come tali, sono verificabili, anche nel loro momento spiccatamente formale; in termini generali, cfr. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora anche in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.

⁷⁰ Cfr. G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie*, cit., 84, gli obblighi formali possono integrare ipotesi di autolimitazioni, ma l'inosservanza della forma integra certamente mancanza di libertà. La concreta articolazione formale e i connessi adempimenti per l'amministrazione travalicano i confini della tecnica giuridica amministrativa e interferiscono con temi a elevata valenza costituzionale, tra i quali il rapporto tra autorità e libertà. In altri termini, la forma perfeziona esigenze di democraticità dell'esercizio di poteri pubblici, temi che non sono confinati al terreno degli ideali ma si innestano nelle prospettive di risoluzione del citato problema amministrativo; G. PASTORI, *La funzione am-*

teggiamenti che sono sempre presenti nelle relazioni tipiche dei rapporti amministrativi.

Poste tali premesse teoriche, si deve affrontare il tema nella sua veste contemporanea, con uno sguardo alle costruzioni teoriche elaborate nel diritto civile e nel diritto amministrativo tedesco e francese, con un'analisi delle letture offerte dalla dottrina italiana, negli aspetti legati alla teoria e alla prassi dell'amministrazione di risultato nella veste di statuto giuridico dell'amministrazione, attraverso la rilettura delle categorie giuridiche per valutarne l'attualità dalla prospettiva della forma, per i problemi posti dall'avvento della digitalizzazione e attraverso lo studio delle ipotesi che potrebbero essere identificate in termini di attività amministrativa informale.

ministrativa nell'odierno quadro costituzionale, in *Dir. econ.*, 2002, 3-4, 475 ss., gli obblighi legislativi sono mezzi attraverso cui si attua la democratizzazione del potere, anche se il momento legislativo deve essere integrato con la c.d. democrazia dell'amministrazione; in termini ricognitivi e generali, cfr. U. ALLEGRETTI, *Centocinquant'anni di storia costituzionale italiana*, in *Jus*, 2012, 1, 27 ss., il quale rileva l'indefettibile necessità che si preservi un nucleo di prassi amministrative immutate, nei limiti del possibile, in base ai principi e alle regole costituzionali da cui si intende ricavarli.

CAPITOLO II

LIBERTÀ DELLE FORME E LA NOZIONE DI FORMA SOSTANZIALE

SOMMARIO: 1. Modelli teorici di riferimento e percorsi di elaborazione amministrativa. – 2. La forma quale possibile chiave di lettura attuale della dialettica diritto pubblico-diritto privato. – 3. La disponibilità della forma nei rapporti tra privati. L'autonomia negoziale quale fattore di integrazione per il perfezionarsi del vincolo contrattuale. – 4. Elaborazioni teoriche e giurisprudenziali in tema di forma nelle esperienze giuridiche tedesca e francese. – 4.1. Il principio di libertà delle forme. – 4.2. La nozione di 'forma sostanziale'.

1. *Modelli teorici di riferimento e percorsi di elaborazione amministrativa*

Al fine di individuare le coordinate teoriche di contesto all'interno delle quali inserire le presenti riflessioni sulla rilevanza e le potenzialità della forma per un'amministrazione appropriata, che, come tale, tende al risultato, spunti interessanti possono essere tratti dalla lettura del dibattito elaborato in altre branche del diritto¹ e in altri ordinamenti amministra-

¹ I riferimenti sono molteplici, pertanto, anche per un discorso di metodo, cfr. N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1, 148, la ricerca dell'ordine formale impone un riconoscersi del fatto nel medesimo modello, così come coniato e perfezionato, anche con il supporto della lettura delle Corti; la forma dell'agire amministrativo è insuscettibile di rientrare nella c.d. "asserzione di riduzione" cui il compito della definizione nel diritto è deputato, al fine di ridurre le nozioni a proprietà giuridiche determinabili con l'osservazione diretta, come osservato, in termini generali, da U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Jus*, 1959, 4, 496 ss.; si v. N. LIPARI, *Per un tentativo di definizione del 'diritto'*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, Giuffrè, 1995, 1987 ss., l'utilizzo di determinati termini non si pone mai in funzione unicamente descrittiva ma si carica di connotazioni di valore che implicano indici di tipo precettivo, né il problema si risolve con l'affermazione della natura meramente formale del diritto, "cioè sostenendo che il discrimine tra giuridico e non giuridico non può che essere collegato a parametri diversi rispetto a quelli che, in chiave contenutistica, designano gli aspetti concreti dell'esperienza"; M.S. GIANNINI, *Itinerario delle qualificazioni giuridiche*, in *Dir. soc.*, 1984, 3-4, 405 ss., per il quale la storicizzazione delle nozioni rappresenta un espediente per evitare pericolose e indebite sovrapposizioni tra elementi; cfr. SALV. ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche 'di fatto' e 'di diritto'*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova, Cedam, 1940, 128 ss., 138.

tivi, con l'obiettivo di isolare soluzioni e spunti di riflessione che si collocano su un piano di teoria generale.

In questa prospettiva, non si può non tener conto di elementi che possono trarsi dall'esperienza civilistica, senza addentrarsi nell'analisi delle singole elaborazioni dottrinali che nel corso degli anni si sono susseguite, e dal diritto amministrativo francese e tedesco, poiché in questi contesti sono emerse, talvolta in anticipo, le questioni problematiche che hanno successivamente interessato l'amministrazione italiana.

Pur nel rispetto delle peculiarità dei singoli sistemi, non si può infatti negare la presenza di correlazioni reciproche fondamentali per l'indagine.

Tale riflessione offre l'occasione per palesare una scelta metodologica che non incide sul contenuto del presente studio, ma eventualmente sul suo svolgersi; dedicare un apposito capitolo del lavoro agli studi che vertono sul medesimo tema, condotti in altri ambiti e per altre esigenze, consente di isolare, sin da subito, le reciproche fasi di caratterizzazione e influenza, senza perdere di vista la questione di interesse, ossia il problema contemporaneo di identificazione della forma nel diritto amministrativo.

Il risultato di questa opera di sistematizzazione e identificazione dei caratteri peculiari degli istituti, lontano dall'ambire a un grado di completezza, deve essere rivolto e finalizzato verso i problemi del concreto vivere dell'amministrazione e dei suoi rapporti con i cittadini.

In altri termini, tali costruzioni sistematiche e logiche possono essere analizzate – e l'indagine compiuta in questa sede non può fare eccezione – a patto che ci si liberi da un senso di sudditanza per le categorie elaborate nel diritto civile, e dalle corrispettive elaborazioni teoriche svolte dal diritto pubblico in Germania e in Francia, e si operi una lettura contestualizzata, a partire dalla fondamentale differenza – a tacere di quelle più marcatamente evidenti rispetto degli ordinamenti stranieri – che ha un peso specifico per ciò che si dirà in seguito, in virtù della quale il diritto civile è ideato e modellato per le persone fisiche e il diritto amministrativo per le persone giuridiche e sul rapporto tra potere e situazioni giuridiche soggettive private².

Il che, per certi versi comporta che si debba ancora ragionare, con i necessari adattamenti, nella prospettiva della contrapposizione tra consenso e autorità.

² Tali considerazioni sono state svolte da M. RAMAJOLI, Relazione al convegno *'L'atto amministrativo oggi. Sua persistente centralità ed evoluzione della dogmatica'*, svoltosi presso l'Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli', il 3 dicembre 2018.

2. *La forma quale possibile chiave di lettura attuale della dialettica diritto pubblico-diritto privato*

La ragione per la quale si deve indagare la prospettiva offerta dal diritto civile riguarda, storicamente, la circostanza per la quale la forma della proprietà privata costituisce il limite rispetto al regime e alle regole del diritto pubblico, anche se si rende necessario un aggiornamento del tema.

La riflessione per cui “ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e privato: e quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione”, anche se, è indubitabile che “l’esigenza razionale del diritto risieda nella dinamica tra i due termini³”, appare, in ogni caso, attuale⁴.

³ Sul rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo, come noto, la bibliografia è sterminata, motivo per cui sono riportati, senza pretesa di esaustività, gli scritti che hanno condizionato in maniera decisiva la trattazione, tra cui il virgolettato che rimanda a S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato ad vocem*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 698, il diritto amministrativo si caratterizza per alcune deroghe, tali da comportare un rischio di deformazione della teoria generale del diritto e il principio di unità dello stesso. Tali deroghe sono tuttavia inevitabili e devono essere ricercate, e in parte legittimate, in quei criteri speciali che regolano i rapporti amministrativi (nel contesto della teoria elaborata da Pugliatti, “nell’ariosa circolazione di problemi, nell’orizzonte insieme aperto e serrato delle idee”, l’eventuale separazione dell’analisi dell’elemento formale da quello contenutistico non deve pregiudicare, per la comprensione piena del fenomeno giuridico, gli elementi costitutivi nella loro sintesi, come osserva N. IRTI, *La scuola di Messina in un libro sui fatti giuridici*, in *Jus*, 1995, 3, 403); A. TRAVI, *Giuseppe Pericu, Scritti Scelti*, Milano, Giuffrè, 2009, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2, 665, “diritto privato e diritto amministrativo sono le due metà del mondo. In questo modo, però, intendeva mettere in rilievo soprattutto che non può essere apprezzato l’uno se non si sia considerato realmente l’altro. In genere, invece, per chi si interessa di diritto amministrativo, il confronto col diritto privato segue solo certi istituti, ritenuti in assoluto più rappresentativi: il diritto privato viene così identificato con la parte generale del diritto dei contratti. E ancora, come è inevitabile in ogni confronto, è richiesto preliminarmente un processo di sintesi, per individuare gli elementi caratterizzanti da incrociare: un confronto presuppone sempre una selezione di espressioni, di categorie, di termini, effettuata in chiave ‘di rilevanza’”; in senso radicalmente difforme sul punto, N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, Cedam, 1974, 2187 ss., 2192; di recente, offre un’articolata ricostruzione storica, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020 (spec. capp. § 3, 4) poiché analizza il tema in base a una distinzione tra parabola ascendente e discendente delle dinamiche del rapporto; V.E. ORLANDO, *Ancora nel metodo nel diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, 7, lo studio delle partizioni del diritto pubblico è dominata da due ele-

Si deve nuovamente chiarire che il riferimento al diritto civile non equivale ad accedere alle c.d. teorie del contrattualismo, ossia la tenden-

menti, uno di carattere esegetico, identico nel diritto pubblico e nel diritto privato, l'altro, sistematico e istituzionale, che richiede uno sforzo interpretativo supplementare per il diritto pubblico; in termini ampi, in merito alle partizioni nel diritto, si v. F. CALASSO, *Diritto (le basi storiche delle partizioni)* ad vocem, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 822 ss., per il quale è insuperabile una permeazione intima di elementi tra i quali, con eccessivo semplicismo, si è soliti avvertire un'antitesi, poiché sussiste una trasposizione nel diritto dell'ideale dell'*unum jus*, inteso quantomeno nella individuazione dei problemi centrali con i quali l'indagine giuridica si identifica; per una distinzione basata sul dato soggettivo, *ex multis*, cfr. F. GALGANO, *'Pubblico' e 'privato' nella qualificazione della persona giuridica*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, Cedam, 1972, 281 ss., il quale rileva l'esistenza di un nesso causale diretto tra le modalità di qualificazione e le modalità di esternazione dell'agire, anche se tale impostazione pare non essere più attuale nell'interezza delle argomentazioni addotte. La recezione, nella letteratura pubblicistica, dei criteri e dei metodi impiegati dalla scienza civilistica per dare sistemazione compiuta al fenomeno negoziale e il loro trasferimento nello studio dell'atto – ma tale assunto sarebbe riferibile anche all'agire nel suo complesso – ha comportato un affinamento metodologico come riporto della scienza civilistica e un allargamento problematico della stessa indagine. Nelle prime trattazioni della dottrina amministrativa su tali temi si registra una preferenza rispetto alla ricerca delle di momenti di specialità in luogo di rinvenire tratti di continuità.

⁴ Si v. G. TREVES, *Diritto amministrativo e diritto civile*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 453, “quanto al criterio per la distinzione, non si è probabilmente troppo distanti dal vero ritenendo che vi è una concordanza fondamentale intorno ai principali terreni da includere nell'uno o nell'altro dei due campi del diritto, salvo qualche zona non tanto contesa quanto dubbia, e nonostante lo spostamento continuo delle linee di confine”, nella costanza dell'incertezza della determinazione del criterio distintivo per rendere più agevole la qualificazione dei rapporti. L'Autore, tuttavia, rileva – anche se tale impostazione appare, per larga parte superata – che il diritto amministrativo non può non annoverare tra i soggetti cui è deputata la sua area di azione la pubblica amministrazione, mentre il diritto privato può estendersi, è più duttile e suscettibile di maggiore espansione (455). Anzi spesso l'amministrazione deroga al proprio statuto, rifacendosi al diritto privato, soprattutto per quegli aspetti, come la forma, non regolati in maniera dettagliata e vincolante. “Il diritto privato ha elaborato per primo quello che è una specie di tessuto connettivo dell'intero ordinamento giuridico” (461); P. BODDA, *Aspetti del diritto amministrativo odierno*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, I, 294, “forse non è ingiustificato parlare anche di una forte puntata fatta dal diritto privato nel campo amministrativo, nel quale così sono entrati elementi che, se sono estranei alla sua essenza, e quindi sembrano a tutta prima dar luogo a non lievi perturbazioni, una volta invece definiti ed enucleati nella loro precisa funzione lo arricchiscono di nuova linfa vitale”; a mero titolo esemplificativo, una delle prime trattazioni autonome sulla forma nel diritto amministrativo – G. INGROSSO, *Le forme in diritto amministrativo. A proposito di deliberazioni a porte chiuse, di processi verbali, e di approvazioni incondizionate*, in *Giur. it.*, 1908, IV, 353 ss. – si apre con un paragrafo sul valore delle forme in diritto privato, al fine di evidenziare le convergenze e le differenze con il diritto pubblico.

za a indagare tutto il diritto, quindi anche il diritto amministrativo, sotto la lente teorica delle categorie fondamentali del diritto privato, sulla base della dialettica tra teoria della volontà e della dichiarazione, che imporrebbe di operare un costante riferimento⁵ – quasi in termini deferenti – solo alle costruzioni teoriche elaborate per i rapporti tra privati⁶. Non vi è, infatti, alcun istituto che può essere analizzato in una prospettiva monodimensionale, foss'anche quella del diritto civile, poiché si tratterebbe di un approccio parziale e esposto a evidenti critiche metodologiche⁷.

⁵ *Ex multis*, G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3, 669, la nostalgia del diritto privato si legittima, in parte, poiché il fare autoritativo potrebbe alterare equilibri relazionali già stabiliti con moduli contrattuali; si v., al fine di valutare la dubbia tenuta dell'ipotesi di ricostruire gli istituti del diritto privato e amministrativo secondo la teoria istituzionale, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 649 ss. (l'Autore opera diversi riferimenti all'impostazione teorica offerta da SALV. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1958); cfr. C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle 'interferenze' tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 1, 237 ss., le interferenze reciproche possono concorrere a mitigare la specialità del diritto pubblico e, di riflesso, i condizionamenti indiretti.

⁶ Evocativa, in tal senso, è la posizione di V. CAIANIELLO, *L'impronta del civilista nelle tecniche argomentative delle decisioni redatte da Luigi Mengoni in tema di diritto pubblico*, in *Jus*, 2002, 1, 15, i rapporti giuridici non devono essere teorizzati e costruiti con riferimento all'esercizio delle specifiche funzioni loro attribuite dalla legge, bensì avendo riguardo ad ambiti di signoria esclusiva e propria dei rapporti assoluti privatistici, poiché sebbene i vari diritti si condizionino a vicenda, permane “nello sfondo la madre di tutti i diritti, qual è il diritto civile” (16).

⁷ Si v. M. TRIMARCHI (a cura di), *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2017, 24, sull'utilità relativa della distinzione, che in ogni caso smarrisce la sua tenuta scientifica a favore dell'aspetto amministrativo; più drastica è la posizione espressa da F. LEDDA, *La concezione dell'atto*, cit., 239, per il quale il diritto amministrativo dovrebbe liberarsi dell'ipoteca della pandettistica, senza peraltro disconoscere il ruolo ancillare fornito dagli schemi elaborati dalla dottrina del diritto privato; cfr. S. ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, ora anche in *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. inal. Milano, Giuffrè, 1990) 367 ss., 392, “vi è una differenza sostanziale fra la posizione dell'amministrazione e quella dei privati. La prima è, di regola, più vincolata di questi”, poiché la diversità di fondo non ha mai assunto carattere recessivo, nonostante talune ideologie abbiano optato per una interpretazione artificiosa del tessuto sistemico del diritto privato, o asserire un completato percorso di privatizzazione per il diritto amministrativo; per un approccio meno tradizionale e per uno studio del tema ‘in contraddittorio’ tra le branche giuridiche, in base alla convinzione teorica per la quale il potere è agire e come tale deve essere giuridicizzato, G.

Una prospettiva interessante e alternativa è offerta da chi ritiene che il diritto amministrativo potrebbe rappresentare una reazione proprio nei confronti dell'accertata crisi di valori dei principi del diritto privato, e, nello specifico, rispetto alla crescente ricorso ai c.d. schemi di decifrazione della realtà⁸.

In linea generale, però, sebbene non si possano negare le differenze strutturali tra i due ambiti testé richiamati⁹, non si può tacere che non vi

PIVA, F. SPANTIGATI, *Introduzione agli studi giuridici*, Roma, Bulzoni, 1982, 110 ss., la fine struttura del diritto non esclude, in radice, un rapporto conflittuale tra i regimi giuridici.

⁸ Per una preliminare impostazione, L. MIRAGLIA, *La scienza dell'amministrazione e il diritto amministrativo*, in *Il Filangieri*, 1881, 532 ss., il diritto pubblico conferisce la forma giuridica alla ricca varietà delle relazioni che costituiscono la vita dello Stato, "L'amministrazione sta alla costituzione come l'attività alla forma immanente"; cfr. G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, II, Milano, Giuffrè, 1943, 473 ss., l'ipotesi dei rapporti e dei regimi misti compromette l'armonia delle linee e delle costruzioni dogmatiche e l'Autore auspica il superamento delle "inservibili" combinazioni di criteri distintivi (tale aspetto, rispetto alla produzione scientifica di Miele, è riletto in chiave moderna da B. SORDI, *La dicotomia alla prova. Pubblico e privato nell'itinerario scientifico di Giovanni Miele*, in *Dir. amm.*, 2022, 1, 43 ss.); particolarmente critica è la posizione di A. TRAVI, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 333, per il quale il terreno di confronto tra diritto privato e diritto amministrativo raramente è stato biunivoco, poiché è prevalsa una logica di contaminazione che non ha condotto a risultati coerenti con le premesse teoriche; sulla mutevolezza dei rapporti, con incidenza sul regime, ivi compreso il tema della forma, U. POTOTSCHNIG, *Per un nuovo rapporto tra pubblico e privato*, in *Il Mulino*, 1987, 6, 902 ss., 905.

⁹ Si v., sul tema, una delle prime trattazioni organiche, ad opera di L. RAGGI, *Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. it. sc. Giur.*, 1915, che si interroga sull'ammissibilità di tale distinzione, che verrebbe meno in occasione del passaggio dallo Stato di polizia allo Stato amministrativo, senza che il regime giuridico previsto smarrisca la sua peculiarità, "il diritto pubblico che vige in uno Stato di diritto sarà sempre un diritto pubblico" (131). Tuttavia, si osserva che "il diritto è una forma, e quindi una distinzione basta sul contenuto dei rapporti giuridici non può essere che per lo meno una distinzione secondaria". Il dovere, inteso quale rapporto obbligatorio di natura privatistica, e il potere che si pone quale espressione di un'autorità pubblica, qualora siano posti in relazione, al fine di comporne i tratti, possono essere letti in una relazione formale, in seguito alla quale il principio giuridico obiettivo diventa obbligo o diritto del soggetto del rapporto (134); sulla mutevolezza del divenire dei rapporti, G. CHITTOLINI, *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, in G. CHITTOLINI, A. MOLHO, P. SCHIERA (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 553 ss., 570, la diffusione di un potere inteso semplicemente come luogo di mediazione e organizzazione pubblica deve mutare le sue caratteristiche, al fine di garantire durevoli forme di convi-

può essere una separazione netta, poiché “non è dato più ormai porre in dubbio la legittimità dell’impiego di forme privatistiche da parte dell’amministrazione per scopi pubblici primari. (...) Appare tuttavia lecito chiedersi se l’uso di quelle forme rappresenti per avventura una evasione totale dell’amministrazione dalle garanzie di legalità, come pure può sembrare a prima vista, atteso che non possono applicarsi tutte le regole che ne gravano l’azione svolta in regime pubblicistico; o se al contrario sussistano le regole idonee a rovesciare addirittura siffatta conclusione”.

Una dimensione, quella appena richiamata che induce ancor di più a riflettere sullo stesso concetto di forma. Infatti, in questa accezione, l’applicazione dei principi dell’azione amministrativa, realisticamente interpretati, ad attività estranee al diritto pubblico deve essere integrata con l’individuazione di regole positive, “applicabili nonostante la diversità di forme¹⁰”.

Anche in assenza di specifica sistematizzazione degli istituti, già nel 1844 si rilevano i primi studi diretti a tracciare la differenza tra atti di gestione e atti di autorità amministrativa e a distinguere gli effetti che dall’atto promanano, rispetto all’atto stesso¹¹, con espressa indicazione del diritto civile come referente.

venza tra il regime giuridico pubblico e quello privato. In un modello statale proteso all’unità, l’amministrazione e la relativa azione svolgono un decisivo ruolo ordinale, attraverso l’identificazione della potestà, per soddisfare, in via esclusiva, lo specifico interesse attraverso l’assunzione unilaterale della determinazione più adeguata. Il pluralismo, non solo quello autonomistico che peraltro pare subire un’avvertita esigenza di ripensamento, ha revocato la base giustificativa alla pretesa di eliminazione preventiva ed autoritativa degli eventuali, ma inevitabili, conflitti amministrativi.

¹⁰ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica*, cit., 363 (ci si riferisce alla numerazione di *Opere Giuridiche*, I, Napoli, ES, 2001) l’amministrazione è ricondotta a vincoli più stringenti qualora agisca con strumenti di diritto pubblico; in tema di relative influenze tra diritto civile e diritto pubblico, cfr. M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso problema?*, in M.P. CHITI (a cura di), *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 15, osserva che vi è una progressiva osmosi e ibridazione di regimi giuridici che rende articolata l’individuazione di criteri affidabili.

¹¹ Il riferimento è all’opera di G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo. Onde tessere le istituzioni*, Firenze, Stamperia Piatti, 1844, 149, “devono distinguersi gli effetti propri degli atti dell’autorità amministrativa dall’atto stesso considerato nella sua entità. Certamente se si potessero controvertere gli effetti naturali e immediati degli atti dell’autorità amministrativa, si distruggerebbe essenzialmente l’amministrazione medesima. Amministrare è lo stesso che agire; ed agire è lo stesso che produrre un determinato effetto. Dunque, distruggendo un determinato effetto dell’atto

Ed in questa prospettiva emerge la rilevanza di analizzare le risposte offerte da una cultura giuridica peculiare e storicamente radicata, quella del diritto civile – “diritto dall’hegeliana particolarità, che confina con il diritto pubblico e insieme ne segna il contenuto e la funzione¹²” – sul tema della forma dell’agire¹³. Le dicotomie, come quella tra diritto pubblico e privato¹⁴, sono pertanto ancillari rispetto alla ricerca e alla determinazione delle strutture degli istituti¹⁵, così come emerge da una significativa indagine per la quale, al diritto amministrativo, soprattutto per gli studi sulla forma, “conviene prendere le mosse dalle nozioni elaborate nella sistematica del diritto privato, non certo per rifare la via già percorsa, ma per riepilogare i

amministrativo si distruggerebbe l’entità stessa dell’amministrazione”. Come opportunamente rilevato da F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964 (ed. provvisoria) ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 13 ss., “la teoria dell’atto amministrativo su sottomissione (*Verwaltungsakt auf Unterverfügung*), delineata da O. Mayer sulla fine dell’Ottocento, costituisce il primo vigoroso tentativo di una costruzione dommatica del tutto svincolata dagli schemi di derivazione civilistica, ed affrancata al tempo stesso dalle concezioni più rigorosamente autoritarie”. Peraltro, “se si vuole evitare che l’amministrazione abusi del contratto, e se ne avvalga per sottrarsi al rigore dei principi” propri del diritto pubblico, è opportuno determinare la reale portata che le norme di diritto comune possono assumere in rapporto ai contratti di diritto pubblico, affinché gli abusi assumano autonomo rilievo, anche in relazione alle modalità di manifestazione, soprattutto in una prospettiva di tutela dell’amministrato.

¹² N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 33, le distinzioni, come i metodi che ne delineano i caratteri identificativi, devono assecondare l’evoluzione, devono rendersi solidali con l’ineludibile divenire, il che non implica dispersione di concetti e di istituti, né relatività dei risultati.

¹³ Tale dato, valido per gli ordinamenti caratterizzati da una tradizione di *civil law*, è tendenzialmente estraneo alle esperienze di diritto anglosassone, come riferito da G. DREWRY, *Il diritto pubblico*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1996, 3, 385 ss.

¹⁴ Si v. B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fior.*, 2016, 195, nel diritto pubblico i regimi emergono, si sviluppano sempre in connessione ed in funzione di strutture statuali di comando, secondo una varietà di tempi e di contenuti estremamente eterogenei, senza rinunciare alle ineludibili esigenze di concertazione del potere e di razionalizzazione, invero, difficilmente perseguibili in concreto.

¹⁵ In questi termini, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico*, cit., 700, il quale, in senso condiviso, opera una rinuncia rispetto alla ricerca di una categoria intermedia; analogamente, più di recente, G. ALPA, *Diritto privato ‘e’ diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, Giuffrè, 1998, 3 ss., 8, 11, il quale riferisce delle costruzioni elaborate nel diritto civile francese e tedesco, che hanno optato per assumere come criterio l’unità dell’ordinamento e superare le stringenti maglie della dicotomia analizzata.

risultati di laboriose, acute e profonde indagini, che è merito precipuo della scienza italiana, nel suo insieme, l'aver compiute¹⁶”.

Il primo elemento da cui prendere le mosse è rappresentato dalla presenza di una previsione scritta e puntuale.

Nel diritto civile, la tradizione codicistica si è posta a presidio del nucleo normativo¹⁷, poiché, con relativa facilità, i tradizionali istituti possono essere adattati alle esigenze che si impongono da parte degli stessi contraenti, senza esigenza di mutarne, quantomeno non in maniera significativa, la relativa base concettuale¹⁸.

¹⁶ Ci si riferisce a una sintetica, ma incisiva indagine, U. FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*. Estratto da *'Il Foro Italiano'* (Vol. LVII), Roma (ma Città di Castello), Soc. Ed. de *'Il Foro Italiano'* (ma Tip. Unioni Arti Grafiche) 1932, 5; il tema è ripreso con riferimento ai lavori della c.d. Commissione 'Forti', nel suo tratto più marcatamente giurisdizionale e per le esigenze legate alle interferenze delle posizioni individuali, da A. DI GIOVANNI, *La concezione della pubblica amministrazione nei lavori della prima commissione Forti*, in *Jus*, 1984, 1-2, 156 ss., 182.

¹⁷ In termini problematici sulla sintesi tra esigenze codificatorie e specialità del diritto amministrativo, M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione*, cit., 347 ss., “La forma tecnica della codificazione ha la valenza di riduttore della complessità, è strumento di identità, avvolge gli istituti di una particolare robustezza ed è chiamata a esprimere i valori fondanti di una certa materia”. Il problema dogmatico di più alto rilievo nell'ambito dei fenomeni di supremazia speciale, quali quelli amministrativi, si pone per l'individuazione del margine di derogabilità rispetto agli ordini generali. Nella teoria dei fenomeni di supremazia speciale dovrebbe individuarsi non solo il mezzo adeguato a mettere in evidenza il titolo di legittimità, la figura giustificativa, e quindi con essa la sostanza di tali fenomeni, ma pure lo strumento tecnico idoneo ad elevarlo alla dignità di categoria concettualmente autonoma; si v. l'insuperato scritto di G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1979, 189 ss., “il diritto amministrativo mette in evidenza le specialità o anomalie della disciplina giuridica e dei relativi istituti in confronto alla normalità o alla presentazione ordinaria della disciplina giuridica propria dell'intero ordinamento. La specialità o le anomalie del diritto amministrativo sono ricondotte a sistema con riferimento a tipi o specie di rapporti che si differenziano da quelli che si formano appunto ordinariamente tra i soggetti dell'ordinamento”; si v. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla 'specialità' amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 2, 225 ss., 228, le ragioni della specialità amministrativa, concepita con un prodotto storico e ideologico, “ma tuttavia non necessario e inevitabile” che potrebbe terminare e comportare la riconduzione dell'amministrazione al ceppo originario del diritto comune; per diversa lettura, la compilazione di un codice, e la fissazione del tema della forma dell'agire, rischia di sottrarre il dibattito “al raffinamento mediante il progressivo svolgimento scientifico”, come osserva Savigny, riportato da V.E. ORLANDO, *Ancora nel metodo in diritto pubblico*, cit., 10.

¹⁸ Su tale impostazione, soprattutto per le ricadute metodologiche, si v. l'insuperato

Come osservato, “proprio la trasposizione nel diritto amministrativo di alcuni concetti che sono finemente elaborati nel campo del diritto civile, che ha influito, come l’innesto d’un delicato virgulto su un albero un po’ selvatico a far rifiorire e prosperare il ramo del diritto amministrativo¹⁹”.

È, pertanto, evidente che il perfezionarsi delle nozioni e degli istituti nel campo del diritto pubblico, abbia, sin dalle origini, risentito delle influenze nel campo del diritto civile²⁰.

Il secondo aspetto riguarda il futuro della forma nel diritto amministrativo, poiché nel diritto civile, e soprattutto nell’ambito dei mercati internazionali, si sono sviluppate soluzioni innovative, anche in tema di digitalizzazione, che sono poi mutate, spesso senza i necessari adattamenti, nel campo del diritto amministrativo²¹.

lavoro di U. FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico (a proposito di un libro recente)*, Camerino, Tip. Savini, 1903, 11 ss., tali conclusioni si pongono all’esito dell’analisi dell’asserita immutabilità degli istituti di diritto privato, inattaccabili per certi versi.

¹⁹ Si v. C. TIVARONI, *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1939, 10, secondo il quale “il trasporto dei concetti privatistici nel campo del diritto pubblico ha liberato quest’ultimo “dall’ingombro di generalità un po’ vaghe e non troppo concludenti, che prima ne inceppavano in qualche modo lo svolgimento, e che ha dato al diritto pubblico quel carattere di esattezza e di precisione giuridica che prima non aveva, oppresso com’era dalla grave mora delle considerazioni e dalle preferenze di natura politica”; tale impostazione disattende la teoria elaborata, tra gli altri, da N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*^{IVed}, Milano, Società editrice libraria, 1929, 11 ss., in virtù della quale “il diritto sarebbe sostanzialmente unico” e sarebbe pertanto criticabile la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e privato.

²⁰ Una ipotesi peculiare, che consente di valutare le modalità di applicazione delle norme civili, e nello specifico la sfera di efficacia dell’art. 1341 c.c., ai rapporti amministrativi, è analizzata da G. MIELE, *La pubblica amministrazione e la sfera di efficacia dell’art. 1341 del codice civile*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, UTET, 1960, 1125 ss., 1141, il quale rileva, in termini conclusivi, che “se il rapporto fra Amministrazione e privato ha per terreno il diritto pubblico amministrativo, cioè quel particolare diritto che, destinato com’è a regolare l’attività dell’Amministrazione per il conseguimento delle finalità di questa, appare la negazione dell’autonomia privata”. L’Autore opta, con riferimento all’ipotesi del regime di clausole vessatorie non approvate per iscritto, per una tesi incline all’incompatibilità e incomunicabilità tra regime di diritto privato e regime amministrativo; una dialettica di metodo tra la disciplina prevalente in termini di applicabilità del regime giuridico è offerta da S. PUGLIATTI, *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà: spunti metodologici*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 1, 36 ss., 41 e G. TREVES, *Atto amministrativo, gratuità e determinazioni accessorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 2, 173 ss.

²¹ In termini generali, anche rispetto al titolo evocativo dello scritto, N. IRTI, *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3, 821 ss., che opera un riferimento

Un'analisi attenta della evoluzione della forma nel diritto civile può, pertanto, essere assunta quale osservatorio affidabile per i cambiamenti sul futuro della forma per la pubblica amministrazione.

3. *La disponibilità della forma nei rapporti tra privati. L'autonomia negoziale quale fattore di integrazione per il perfezionarsi del vincolo contrattuale*

L'esperienza civilistica, che come detto conta di un'attenzione normativa al dato della forma, è segnata da una evoluzione che tende ad abbandonare il dato legislativo inteso quale limite in favore di una sua lettura estensiva, diretta a coniugare la dimensione della libertà dei contraenti con le esigenze che proprio la previsione della forma sottende.

Nel procedere alla lettura di alcune riflessioni svolte nel contesto del diritto civile sul tema della forma, si deve ricordare che l'amministrazione deve muoversi sempre nel rispetto del principio di legalità, che, per la sua visione garantista nella dinamica del rapporto tra potere e situazioni soggettive dei privati ha impedito, come si vedrà, la riproposizione del principio di libertà delle forme²².

Il principio della libertà e della disponibilità delle forme²³ – una di-

alla migrazione delle indagini dalla norma agli interessi, circostanza comune a tutti i campi del diritto. Dal diritto civile genera “un'ansia, un inquieto desiderio di rompere gli argini della positività” da cui si apre un cammino che coinvolge anche gli studiosi di diritto pubblico (824).

²² Cfr. la posizione di G. BERTI, *Il 'rapporto amministrativo' nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, Giuffrè, 1978, 41 ss., 45, per il quale la stessa amministrazione “si muove un piano di libertà ma su un piano di dovere impostole dalla legge; allo stesso modo il cittadino non ha la pienezza del diritto, ma dispone di una posizione giuridica già ridotta o in buona parte sguarnita”; su altro piano si riporta la celebre prolusione con la quale si supera l'antitesi tra forme e libertà, attraverso la valorizzazione tra libertà individuale e il rigore delle forme processuali, elaborata da G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, ora anche in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, Zanichelli, 1904, 191 ss.

²³ Ci si riferisce alla nota opera di N. IRTI, *Idola libertatis*, cit.; per una lettura in senso critico dell'opera di Irti, si v. R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 6, II, 538 ss.; cfr. F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, Giuffrè, 1951, 481, “Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato. Non lo è stato per l'intrinseca sua natura, né pel suo processo di trasformazione. Il diritto civile è diritto di libere determinazioni. Vocazione delle norme che si dicono di diritto privato, perché concernenti codeste materie, è di rea-

mensione “assente²⁴” nel panorama legislativo della pubblica amministrazione – nei rapporti tra soggetti privati si basa sul presupposto di una lettura evidentemente ampliativa degli elementi di cui all’art. 1325 c.c.

Le ragioni che hanno condotto al consolidamento in termini normativi della forma nel diritto civile si rinvergono nella ricerca di sintesi tra regolazione e libertà dei contraenti, dalla quale si registra una evidente valorizzazione e predilezione dell’autonomia negoziale. Si tratta di un tentativo di coniugare la tutela e le garanzie di rigosità delle forme, senza mortificare la libertà dei contraenti a cui si lega in ogni caso una dimensione della forma come garanzia.

E, infatti, non può certamente considerarsi casuale la circostanza per cui negli scambi commerciali, si è assistito a un allargamento tendenzialmente sconfinato della nozione di forma²⁵.

La forma, che non scompare ma si funzionalizza, diviene un elemento che tende a una spiccata, e in questa sede del tutto legittima, atipicità, *rectius* nuova portata della tipicità, poiché deve assecondare le esigenze socioeconomiche, soprattutto su due versanti, negli scambi transazionali²⁶ e in quelli dematerializzati favoriti e resi necessari dall’imporsi del digitale. Il formalismo negoziale tende a ramificarsi e a invadere settori reputati storicamente subalterni, ma non come limite, bensì come opportunità di ampliare i moduli contrattuali cui conferire una qualche tutela²⁷.

lizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente tra gli uomini: a tal fine non si richiede necessariamente l’intervento del potere pubblico”.

²⁴ N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., 21, 89.

²⁵ In termini di teoria generale, seppur nell’analisi di aspetti che si sono di recente imposti all’attenzione dell’interprete, cfr. R. FAVALE, *Il processo di deformalizzazione dei contratti di investimento immobiliare. ‘Das Richterrecht bleibt unser Schicksal’*, in *Rass. Dir. civ.*, 2019, 3, 808 ss.

²⁶ S. PAGLIANTINI, *La forma nei principi aquis del diritto comunitario dei contratti: text-form, forme di protezione e struttura del contratto*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2009, 108 ss., offre una rilettura dell’art. 1.2 *Principi Unidroit*, in tema di libertà delle forme. La forma scritta mantiene una relazione inscindibile con la validità del contratto, ma cambiano i connotati del rapporto tra i contraenti; in termini tradizionali, A. LISERRE, *Forma degli atti ad vocem*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1988, 1 ss.

²⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, ESI, 1987, 23 ss., che si propone di individuare la natura ed il ruolo della forma negoziale in stretto collegamento con la disciplina del singolo negozio nel rispetto degli interessi e dei valori in gioco. Si tratta di una sorta di ripensamento del ruolo della forma

Si può agevolmente osservare che, proprio nella sistematica del diritto civile, l'alternativa tra volontà e razionalità, per ciò che si nota proprio attraverso la forma, si è risolta a tutto vantaggio della prima, circostanza che conferisce di per sé giuridicità propria alle forme del contratto.

Assumere la visuale del diritto civile può coadiuvare alla costruzione di una forma intesa quale elemento con caratteristiche proprie, ma l'obbligo che grava nei rapporti di diritto pubblico non può, tendenzialmente, essere riproposto avendo come riferimento unicamente i doveri, meno stringenti, che sono imposti ai privati²⁸.

L'elemento che emerge, e sul quale vale la pena richiamare l'attenzione, è rappresentato dal dato dell'atipicità che, come detto, non vuol dire assenza di forma ma solo una flessibilizzazione possibile della nozione, in ragione della sussistenza di alcuni principi generali attorno ai quali costruire il modello. È indubbio, però, che l'evoluzione del dibattito sulla forma nell'ordinamento civile resta coerente con le caratteristiche proprie di quel sistema che ha come proprio perno il consenso.

Si afferma, in questa dialettica la consapevolezza che le dinamiche generate dall'intreccio delle figure e degli sviluppi citati non possono essere ignorate, proprio volgendo lo sguardo alla nozione di tipo²⁹.

sull'inderogabilità ed eccezionalità delle norme statuenti forme legali, sulla loro interpretazione e sulla stretta identificazione tra mancanza di forma *ad substantiam* e nullità insanabile. La libertà della forma nella negoziazione è intesa non come principio separato ma quale precipua espressione dell'autoregolamentazione qualora sia consentita.

²⁸ Particolarmente incisivo sul tema, G. VACCHELLI, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e contratti di diritto pubblico*, in *Foro it.*, 1926, I, 4 ss., “Troppi rapporti di diritto pubblico si vogliono coartare e costringere nelle tradizionali categorie del diritto privato; talché, o queste ne risultano deformate, o non è possibile trarne quelle illazioni logiche e costanti per le quali gli istituti giuridici servono come grandi strumenti della civile convivenza”, poiché “il diritto pubblico ha propria esistenza perfetta nella essenza, se anche formalmente non è così perfetta come quella del diritto privato. Nell'intima struttura delle norme di diritto pubblico (le quali non sono scarse) bisogna sapere trovare la ragion di essere e la misura di ogni singola e di ogni istituto”.

²⁹ Si v. l'analisi condotta da G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in L. NIVARRA, A. PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2018, 45 ss., il diritto pubblico impone un livello di razionalità dell'attività che potrebbe smarrire il suo carattere prevalente poiché deve riferirsi a canoni e criteri sindacabili, e l'Autore discorre di frontiere mobili tra i regimi giuridici che hanno, come conseguenza, l'instaurarsi di dialoghi e scambi tra punti di vista e prassi operative. La razionalità poggia sull'uso consapevole di strumenti argomentativi, senza che in tal modo si acceda a tendenze che svincolino del tutto l'attività amministrativa dal

Nel diritto amministrativo, il soggetto preposto alla cura del pubblico interesse non può disporre liberamente delle forme³⁰, anche perché non c'è nessun fattore di integrazione che consenta di sanare in modo adeguato eventuali difformità, così come accade per l'autonomia negoziale³¹, né tantomeno gli istituti partecipativi e difensivi – della cui attualità si dubita, come si dirà – possono essere deputati a tali fini. In altri termini, si ritiene che la pubblica amministrazione debba essere soggetta a specifici e precisi obblighi proprio perché, in un'ottica di continenza, la forma può garantire di serrare i confini e comprimere, per conferire certezza, a “quanti più fatti e rapporti amministrativi possibili”³².

dato positivo, pur nell'incertezza e nelle continue oscillazioni interpretative, al fine di soddisfare pretese anche non fondate su alcun dato formalizzato.

³⁰ G. ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 273 ss., per il quale il carattere tendenzialmente disponibile dell'autonomia privata, se applicata al rapporto amministrativo, diviene discrezionalità condizionata dal tipo stabilito dal legislatore; si v. S. PUGLIATTI, *Autonomia* ad vocem, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè 1959, 366, l'incontrollato e spesso incoerente impiego di una espressione ambigua nella sua natura lessicale ha indotto e aggravato l'emergere di problemi eterogenei con radici e che rispondono a esigenze differenti.

³¹ Cfr. N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2020, 19, il consapevole agire degli individui, nel diritto civile, trova dinanzi a sé le tecniche del diritto e, perciò, le valuta, adotta, combina, piega le stesse nei limiti della consentita duttilità, espandendo, di volta in volta, l'autonomia negoziale.

³² G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Mucchi, Modena, 1996, 283 ss., il potere pubblico si rende accettabile e acquista cittadinanza legale in quanto si oggettivi e si palesi; nel diritto civile, invece, come osserva N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quad. fior.*, 1978, 412, il contenuto del negozio, attraverso il momento formale, è elevato a precetto giuridico, il ripensamento della fenomenologia dei fatti giuridici, individua nel comportamento una sintesi, poiché gli interessi – e non si individuano limiti all'estensione di tale approccio rispetto all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è titolare – e i comportamenti sono nozioni complementari. La “diade bettiana”, costituita da atto e fatto, deve essere riproposta nell'ambito della distinzione tra comportamenti attuosì e comportamenti significanti, che non ha rilievo specifico per il diritto amministrativo, poiché il tratto comune della rappresentazione e della significazione non può essere analogamente e acriticamente riproposto. Un riferimento che evoca la categoria del silenzio amministrativo, inteso quale inerzia significativa, è operato in relazione ai c.d. comportamenti orientati, che, però, nel diritto civile si basano su presupposti diversi; V. ANGIOLINI, *Il diritto dell'individuo (regole senza autorità)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005, 99 ss., 111, “il filo sottile e delicato a cui è appesa la prescrittività delle regole di diritto non è neppure un consenso; ciò perlomeno sino a che si tenga distinto il consenso strettamente concepito, quale quello che può dar luogo ad un accordo o un contratto, da un più modesto non-

L'amministrazione non può essere titolare della medesima libertà riconosciuta ai privati – che fanno emergere nel consenso i motivi e i mezzi della giuridicizzazione dell'agire – ma deve palesare la propria dipendenza dal legislatore, poiché essa, muovendosi in una dimensione che non perde i tratti dell'autorità, si legittima “trasferendo i propri impulsi dinamici in categorie di atti create”, “in una convergenza di elementi spuri e tendenzialmente confliggenti³³”.

Tale ricostruzione, concettualmente ineccepibile, oggi deve essere verificata alla luce dell'attuale fuga dalla tipicità che interessa anche la pubblica amministrazione, a partire dalla questione delle fonti³⁴, che potrebbe costituire il pretesto per riproporre il dibattito sull'inserimento del principio della libertà delle forme, magari in una veste condizionata.

Il punto di riflessione va ricercato nella considerazione secondo cui nella relazione tra diritto privato e amministrativo, il pubblico continua, in ogni caso, ad essere assunto come sinonimo di autorità, o forse, più correttamente di potere autoritativo che si sbiadisce, ma non scompare, come rilevato dalla dottrina, nemmeno in quelle ipotesi in cui il potere è esercitato in forma consensuale³⁵. Si deve precisare, infatti, che il diritto amministrativo non è esclusivamente il diritto dell'autorità, ma, in termini di priorità logica, è il diritto della funzione, come tale diretto a conferire veste giuridica all'esercizio di potere e a predisporre contestualmente garanzie e tutele, anche, e forse soprattutto, attraverso il momento formale³⁶.

dissenso”, la differenza della regola giuridica rispetto alle altre regole, come quelle contrattuali, “non attiene al meccanismo dei premi e delle sanzioni, quanto e semmai al carattere obiettivo ed eteronomo del precetto” (123); cfr. U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, 365.

³³ I virgolettati sono riferiti a G. BERTI, *Il dedalo amministrativo*, cit., 285, 289.

³⁴ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 689 ss.

³⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, 58 ss.

³⁶ Sul tema, non smarrisce la sua attualità l'illuminante scritto di C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, 397, la versione pubblicistica dell'autonomia non è connaturata libertà ma è discrezionalità, una libertà indirizzata, a cui è intrinsecamente legato il vincolo finalistico, posto al servizio e a garanzia degli interessi coinvolti. Il superamento e la fungibilità dei regimi sono ammissibili qualora il pubblico agisca come autorità, ma sono “disarmati” qualora l'amministrazione agisca con la forma giuridica della funzione (sulla base del presupposto che proprio l'interesse pubblico non ha significato sostanziale, ma solo “giuridico-

L'agire amministrativo e il suo esternarsi risultano, alla luce di questo confronto, ancora oggi insuscettibili di sistematizzazione fissa e immutabile o di apposita e autonoma codificazione nei termini classici, che avrebbe, e il condizionale è d'obbligo, consentito alla forma di rinvenire una propria dignità.

La forma, in questa dialettica tra regimi, significa adattamento delle regole alle vicende reali, purché la stessa resti fattore e presupposto dell'attribuzione delle competenze e di distribuzione del potere.

In definitiva, si può affermare che quando il potere c'è – ed è indispensabile che ci sia³⁷ – le garanzie, nella veste di doveri di forma autonomi e tipici del diritto pubblico sono infungibili da qualsiasi altro strumento o istituto³⁸.

formale”, come osservato da D. SORACE, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche*^{11ed}, Bologna, Il Mulino, 2002, 24); ciò che si rende necessario è il rispetto, come si vedrà nel dettaglio, della forma intesa quale “previo atto formale”, sul tema E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., 275, l'amministrazione si palesa in veste e forma autoritaria, mentre gli enti privati lo fanno in forma dimessa; G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie*, cit., 47, “vi è dunque una specialità piuttosto accentuata nelle cose dell'amministrazione pubblica rispetto al diritto privato. Se c'è autorità, questa si manifesta in primo luogo nel richiamare al singolo processo o procedimento tutti i possibili interessi da coinvolgere: ciò per dire che l'autorità non è nel provvedimento come esercizio di potere, ma nel porre le condizioni perché si risolva un conflitto reale o possibile. In altri termini, il potere è nell'ordine delle cose e l'amministrazione manifesta questo ordine. È così infatti che l'amministrazione diviene un mondo giuridico a sé stante e il diritto amministrativo si distanzia dal diritto privato”.

³⁷ Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrare senza amministrazione*, in *Il Mulino*, 2016, 4, 579, riferisce della “bizzarra idea” di amministrare per legge, poiché il fine, cioè l'amministrare, è incerto mentre la banalizzazione dell'amministrazione sarebbe un risultato pressoché certo.

³⁸ Cfr. F. LIGUORI, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 5, 1841, “non diremmo comunque tutta la verità se omettessimo di ricordare che la ‘fuga nel diritto privato’ è stata pensata anche, e forse soprattutto, per alleggerire la pubblica amministrazione dal rispetto dei molti vincoli imposti alla funzione pubblica (primo fra tutti l'evidenza pubblica) e dunque quale ‘veicolo di un nuovo privilegio’”. A tali fini è opportuno evitare la configurazione di zone grigie nelle quali si annidano i residui di concezioni autoritarie, come accade nel contesto delle teorie che distinguono tra potere formale e sostanziale; sul tema dei privilegi, si rinvia per una collocazione in termini di teoria generale, cfr. R. SCHNÜR, *Privilegio dei giuristi nell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1, 10 ss.; cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, 166 ss., “l'esercizio dei poteri amministrativi è minutamente regolato dal diritto. Gli atti che costituiscono

4. *Elaborazioni teoriche e giurisprudenziali in tema di forma nelle esperienze giuridiche tedesca e francese*

La ricerca della legittimazione del potere attraverso il canone della forma può trarre argomentazioni e linee di ricerca utili dall'analisi degli studi elaborati nel diritto tedesco e nel diritto francese, non in termini comparatistici, ma come momenti autonomi di indagine, al fine di ricavarne i principi guida, senza alcuna pretesa di completezza. L'obiettivo è quello di individuare le modalità di elaborazione di concetti astratti, dedotti dal diritto positivo ma non in senso restrittivo, al fine di coordinarli sistematicamente e porli come referenti delle ricerche al fine di apprezzare, in modo più completo, le traiettorie del cambiamento amministrativo in atto.

La scelta dell'ordinamento tedesco è, per certi versi inevitabile, se si considera, come osserva la dottrina, che nonostante "steccati provvidi, ma che finivano pure per rendere immobile e diafano il campo del diritto amministrativo", l'allineamento della giuspubblicitica italiana rispetto alle tendenze europee palesa un'apparente omogeneità "venata di un germanismo condiviso e diffuso" che rende proficua l'analisi delle tendenze interpretative degli ordinamenti di riferimento, nella solida consapevolezza che "colloquio con la tradizione e distacco dalla tradizione continuano a procedere strettamente affiancati"³⁹.

l'esercizio dei poteri amministrativi sono assoggettati a rigorosi controlli". L'Autore, in tendenziale controtendenza con le elaborazioni teoriche prevalenti, osserva che "come sia rilevante la disciplina della forma con la quale i poteri amministrativi devono essere esercitati. Da una qualsiasi 'forma' quale esternazione del precetto, l'atto amministrativo comunque non avrebbe potuto prescindere, poiché solo a mezzo dell'esternazione esso può raggiungere il suo effetto pratico di regolazione dei rapporti sociali. Ma la forma è anche il mezzo per la identificazione degli elementi in conseguenza dei quali l'atto assume la sua specifica qualificazione. La disciplina della forma è stata infine anche influenzata dalle esigenze del sindacato giurisdizionale". L'Autore opera una ricognizione e una classificazione tra i diversi vincoli legati alla forma scritta, con specifico riferimento alle ipotesi delle c.d. forme particolari; in senso conforme, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, 127, nell'agire pubblico è opportuno distinguere tra "l'agire per la decisione e l'agire per la produzione di un effetto"; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, 417.

³⁹ Cfr., per una autorevole ricostruzione dei percorsi teorici sul tema, B. SORDI, *Nodi cruciali nel processo della scienza amministrativa*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, ES, 2012, 35 ss., il diritto amministrativo e i relativi principi rappresentano un linguaggio istituzionale acquisito,

Ci si propone di fornire un'analisi legata agli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali, al fine di emancipare e svincolare il dibattito dalla "datità normativa"⁴⁰, per accedere a una chiave di lettura di sistema, che tenga conto di tutte le variabili⁴¹.

che si sviluppa in base ai presupposti teorici storicamente dati, si v. E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, Napoli, ESI, 2011, 203 ss.

⁴⁰ Si v., anche in relazione al profilo metodologico, U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3, 833 ss., il dato rappresenta il primo punto di osservazione, in senso cronologico, di ogni ricerca, e, in relazione al tema indagato, si percepisce quanto lo stesso debba essere integrato nel momento interpretativo. La delimitazione e l'ammissibilità di formalità immutabili per l'amministrazione mal si concilia con i repentini mutamenti cui la stessa è soggetta, da un punto di vista normativo e, di riflesso, dal punto di vista organizzativo, pur con la necessità di mantenere unitario lo statuto del suo agire; il tema non si esaurisce in una componente descrittiva, come dimostrato da G. MARONGIU, *Funzione ad vocem*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1988, 2, ora anche in *La democrazia come problema*, I, t. 2, Bologna, Il Mulino, 1994, 301 ss., il dato positivo individua in capo all'amministrazione una generale capacità di diritto. La concezione di tale nozione da parte dell'Autore si pone nell'ottica delle esigenze della società, e non in quelle dell'amministrazione e ancor di meno in quella del potere, poiché "men che mai si accontenta dell'idea che il nocciolo dell'amministrare siano gli atti amministrativi" e, in questo senso, cade l'atto terminale della sequenza (si v., per una lettura *de relato* della elaborazione del pensiero di Marongiu, F. SATTÀ, *Lo sviluppo della nozione di funzione pubblica*, in *Atti del Convegno di studi in ricordo di Giovanni Marongiu*, Roma, 10 novembre 1994, Milano, Giuffrè, 1997, 41 ss., 44).

⁴¹ Il tema è analizzato, sotto il profilo metodologico, da G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 605 ss., che riferisce della costruzione teorica di Gerber, che ricostruisce gli equilibri tra potere e cittadino a "sistema giuridico immutato", con esplicito richiamo alle tendenze che impongono di rivalutare gli equilibri e gli assetti. L'Autore riflette del potere conferito e degli assetti dello Stato di diritto, poiché "la concezione ipotetica della norma appare così la soluzione apprestata dall'ordinamento giuridico ad ogni situazione di fatto e la consacrazione ideale formale del diritto per cui ogni effetto giuridico non è che un valore obiettivo condizionato" (636). Il cambio di prospettiva, dalla norma al soggetto, rispetto alla struttura binaria legittimo-illegittimo assume, nel diritto pubblico, la valenza di criterio di valutazione dell'attività nel suo complesso. Appare evidente, rispetto al tema della forma del potere amministrativo, che "Il comando, nel suo farsi come imputazione, finisce per ricadere fuori dal quadro soggettivo e appare come mero effetto materiale nella sua ricaduta sull'individuo. La dominanza del paradigma legittimo/illegittimo nell'applicazione del diritto risulta, inoltre, ulteriormente rafforzata nel nostro sistema giuridico" (638). L'occultamento del potere nella percezione del giuridico è transitato invece nella dottrina italiana del diritto amministrativo, in un percorso ancora da ricostruire nello slittamento progressivo del potere dalla sua dinamica sostanziale come 'funzione' (Giannini,

La scelta di tali ordinamenti quali sedi di osservazione si giustifica per diverse ragioni, tra le quali la capacità degli stessi di operare e assecondare con consapevolezza un continuo rinnovamento della scienza giuridica amministrativa intesa quale momento di indirizzo, ossia di raccordo, non fisso ma mutevole in base ai cambiamenti, tra amministrazione e società.

Il tema è affrontato in una prospettiva principalmente sostanziale, senza riferimenti alle vicende processuali della forma, pur nella consapevolezza che i piani metodologici non sono scindibili in senso assoluto. Si osserva, a tal proposito, una lieve convergenza, ossia il carattere ragionevole che la forma deve assumere, non solo nella scelta finale, “ma in tutte le operazioni in cui si snoda il processo formativo della decisione⁴²”, nelle quali è ricompresa, evidentemente, anche la vicenda processuale.

4.1. *Il principio di libertà delle forme*

Il par. § 10 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, emanata nel 1976, prevede che il provvedimento amministrativo non sia vincolato da forme determinate, a meno che non esistano prescrizioni giuridiche, ulteriori e contenute in altri testi di legge, riguardanti la forma del procedimento. Si tratta, come evidente, di una declinazione del principio di libertà delle forme.

Nel diritto tedesco, sin dalle elaborazioni concettuali originarie, la vicenda amministrativa, che emerge da “un apparato tutto sommato esente dalla regole dello stato di diritto⁴³” si manifesta nelle vesti di un

Benvenuti) alla vuota macchina del procedimento. Non è un caso perciò che, nonostante il prevalere dell'enfatizzazione del diritto come procedura o procedimento, il riduzionismo positivista della realtà giuridica alla datità normativa abbia suscitato interrogativi e dubbi anche nel diritto amministrativo, ove il tentativo di riemersione teorica del potere ha ripreso consistenza” (639).

⁴² In questi termini, si v. le conclusioni di F. LEDDA, *Intervento*, in *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*. Atti del seminario di studio - Roma, 27 gennaio 1995, Milano, Giuffrè, 1997, 72; in senso conforme, la celebre impostazione teorica offerta da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, V&P, 2006, 875, il quale afferma, nel contesto della disputa tra razionalità e irrazionalità, di essere spinto verso le certezze, bisogno temperato dalla consapevolezza del dubbio.

⁴³ Il profilo è riportato in maniera chiara da M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 355, la dottrina tedesca riconosce che il diritto non possa risolversi unicamente nel dato legislativo, per i rischi di immanenza e immutabilità che non devono precludere

comportamento, e non solo come una serie di istituti giuridici in senso proprio, pur nel riconoscimento di una loro dignità autonoma rispetto all'esercizio del potere, circostanza che coinvolge ovviamente anche la forma; "il procedimento amministrativo non è, in linea di principio, vincolato a forme determinate; onde poterlo condurre a compimento in modo possibilmente semplice, rapido e pratico vige il principio dell'informalità del procedimento"⁴⁴.

L'adeguamento rispetto alla cura degli interessi, cui l'amministrazione deve provvedere; si v. R. ORESTANO, *Savigny 'pubblicista'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 1, 23, il diritto si risolve in un monogramma, identità tra diritto privato e pubblico, progetto giuridico di totale integrità anche se tale identità non pare verificarsi *tout court* in tema di forma dell'agire, ma debba quantomeno essere sottoposta a revisione critica; più dettagliata sul punto è l'analisi di F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., 104, che osserva, che nel diritto tedesco l'attività è disciplinata, "oltre che da norme legislative, da principi generali dell'ordinamento, poiché, in altri termini, l'amministrazione è vincolata alla legge e al diritto, circostanza che palesa la non fungibilità dei due termini, pur nella controversa e incerta estensione della nozione di diritto"; in termini generali sul tema, cfr. L. IANNOTTA, *L'uomo nel diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, Mucchi, 1996, 1763, il quale osserva che la condotta amministrativa rinviene differenti gradi di legittimazione, che mutano in base alla lettura offerta e all'adesione al pensiero normativista, giuridico-istituzionalista e decisionista. Si nota, tuttavia, che nessuno dei tre approcci esaurisce il dibattito circa il grado di legittimazione dell'amministrazione, poiché ci si deve riferire alla componente umana al fine di cogliere tutte le istanze che il potere è tenuto strutturalmente a contemperare.

⁴⁴ Si v. F. MEYER, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo nella repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 3, 1124, il rilievo emerge in relazione all'atto amministrativo quale espressione dell'attività autoritativa, poiché "la legge sul procedimento non esige alcuna forma speciale per l'atto amministrativo; esso può essere adottato in forma scritta, orale od anche altra forma"; cfr. G. LANGROD, *La codificazione del procedimento amministrativo non contenzioso nella repubblica federale tedesca*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1978, 2, 170, "a meno che il diritto vigente non lo prescriva esplicitamente, il procedimento amministrativo non contenzioso, al contrario del procedimento giudiziario, non è legato in linea di principio a forme precise; accanto a questa procedura 'normale' esistono ancora il tipo di procedimento 'formale' (una udienza orale obbligatoria delle parti che si avvicina al processo giudiziario)". L'Autore osserva che la libertà delle forme non sfocia, né rischia di sfociare, in una dimensione non giuridica dei rapporti tra amministrazione e cittadini; P. BADURA, *Il procedimento amministrativo*, in A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, Napoli, Formez, 1979, 274 ss., il rapporto di diritto amministrativo assume il rango di nozione fondamentale, che sintetizza l'articolato dispiegarsi dell'essere della pubblica amministrazione in relazione al privato, poiché le determinazioni dell'agire – il provvedimento e il contratto, nella visione tradizionale – subiscono un ridimensionamento ri-

La dottrina e la relativa costruzione delle forme giuridiche dell'agire amministrativo⁴⁵ sono legate in maniera chiara ed evidente al momento di emancipazione e di trasmutazione dell'amministrazione dallo 'Stato di polizia' verso lo Stato di diritto⁴⁶, operazione avente l'obiettivo di ga-

spetto alla loro acclarata centralità; si v. L. DE LUCIA, *A proposito di «Verwaltungsrechtliche dogmatik» di Eberhard Schmidt-Aßmann. Il diritto amministrativo tedesco e il rinnovamento della dogmatica giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, in ciascuna forma giuridica devono combinarsi esigenze di stabilità e di flessibilità, che rendono necessaria la sistematizzazione del concetto di *Handlungsform*, che indica gli strumenti amministrativi, talvolta derivanti da prassi, poiché funge da elemento di sistemazione e individuazione delle regole generali per l'attività amministrativa informale; il tema può essere letto in una prospettiva più ampia e di sistema, anche se si registrano posizioni contrarie, come quella espressa F.E. SCNAPP, *Pubblica amministrazione e attività nelle forme di diritto privato*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1992, 2, che, in relazione alla tesi per la quale la libertà di scelta delle forme è estensibile anche all'opzione di perseguire il fine pubblico con strumenti di diritto privato, poiché in tale libertà – che non si declina necessariamente in discrezionalità – non si può non tener conto delle differenziazioni concettuali tra le categorie dei rapporti giuridici; si v. R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 160, proprio la “carica propulsiva” dei comportamenti amministrativi consente di non riferire più della consuetudine come fatto normativo, poiché la stessa forgia un modello proprio, “un'operazione che l'ordinamento tollera, confinandola ai margini”; G. CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, I, Roma, Treves, 1925, 140, il giurista, nell'analizzare il percepito è spesso indotto a optare per la rigidità formale propria della dogmatica giuridica.

⁴⁵ Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, 472, per il quale “per ogni ordinamento giuridico il trattamento dei vizi di forma e del procedimento rappresenta una questione centrale, perché il diritto stesso è per parti importanti forma e procedura”. L'Autore rappresenta una peculiare modalità di sanatoria in contraddittorio, il c.d. ‘principio di piena compensazione’, che palesa, tuttavia, dubbi di tenuta. Inoltre, emerge una specifica disciplina per i rapporti giuridici amministrativi multipolari, qualora vi rientrino situazioni espressione di diritti fondamentali; D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in *Annuario AIPDA. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*. Atti del convegno annuale. Bari, 30 settembre-1° ottobre 2011, Napoli, ES, 2012, 8; cfr., inoltre, F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 429, l'ordinamento tedesco ha palesato e registrato la transizione della dialettica dei rapporti fra legalità sostanziale a legalità formale dal diritto costituzionale al diritto amministrativo [l'Autrice riprende e analizza, in una prospettiva critica, le tesi elaborate da A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts* (1st ed., 2006) Tübingen, Mohr Siebeck].

⁴⁶ Di recente, P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2021, 44, 64; sulla relazione che intercorre tra la tenuta dei modelli costituzionali e il provvedimento amministrativo, cfr. S. PE-

rantire la giustiziabilità dell'attività pubblica. Si affianca alle strutturate e inamovibili forme autoritative tipiche dell'amministrazione di ingerenza, "il regno piuttosto vago dell'agire meramente autoritativo dell'amministrazione e delle attività materiali dell'amministrazione"⁴⁷.

Il rapporto tra esercizio formale del potere e principio di libertà delle forme si basa su un "sottofondo di affinità tra amministrazione e giurisdizione"⁴⁸, poiché il sindacato si pone quale presidio che copre il complessivo tutto l'operato amministrativo, senza distinzioni, rendendo così compatibile con la dimensione delle garanzie anche quella sostanziale della libertà delle forme⁴⁹; d'altronde, la statuizione dell'autorità ammini-

RONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Atti del convegno. Salerno, 14-15 novembre 2015, Torino, Giappichelli, 2017, 8, 9.

⁴⁷ P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 1, 34, "il sistema delle forme dell'azione amministrativa venne, quindi, ricavato dal principio di legalità dell'amministrazione, rappresentata tipicamente come amministrazione di ingerenza (*Eingriffsverwaltung*)". Si osserva che, nell'economia complessiva del dibattito, il diverso trattamento dei vizi formali rispetto ai vizi sostanziali è prevalentemente giustificato per ragioni di economia processuale e di efficienza dell'attività amministrativa, frustrate dalla possibile rimozione di un provvedimento il cui contenuto si accordi, in ogni caso, con il diritto sostanziale e che potrebbe comunque – in virtù della inesauribilità del potere amministrativo – essere riprodotto in un successivo momento nel rispetto delle norme sulla forma e sul procedimento.

⁴⁸ F. BARTOLOMEI, *L'atto amministrativo nella letteratura giuridica della Repubblica Federale Tedesca*, in *Studi in onore di Luigi Galateria*, Milano, Giuffrè, 1987, 111.

⁴⁹ Cfr. P. BADURA, *Il procedimento*, cit., 275, "il diritto formale – che regola la procedura giuridica davanti al tribunale – è al servizio del diritto materiale, che regola a sua volta lo *status*, i diritti e i doveri e il comportamento dei soggetti di diritto nelle relazioni giuridiche", "il diritto formale regola i presupposti che stanno alla base della sentenza giudiziaria"; il tema è ripreso da P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 301 ss., il rapporto osmotico tra amministrazione e giurisdizione si legittima in base al generale sfavore, una sorta di latente sfiducia, che si registra nei confronti dell'esecutivo. Questa impostazione impone di dar conto di due posizioni, intese come rigorosamente alternative, in relazione alla discrezionalità nel diritto tedesco. La prima identifica il *proprium* del potere nella qualificazione, da parte della stessa amministrazione, delle premesse di fatto del proprio provvedere, mentre la seconda, maggiormente accolta, riferisce il contenuto della valutazione alla scelta della linea d'intervento maggiormente opportuna tra le giuridicamente possibili e legittime in presenza di una situazione di fatto. Appare palese, che, secondo tale approccio, la libertà di agire sia un presupposto ineludibile per evitare la mortificazione del provvedere. La prospettiva accolta si pone in intima consonanza con l'idea, dominante, della natura obiettiva e non problematica del fatto rispetto al quale l'amministrazione deve provvedere; os-

strativa ha valore vincolante se non interviene il sindacato, a prescindere da come si sia perfezionata nella sua dimensione sostanziale.

L'esercizio del potere soggetto a forme più vincolanti non è, in altri termini, soggetto a un sindacato più blando, non vi è alcuna presunzione di legittimità dello stesso o, "una qualsiasi autoattestazione di conformità alla legge⁵⁰".

serva F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Dir. soc.*, 2004, 4, 556, che con un ragionamento 'euclideo', eliminando la rilevanza della forma sul piano giudiziario, si verrebbe a creare una insanabile antinomia nel sistema giuridico complessivo, "perché se la forma continua a essere richiesta dal dato positivo ma è irrilevante in sede giudiziaria, tanto varrebbe eliminarla" (autorevolmente, P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, I, Padova, Cedam, 1947, 10, depreca "l'albagia scientifica" che induce una convinzione errata di dignità da attribuire solo alle costruzioni teoriche formatesi al di fuori del contesto giurisdizionale, quasi a identificare un'epoca oscura nella storia della ricerca giuridica, dalle quale era opportuno mantenere le giuste distanze poiché l'esperienza giuridica non può essere ridotta a "mere formule, paiano esse le più sicure, le più omnicomprenditive"; particolarmente critica nei confronti della riduzione del diritto amministrativo a mere formule è E. CANNADA BARTOLI, *Diritto amministrativo rivelato?*, in *Foro amm.*, 1971, III, 10, 788, per il quale il diritto deve essere letto nella sua dimensione più ampia, per evitare il rischio di trascendere nella discriminazione ideologica delle nozioni); conforme all'interpretazione diretta a valorizzare l'aspetto processuale e i relativi obblighi gravanti sull'amministrazione e sulla forma dell'agire, è G. BERTI, *Il dedalo amministrativo*, cit., 286, preservare la legalità formale a scapito della giustizia comporta un dimezzamento della giuridicità dell'agire. L'orditura di partenza, in relazione all'esternazione della forma nel suo momento processuale, accentua e conferisce ulteriore evidenza rispetto alla specialità originaria. L'Autore palesa un evidente scetticismo, "si inventò il primato legislativo e si congegnò una grande sceneggiatura" (286), e osserva che il momento giurisdizionale "celebra la pace fra gli interessi contrapposti e conserva le liti all'interno di questa pacificazione" (296). Peraltro, si avverte che il momento giurisdizionale, qualora partecipi alla definizione delle forme del diritto, deve necessariamente compiere un'astrazione dei rapporti attraverso artificiose formule linguistiche; in termini generali, T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1, 115 ss., osserva che i raffinamenti logistici non consentono di sistematizzare tutti i passaggi logici dell'agire e palesa un evidente – peraltro dichiarato – scetticismo, poiché "la nota critica della sterilità della giurisprudenza concettuale", "vuoi concetti di carattere meramente formale, vuoi concetti classificatori delle norme sono poi muti in sede di applicazione".

⁵⁰ Appare opportuno, peraltro, considerare che anche il diritto tedesco non è stato immune da riflessi teorici offerti dal diritto comunitario, come rileva C. ENGEL, *Gli effetti del diritto comunitario sul diritto amministrativo tedesco*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1993, 4, 648 "quando la comunità accorda all'amministrazione una certa libertà decisionale allora la discrezionalità riguarda anche la fattispecie, non si limita quindi alla determinazione e alla scelta delle conseguenze giuridiche". Tuttavia, si disattende questo indi-

Il dato da far rilevare è che nel diritto tedesco il tema della forma non rappresenta un ostacolo, né un problema gravoso dal quale sollevare l'amministrazione⁵¹.

La tendenza a ricomprendere le categorie generali entro formule omnicomprenditive emerge nella nozione di *Bewirkungsform*, che, in coerenza con il ruolo di raccordo e indirizzo del diritto amministrativo, designa il complesso delle forme giuridiche poste nella piena disponibilità dell'amministrazione⁵².

rizzo, poiché la teoria della libertà di scelta delle forme rinviene la sua legittimazione direttamente nell'elaborazione teorica del diritto tedesco; tale libertà potrebbe trovare un fisiologico momento di arretramento in relazione all'effetto conformativo delle sentenze dei tribunali amministrativi, anche se non è alterato l'impianto dogmatico che ne legittima l'esercizio, come osservato da M. FREMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1989, 3, 523 ss; la questione, peraltro, si innesta in un filone legislativo diretto a codificare vasti ambiti e numerosi istituti dell'attività amministrativa che, tuttavia, deve essere conciliato da prudenti tentativi di introdurre principi di carattere generale, tema analizzato, proprio con riferimento al diritto amministrativo tedesco, da S. COGNETTI, *Normative sul procedimento. Regole di garanzia ed efficienze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 1, 94 ss., 99 (nota § 10) il quale rileva che la citata libertà delle forme si pone quale esigenza diretta ad evitare il rischio di limitare sensibilmente "la capacità dell'amministrazione di plasmare la propria azione in base alla peculiarità delle situazioni che di volta in volta si presentano". L'Autore, con riferimento al pensiero di Weber, osserva che nel diritto tedesco i principi e le regole della procedura amministrativa non dovrebbero essere cristallizzati in un testo legislativo, all'esito di una determinata eredità storica, giuridica e culturale, poiché in questo modo si arresta, indebitamente, il naturale processo di lievitazione che, per anni o per decenni, può svilupparsi spontaneamente ad opera della scienza e della giurisprudenza (99).

⁵¹ Cfr. di recente, A. VON BOGDANDY, *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 996 ss., 999, la dottrina crea e sviluppa concetti fondamentali e strutture, elucida e legittima il diritto vigente e, in ciò, non dovrebbe leggersi un'avversione nei confronti di tutele e garanzie.

⁵² F. BARTOLOMEI, *Sulla tipologia dell'atto amministrativo nella letteratura tedesca: cenni*, in *Scritti giuridici. Dall'età albare 1956 all'età del crepuscolo 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, 777 ss., 780, i bisogni pubblici sono soddisfatti, almeno di regola, non dagli atti, ma dalle attività, poiché vi sono taluni settori rispetto ai quali la preventiva emanazione di atti è impossibile e l'attività materiale è eseguita in contumacia a un atto formale. Con l'introduzione dell'atto formale, l'azione materiale ha smarrito la sua centralità, anche se non si intende negare l'acuta ricostruzione, di cui si dirà, relativa al ruolo del farsi del potere, il momento dell'agire che non corrisponde all'atto in sé; in senso conforme, A. CONTIERI, *Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, 49 ss., la funzione non si esaurisce con e nel procedimento e l'atto terminale o finale dello stesso, non può affatto considerarsi finale o terminale

Le operazioni della scienza giuridica tedesca hanno optato, tradizionalmente, per un impianto concettuale ben definito e saldo nei principi⁵³ che, nel diritto amministrativo, è compensato proprio dall'identificazione di un agire informale⁵⁴ – soggetto in ogni caso al rispetto della Costituzione e al primato del dato positivo – che si connota simultaneamente di un momento di ‘conservazione’ e uno di ‘avanzamento’⁵⁵. Questa dialettica tra principi e regole rimane, infatti, il momento in cui si confrontano esigenze di conservazione dell'ordine e quelle di cambiamento.

rispetto alla funzione. La funzione va oltre il procedimento e si sviluppa in un continuo confronto tra ciò che si è formalizzato nel provvedimento e la situazione di fatto.

⁵³ Cfr. F. MERUSI, *A proposito di «Verwaltungsrechtliche dogmatik» di Eberhard Schmidt-Aßmann. Divagazioni su di una pretesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 17 ss., Kormann e Cammeo hanno operato tentativi di applicazione della nozione di negozio giuridico all'atto amministrativo, che nel diritto italiano si sono risolti in tentativi di riunire attorno al concetto di causa dell'atto le numerose tipologie di atti amministrativi; si v. E. FORSTHOFF, *La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 3, 511, l'amministrazione ha il dovere di garantire e preservare le libertà individuali, in termini di compito autonomo e non solo funzionale.

⁵⁴ Tale impostazione consente di fornire chiavi di lettura peculiari anche all'emergere di problemi della attualità, quali, ad esempio, la reazione dell'ordinamento nei confronti delle nuove tecnologie, su cui cfr. E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *PA Persona amministrazione*, 2021, 1, 501, sul tema dell'ammissibilità di tali strumenti all'attività informale.

⁵⁵ Sul ruolo della dogmatica nel diritto amministrativo tedesco, E. SCHMIDT-ABMANN, *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma (“La nuova scienza del diritto amministrativo”)*, in *Dir. amm.*, 2015, 2, 255, l'informalità dell'agire consente di operare una sintesi operativa dei complessi regolativi costituiti da contenuti normativi e elementi tratti del settore cui si riferisce la regolazione amministrativa ‘formale’; sul tema, appare particolarmente rilevante, cfr. G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 18-20 settembre 1986, Milano, Giuffrè, 1989, 45, “nella linea di riduzione dell'area di impiego dei poteri amministrativi e delle forme di esercizio unilaterale degli acquisti stessi acquista poi rilievo centrale l'affermazione del principio di contrattualità che già nella legge tedesca del 1976 veniva enunciato in termini di ‘fungibilità del contratto al provvedimento’. Nello schema il principio viene ripreso in una prospettiva più generale come forma normale di esplicazione dell'azione amministrativa cui poter ricorrere ‘ogni volta che serve ad accelerare lo svolgimento dell'a.a. e disciplinare con maggior stabilità i comportamenti dell'amministrazione e dei privati, oltre che i diritti doveri reciproci, senza pregiudizio dei diritti dei terzi’”.

La previsione delle ipotesi di attività amministrativa informale – analizzate in dettaglio *infra*, cap. § 6 – fa emergere una prospettiva nuova, anche per ciò che riguarda la tenuta della garanzia e della protezione dei diritti; l’informalità dell’attività, o di una parte di questa, è infatti un’esigenza e ha valenza funzionale poiché, attraverso tale modalità di esternazione del potere, il rapporto amministrativo non necessita di essere gravato di forme proprie e complicanti, “c’è, *sic et simpliciter*, non come rapporto paritario, ma la posizione sovraordinata non è quella della pubblica amministrazione, bensì quella dei diritti fondamentali dell’individuo⁵⁶”.

L’attività informale deve essere, in ogni caso, caratterizzata da un grado adeguato di razionalità, circostanza che svela, allo stesso tempo, aspetti universali e particolari dell’agire amministrativo⁵⁷, perché, per un

⁵⁶ R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti*, cit., 167; cfr. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 7-8, V, 208, l’amministrazione è sintesi (si nota il ricorso alle formule negative tipiche del diritto tedesco) verbale di attività e rapporti eterogenei, che pongono in secondo piano il risultato dell’attività, e si palesa un notevole grado di multiformità, non per motivi di caotico assemblarsi di istituti, ma per la prevalenza della funzione sul potere; la nozione di ‘rapporto amministrativo’ è rielaborata, pur con l’avvertenza circa la possibile inconsistenza del concetto, da P. STELLA RICHTER, *L’inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970, 177, il rapporto è la relazione giuridica tra il potere pubblico e il diritto del privato, a prescindere dalla modalità prescelta di agire; si v. F. SPANTIGATI, *Atti del potere pubblico e diritto del privato*, in *Foro amm.*, 1971, III, 516 ss., 519, i concetti puri, per eccellenza, della scienza giuridica sono quelli di *status* personale e di rapporto giuridico, pietre angolari della costruzione sistematica del diritto che richiede una ricomprensione in questo ambito di tutto l’agire pubblico, poiché il rapporto è in grado di riassumere le dinamiche e di riprodurre il dispiegarsi, in senso fisiologico e patologico.

⁵⁷ In termini generali, ma le riflessioni si adattano all’andamento argomentativo acquisito in questa sede, è quanto mai scettica la posizione di G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e la razionalità amministrativa*, in *Federalismi*, 2019, 23, 2, il quale, in apertura di trattazione, avverte dei possibili rischi legati all’acquisizione del dato razionale pubblico quale parametro di riferimento, poiché “il rapporto tra razionale e irrazionale nelle amministrazioni pubbliche sembra segnato dalla condanna a un’eterna rincorsa. Quanto più si cercano ed elaborano modalità per configurare assetti razionali, tanto più insorgono nuovi elementi di irrazionalità. Non so se questo sia dovuto a quella che, descrittivamente, viene sintetizzata nella fatale complessità giuridica delle società contemporanee, che si dice giunta a un livello che sembra non prestarsi più a soluzioni autenticamente semplificanti; oppure alla tendenza sociale e politica – di cui l’ordinamento giuridico è solo specchio – all’orizzontalizzazione dei rapporti a partire da quelli dell’autorità e del potere; alla perdita di un centro dominante e delle linearità che vi fanno capo; e, per

verso si consente all'amministrazione di svincolarsi legittimamente da adempimenti (in termini di formalità) che ne aggravano in maniera non funzionale l'agire, per l'altro, il privato può confrontarsi con l'autorità attraverso modalità che non complicano di per sé il procedimento. Si tratta di una coppia concettuale, nello specifico informalità-funzione, che si legittima in base alla riflessione secondo cui l'agire informale rappresenta, a tutti gli effetti, una modalità adeguata, e talvolta necessaria, di tutela dall'ingerenza del potere amministrativo⁵⁸.

Residuano perplessità applicative di questo modello al di fuori del contesto tedesco, dovute al regime giuridico e all'interpretazione delle norme, ma, in coerenza con quanto rilevato, "le prescrizioni relative alla forma devono tutelare l'autorità e il cittadino da decisioni non ponderate e non chiare, la loro osservanza è quindi condizione dell'efficacia", e "ciò non vale solamente nel caso in cui la prescrizione relativa alla forma assolve a una mera funzione di ordine⁵⁹".

Si disattende l'elaborazione per la quale le forme e le modalità previste dalla legge siano da intendere esclusivamente quali norme di organizzazione, perché l'informalità si impone quale fattore compensativo sostanziale, ma la dialettica del rapporto è in ogni caso polarizzata intorno ai diritti del cittadino, soggetto attivo di diritti e non passivo di tutela e di obblighi⁶⁰.

quanto ci riguarda più direttamente, allo smarrimento dell'univocità, quando non della stessa identificabilità, dell'interesse pubblico: cioè della pietra angolare di qualsivoglia razionalità amministrativa".

⁵⁸ Si fa riferimento alla nota teoria elaborata da R. JHERING, *Geist des römischen rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung* (1st ed., 1907) I, Lipsia, Aalen, 471.

⁵⁹ Cfr. P. BADURA, *Il procedimento*, cit., 320; per apprezzare la fungibilità degli strumenti di diritto pubblico e privato rispetto alle conclusioni cui si è pervenuti, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, I, Milano, Giuffrè, 1998, 553, 563 ss., che osserva che l'agire amministrativo non può essere più qualificato per il suo riferimento soggettivo, poiché la costruzione stessa del potere come modulo tipico dell'azione amministrativa è smentito dalle vicende dottrinali e giurisprudenziali. Il vincolo al rispetto dei principi tipici dell'attività amministrativa non comporta più come logica e diretta conseguenza l'imposizione di una sorta di principio di necessità della forma giuridica pubblica per l'amministrazione.

⁶⁰ Sul tema, si condivide la lettura offerta da G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 585 ss., il quale analizza il tema nel contesto del sindacato giurisdizionale, nelle more del quale il rapporto amministrativo può essere ricondotto nell'alveo della legalità procedurale violata; sul tema dei profili

In altri termini, i diritti del privato sono assunti quali elemento di valutazione nelle more del processo di perfezionamento della scelta amministrativa e, in tal senso, devono conformare, in maniera eteroindotta, ma procedimentalizzata, l'agire amministrativo complessivamente considerato⁶¹.

Come noto, il principio di libertà delle forme – mutuato dall'esperienza tedesca – era rubricato all'art. 1 del progetto originario della Commissione Nigro per l'emanazione legge sul procedimento amministrativo poi soppressa ad opera degli uffici della presidenza del Consiglio dei Ministri⁶²; il risultato è stato in ogni caso quello di legittimare una diversa concezione di tipicità, come notato *supra*, cap. § 1.

Si può concludere, in termini di indicazione utile, che il principio di libertà delle forme, adattato al contesto amministrativo italiano, non avrebbe valenza di per sé positiva o negativa, e, con riferimento alla traccia seguita in questa sede, non avrebbe favorito in assoluto la concezione della forma come ostacolo o come tutela. Si deve, come sempre,

formali dell'organizzazioni e dei relativi atti formali di costituzione, si v. M. D'ORSOGNA, *Le strutture organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*^{VIIed}, Torino, Giappichelli, 2021, 90, 91.

⁶¹ Si v. la nota pronuncia del *BVerfG*, 20.12.1979 - 1 *BvR* 385/77; per un'analisi complessiva del tema, cfr. D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, Giuffrè, 2002; nell'ambito del dibattito relativo alla promulgazione di una legge sul procedimento amministrativo in Italia, P. CALANDRA, *Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez) (L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza)* 1981, 1, 81, osserva che le difficoltà che il legislatore italiano ha incontrato risiedono nella circostanza che l'esaltazione degli aspetti formali di legalità ed esecutività dell'amministrazione e progressiva dilatazione di poteri operanti sotto la copertura formale e legalitaria hanno impedito che la struttura amministrativa abbia avvertito il bisogno di una "larga e generale struttura procedimentale"; si osservi che, in ogni caso, anche con riferimento al diritto tedesco, le prescrizioni di forma non esauriscono l'esigenza di tutela connaturata all'agire, come rileva, in una prospettiva di europeizzazione del diritto amministrativo, A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*^{IIed}, I, Milano, Giuffrè, 2007, 369.

⁶² Su questi profili, S. COGNETTI, *Normative sul procedimento*, cit., 99; particolarmente critico sull'ipotesi di adottare il criterio di libertà delle forme è M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez)*, 1981, 2, 167, il quale definisce un procedimento deformalizzato in termini di "non modello"; per una ricognizione del dibattito, obbligatorio è il rinvio a F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*. Atti del Convegno Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè, 1990.

valutare l'applicazione del principio al contesto culturale e al tempo nel quale l'amministrazione opera.

4.2. *La nozione di 'forma sostanziale'*

L'esposto primato, e conseguente originalità delle costruzioni teoriche, del diritto tedesco è posto in discussione dalla dottrina francese⁶³, per la quale i concetti fondanti del diritto amministrativo rinvergono la propria genesi nella capacità costruttiva della giurisprudenza del *Conseil d'État*, definita in termini di dipendenza di *longue durée*, poiché la sistematizzazione teorica rappresenta la “fonte più illustre della scienza del diritto amministrativo nell'Europa continentale⁶⁴”.

⁶³ *Ex multis*, la celebre opera di M. HAURIOU, *Precis de droit administratif* (10th ed., 1921) Parigi, s.e., 393 ss.; sul tema, si v. A. SALANDRA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, Associazione Universitaria Romana, 1910, 219, il quale riprende e critica le teorie elaborate da Laferrière, in ordine alla sistematizzazione dell'attività amministrativa operata in base alla differenza tra amministrare e governare, definite dall'Autore “forme letterali con contenuto giuridicamente vago e indeterminato”. Tale confusione potrebbe generare un concreto pericolo che “sotto questa forma vaga fossero sottratti all'esame dei corpi giurisdizionali ordinari o speciali molti atti del potere” nel contesto dell’“orbita amministrativa”. Il diritto francese ha elaborato, in via pretoria, le embrionali ipotesi di volontà – e quindi di forma, poiché i due aspetti appaiono inscindibili nel dispiegarsi complessivo – presunta dell'agire, qualora l'amministrazione non si esprima dopo la presentazione di un reclamo gerarchico, ma tale assunto è criticato dall'Autore (239); si v., inoltre, con specifico riferimento all'esercizio del potere unilaterale del potere, F. VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives* (1st ed., 1966) Parigi, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 193 ss. (spec. livre § II) [l'Autore mutua la concezione di legalità integrata dagli scritti di LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (2nd ed., 1896) II, Parigi, Berger-Levrault et C^{ie} Libraires-Ed.].

⁶⁴ Ci si limita, in termini di corredo bibliografico, a riferire dello scritto di M. HAURIOU, *Precis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques* (5th ed., 1903) Parigi, Larose, nel quale il confronto dei principi con l'esperienza amministrativa è filtrato da comportamenti pratici e basi cognitive complesse; sul tema si v., M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 463 ss., “Il diritto amministrativo, non meno nei suoi contenuti di specialità, nasce e prende forma ancor prima della sua scienza ad opera principalmente della pretoria giurisprudenza del *Conseil d'État* del XIX sec., che ha fatto da paradigma a tutti i sistemi pubblicistici. Anche la dottrina tedesca, che pure rivendicava una propria tradizione nazionale, dovette riconoscere il primato francese”; F. ROLLAND, *L'orientation de l'action administrative en question: pour une critique théorique des directives administratives*, 4 *Rev. Jur. Ouest*

La dottrina francese rivela un tono meno netto nell'iniziale impostazione offerta rispetto ai molteplici significati delle nozioni giuridiche, indice di una notevole considerazione – peraltro mai celata nelle trattazioni⁶⁵ – nei confronti del corpo pretorio, ritenuto dotato di notevoli capacità elaborazione teorica⁶⁶. Si osserva, in altri termini, un'apertura all'identificazione delle nozioni non intesa quale risultato immutabile, ma sempre soggetto a revisioni, con il supporto fondamentale delle letture pretorie.

I tentativi di ricercare una coerenza di base delle nozioni così come interpretate dai tribunali hanno promosso l'elaborazione della figura della *voie de fait*⁶⁷, che può essere definita in termini di comportamento

495 ss. (2004); cfr. J. RIVERO, *Le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*, 4 LGDJ (M.M. Waline) 701 (1974); di recente P. COSALTER, *L'internalizzazione del diritto amministrativo: un punto di vista francese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, 1043 ss., osserva che la portata nazionale degli istituti – ivi compreso il tema del regime degli atti – impone di valutare il principio di mutuo riconoscimento quale pietra angolare di una visione unitaria, al di fuori della quale il carattere transnazionale dell'atto è del tutto assente (l. Autore, a titolo meramente esemplificativo, opera un riferimento ai temi dei conflitti di legge nello spazio e all'arbitrato).

⁶⁵ Osserva L. SCARMAN, *Evoluzione del diritto amministrativo: ostacoli e opportunità*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1991, 4, 592, “non sorprende affatto che, nell'ambito del diritto amministrativo, il diritto processuale abbia avuto un'evoluzione più rapida rispetto al diritto sostanziale”, con approdi particolarmente innovativi, offerti dal diritto francese.

⁶⁶ Come riferito da M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 4, 1371 ss.; cfr. A. SANDULLI, *Scienza del diritto amministrativo e giurisprudenza: l'uso della giurisprudenza da parte del giurista*, in *Le carte e la storia*, 2004, 2, 52, le fondamenta del diritto amministrativo sono state poste in un clima di “armonica collaborazione con la scienza giuridica”; cfr. L. NIZARD, *Le dinamiche contraddittorie in atto nell'amministrazione francese: un tentativo di spiegazione teorica*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1981, 2, 41 ss., il quale opera una critica rispetto all'utilizzo del termine ‘funzione’, che rimanda a troppi significati, che sostituisce con dimensione amministrativa, poiché l'amministrazione è caratterizzata da una strutturazione interna flessibile, non legata a regole vincolanti, al fine di legittimare la diversificazione dei rapporti e delle modalità di agire. Si propone un modello nel quale la legittimazione deve essere declinata al plurale per poter assecondare i cambiamenti cui l'amministrazione è tenuta a far fronte. Anche la forma dell'agire è sottoposta, per tale interpretazione, a un processo di scomposizione, perché risente del tipo di legittimità dell'amministrazione nei confronti degli ‘interlocutori’ e, sempre per tale via, vi sono rapporti esclusi da tale ambito (71).

⁶⁷ Sul tema si v. M. DEBARY, *Le voie de fait en droit administratif* (1st ed., 1960), Parigi, R. Pichon et Durand-Auzias, 85 ss., per le ipotesi di applicazione dell'istituto alle decisioni amministrative. Si respingono le teorie che definiscono la *voie de fait* in termini di usurpazione del

amministrativo, in ogni caso avvinto e tutelato dal principio di legalità, anche se si indirizza l'attività verso uno spiccato grado di informalità⁶⁸.

La *voie de fait*⁶⁹, seppur legittimata in via pretoria, con talune necessarie eccezioni, è l'antitesi della forma, poiché non reca in sé stessa la presenza dell'esercizio di un potere nella sua veste propriamente giuridica. La dottrina francese, tuttavia, riconduce a sistema tale lacuna attraverso la valorizzazione del canone di razionalità, che non integra o sana le carenze formali, ma diviene un fattore di compensazione al fine di pervenire ad una ricostruzione che non voglia tradire del tutto i principi minimi che devono governare l'esercizio dell'attività pubblica⁷⁰.

potere amministrativo (107), poiché nella fase di esecuzione l'amministrazione recupera tale eventuale *vulnus*; A. MOYRAND, *Le droit administratif* (1st ed., 1992) I, Lione, L'Hermès ed.; più di recente, cfr. P. DELVOLVÉ, *Voie de fait: limitation et fondements*, in *Ius Publicum*, 2013, 5 ss.; in senso critico in merito alla necessità e l'opportunità di sopprimere i comportamenti amministrativi legati alle *voie de fait*, si rinvia a O. LE BOT, *Maintenir la voie de fait ou la supprimer? Considérations juridiques et d'opportunité*, 24 RDLF 33 (2012).

⁶⁸ Come rilevato da N. PAOLANTONIO, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, in *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*. Atti del seminario di studio - Roma, 27 gennaio 1995, Milano, Giuffrè, 1997, 29 ss., l'approccio del diritto francese è condizionato dall'immanente centralità del provvedimento. L'Autore osserva che "sotto un profilo metodologico, occorre ricordare in Francia il problema del potere discrezionale costituisce tradizionalmente una componente del più ampio dibattito teorico sulla legalità dell'azione amministrativa, nozione a sua volta strettamente correlata a concetto di legittimità degli atti amministrativi" (30).

⁶⁹ Il diritto francese ha coniato la nozione di *opération administrative*, ripresa dagli studi di D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione*, cit. (spec. cap § 2) che osserva che in Francia la teoria della *opération* è elaborata, fin dalle origini, nell'ambito della teoria della giustizia amministrativa, quindi in relazione al momento strettamente interpretativo; per autorevole e condivisa lettura, cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa ad vocem*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, 83, sulla tendenziale omnicomprensività della nozione di attività, proprio in relazione alle operazioni amministrative. La rivalutazione della nozione di attività, considerata nei suoi aspetti sostanziali, consente di fissare una determinazione meno ovvia di ciò che possa apparire, ossia che il soggetto amministrativo non è assistito da alcuna autorità giuridica, ma la esercita; più risalente nel tempo, cfr. L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, in relazione alla questione definitoria, il termine *acte* rivestirebbe un'autonoma importanza solo nel diritto civile e nel diritto processuale, che impone una identità concettuale delle due espressioni di legge "atto" e "operazione" rispetto al concetto di attività amministrativa (subiettiva e formale). L'Autore concentra l'attenzione sul tema dell'operazione quale momento singolo dell'attività amministrativa che integra una manifestazione di volere.

⁷⁰ Si v., sul tema, in una prospettiva protezionistica, J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, *Science administrative* (1st ed., 1978) II, Parigi, s.e., 581 ss., 599, che avvertono del caratte-

La razionalità non si pone quale momento oggettivo, ossia come riflesso di un ordine radicato nella collettività, ma – senza che ciò possa apparire come una forma di pregiudizio rispetto al tema – diviene momento di legittimazione informale che consente alla stessa amministrazione di darsi regole e giustizia, soprattutto nell’esercizio di poteri discrezionali e di autotutela.

Il modello di razionalità offerto dal diritto francese è intriso di regole e valori, ma mal si concilia con giudizi troppo stringenti – rispetto ai quali la valutazione di corrispondenza rispetto alla forma rappresenta invece un indice affidabile – perché emerge anche una spiccata funzione sociale degli istituti che non può essere ignorata⁷¹.

re mistificatorio e potenzialmente deviante del richiamo alla razionalità, che garantisce tuttalpiù la sopravvivenza del sistema giuridico, ma non integra un’ipotesi di possibile progresso giuridico; R. HARTWIG, *Razionalità e problemi di teoria amministrativa*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1979, 2, 1 ss. (obbligato è il riferimento a A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 209, *l’acte discretionnaire ou de pure administration* ascritto alla categoria della volizione è insuscettibile di razionalizzazione obiettiva e perciò di sindacato giurisdizionale); si v., in senso ampio, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, ES, 2009, 118, il consenso, l’accettabilità del diritto applicato secondo i criteri di ragionevolezza può attingere a un grado di certezza se la ragionevolezza stessa sia intesa in termini di razionalità pratica distinta da quella logico-deduttiva, una sorta di ragione dialettica. La ‘ragione della ragionevolezza’ impone di ricercare principi formali, comuni e condivisi, ma tale ricerca non esaurisce il compito, né è sufficiente per legittimare l’agire amministrativo. Si osserva, tuttavia, che la razionalità dell’agire, e di conseguenza anche quello amministrativo, dipende dalla legittimità del diritto vigente, che non è nella disponibilità degli attori. “La normatività come orientamento obbligante dell’azione non coincide con la razionalità comunicativa”, la ragione comunicativa – che integra ma non esaurisce il tema della forma – è condizionata dal mezzo linguistico, o dal silenzio nelle ipotesi di inerzia, e rende possibile il perseguimento ragionevole del fine pubblico, “perché rende possibile orientarsi alle pretese di validità” (151).

⁷¹ Cfr. H.A. SIMON, *Reasons in human affairs* (1st ed., 1984) Stanford, Stanford University Press (trad. it. a cura di G.P. DEL MISTRAL, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, Il Mulino, 1984) 38 ss., la razionalità non può sostituire la esigenza formale, poiché non può garantire lo stesso grado di prevedibilità; conforme, è la posizione di A. GORDILLO, *Access to justice, legal certainty and economic rationality*, in *Dir. econ.*, 2014, 1, 43, che osserva come la razionalità possa rilevare in termini integrativi e solo nella fase contenziosa; più radicale, in termini di scetticismo, la posizione di L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1, 321 ss.; invece, in senso difforme, D. SORACE, *Il ruolo dell’atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, 90, osserva una identità di approccio, poiché, limitata-

Si assiste alla proclamata necessità di operare una ridefinizione degli elementi costitutivi della legittimità stessa del potere amministrativo, con opportuna distinzione tra concezione materiale e formale, con la preminenza in ogni caso dell'autorità, ovvero del c.d. atto linguistico di contenuto prescrittivo⁷².

Proprio il tormentato tema della forma può consentire di riportare il dibattito su un piano più giuridico in senso stretto, e si potrebbe assumere proprio la forma quale elemento compensativo rispetto a questa tendenza, per alcuni aspetti eccessiva, alla visione sociale dell'amministrazione, in un'astratta gradazione di interessi. Si nota, infatti, che, di converso, il diritto italiano opta per preservare il legittimo affidamento degli interessati, mentre per il diritto francese l'obiettivo principale risiede in un'ottica di protezione della *sécurité juridique*, un principio scevro da preoccupazioni soggettivistiche⁷³.

L'ambizione di *sécurité* perseguita dal sistema francese può essere garantita attraverso criteri e istituti differenti, ma non è prevista una forma predeterminata per ciò. Il tema della *sécurité*, qualora sia vincolato a forme predeterminate, si porrebbe quale parametro di valutabilità per l'agire pubblico, non solo nella prospettiva giurisdizionale, ma come tentativo di conformare di volta in volta l'operato amministrativo alle

mente all'agire autoritativo, "vi è una distinzione abbastanza netta tra aspetti formali della illegittimità dell'atto amministrativo, che potrebbero essere chiamati 'esterni', ed aspetti sostanziali, definibili 'interni'".

⁷² Cfr., anche con riferimento al momento dialettico tra pubblico e privato, B. SORDI, *Alle origini della grande dicotomia: 'Le droit public' di Jean Domat*, in G. DILCHER (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico*, III, Bologna, Il Mulino, 2011, 679 ss.; sulle tendenze della legislazione francese, si v. i tratti di ricerca delineati da M. TERRASI, *Procedimento amministrativo e tutela del privato. Tendenze della legislazione francese*, in *Foro amm.*, 1987, 12, II, 3566.

⁷³ Tale impostazione si pone quale conseguenza del valore, in termini di preminenza, dei principi generali del diritto amministrativo francese rispetto alle regole del diritto non scritte, che, peraltro, emerge anche dagli indirizzi pretori, come rilevato da G. CORSO, *I principi generali del diritto amministrativo. Una riflessione*, in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2019, 31, il ruolo del giurista non si limita alla creazione e all'elaborazione di tali principi, ma deve constatarne l'esistenza e riportarli a sistema. La forma preesiste a tali distinzioni teoriche, ed è indifferente se la stessa assumi il rango di principio o rinvenga apposita disposizione di diritto positivo. Non si tratta, dunque, con riferimento al diritto francese, di accantonare lo studio diacronico di detti nuclei tematici e del loro continuo e inevitabile variare.

esigenze cui lo stesso è preposto, che di per sé non sono immutabili ma in perenne trasformazione⁷⁴.

Appare evidente che il fine della *sécurité*, analogamente agli altri compiti dell'amministrazione non rappresenta un valore immutabile, ma è soggetto a continui aggiornamenti⁷⁵, rinvia nella cornice formale il modello comportamentale che deve essere seguito, capace, come tale, di garantire il privato da ingerenze indebite, pur se legittime, del potere pubblico.

Il diritto francese è, coerentemente a tali fini perseguiti, vincolato alla distinzione tra legalità (ma il termine è fungibile con legittimità) interna e legalità esterna⁷⁶. Quest'ultima nozione tende ad individuare il

⁷⁴ Si v. A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*^{VII}ed, Torino, Giappichelli, 2021, 195, il diritto francese ha operato un'approfondita analisi rispetto alla possibilità che tutte le regole di comportamento possano rientrare nell'ambito della legalità dell'agire pubblico. In una specifica prospettiva, la legittimità si risolve nella conformità del provvedimento – nelle ipotesi di amministrazione autoritativa – rispetto a parametri normativi assunti come precostituiti e, in questo caso, la nozione di legittimità ha natura formale.

⁷⁵ Il tema, che sarà ripreso nel prosieguo dello studio, riguarda il regime giuridico e lo statuto dell'agire amministrativo che deve essere emancipato dall'aspirazione a fondare un sistema definitivo e immutabile, una monicità dei fini e dei mezzi che si pone in controtendenza rispetto ai cambiamenti cui il potere amministrativo è strutturalmente soggetto, circostanze palesate dalla critica operata da D. SORACE, *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, 453 ss., i giuristi riconoscono che le difficoltà di identificare un regime giuridico unitario non impediscono, in via aprioristica, di riconoscere il "sintagma minimo" dell'agire, anche se l'eterogeneità degli interessi (termine fungibile con 'fini', ma dotato di maggior qualità connotativa) richiede un adattamento che vada oltre il dato giuridico, senza tuttavia poterne prescindere del tutto; in tema di statuto dell'agire il riferimento è al lavoro di M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 297 ss., la nozione di funzione, nonostante non sia trasversale e immutabile, poiché è permeata da variabili storiche, impone la ricerca di un tratto unitario, uno statuto appunto, che palesi unità di scopo e di volontà.

⁷⁶ Cfr. W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 3, 737; le previsioni puntuali per le amministrazioni, tra le quali possono rientrare le disposizioni in tema di forma, sono una reazione a un modello di amministrazione distopica e arbitraria, come si evince indirettamente dallo studio di R. GUASTINI, *'Un soggetto, un diritto, un giudice'. I fondamenti teorici di una giustizia non-amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, il quale riferisce di uno Stato di diritto a geometria variabile, qualora si prediligano valori diversi dal principio di legalità. Si pone l'esigenza di rinvenire il rispetto del principio di legalità nel momento

profilo della competenza e gli aspetti procedurali, tra i quali, per quanto di interesse, la forma, che a sua volta, rispetto al provvedimento, si compone di carattere scritto, motivazione e sottoscrizione.

L'interpretazione giurisprudenziale ha prestato particolare attenzione alla distinzione tra formalità sostanziali e formalità non sostanziali o accessorie, poiché solo le prime devono essere osservate a pena di illegittimità dell'agire; "le forme costituiscono una garanzia riconosciuta al soggetto privato destinatario degli effetti della decisione e il loro rispetto assume una speciale importanza, ancor più che non nel diritto privato. Per l'altro, tuttavia, questa affermazione è temperata dall'osservazione che il rilievo delle formalità non può avere quale conseguenza un eccesso di formalismo⁷⁷".

dell'agire e non di rinviare tale *munus* unicamente al momento giurisdizionale il quale, è divenuto, di conseguenza, l'unico presidio di legalità [l'Autore riprende, in parte, le teorie elaborate da J. CHEVALLIER, *L'État de droit* (1st ed., 1992), Parigi, Montchrestien ed., 1992, 148 ss.].

⁷⁷ Cfr. W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali*, cit., 739, l'amministrazione, nell'evoluzione offerta dal diritto francese, trova nella legge un limite, ma non il fondamento stesso dell'attività, poiché la stessa si propone di assurgere a luogo elettivo di risoluzione e di mediazione dei rapporti con il cittadino o con altre amministrazioni. Tuttavia, è evidente, che la legge, in termini di limite esterno, definisce il precetto, poiché l'esercizio del potere mantiene una propria componente di indisponibilità. Il potere conferito dalla legge, qualora veicoli un precetto indeterminato non legittima un margine di interpretazione della legge stessa, ma impone solo un rinvio alla determinazione della volontà amministrativa concreta e alla relativa identificazione del fine pubblico; si v., al fine di valutare la tenuta teorica di tale impostazione, A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico* ad vocem, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987 (rist. inal. 1994), 30 ss., poiché l'autonomia può essere declinata, non in termini esclusivi, attraverso la discrezionalità, e la mancanza del carattere di esclusività è dimostrato dalla circostanza che esistono, e "devono poter esistere almeno tanti modelli di autonomia, quanti modelli sono ipotizzabili di relazioni tra ordinamenti, nei quali può essere rinvenuto un rapporto di derivazione dell'uno da parte dell'altro: in termini di quantità derivate; ma anche di qualità; e soprattutto di tipo di derivazione: nel senso del tipo di rilevanza che l'ordinamento derivante attribuisce a quello derivato". Potrebbe ipotizzarsi, in tale ottica, in considerazione della pluralità teoricamente infinita delle forme dei rapporti di derivazione, se sia possibile ricondurre l'autonomia a termine e parametro di qualificazione delle norme interne (si fa riferimento alla nota opera di F. BASSI, *La norma interna. I lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963). Tale assunto pare confermato dallo stesso Autore, che osserva che "l'amministrazione ha quelle, e solo quelle, potestà statutarie e regolamentari, e anche quei poteri particolari (se si volessero ascrivere alla sua autonomia pure i provvedimenti, secondo l'indicazione di Zanobini) che le derivano quella legislazione, quello

L'interpretazione e il contributo empirico elaborato in tal senso dal *Conseil d'État* rinviene il presupposto teorico proprio su questa distinzione, non particolarmente definita nei dettagli, né tassativa, tra formalità sostanziali e accessorie, queste ultime incapaci di determinare alcun tipo di conseguenza sulla validità dell'atto; il tema riporta alla mente la teoria degli atti non invalidanti, ma si basa su premesse differenti⁷⁸.

Le violazioni relative alle formalità accessorie – tra le quali, ad esempio, il mancato rispetto dell'uso della forma della lettera raccomandata, che non rinviene un corrispettivo identico nel diritto italiano⁷⁹ – non sono soggette ad alcuna sanzione, e sono dotate, pertanto, di una carica precettiva e dissuasiva relativa. La maggior parte delle norme a presidio di forma o di procedura, qualora la stessa integri e sia al servizio di una visione formale dell'agire, hanno carattere sostanziale⁸⁰, mentre le formalità strumentali sono spesso disciplinate da fonti secondarie.

Stato, e quel suo ordinamento generale. Ma, una volta profilata questa derivazione in termini di derivazione di autonomia, la logica del riconoscimento degli atti che con l'esercizio di questa essa pone in essere, non pare cambiare per l'essenziale: nel senso che l'istituzione che deriva quelle potestà e quei poteri, riconosce anche, poi, il valore nominativo di questi atti per le situazioni e i rapporti disciplinati, e ne garantisce quindi la effettività" (41).

⁷⁸ M.S. GIANNINI, *Personae giuridiche pubbliche e private*, Roma, Studium Urbis, 1940, rileva che, seppur nelle difficoltà di comprensione connaturate agli sviluppi pretori, poco intelleggibili in alcuni decisivi passaggi, il diritto amministrativo francese ha avuto il merito di offrire spunto su diversi temi di ricerca, tra i quali, la forma nel diritto amministrativo. Il rischio di ridurre "la macchina amministrativa ad una quasi perfetta unità di nomi e di metodo", si pone quale interrogativo necessario dell'indagine, al fine di evitare che l'amministrazione risulti eccessivamente vincolata dalla tipicità intesa quale formalismo accessorio; cfr. N. IRTI, *Riconoscersi*, cit., 148, "il rifiuto della legge e, dunque, della forma procedurale in cui essa si svolge e costruisce, sospinge, non già verso l'oggettività metafisica, ma dentro il nichilismo compiuto, nel vortice delle volontà umane, che istituiscono e destituiscono valori". Si osserva che, in relazione a tale rilievo critico, in determinate concezioni, il diritto francese evoca la rinascita delle antitesi tra diritto e legge.

⁷⁹ Di converso, il Consiglio di Stato ha operato una distinzione tra vizi di legittimità e mere irregolarità, le quali operano *ex ante* e in astratto e integrano i c.d. vizi formali minori, con determinate conseguenze di carattere processuale, rispetto al quale si può v., per la completezza espositiva, Cons. St., sez. VI, 16 maggio 2005, n. 2763, in *Foro amm. CdS*, 2006, 5, 152; si deve rinviare all'analisi operata *infra*, cap. § 5 con specifico riferimento agli scritti di A. Romano Tassone, ivi citati.

⁸⁰ W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali*, cit., 741, "Per la costante e consolidata giurisprudenza, dunque, la violazione o omissione di una formalità legale comporta l'annullabilità del provvedimento viziato soltanto nei casi in cui (a) la formalità sia prevista a pena d'illegittimità oppure (b) la sua violazione/omissione abbia avuto un'influenza

In coerenza con il ruolo centrale della giustizia amministrativa, è quest'ultima che deve verificare quali irregolarità relative alla forma siano da qualificare come sostanziali, poiché si osservano determinate ipotesi per le quali l'omissione della formalità prescritta – anche se non si tratta di una prescrizione tassativa – non determina annullabilità dell'atto; tra queste, vi è l'ipotesi nella quale la formalità è prevista nell'interesse esclusivo dell'amministrazione, anche se tale canone di esclusività è soggetto a un onere probatorio, non agevole da produrre, posto a carico della stessa amministrazione.

In coerenza con l'obiettivo suesposto di sicurezza giuridica, analogamente, la lettura pressoché unanime della giurisprudenza esclude la configurabilità di vizi di forma qualora il rispetto della regola (non della norma) sia se non inutile, ma quantomeno non tassativo, come accade nelle ipotesi in cui l'adozione del provvedimento debba essere preceduto dal tentativo di concludere un accordo informale, ma il cittadino abbia manifestato una volontà contraria⁸¹.

In conclusione, si osserva che nell'evoluzione dell'esperienza del diritto francese, le forme costituiscono una garanzia riconosciuta al destinatario, al fine di tutelare il privato dalla presenza amministrativa, considerazione temperata dal rilievo che le formalità non devono degenerare in un eccesso di formalismo. Questa riflessione, che può apparire banale – poiché appare evidente che la forma si perfezioni nell'interesse preva-

determinante sul contenuto dell'atto o (c) costituisca inosservanza dei diritti che sono garantiti ai soggetti privati destinatari degli effetti dell'atto. Le regole procedurali di carattere giurisprudenziale preordinate a garantire i *'droits de la défense'* sono, invece, sempre considerate come regole alla cui violazione consegue necessariamente l'annullabilità dell'atto. In talune ipotesi, peraltro, è lo stesso legislatore ad escludere che i vizi afferenti alla legalità esterna incidano sulla legittimità dell'atto: nel caso della dichiarazione di pubblica utilità di un'opera d'interesse di un ente territoriale è disposto che *'les vices qui affecteraient la légalité externe de cette déclaration sont sans incidence sur la légalité de la déclaration d'utilité publique'* (art. L.11-1-1, co. 1, *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, inserito dall'art. 145, legge n. 2002-276 del 27 febbraio 2002, sulla *démocratie de proximité*"); con riferimento alla dottrina francese, si v. R. CHAPUS, *Droit administratif général* (15th ed., 2001), I, Parigi, Montchrestien ed., 504 ss.

⁸¹ L'ipotesi delineata comporta l'opzione, in capo al privato, di rendere fungibile tale aspetto informale con altro equivalente, se tale opzione non comporta una *deminutio* di tutela, come rilevato da G. CORREALE, *La motivation de l'acte administratif et son contrôle*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 2, 501 ss., 517, le formalità solo polarizzate tra esigenze di rispetto di principi generali e disposizioni di diritto positivo. Tale circostanza si palesa, in termini descrittivi, come giuridificazione di scelte e di momenti amministrativi.

lente del cittadino – è interessante per valutare l'andamento e la fonte interpretativo-pretoria che ha condotto a questo risultato, posto che le opzioni vagliate dalla giurisprudenza hanno oscillato a favore di soluzioni differenti, ritenute però tra loro compatibili⁸².

La costruzione teorica offerta dalla giurisprudenza francese conduce a valutare le formalità prescritte non in termini assoluti, ma si assume come parametro di valutazione dell'attività amministrativa il rapporto tra volontà ed effetto esclusivamente nei confronti del destinatario e degli altri potenziali interessati.

Le formalità si pongono quale diretta garanzia rispetto alla possibilità pratica dell'esercizio del potere nei confronti degli amministrati e non come generico baluardo di tutela⁸³.

Tale approccio, legato a una lettura pienamente condivisa del ruolo che la forma deve assumere nel contesto dei rapporti amministrativi, è opportunamente distinto rispetto alle previsioni di specifiche formalità nei rapporti tra privati, distinzione che integra un postulato ovvio e irrinunciabile, ma che, talvolta, si trasforma in area grigia di interpretazione.

⁸² Si condivide, sul tema, al di là del contesto territoriale di riferimento, l'approccio offerto da A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3, 876, "nell'elaborazione dei principi di diritto amministrativo, il ruolo assunto dalla giurisprudenza è stato determinante e si è attuato un sistema paragonabile con certi modelli di 'realismo'", posta la necessità di una dialettica continua e critica tra dottrina e giurisprudenza amministrativa. Il giurista deve mantenere un'attenzione critica costante, al fine di fornire una bussola per valutare la tenuta delle teorie giuridiche. Tale impostazione, in tema di forma, non può ambire a divenire inattaccabile teoria, ma può fungere da criterio di interpretazione e di orientamento. L'Autore rileva che in molti paesi dell'Europa continentale, ivi compreso l'ordinamento francese, il discorso sui valori amministrativi deve essere ancorato alle garanzie dei diritti nella Costituzione. Tutti i principi del diritto amministrativo devono essere pervasivi e presenti, poiché devono essere sottratti dal rischio del soggettivismo etico (878); cfr., *ex multis*, F. BARTOLOMEI, *Lo 'Stato di diritto' nel rapporto di tensione esistente tra legge e diritto*, in *Dir. soc.*, 1997, 2, 299 ss., il quale riporta la ricostruzione offerta dalla dogmatica tedesca sul tema, la tensione e le ineliminabili esigenze esistenti tra 'legge' e 'diritto'. Si palesa l'opportunità, anche in termini investigativi, di ipotizzare diversi itinerari per l'amministrazione, nei quali l'attività non solo verta sul diritto, ma stabilisca diritto rispetto a un dato momento, senza intaccare il principio di legalità, né proporre una lettura propositiva sul tema del precedente vincolante.

⁸³ Sul tema, cfr. E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 2, 298, per il quale le prescrizioni formali non attengono in maniera univoca all'esternazione della volontà.

In definitiva, dal diritto francese emerge una nozione di assoluto interesse, quella di forma sostanziale, alla quale bisognerebbe far riferimento anche in vista delle prossime riforme che riguardino il procedimento amministrativo, mutuando magari gli aspetti virtuosi di tale costruzione e adattandoli alle esigenze della tradizione giuridica e amministrativa italiana.

CAPITOLO III

IL PERCORSO DELL'ELABORAZIONE DOTTRINALE DELLA FORMA. RILEGGERE IL PASSATO PER COMPRENDERE L'AMMINISTRAZIONE CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. La *'maniera'* prescritta all'amministrazione nell'opera di Romagnosi. – 2. Le partizioni teoretiche, i movimenti dell'azione amministrativa e la scuola napoletana. La forma nel pensiero di Manna e Persico. – 3. Il contributo determinante di Meucci: tentativi di ridurre a corpo la congerie indefinita delle cose amministrative. Prime connotazioni della forma in senso unitario verso gli adempimenti di giustizia sostanziale. – 4. La volontà quale elemento strutturale delle manifestazioni formali della pubblica amministrazione. Note critiche sull'attualità delle elaborazioni di Cammeo e Trentin. – 5. La forma identificata tramite gli elementi accidentali. L'elaborazione di Lucifredi e la teoria della complicità dei contrari. – 6. La volontà, la forma e la storia causale dell'agire. Il procedimento e la forma della funzione nella prospettiva di Benvenuti e Pastori. – 7. 'L'elogio della forma': il 'problema amministrativo' di Ledda.

1. *La 'maniera' prescritta all'amministrazione nell'opera di Romagnosi*

Rileggere il passato, senza che ciò si riduca a un mero esercizio di stile o una rievocazione sterile¹, può essere utile per comprendere il con-

¹ Si deve dar conto di una corrente di pensiero che propone una distinzione tra presupposti e cause determinati dell'agire, per la quale sarebbe opportuno ripensare in senso critico i presupposti dell'esercizio del potere amministrativo, su cui M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Estratto da *Studi Saresi*, XVII (1940), ora anche in *Quad. fior.*, 1973, 193, il quale osserva che vi sono due ordini di materie nelle quali la problematica non è affrontata dal legislatore con modalità adeguate, ossia il funzionamento dei poteri nei rapporti interni e l'attività e la posizione degli amministrati al cospetto delle pubbliche amministrazioni. Tale considerazione, che dovrebbe essere aggiornata nei presupposti teorici per ciò che riguarda diversi aspetti dell'attività amministrativa, resta tuttavia immutata nel valore interpretativo legato al tema della forma, rispetto al quale, l'ammonimento critico dell'Autore resta pienamente valido. A tal fine, i profili giuridici dell'aspetto analizzato devono essere necessariamente chiariti in sede interpretativa, per palesare le manifestazioni giuridiche dell'agire amministrativo. La giuri-

temporaneo e finanche individuare indici per verificare la tenuta delle categorie tradizionali nel prossimo futuro.

Si deve, nelle singole analisi operate, far riferimento, seppur in maniera non esaustiva, alla concezione di potere e di Stato² – e quindi di pubblica amministrazione – che caratterizza le diverse epoche storiche, per evitare di assumere un’ottica eccessivamente riduttiva, che condurrebbe a risultati non soddisfacenti, anche per l’indagine condotta in questa sede.

La coppia concettuale di riferimento, qualora si conduca un’operazione come la rilettura del passato attraverso un aspetto specifico, deve essere ‘continuo-discontinuo’, da intendersi quali chiavi di lettura necessarie e complementari che si combinano tra loro, per valutare i tratti di continuità e di rottura con il passato, e analizzare, nella sua unità e integrità, l’esperienza giuridica³.

La ricerca di una collocazione teorica della forma per la pubblica amministrazione rappresenta un compito particolarmente arduo proprio perché come osservato il tema è rimasto spesso ai margini del dibattito. I

dicità di ciò che risulta avvinto, a vario titolo, nell’attività amministrativa emerge sotto un duplice e ineliminabile profilo, di cui la forma rappresenta la sintesi, come dovere per l’amministrazione e come diritto per gli amministrati, in termini di tutela avverso il carattere finale e lesivo dell’esercizio del potere. Emerge la concezione del diritto amministrativo declinato in termini di scienza del concreto vivere dell’amministrazione, dell’esperienza giuridica amministrativa in termini di tutela; cfr. A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 4, 761 ss., 765, i cardini della specialità sono sottoposti a pressioni che impongono di ripensare in senso critico le categorie tradizionali del diritto amministrativo, tra le quali “le caratteristiche formali ed oggettive degli atti esercizio di competenze amministrative” [lo scritto riprende lo studio, relativo al rischio di banalizzazioni delle missioni storiche del diritto amministrativo, redatto da J.-B. AUBY, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, 57 *Actualité juridique* 922 (2001)].

² Si v. P. BODDA, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, Giuffrè, 1935, 13, per il quale le diverse funzioni si compiono attraverso processi suscettibili di essere richiamati all’osservanza dei loro scopi col mezzo di apparati giuridici veri e propri, dichiarativi del diritto.

³ Si fa riferimento all’impostazione metodologica di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, ora anche in *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, 84; di recente, rispetto alla opportunità di analizzare la storia delle istituzioni attraverso un aggiornamento costante delle dinamiche del binomio autorità-libertà, M.R. SPASIANO, *Riflessioni sparse sul binomio autorità-libertà nel pensiero di Saverio Scolari, Massimo Severo Giannini e Franco Gaetano Scoca: ovvero dalla contrapposizione alla giustapposizione*, in *Nuove aut.*, 2022, 1, 26.

processi di scomposizione e ripensamento – che hanno per certi versi interessato gli altri argomenti e istituti classici del diritto amministrativo – presuppongono un'eredità culturale e giuridica⁴, che, nello specifico, sembra per larga parte mancare.

La tradizione è la condizione della storia, anche quella amministrativa, poiché ripercorrere l'evoluzione delle realtà della struttura pubblica⁵ consente di apprezzare lo sviluppo dei caratteri della stessa attività e dei relativi processi di uniformazione⁶, anche riguardo al cambiamento che ha interessato la dialettica del rapporto tra amministrazione e cittadini.

I risultati cui sono pervenute le indagini sulla forma⁷ sono ovviamente differenti, ed è articolato finanche individuare un filo conduttore unico da accogliersi quale criterio di analisi univoco⁸.

⁴ Si v. l'approccio offerto da F. WIEACKER, *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV, Milano, Giuffrè, 1978, 891 ss., il quale riferisce che, in termini di approccio, sia lo storicismo, sia il formalismo, rinengono un comune denominatore nel positivismo, circostanza che, se applicata al tema indagato, palesa una evidente frattura, che è saldata solo attraverso sforzi interpretativi e comunque non sempre in maniera soddisfacente; sul tema, nello studio della prospettiva storica elaborata da Presutti e della discrezionalità tecnica nello specifico, cfr. F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria 'a tempo'*, in *Nomos*, 2022, 1, 6, nell'analisi delle categorie giuridiche e degli istituti, si avverte una perenne tensione, e anche una contraddizione, tra formalismo giuridico e sensibilità storico-politica, perché il diritto e l'amministrazione non sono immutabili.

⁵ Il termine struttura è utilizzato come possibile chiave di lettura della vicenda amministrativa da E. CANNADA BARTOLI, *Di alcuni aspetti del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, II, Milano, Giuffrè, 1965, poiché la struttura definisce lo Stato come insieme di singole partizioni organizzative che a loro volta, poste su diversi livelli, dimostrano la necessità del rifiuto del normativismo.

⁶ Si v. G. PAGLIARO, *Il tempo e le forme*, in *Nuova ant.*, 1971, 7, 345 ss., 347, "le forme consentono di riconoscere l'intrinseca natura dell'agire, poiché la collocano in un sistema che ne somma e distingue i risultati".

⁷ Con riferimento alle note riassuntive di G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 4, 767, considerazioni di tale portata non assumono necessariamente carattere negativo, poiché, proprio in relazione alla forma, la risoluzione del diritto in pura normatività, ossia in uno schema di previsioni ipotetiche, rischia di costringere la fenomenologia delle indagini all'interno di norme con carattere relativo.

⁸ Delle difficoltà di inquadramento storico riferisce B. SORDI, *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 2, 210 ss., il quale, però, in senso propositivo, osserva che i continui cambiamenti rappresentano "una sorta di benefica libeccia". L'Autore rileva che il continuo sovvertimento del tradizionale impianto sistematico dei principi fondamentali si pone in antitesi

Ci si propone di riferire degli approcci al tema operati dai Maestri, al fine di ripercorrere l'eredità metodologica di cui oggi il giurista può disporre, che ha conferito agli istituti di diritto amministrativo la dignità scientifica che oggi è loro riconosciuta⁹.

Non ci si sofferma sul metodo in quanto tale, ma lo si rende funzionale all'indagine, a partire dagli scritti di Romagnosi, per tentare di identificare lo spazio riconosciuto alla forma quale elemento autonomo, per verificare, come detto, gli elementi di continuità e quelli di discontinuità con il passato¹⁰.

Il dato di partenza deve, nuovamente, essere la mancanza di un regime per la forma, che è strutturalmente incompatibile con un potere che voleva essere libero, poiché l'atto amministrativo è l'espressione più diretta della sovranità e si rifiutava ogni possibile codificazione della forma, percepita come un limite dal potere¹¹.

Il punto di origine delle letture della dottrina può essere rintracciato nelle parole di Romagnosi, il quale osserva che “La ragion pubblica pertanto sarà il sistema necessario delle cose”, “l'interesse formane il fine o l'intento. L'unione o la subordinazione dei mezzi ne forma l'ordine e il sistema. Questa ragion pubblica forma propriamente la prima regola della pubblica amministrazione¹²”.

con il carattere indefettibile e immutabile che il legittimo affidamento imporrebbe. Vi sarebbe in questo, tuttavia, l'affermarsi di una connotazione antistorica e lontana dalla realtà attuale, che cede il posto ad un diritto amministrativo in movimento, flessibile, i cui contenuti – pur nel rispetto dei principi fondamentali – si rendono per larga parte disponibili in senso giuridico. Anche questo assunto, tuttavia, deve essere sottoposto a revisione.

⁹ Cfr. G. INGROSSO, *Il diritto amministrativo italiano nella scienza e nella realtà dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 50.

¹⁰ Ancora, sul tema, A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico*, cit., 15.

¹¹ Sul tema, A.M. CECERE, *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione. Dalle restrizioni alle coercizioni nei confronti dei privati*, Napoli, ES, 2012, 7 ss.

¹² Il celebre virgolettato è riferibile a G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo. Dell'amministrazione pubblica dietro ciò che può essere* (Libro I), in P. LIBERATORE (a cura di), *Della amministrazione pubblica considerata ne' suoi principii e nella loro applicazione*, Napoli, Tipografia della Sirena, 1836, 7, anche se, come opportunamente osservato – e la autorevole lettura *de relato* di tali Autori appare quanto mai utile per apprezzare e ricontestualizzare, anche in una chiave critica funzionale a fugare i persistenti dubbi che sono connotati alla ricerca, il contenuto delle opere e le logiche evolutive ad esse sottese – da F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1222 ss., i versetti pubblicati nell'opera del 1837 riprendono, in modo pressoché testuale, il celebre e originario testo di G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Stamperia Malatesta, 1814, 2, che è indice di ripetitività degli studi, ma è redatto per non rischiare di

Sin dall'originaria elaborazione della nozione di ragion pubblica amministrativa e dei relativi principi che la caratterizzano, ci si auspica che l'attività pubblica sia ispirata "alla virtù del principio" e non "già quanto alla forma dello svolgimento"¹³; una sorta di ammonimento per

lasciare lo scritto inedito, timore legato all'imminente variazione, per motivi storicamente accertati, del contesto politico-istituzionale; l'isolamento della nozione di ragion pubblica, quale elemento costitutivo del potere amministrativo, rappresenta uno degli aspetti maggiormente rilevanti nell'opera di Romagnosi, come rilevato da A. SANDULLI, *Administrative law scholarship in Italy (1800-2010)* (1), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 4, 1055 ss.; evidente è l'influenza nell'opera di Romagnosi degli studi di P.A. MERLIN, *Acte administratif*, 1 Répertoire universel et raisonné de jurisprudence (1910), I, Parigi, 1910, per la definizione e l'identificazione degli elementi, "l'atto amministrativo è un'ordinanza, una decisione dell'autorità amministrativa o un atto o un fatto dell'amministrazione, che si riferisce delle sue funzioni" (trad. it), conclusioni confermate in F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1957, 2, 150; sul tema, in termini diffidenti nei confronti di costruzioni teoriche elaborate nell'ambito dell'unità del modello francese, cfr. V. CAIANIELLO, *Problemi dell'amministrazione nello stato unitario (1859-1865)*, in *Dir. soc.*, 1990, 3, 371 ss., 374; in termini critici, con argomentazioni dirette a individuare correlazioni stabili tra le matrici storiche necessarie e le tematiche indagate, M. MAZZAMUTO, *Gian Domenico Romagnosi. Inventore del diritto amministrativo?*, in *Dir. soc.*, 2016, 4, 708, il quale propende per soluzioni mediane e solleva dubbi circa "la presunta originalità" (720) delle costruzioni teoriche di Romagnosi, la cui primazia è posta in dubbio per l'accertata preesistenza di regole amministrative e, per quanto di interesse in questa sede, di certificate notazioni circa l'idea di atto amministrativo che precedono gli studi citati in precedenza. Tra i riferimenti a supporto di tale tesi, al fine di argomentare quanto sostenuto, particolarmente significativo è il rinvio a M. HARIOU, *De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII*, 1 Revue générale d'administration 26 (1892), che avverte della mancata sistematizzazione di norme che preesistevano alla lettura operata dai giuristi francesi; si v., inoltre, F. CALASSO, *Diritto*, cit., 842.

¹³ Con riferimento alle prime trattazioni dottrinali del diritto amministrativo, e all'opera di Romagnosi nello specifico, G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo professato nella Regia Università di Pisa*, VI, Firenze, Tipografia Editrice dell'Associazione, 1877, inserito, in maniera esemplificativa nel *'Proemio. Cause che corrompono e viziano il diritto pubblico amministrativo di uno Stato'*; sul profilo di autonomizzazione del diritto amministrativo, A. CODACCI PISANELLI, *Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale, e che sia la scienza dell'amministrazione*, Milano, s.e. (ma Vallardi), 1887; sul tema, per una reinterpretazione in chiave critica, cfr. G. REBUFFA, *Il diritto amministrativo fra dottrine generali e metodo giuridico. Profili di giuspubblicisti preorlandiani: Giovanni De Gioannis Gianquinto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 2, 33 ss., il quale riporta una prolusione tesa a dimostrare che il diritto amministrativo italiano derivi dal diritto romano e di converso sia opportuno respingere ogni modello straniero nella formulazione dei principi e di affrancarsi da modelli stranieri anche nel metodo di studio (35), impostazione che, in relazione al tema della forma, sembra non aver ricevuto adeguato accoglimento, come si vedrà, in relazione ai "filtri culturali" che hanno indirizzato la pur incerta sistemazione dogmatica. L'opinione di Gianquinto è radicata sull'opportunità di garantire un "ordine distributivo e una appropriata forma logica" al meto-

lo studioso, una condizione negletta, di persistente, problematica e incerta collocazione sistematica che accompagna l'interprete in tutte le analisi sulle prerogative della forma¹⁴.

Si potrebbe osservare una sorta di estromissione volontaria della forma dalla realtà amministrativa, al fine di poter concentrare l'attenzione su altri temi da elevare alla dignità di area di studio autonomo, non per "mancanza di capacità inventiva o alla pigrizia reverenziale"¹⁵, ma per altri e differenti fattori, ossia esigenze che con la forma non combaciano, che anzi potrebbero essere da questa ostacolate.

do nel diritto amministrativo [G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Nuovo diritto amministrativo d'Italia, informato al carattere nazionale e necessità di emanciparne la posizione teorica dalle influenze prevalenti de' metodi stranieri*, Pavia, Tip. in ditta Eredi Bizzoni, 1864, 57, 62; nello specifico, G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Prolusione accademica letta nella Regia Università di Pavia*, Pavia, Tip. in ditta Eredi Bizzoni, 1864, palesa una visione letteraria della nozione di forma allorché cita Dante, "tutte le cose hanno ordine naturale tra loro, il quale è forma del mondo" (396). L'amministrazione non poteva che manifestarsi attraverso tre forme, "la pura azione, la giurisdizione graziosa, la giurisdizione contenziosa" (59)]; opportuno è il riferimento all'opera di T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances* (1st ed., 1898) III, Parigi, Ancienne Librairie Thorin et fils, 393, che esprime dissenso rispetto ai caratteri differenziali del diritto, assunti come note ancillari del concetto di precetto, poiché la coazione non è l'unico elemento determinante della giuridicità della disposizione.

¹⁴ Come osservato da M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., gli studi di Romagnosi hanno, tra gli altri, il merito di isolare concetti, oggetto di precedenti studi e "conquiste della scienza germanica" (216), tra cui "la forma nel diritto amministrativo", anche se l'opzione dogmatica pare riferirsi a alla realtà organizzativa, ma si palesa come il diritto amministrativo non debba conformarsi alle scienze contemplative, ma debba assumere carattere operativo, anche attraverso la valorizzazione del momento formale; particolarmente evocativa è l'osservazione operata da L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, secondo cui la modernità, intesa quale fattore di disaggregazione delle nozioni giuridiche, abbia comportato nelle differenti fasi storiche "la desacralizzazione dei rapporti, delle forme" (1), pur nella consapevolezza che nel diritto amministrativo. "il ruolo del testo è meno vincolante, mentre sempre più frequente è l'intreccio tra giudizi tecnici e scelte politiche, continuando a permanere sullo sfondo profili di carattere formale" (5). Inoltre, per opposta interpretazione, si osserva, che anche il punto di vista "normativistico" ha svelato diverse aporie, "in particolare nella concezione della scienza giuridica e dell'interpretazione, più direttamente esposte alle critiche di formalismo" (87).

¹⁵ Si v. l'analisi, non puramente storiografica, svolta da F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Panorama degli studi sulla pubblica amministrazione in Italia*, II, Milano, s.e., 1962, 1239 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, V&P, 2006, 2179; peraltro, come riferito da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, 205, a Romagnosi si deve l'elaborazione e il perfezionamento della considerazione per la quale la forma minima del principio è data dall'esenzione dell'amministrato da ogni sacrificio che

Per tale originaria impostazione, “le norme debbono necessariamente statuire sopra due oggetti. (...) Il secondo si è la *maniera* prescritta agli stessi funzionari onde agire in vista dell'autorità loro delegata, avuto riguardo al fine della cosa pubblica¹⁶”.

Il termine utilizzato non è forma, ma *maniera* dell'agire pubblico, nel significato di necessaria conformità dell'azione alla delega che il governo concedeva all'amministrazione in senso adeguato *al fine della cosa pubblica*.

Nel dibattito originario parrebbe emergere, inoltre, una preliminare nozione di comportamento¹⁷ – non paragonabile ovviamente alla quella odierna – nelle ipotesi di c.d. forme espressive indirette o implicite¹⁸, anche se si tratta di un aspetto non particolarmente approfondito, né utilizzato in maniera diffusa dalla giurisprudenza dell'epoca.

Nell'ottica dell'atto amministrativo, “a far fede delle cose in esso contenute”, si deve dar conto di una distinzione, tra la parte materiale e la parte formale del documento amministrativo stesso. Per quanto di interesse in questa sede, la componente formale dell'atto è integrata dalla menzione espressa di alcuni elementi, tra cui tempo, l'autorità emanante,

non sia rigorosamente richiesto dal bene pubblico, dato che non esprime che il minimo di proporzione tra le finalità pubbliche e le finalità particolari, “è addirittura la proporzione logica tra bene pubblico e mezzi per ottenerlo che di riflesso pone le posizioni private nella condizione (...) di rispetto dell'autonomia per mancanza in radice della causa del sacrificio”.

¹⁶ G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni*, cit., 4, lo stesso passo è citato da F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi*, cit., 1232; la medesima critica, *de relato*, è svolta da D. SORACE, *Il compito del giurista secondo Mario Nigro*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 1, 144, secondo il quale il giurista non può arrestarsi allo studio delle categorie formali ma deve estendere la sua osservazione all'intera esperienza amministrativa, per rifuggire dal rischio nascosto nel formalismo e nella relativa elusione della realtà, in una dialettica pericolosamente iniqua tra le norme del diritto e le “viventi potenze della storia” (148), cioè il potere di fatto.

¹⁷ Si v. G.D. ROMAGNOSI, *Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico*^{led}, Firenze, Stamperia Patti, 1840, 326 ss., l'interpretazione quando abbia ad oggetto un comportamento non diretto di per sé a rendere riconoscibile ad altri un pensiero, una “manifestazione” palesa “il valore espressivo che le è proprio, il suo stile d'arte o di vita”, con il rischio che si desuma dal comportamento un “segno o un indizio, una presa di posizione o un orientamento” (327); sul tema, cfr. anche G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, ora anche in *Opere*, II, Milano, Giuffrè, 1959, 27, 28, la definizione concreta e adeguata dell'agire coerente con la forma si realizza attraverso l'esperienza interpretativa, intesa quale ordine di principi applicata al contesto concreto.

¹⁸ Sul tema, è obbligato il rinvio a E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, Giuffrè, 1955, 68, il quale ripercorre, in termini di teoria generale, le vicende legate alle forme implicite.

ossia gli elementi che integrano la c.d. autenticità formale, che si identifica e ha come diretta conseguenza il requisito della regolarità dell'atto¹⁹.

Si deve osservare che i profili e i nodi teorici, e contestualmente applicativi, emergono soprattutto con riferimento ai regolamenti municipali²⁰ – con opportuna distinzione tra i regolamenti di polizia rurale e regolamenti urbani – che l'amministrazione è legittimata ad adottare, con un'opportuna distinzione tra forma intrinseca ed estrinseca.

La componente estrinseca della forma riferisce della qualificazione del potere conferito al soggetto deputato all'adozione dell'atto, in uno con la prossimità che deve persistere tra la stessa amministrazione e gli interessi alla cui cura la stessa è deputata, un dovere correlativo di un interesse della collettività. La componente intrinseca, invece, rappresenta l'aspetto contenutistico e letterale dell'atto – la funzione teorica e lessicale – con precetti specifici diretti a eludere e prevenire, tra gli altri, rischi di indeterminatezza del comando²¹ rispetto alla proposizione descrittiva e al connaturato effetto dissuasivo e conformativo dell'atto.

¹⁹ G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni*, cit., 36, 37, che osservava come possa sussistere un atto, al tempo stesso, autentico e irregolare o, viceversa, valido e comprovante.

²⁰ L. VIGNA, V. ALIBERTI, *Regolamenti* ad vocem, in L. VIGNA, V. ALIBERTI (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, V, Torino, 1852, Tipografia G. Favale e Comp., 243 ss.; in senso conforme alla trattazione riferita, C. BORDA, *Manuale dizionario di amministrazione municipale, provinciale delle opere pie*, II, Torino, Sebastian Franco e figli Edit., 1863, 658.

²¹ Sul tema, R. MENEGHELLI, *Di alcune applicazioni del concetto di validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Dir. soc.*, 1991, 3, 381 ss., per il quale alle norme formalmente valide si attribuisce il carattere dell'obbligatorietà, poiché si assume "la legittimità come un fine e l'effettività solo come un presupposto di fatto". La teoria elaborata dall'Autore si riferisce al potere legislativo e deve essere riadattata, con gli opportuni accorgimenti, al potere amministrativo. Il precetto, il comando imposto dal potere, ivi compreso quello amministrativo, risente della definizione formalistica e quella istituzionalistica di ordinamento giuridico, "se per ordinamento giuridico s'intende un sistema di norme, si arriva inevitabilmente ad identificare il concetto di validità giuridica con quello di obbligatorietà giuridica. Se, invece, per ordinamento giuridico s'intende una società organizzata, il concetto di validità giuridica finisce, per ragioni di coerenza, coll'identificarsi inevitabilmente con quello di probabilità" (394). Per l'Autore, la definizione dell'ordinamento giuridico come sistema di norme non è l'unica possibile, "se si parla della visione del fenomeno giuridico come forza giusta, si arriva a definire l'ordinamento giuridico come una società organizzata, nella quale l'effettività del sistema di potere istituzionalizzato costituisce il fine e il sistema di norme rappresenta il mezzo in cui l'effettività del sistema di potere istituzionalizzato si serve per conservare se stesso e, attraverso se stesso, la stabilità dell'istituzione cui è preposto" (394); si v., in senso parzialmente difforme, E. PATTARO, *Validità o verificabilità del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 3, 1005 ss., il quale si propone di applicare, nel campo del diritto, i principi empirici, ossia i criteri della os-

Si registra un approccio in cui subentra il rifiuto della sostanzialità del diritto, inteso quale ordine strutturato di principi e valori, e non per accedere a un *proceduralismo* formale²² – troppo in là da essere elaborato, e finanche superfluo in questa fase – fine a sé stesso, ma per preservare le formalità e quindi le garanzie minime previste nei rapporti tra amministrazione e amministrato. Per certi aspetti, si potrebbe finanche osservare una sorte di attenzione per la forma, o per alcune funzioni che la stessa dovrebbe assicurare.

La necessaria contestualizzazione del potere pubblico, nella prospettiva indagata, “il temperamento armonioso e necessario” di cui l'amministrazione è titolare, nei limiti dell’“intento obbligato”, palesa già una visione garantista, ma funzionale, del rapporto norma-atto, allorché si preveda con formula letterale indiscutibile che “non basta che una forma sia stabilita, perché la sua violazione porti la pena di nullità²³”. La soluzione amministrativa da esplorare consiste nel valutare l'agire pubblico in base allo scopo²⁴ – “in quel dato cielo²⁵” – formula quanto mai elegante, per palesare la necessità di un *gradualismo valutativo*²⁶.

servazione e della verifica, al fine di affrontare criticamente i problemi della definizione del diritto e della validità giuridica. La validità riferisce di una categoria formale del pensiero, tale da garantire una autonoma fondazione del diritto, onde esso si identifica con il precetto.

²² In questi termini, cfr. B. ROMANO, *Ragione giuridica e ragione procedurale*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 2002, 37 ss., 41.

²³ Cfr. G.D. ROMANGOSI, *Opere*, in A. De Giorgi (riord. ill.), Milano, Perelli e Mariani Editore, 1846, 1771.

²⁴ Cfr. G. MIELE, *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 340, l'equilibrio tra percepito e diritto non deve degenerare in altre forme di rapporti interferenziali. Le qualifiche rischiano, in quest'ottica, di risultare mutevoli e relative, poiché si tratta di individuare la regola e l'eventuale, ma non necessaria, eccezione. Con riferimento alla forma, non si danno due opzioni, ma una sola scelta, di carattere amministrativo, la quale, in sé considerata, non è né regola, né eccezione. La scelta amministrativa è unità di contenuto e forma, con alcune deroghe che la prassi ha reso necessarie e, per vie traverse, legittimate.

²⁵ Il virgolettato è ripreso da G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 15 ss., 37, 38, la realtà amministrativa non rappresenta una fattispecie immutabile ma è un'entità cangiante di cui il giurista deve considerare la sostanziale e perenne problematicità. Per tale ragione, già nell'opera di Romagnosi si palesa l'esigenza di far valere diversi criteri di valutazione per uno stesso rapporto, ossia quello tra amministrazione e amministrato. L'evoluzione dialettica del rapporto tra la collettività organizzata e il potere si presta a una lettura in chiave di progressiva erosione delle formalità, linea generale e minimale della progressione dei rapporti.

²⁶ Per una lettura completa del pensiero e dell'apporto metodologico offerto, L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, Milano, Giuffrè, 1984, 77 ss., 131.

Tale soluzione pionieristica è espressione di una visione nella quale l'amministrazione potrebbe preesistere, e quindi prescindere, dall'apparato normativo in quanto tale e dalle relative dinamiche relazionali.

A tal proposito, si deve osservare, che nell'epoca di riferimento vi sono due visioni del tema della forma, una legata a un diritto fondato sulle regole e una legata a un diritto fondato sui principi, distinzione che, nella prospettiva del sistema di valutazione di interessi concreti di cui è titolare il potere, appare non di secondaria importanza²⁷.

Le differenti visioni che emergono possono essere composte e spiegate solo in considerazione della fase transitoria in cui versa l'assetto positivo del potere amministrativo nella legislazione preunitaria, anche se – come notato – l'opera di sistemazione continua a risultare incompiuta e ciò non è in termini assoluti un aspetto negativo.

Sin da tale epoca storica, infatti, può intuirsi che un'analitica indagine sulla forma involga il tema relativo alla morfologia del provvedimento amministrativo, al quale la forma sembra, nonostante le strenue resistenze menzionate – anche in relazione alla lettura critica circa un'impostazione 'attocentrica'²⁸ del diritto amministrativo – poter fornire un non trascurabile contributo per la definizione del regime giuridico.

²⁷ In termini generali, si v. M. CAMELLI, *Unità e pluralismo culturale*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, VI, Firenze, Firenze University Press, 2016, 460, il quale osserva che il *modus operandi* in tutti i segmenti dei rapporti tra amministrazione e cittadini dovrebbe essere caratterizzato sull'uniformità dell'operare da parte dell'azione pubblica; sul tema dell'unificazione culturale e la pluralizzazione degli ordini, cfr. F. MODUGNO, *Pluralità*, cit., 4 ss., 5, la pluralità degli ordinamenti statali sovrani, nel conservare l'unità pluralizzata non devono smarrire un'unità di scopo. La giuridicità è posta dall'ordinamento e, nel contesto del potere amministrativo, deve esistere e concretarsi nella volontà dell'istituzione amministrativa; il dualismo di scopi, al fine di distinguere e determinare due diversi fini, quello immediato, i rapporti amministrativi, e quello mediato, l'interesse pubblico, è una caratteristica immanente del sistema amministrativo, come riferisce L. BENVENUTI, *Le dottrine*, cit., 124, per il quale la scelta dei criteri assume carattere preminente e preliminare rispetto alla concezione degli ordinamenti; a medesime conclusioni, ma nella prospettiva giurisdizionale, perviene M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 2014, 3, 473.

²⁸ In questi termini, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*^{11ed}, Milano, Giuffrè, 2017, 2, con riferimento al tema, sul quale si tornerà diffusamente, di una prospettiva, nell'ottica di tutela avverso il potere amministrativo; per un'analisi del tema, necessario è il rinvio a B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova, Cedam, 1993.

La frammentazione e la divergenza dei sistemi giuridici vigenti nei differenti stati preunitari si riflette in sistemi amministrativi nei quali la necessità di costruzione di un impianto giuridico unico si pone quale baluardo di certezza di fronte alle derive di autoritarismo.

In conclusione, l'opera di Romagnosi ha l'indubbio merito di anticipare e sviluppare trattazioni e risultati autonomi sul tema dell'atto e sullo scopo dell'amministrazione, che si collocano in una realtà amministrativa non ancora definita; a Romagnosi si deve riconoscere il merito di concepire il diritto amministrativo anche come limite e quindi come fattore embrionale di giustizia sostanziale, poiché la pubblica autorità deve agire "senza guastare tutto e senza essere tirannica"²⁹, caratteri visibili solo attraverso la forma, ma tale conclusione è fornita e perfezionata solo in seguito da Meucci.

2. *Le partizioni teoretiche, i movimenti dell'azione amministrativa e la scuola napoletana. La forma nel pensiero di Manna e Persico*

Il dibattito culturale e giuridico risente in maniera particolarmente visibile, soprattutto in questa fase iniziale, del contesto storico nel quale si sviluppa e tale assunto pare particolarmente significativo nell'opera di Manna e Persico, che propongono un giudizio critico e un approccio trasversale alle tematiche di studio, quali premesse doverose per la ricerca di soluzioni coerenti e strutturali.

La volontà legislativa da cui generano le norme costituisce metà del cammino del movimento del diritto pubblico che "apparecchia le basi dell'azione amministrativa", che inizia "col raccoglimento della forza necessaria a operare"; si potrebbe palesare, in questi termini, la presenza di un nesso di legalità che deve intercorrere tra legge ed esercizio del potere pubblico.

In questo primo movimento emerge l'evento amministrativo, il complesso di forme che rendono "viva e visibile"³⁰ l'*Amministrazione di*

²⁹ F. BENVENUTI, *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici* (XLIX 1978-1979), Milano, Giuffrè, 1980, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006, 3583 ss.

³⁰ I virgolettati sono riferibili a G. MANNA, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza e alle leggi dell'amministrazione pubblica*^{11ed}, Napoli, Stabilimento tipografico del Cav. Gaetano Nobile, 1860, 49, 50, non si tratta di una devozione

Stato, secondo i principi della forma politica o secondo le prassi amministrative, approssimativamente già consolidate in questa fase, peraltro diverse in base ai territori sui quali insistono. Il secondo movimento, lo schema espressivo del pubblico potere, si palesa con l'*Amministrazione civile*, ossia la concreta direzione dell'azione amministrativa verso i cittadini, il formalizzarsi vero e proprio del potere.

Da tale partizione, ovviamente teorica, emerge, tuttavia, la possibilità che la forma deve essere rispettata, ma anche mitigata, nelle ipotesi in cui l'amministrazione agisca con discrezionalità – nozione non ancora perfezionata all'epoca – con il parametro della adeguatezza dell'azione e con una rigorosa imputazione della responsabilità³¹, nell'ottica del mantenimento della sintesi tra i due momenti rappresentativi del movimento amministrativo, l'atto e i relativi effetti.

Tale impostazione palesa una portata innovativa per l'epoca storica, poiché si propone di comporre a sistema i diversi 'momenti amministrativi', confinati fino a quel momento alla loro autonomia. Si palesa un intreccio tra analisi critica delle nozioni – pur nella persistente indolente indifferenza nei confronti della nozione di forma da parte anche del legislatore dell'epoca – e necessità di tutela dell'individuo cui l'atto è naturalmente destinato, un'attenzione che si impone nei diversi aspetti della vita amministrativa.

3. *Il contributo determinante di Meucci: tentativi di ridurre a corpo la congerie indefinita delle cose amministrative. Prime connotazioni della forma in senso unitario verso gli adempimenti di giustizia sostanziale*

L'opera di Meucci è coeva, almeno in parte, agli studi di Orlando, ma il contributo dello studioso si può agevolmente qualificare come ultima indagine scientifica operata dai giuristi preorlandiani³², cui spetta il

assoluta verso la forma, poiché, come osservato in tema di beneficenza pubblica, si predilige una forma e un tempo dell'atto che giovi al destinatario dell'atto di liberalità pubblica (310).

³¹ G. MANNA, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo*, cit., 88, opera una graduazione, da non leggere necessariamente in termini di equità del rapporto osmotico tra forma e responsabilità, con riferimento agli atti adottati dagli organi collegiali.

³² In questi termini, E. FOLLIERI, *Rilettura di Lorenzo Meucci*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 709; cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989, 308, che os-

merito di aver dimostrato, nelle c.d. prenozioni, che il diritto amministrativo è “un vero diritto e una vera scienza³³”.

Nelle riflessioni dell'Autore la forma occupa un rilievo proprio, poiché “Ogni cosa che esiste, esiste in determinato modo o *forma*, quindi questa inseparabile da quella. Ma perocchè le cose mutan sovente in guisa che v'è sempre alcun che di medesimo in tutte le mutazioni, quindi la mente distingue non infondatamente le forme dalla essenza. Anche nel diritto oggettivo e soggettivo vi son forme, e son tuttociò che v'ha di perpetuo, costante, essenziale. Quindi il vario uso e abuso di questa parola nella scienza, e la necessità per la logica giuridica di scernere e determinare i varii significati di essa. E dapprima ogni espressione del diritto che si contrappone ad esso in sé medesimo, essenzialmente ed astrat-

serva la preminenza, non solo in termini cronologici, dell'opera di Meucci rispetto ai *Principii* di V.E. Orlando; ulteriore lettura *de relato* è offerta da C. VIDETTA, *Manna, Giacquinto e Meucci: la riflessione giuspubblicistica tra Romagnosi e Orlando*, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del pubblico in Italia*, Padova, Cedam, 1998, 503, sulla sistematizzazione offerta da Meucci al fine di limitare l'ingerenza pubblica, attraverso un sistema di tutele tese a agire su un piano paritetico; cfr., sul punto, G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo generale*^{11ed}, I, Milano, Giuffrè, 2003, 108.

³³ Si v. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*^{IVed}, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1909, 5 ss., 8, l'amministrazione può essere studiata nel suo elemento tecnico e materiale e nel suo elemento formale e giuridico, quest'ultimo identificato con il tratto distintivo proprio della teoria della separazione dei poteri, poiché anche la funzione, in senso formale, informa la distribuzione delle funzioni stesse “a categorie logiche, o facoltà astratte dal materiale contenuto, e forma, se non l'essenza, certo la conseguente necessità del sistema rappresentativo” (44); è necessario, sin da ora, il rinvio al profilo, che sarà analizzato nel prosieguo, operato da F. BENVENUTI, *La funzione (teoria generale)* ad vocem, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1988, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, V, Milano, V&P, 2006, 4083 ss., che opera una distinzione tra caratterizzazione formale deduttiva e induttiva della funzione. Nella prima accezione, il procedimento di formazione del diritto assume carattere “assolutamente dinamico-formale”, poiché la concatenazione dei singoli atti integra il momento di validità o effettività dell'ordinamento. Diversamente, la caratterizzazione induttiva formale della funzione che impone presuppone il farsi del potere in atto, nel quale intercorre un distacco temporale definito ‘funzione’, poiché l'efficacia diviene l'elemento distintivo; emergono le nozioni del fatto e del valore, poiché anche l'oggettività, reale o ideale, che include il valore, il quale non è un'entità puramente formale ma è struttura che qualifica i rapporti, come osservato da E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 5; sul tema, cfr. F. CARNELUTTI, *L'antinomia del diritto naturale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 2, 511 ss., ora anche in *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, Cedam, 1961, 261 ss., 266.

tamente considerato, potrà dirsi *forma* del diritto, perocché ogni si pone ed attua in una *forma*³⁴”.

Le ragioni di operare un'identificazione critica della nozione e della funzione di forma, intesa quale componente statica e indefettibile del diritto, sono sintetizzate in questo breve e incisivo passo.

Nel pensiero di Meucci l'amministrazione vive di un momento formale e di un momento materiale, con ipotesi, non prestabilite, di predominanza di un aspetto sull'altro, in base al parametro di confronto prescelto, tra l'opportunità, la convenienza e l'utilità dell'agire amministrativo.

L'elemento formale si identifica con “l'intrinseco giusto”, anche se, talvolta, lo stesso può assumere carattere recessivo o non significativo, poiché la determinazione amministrativa deve, in ogni caso rapportarsi con lo scopo speciale, connaturato all'essenza delle diverse aree cui l'amministrazione deve provvedere, necessarie e determinate³⁵.

Il presupposto teorico dell'intera costruzione dottrinale di Meucci trova il proprio fondamento nel carattere pubblico della disciplina che attribuisce il potere, definito, in maniera emblematica, “il diritto delle forme amministrative³⁶”, senza relegare tale aspetto esclusivamente alla

³⁴ La citazione è di L. MEUCCI, *Il sistema elementare del diritto*, Roma, Tipografia Fratelli Pallotta, 1873, 255 (spec. cap. § XIV).

³⁵ Definito anche in termini di utilità razionale, L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., 24; i motivi e le scelte di valore presupposte dalle costruzioni giuridiche – assunto particolarmente evidente nel diritto amministrativo – differiscono dalle determinazioni unilaterali, perché i processi operazionali rinvengono nel condizionamento cognitivo una premessa ineludibile, come rileva G. TEÜBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, 1, 89 ss., l'intensità del processo di oggettivizzazione delle nozioni nel diritto pubblico palesa che la forma, come teoria dei modi espressivi, può risolversi ma non terminare, nel problema della conformità. La forma, che in diritto amministrativo potrebbe comportare un mutamento degli equilibri inerenti ai rapporti tra amministrazione e amministrato, riguarda il 'modo' di essere del potere pubblico e, proprio per garantire questo assetto, le possibilità di rendere fungibile la forma con un'altra garanzia sono limitate. Il criterio naturale si determina in criterio teleologico, nel senso che la forma imposta dal legislatore, deve essere garantita al di là dal fine perseguito dall'amministrazione, anche perché la funzione amministrativa, nel suo complesso, si rivolge anche oltre l'interessato. Il diritto regolativo si trova in una crisi o almeno in uno stato di disfunzione istituzionale (il termine 'modo', in questa accezione, è utilizzato da F. CARNELUTTI, *Sistema*, II, cit., 169, la conformità non deve esaurirsi nel funzionalismo tecnico per evitare che la forma diventi un semplice criterio di calcolo).

³⁶ L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., 601, “ogni norma essendo un diritto, la forma, rego-

fase contenziosa, onde evitare che la forma “sparisca coll'istituto della giurisdizione amministrativa³⁷”.

Tale visione estremamente devota alla forma è tuttavia mitigata at-

lata da norme, è anch'essa un diritto, e non dicesi formale se non per relazione ad un altro diritto o rapporto giuridico, cui accede come forma a materia, come accessorio a principale”. Si opera una tripartizione, tra le forme dell'azione giudiziale, le forme contrattuali e la forma “dei procedimenti suoi” (602) al fine di indicare il tratto caratterizzante del tema nell'ambito dei procedimenti autoritativi, nell'ambito dei quali la forma integra il rigore della procedura o si pone a mero completamento dell'azione; questa sintesi è ripresa dall'illuminante scritto di F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 4, 1273 ss, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 410; il tema è oggetto di analisi in diversi punti della trattazione, ma per valutare l'opportunità di trovare soluzioni di compromesso tra autorità e libertà nell'ambito di deduzioni, articolate ma condivisibili, si rinvia allo scritto di F. BASSI, *Relazione di sintesi*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*. Atti del XLVII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 21-23 settembre 2000, Milano, Giuffrè, 2002, 217, le forme tipiche dell'autorità e quelle del regolamento consensuale sono contrapposte già nella prima metà dell'Ottocento, e tale configurazione giuridica deve rappresentare un canone di comportamento fisso e tendenzialmente immutabile per il futuro delle istituzioni (si palesa scetticismo su tale assunto). L'indice di analisi prescelto, il rapporto di pubblico impiego, palesa le difformità che sussistono tra regime pubblicistico e privatistico, in termini di sovrapposizione e contaminazione reciproca nelle modalità di esternazione con una predilezione dell'Autore verso una autorità quasi assoluta e momento del consenso, che si manifesta nella sua forma tipica solo al fine di rendere possibile l'assoggettamento pieno e consapevole del rapporto rispetto al potere [tali aspetti saranno analizzati diffusamente, ma è opportuno richiamare l'interpretazione, fornita da Gerber, secondo cui il momento formale dell'agire si consuma nel momento pubblicistico, C.F. GERBER, *Gründzüge des deutschen Staatsrecht* (3rd ed., 1880) Lipsia, Verlag Von Bernhard Tauchnitz, 155 ss., poiché lo stesso Gerber, come rilevato da M. NIGRO, *Il segreto di Gerber*, in *Quad. fior.*, 1973, 293, è “uno dei padri più reputati del formalismo giuridico”, poiché la sua costruzione teorica rinviene il punto di forza concettuale nella prevalenza del momento pubblico rispetto all'essenza stessa dell'ordinamento giuridico (la ricerca degli elementi discretivi, proprio a partire dall'indagine di Gerber, palesa un'assenza di trattazione organica rispetto alle differenze dei regimi giuridici, come osservato M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo*, cit., 463 ss., 465); la riflessione e gli esiti formalistici della ricerca di Gerber devono rinvenire un momento di sintesi dialettica con i contrapposti risultati antiformalistici cui è pervenuto von Jhering, come osservato da M. FIORAVANTI, *Un frammento di storia della cultura dell'Ottocento tedesco*, in *Quad. fior.*, 1978, 545 ss., 560.

³⁷ Tale rischio è peraltro corroborato dalla circostanza che le prime voci enciclopediche, in tema di atto amministrativo, sono dedicate essenzialmente al relativo regime processuale, come si osserva dall'analisi di R. PORRINI, *Atto amministrativo ad vocem*, in *Dig. It.*, IV, Torino, UTET, 1893-1899, 323.

traverso un ammonimento che risulta quanto mai attuale nel tratto discorsivo, poiché la ragion d'essere della forma trova un limite negli eccessi che inducono “l'imbarazzo e la lentezza dell'azione amministrativa³⁸”, poiché le garanzie devono svolgere una funzione servente per soddisfare il “bisogno di sostanza”, il contenuto³⁹ e lo scopo, per evitare che l'amministrazione sia insidiata dai pericoli del formalismo, *id est* la pratica svantaggiosa volta a usare la forma per svuotare la sostanza⁴⁰.

³⁸ Il riferimento è all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, “le obbligazioni contratte in favore di pubblica amministrazione dello Stato non possono essere impugnate dalle parti private contraenti, sul fondamento che fossero mancate le formalità volute dalle leggi che regolano specialmente i contratti delle pubbliche amministrazioni”, che fa emergere una visione iniqua delle formalità previste in favore dell'amministrazione, coerente con un'impostazione del rapporto sinallagmatico connotato da un interesse “talmente pubblico” che le difformità non potevano essere dedotte dai privati contraenti, come osservato da Cass. Firenze, 5 agosto 1880, in *Ann.*, 1880, 377; sul profilo intertemporale del regime vigente delle formalità previste per le obbligazioni contrattuali assunte dallo Stato, Cass. Napoli, 19 aprile 1884, in *Gazz. Proc.*, 1884, XI, 197 in termini di tutela delle forme nei confronti del privato, sempre in tema di contratti, ma attivi della pubblica amministrazione, Cass. Napoli, 23 febbraio 1882, in *Gazz. Proc.*, 1882, XVII, 149; sul tema dei vincoli giuridici derivanti da contratti “in assenza della trafila dei tre gradi di formalità”, Trib. Genova, 9 giugno 1882, in *Eco Gen.*, 1882, I, 177.

³⁹ Si condivide, anche per il tema indagato, la riflessione operata da S. PUGLIATTI, *Animus ad vocem*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 437, l'elemento qualificativo di un comportamento, ai fini della valutazione della relativa rilevanza giuridica, deve postulare un grado adeguato di consistenza obiettiva, che si materializza nell'esteriorità dell'agire, nel quale vi converge anche il contenuto.

⁴⁰ Sul tema, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3, 644, il quale avverte che, qualora il formalismo si ponga quale pretesa di costruzione di sistemi indipendenti può sconfinare, in senso deteriore, nel liberismo giuridico. Si osserva che “abbiamo un diritto amministrativo che ha sempre tributato formale omaggio al principio di legalità ma che, in realtà, si è costruito spudoratamente al di fuori di esso” e tale tratto pare particolarmente valido in relazione al tema della forma dell'agire; M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quad. fior.*, 1988, 274, “con riferimento alla collocazione storica del pensiero di Miele, avverte che non può attribuirsi al formalismo dominante nelle scuole di diritto pubblico la legittimazione delle transizioni storiche, poiché si rileva una sorta di disinteresse e di un piano concettuale degli studi; G. BERTI, *Le radici culturali e morali di un diritto amministrativo diverso*, in *Jus*, 2008, 1, 5, palesa un “fastidio per la troppo frequente e praticata sopraffazione della forma rispetto alla sostanza, per l'esaltazione della forma allo scopo di imporsi agli altri”. Il formalismo, vocabolo intriso di sfavore e spregio, può essere rivalutato solo quando si ponga quale fattore di comprensione, principio costitutivo della legalità, “una particolare legalità, cui finisce con l'adeguarsi anche la sovvertitrice parola”; la stessa legalità si pone quale fattore di valutazione di oggettiva conformità dell'agire, un potenziale approdo di

La variabilità dei riferimenti normativi in tema di obblighi per l'amministrazione è assunta dall'Autore quale ineliminabile carattere del-

oggettivizzazione delle condotte, come osservato da N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 1, 4 ss., per il quale, "il rapporto tra formalismo e attività giuridica si è ormai definito. I due termini hanno perduto ogni irradiazione psicologica ed emotiva: il formalismo, la nota sprezzante di fastidio; l'attività, la nota dogmatica della creatività" (8). Si osserva che la teoria del contegno e dell'esternazione precorrono la teoria del comportamento giuridico, "esternazione che così larga fortuna troverà negli studi di diritto amministrativo" (5); più dialogante appare la posizione palesata da N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 4, 977 ss., per il quale il formalismo nella sua accezione di conformità assume connotati etici, e sfuma nella nozione attigua di "legalismo" (981); sul tema del formalismo, aspetto tecnico connaturato ad ogni ordinamento, cfr. G. TARELLO, *Formalismo ad vocem*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, UTET, 1965, 573 ss., identifica la forma con la *causa essendi*, che può rinvenire peculiare ulteriore qualificazione con gli aggettivi 'pura', 'mera', e lo stesso formalismo, qualora sia collegato solo all'esternazione smarrisce il suo caratteristico tratto dispregiativo. Particolare importanza assume in relazione al tema dell'agire amministrativo, il rilievo per il quale il formalismo implicherebbe una particolare categoria di relazione, l'imputazione, sia in senso oggettivo, sia in senso soggettivo. Nel diritto amministrativo "il sistema delle norme giuridiche costituisce un sistema dinamico perché le norme del sistema sono immediatamente o mediatamente riferibili alla norma fondamentale sulla base non già di una derivazione sillogistica ma in quanto emesse da una fonte di produzione immediatamente o mediatamente delegata dalla norma fondamentale (576); si v., in merito alla ricerca di equilibrio tra il bisogno di certezza dell'oggetto dell'agire e la passività della funzione del giurista, L. CAIANI, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1, 83 ss., 90, per il quale è necessario garantire la concretezza dell'agire, la aderenza, non solo formale, rispetto ai motivi e ai fini predisposti. La scienza giuridica formale può ricomprendere la teoria generale del diritto, concepita come studio delle forme generali di diritto, in quanto strutture astratte qualificatrici della realtà giuridica e non come studio delle forme o predisposizioni analitiche elaborate dalla logica quali condizioni generali di validità dell'indagine giuridica, mentre come scienza empirica, si può considerare lo studio delle forme come esperienza giuridicamente costitutiva dell'agire (94, nota § 19); si v., per una riflessione di carattere storico sul configurarsi della forma nel diritto quale problema autonomo, A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, Cedam, 1962, 19 ss. (spec. cap. § 2); sull'eccessivo rigore formale da parte dell'amministrazione, cfr. Corte app. Brescia, 11 settembre 1877, in *Foro it.*, I, 1877, 1324; Cons. St., 16 agosto 1895, in *Giur. it.*, 1895, 343; in senso conforme rispetto a tale approccio, Cass. Roma, 14 novembre 1878, in *Foro it.*, I, 1878, 157; Cass. Roma, 31 maggio 1883, in *Foro it.*, 1883, I, 530; Corte app. Casale, 12 gennaio 1883, in *M. trib. Mil.*, 1883, 524; in senso difforme, rispetto alla necessità di valorizzare la necessità del perfezionarsi del capitolato di gara, Cons. St., 11 marzo 1882, in *Foro it.*, 1882, III, 150; sul tema della formalità come esternazione ulteriore rispetto al perfezionarsi della deliberazione interna, si v. Cons. St., sez. IV, 3 novembre 1906, n. 490, in *La giust. Amm.*, 1906, I, 580 (con nota di E. RUA, *Sulla pregiudizialità delle forme degli atti amministrativi innanzi al Consiglio di Stato*, ivi, 580 ss.).

la legislazione amministrativa, e proprio la forma, intesa quale elemento che consente il controllo e la verifica dell'attività, potrebbe sanare il carattere incerto e mutevole dell'assetto legislativo che tende, invece, a tradire gli affidamenti⁴¹. Esteriorizzare l'esercizio del potere consente di fissarlo nel tempo, di rendere meno incerto il carattere strutturalmente dinamico dell'attività.

La nozione di forma sostanziale⁴² diviene condizione di esistenza assoluta dell'atto, ed è imposta o per ragioni di pura necessità essenziale, o per ragioni di garanzia – da intendersi anche, ma non solo, come tutela per la singola situazione – o per ragioni probatorie⁴³; tale tripartizione

⁴¹ Si osserva la difformità con le contestuali esigenze palesate nei rapporti privati, come emerge dall'analisi operata da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, 4, 613, che, in un'analisi sui codici civili ottocenteschi, rileva la necessità che l'immutabilità del diritto positivo sia elevata a valore per esigenze di stabilità. Invero, si riferisce di "assoluta prevedibilità dei conegni di soggetti pubblici e privati", "al fine di tradurre in ordinate sequenze di articoli, i valori del liberismo ottocentesco" (615). Il diritto amministrativo rappresenta l'ipotesi nella quale al "regno dell'immutabilità e del duraturo succede la nervosa accelerazione della storia" (618) (l'Autore riprende le note teorie elaborate da N. MATTEUCCI, *Il liberismo in un mondo in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1972, 1, 99 ss., le strutture giuridiche e gli istituti devono tener conto di una sterminata e mutevole emersione di bisogni, e, nell'ipotesi in cui la cura degli stessi sia affidata alla pubblica amministrazione, è obbligatorio adempiere a tale compito senza tradire gli affidamenti ingenerati).

⁴² Analizzata *supra*, cap. § 2, par. § 4.2.

⁴³ Tale tripartizione palesa una deferenza rispetto alle costruzioni teoriche offerte dal diritto civile, cui si è fatto riferimento, poiché i primi cenni ad un atto giuridico alla cui formazione concorrono più voleri individuali e che differisce in modo radicale dal modello contrattuale è il c.d. atto complesso, come elaborato dalla dottrina tedesca, per la trattazione nel diritto italiano, si v. V. BRONDI, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, Torino, UTET, 1898, ora anche in *Scritti minori*, Torino, Regia Università, 1934, 3, che ne offre una sistematizzazione coerente con le premesse che operavano distinzione tra le componenti minime dell'atto, da intendersi in altri atti di tipo preparatori o nell'insieme di volontà concorrenti. L'Autore dimostra come la volontà possa avere una duplice manifestazione, palesarsi in modo generale ed astratto, oppure in modo particolare e concreto; si v. D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1903, 1, 2 ss., 5, "ogni potere, in realtà, risulta di due elementi o poteri elementari. Il potere di appartenenza esclusiva di una data sfera di attività (potere nudo), e il potere di esercitare l'attività riconosciuta, nei limiti di quella sfera (facoltà d'esercizio del potere)". Tali poteri non possono essere distinti, e nel loro palesarsi, rappresentano un *unicum*, anche se si dà atto che sussistono diverse ipotesi intermedie. Si opera una distinzione tra atto complesso uguale e ineguale, in base all' "ineguaglianza giuridica" della volontà che concorre a formarlo; peraltro, U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso (Con-*

rinviene la sua ragion d'essere nell'opportunità di distinguere le forme così come emergono nella dinamica amministrazione-amministrato dalla forma dell'atto in sé considerata⁴⁴.

tributo alla teoria degli atti amministrativi), ora anche in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1976, 191 ss., 195, osserva come l'atto complesso sia il tratto di unione tra l'esercizio del potere e il negozio giuridico, poiché è dichiarazione di volontà di un organo attivo dello Stato e palesa, in tal senso, un innestarsi delle teorizzazioni del diritto pubblico in quelle elaborate nel diritto privato. Tuttavia, lo stesso Autore chiarisce, emblematicamente, quanto sia necessaria l'emancipazione della teorizzazione amministrativa dell'attività amministrativa dai preconcetti, "finché l'estensione si è fatta con prudente criterio, i risultati sono stati eccellenti ed il progresso del diritto amministrativo ha vantaggiosamente seguito le tracce della già matura evoluzione del diritto civile. Ma talvolta il prudente criterio di cui diciamo è purtroppo mancato; si è sfruttato senza misura il principio di analogia trasportando dal diritto civile nel diritto amministrativo norme e discipline che vere e necessarie per qualche istituto dell'uno si sono manifestate grottesche ed assurde nell'altro"; *de relato*, è funzionale rispetto alla ricerca di una continuità teorica degli approcci, riportare l'analisi operata da G.D. COMPORTI, *L'atto complesso di Umberto Borsi e il coordinamento procedimentale: ovvero il nome e la cosa*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 275, "la scelta del processo quale unica sede deputata alla 'protezione degli interessi individuali dalle illegalità dei pubblici amministratori', alla cui stregua 'deve valutarsi se uno Stato abbia o non abbia e sino a qual punto abbia un regime amministrativo veramente giuridico', conduce ad escludere dall'analisi la categoria logico-giuridica del procedimento amministrativo, alla quale anche in epoca matura egli continuerà a rivolgere serrate critiche perché 'sembra forse troppo spesso sacrificare le esigenze dell'Amministrazione alla tutela degli interessi di coloro che ad essa si rivolgono'. Il diritto amministrativo ed il suo processo risultano così dominati da atti piuttosto che da pretese giuridiche"; sul tema dell'atto complesso e del ruolo assunto a tal riguardo dalla Corte Costituzionale, cfr. P.L. PORTALURI, *Corte Costituzionale e atto complesso*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, II, Napoli, ES, 2007, 1041 ss., 1044; ogni tentativo di studiare la realtà amministrativa senza il necessario pluralismo delle nozioni indagate, si rivela un tentativo inutile di nascondere la realtà, come ricorda F. CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Casa ed. Giuseppe Principato, 1931, 10, il divenire dell'azione amministrativa si presta ad essere un elemento non più secondario, e quasi riflesso, ma centrale del più ampio processo di costruzione e mantenimento dell'unità dell'ordinamento giuridico.

⁴⁴ Definita anche in termini di giuridificazione o amministrativizzazione, da intendersi quale momento di transizione, non del regime giuridico, ma della tutela prevista per determinati valori e interessi, come rilevato da B. MARCHETTI, M. RENNA, *I processi di giuridificazione. Soggetti, tecniche, limiti*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, III, Firenze, Firenze University Press, 2016, 19; il tema della giuridificazione impone la ricerca di un tratto di identità tra esigenze conoscitive e operative, per evitare di polarizzare gli approcci verso soluzioni orientate unilateralmente al

Le norme che regolano l'adozione dei provvedimenti – che, come noto, non descrivono, ma prescrivono⁴⁵, proprio perché

momento della comprensione (pansociologiche) o orientate unilateralmente al momento della decisione (pangiuridiche), come osserva N. LUHMANN, *L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, 1, 41 ss., [il testo costituisce una traduzione ampliata di N. LUHMANN, *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, in G. TEÜBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (1st ed., 1986) Berlino-New York, 111 ss., 127] in base al presupposto che la crescente complessità degli ambiti – ossia la struttura normativa, gli attori e gli esiti – potrebbe condurre a una degiuridificazione, con conseguente deformalizzazione dell'attività; osserva V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 4, 565 ss., che la deformalizzazione attuata attraverso la diffusa partecipazione dei cittadini alla definizione e alla gestione degli interessi generali non mitiga, né risolve, i termini del conflitto tra autorità e libertà; la concretizzazione del diritto, e per quanto di interesse in questa sede, della forma dell'agire, vive di una varietà di qualificazioni giuridiche, come osservato da A. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, 244, “l'essenziale fattore di giuridicizzazione di una istituzione, di un ordinamento, in quanto assetto di rapporti diventati ‘giuridicamente’ regolati, è costituito dalla sua reale vigenza: dalla sua legittimazione in forza del principio di effettività”; sul profilo del regime giuridico e delle reciproche caratterizzazioni con il tema della forma, A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Torino, Giappichelli, 1998, 44 ss., il regime giuridico di ciascun atto è la conseguenza della sua natura formale, alla forma giuridica dell'atto si riconnette l'essenza della sua giuridicità. “La forma giuridica è la rappresentazione concettuale della realtà, è l'idea che rappresenta l'atteggiarsi, il modo di essere delle persone e delle cose nei loro reciproci rapporti. Ogni realtà materiale può essere rappresentata attraverso concetti, attraverso idee, attraverso una manifestazione del pensiero”, “la realtà sostanziale è presente nella forma, ma solo indirettamente, in quanto ne costituisce il presupposto. L'imperativo è la forma allo stato puro, e la realtà sostanziale rileva solo indirettamente” (45).

⁴⁵ Sul tema della connotazione precettiva del diritto amministrativo, si v. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia (ma Città di Castello), Arti grafiche, 1979, 2, la volontà imperativa si configura astrattamente nel suo momento amministrativo, ma diviene percepibile nel momento in cui si confronta con il destinatario, contestualmente all'emergere della posizione giuridica sostanziale. Al di fuori di tale campo teorico, senza tale proiezione dell'ordinamento, si può rilevare l'esistenza di comandi illegittimi o indifferenti al diritto, cui giuridicamente può non darsi seguito, poiché sono esercizio di una *vis* aliena ai circuiti legislativi legittimanti; si v., *ex multis*, da Cons. St., sez. IV, 25 ottobre 1924, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 397, che opera una distinzione tra le c.d. norme di servizio interne che sono dirette, nel loro manifestarsi, a conformare le condotte interne all'amministrazione, e i regolamenti che disciplinano l'azione, in termini di generalità e astrattezza e vincolano, oltre gli amministrati, la stessa amministrazione emanante, poiché “la loro efficacia obbligatoria è vincolata a varie condizioni di forma analoghe a quelle delle leggi”; S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 763 ss. (ci si riferisce alla

l'amministrazione si palesa tendenzialmente come esercizio di potere conferito⁴⁶ – nell'orizzonte della forma del rapporto, ha indotto Meucci

numerazione in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013) il potere, nella sua accezione precettiva, è manifestazione di capacità, poiché rinviene la propria genesi concettuale nella nozione di diritto potestativo, risultante di una contaminazione di concetti distinti, quello di diritto e quello di potestà, anche se “divergenze dottrinali e incertezze o inesattezze terminologiche hanno contribuito ad innalzare una specie di torre di Babele, in cui restano confusi concetti che non si sa se si vogliono identificare o contrapporre o avvicinare”; R. MENEGHELLI, *Rileggendo alcune pagine del dizionario giuridico di Santi Romano*, in *Dir. soc.*, 1993, 1-2, 197 ss., 199, la scissione tra la validità dell'ordinamento e la validità delle norme di cui lo stesso è composto, in diritto amministrativo, assume una valenza specifica, a favore del primo aspetto, soprattutto in relazione al tema principale indagato. Si osserva che l'“ibrido di istituzionalismo e normativismo” è una deriva che dee essere opportunamente evitata (205); cfr. L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, 9, “nella rilevazione statica e dinamica la potestà ordinatoria presenta una unità così perfetta e rigorosa da apparire quasi una monade giuridica”, pertanto “sul presupposto della sua ‘unità’ che rimane intatta, nonostante la molteplicità degli atti, dei rapporti, dei fatti in cui spiega la sua forza, si legittimano i caratteri che le sono propri”; tale concezione riprende l'impostazione offerta da G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957, 134, il dissenso e l'esercizio alternativo di funzioni non sono incompatibili con il potere conferito all'amministrazione; una riflessione volta a trattare i punti di convergenza tra il pensiero di Vico e il diritto amministrativo, in piena continuità con il profilo metodologico adottato, è condotta. M.R. SPASIANO, *Una riflessione su Giambattista Vico e il diritto amministrativo*, in *Nuove aut.*, 2021, 1, 165, palesa come il comando (provvedimento), espressione formale dell'autorità, assuma la ‘forma corporea’ di manifestazione concreta del dominio, della libertà e della tutela, una forma necessitata, atta a conformare al bene ‘gli infiniti e informi voleri dei cittadini’. L'unità concettuale, pur se proposta in una peculiare prospettiva, è assicurata dall'identità della forma dell'agire. La contemplazione del carattere enunciativo della forma, disgiunta dalla sua puntuale considerazione della sua funzione giustificativa, conduce a una stasi amministrativa. Tale approccio, per quanto sia condiviso in questa sede, assume – limitatamente al pensiero di Vico – indirettamente rilievo giuridico e risulta difficilmente applicabile alla tendenza interpretativa degli ultimi anni.

⁴⁶ Cfr. G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 299, “il potere pubblico obbliga gli altri soggetti dell'ordinamento senza la loro collaborazione, proprio perché il momento collaborativo da parte della società, che pure è essenziale, viene assorbito nella organizzazione, che si presume rispecchi a modo suo la società ed elimini ulteriori necessità di raffronto con la società stessa”. Tale assunto palesa che gli interessi pubblici devono essere composti fin dal momento organizzativo, che è preposto a limitare l'alterità di fini tra gli stessi, secondo un criterio aggregativo nell'unità amministrativa, compito che spetterebbe al legislatore, che “abolisce diversità di interessi che pretendono di essere struttura”; sul tema, cfr. S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma, e 97, 1°*

a operare una distinzione tra forme interne (o immediate⁴⁷) ed esterne, le prime riferibili non necessariamente a momenti di “vera amministrazione” e le seconde a presidio delle posizioni dei privati, in termini di funzione di rappresentazione del potere.

Una distinzione ulteriore e particolarmente elaborata si nota nella definizione di forme intrinseche, nelle quali si palesa l’esigenza della presenza di un elemento essenziale, ed estrinseche, indifferenti rispetto alla esistenza di tali vincoli⁴⁸.

comma, della Costituzione), in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 841, nel procedere dell’attività amministrativa, la composizione strutturale preventiva permette di conseguire il primitivo scopo dell’azione che sopravvive all’esigenza di soddisfare le “congerie di interessi in vario modo garantiti dalle discipline”.

⁴⁷ L. MEUCCI, *Sistemi*, cit., 255, forme che si contrappongono al diritto astratto ed essenziale, poiché la trascuranza della forma interna reca al positivismo; di per sé la stessa nozione di positivismo giuridico potrebbe – perché le tesi sul tema non sono unanimi – indurre a operare una separazione dell’analisi delle forme rispetto alla valutazione dei contenuti, come osserva S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 4, 685 ss., 691, il giuspositivismo può assumere una deriva formalistica qualora depuri l’analisi giuridica dalle dimensioni sociali, politiche e relazionali; sul tema, cfr. A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, 201 ss.; il tema è analizzato nella prospettiva del diritto pubblico da N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 3, 985 ss., il diritto deve provvedere ad organizzare una forma di convivenza in cui sia garantita la libertà e non che si risolva nel precetto; il tema impone un rinvio a F. BASSI, *La norma*, cit., 127, che distingue le c.d. forme di riconoscimento pieno e agli atti normativi, le forme riservate e le forme concorrenti; cfr. A. CIOFFI, *Sulla norma interna e sull’autonomia della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, I, Napoli, ESI, 2015, 73 ss., le figure giuridiche nel diritto pubblico, qualora siano costruite in base al principio dell’autonomia, devono essere integrate da altri elementi che concorrano a legittimare l’esercizio del potere. Poiché, dopo l’individuazione del fondamento dell’autonomia, è necessario procedere oltre al dato normativo, per riconoscere, di volta in volta, la giustificazione dell’esistenza giuridica dei rapporti amministrativi.

⁴⁸ Cfr., sul tema della legittima mancata corrispondenza del momento precettivo rispetto all’esercizio del potere, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, 23 ss., nel diritto amministrativo, anche nei casi più strettamente vincolanti, l’obbligo, per il ricevente, di agire e conformarsi al precetto è legato alla *vis iuridica* del potere, che ricollega a tale evenienza un particolare obbligatorio comportamento. Il momento logico del deliberare può spiegare i suoi effetti in un tempo non determinabile *ex ante*, posto, tuttavia, che non si deve intaccare il legittimo affidamento e la sicurezza giuridica cui il potere tendere. Si provvede ad affermare, in relazione all’oggetto del suo studio, che la proposta, nella sua veste formale, possa es-

La forma può contribuire a legittimare l'adozione del provvedimento ma, in ogni caso, riveste una pluralità di fini ulteriori, tra i quali, consentire il successivo ed eventuale sindacato.

Nella costruzione teorica di Meucci emerge l'idea di rendere l'amministrazione al servizio della collettività⁴⁹ poiché ci si deve porre il problema di arginare il rischio di arbitrio delle decisioni, che potrebbe essere, senza tali tutele, foriero di arbitrarietà e irragionevolezza.

Sia consentito notare che il "principe delle forme amministrative"⁵⁰

sere considerata astrattamente e isolatamente, ma rifiuta di considerarla mero elemento di un atto complesso. Il momento preparatorio, cui è deputata ontologicamente la proposta – al di fuori delle ipotesi nelle quali integri l'atto finale in seguito a formale accettazione – richiede un successivo e coordinato intervento di diversi soggetti. Lo studio ha una propria autonoma importanza per il tema indagato.

⁴⁹ Sul tema, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 89 ss., assume come punto di sintesi delle diverse teorie proprio la lettura offerta da Meucci (90, nota § 154) poiché l'atto e lo spazio costituiscono le coordinate e i termini di azione dell'amministrazione, che si rivolge a differenti componenti e destinatari, tra le quali l'opinione pubblica che però "non è in grado di porre a raffronto detti termini, ed è quindi costretta a valutare la congruenza dell'atto in sé e per sé considerato, nelle sue espressioni esterne e formali". "Tali connotazioni danno vita ad un originario indirizzo, di ispirazione rigorosamente formalistica, alla cui stregua il riconoscimento della validità (e talora della stessa esistenza) degli atti in cui il potere si esprime si fonda sulla apparente rispondenza degli atti stessi ai principi legittimanti propri della relativa funzione; vengono così giuridicamente sanzionate le deviazioni che un primo approccio alla decisione evidenzia, sotto il profilo della non manifesta razionalità del potere autoritativo di cui la decisione stessa si ammanta". Pertanto, "la più compiuta espressione di tale tendenza, nel campo del diritto amministrativo, è il c.d. principio dell'atto formale, il quale, per la meno recente dottrina, rivestiva carattere generale ed inderogabile ogni qualvolta l'autorità disponesse 'nell'ambito della libertà guarentigata' del cittadino; tale principio, infatti, esplica apertamente una funzione di garanzia democratica della legittimità e non arbitrarietà del potere, rivolto com'è nei confronti dei consociati tutti e non solo del privato inciso dal provvedimento". Emerge la necessità che le formalità si perfezionino ben oltre l'esigenza del destinatario, che potrebbe non necessitarne, proprio al fine di individuare uno statuto unico della forma nelle sue vesti di strumento di garanzia e tutela.

⁵⁰ L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., 605, "istituto tutto formale", nel quale le esigenze e le varianti del funzionalismo sistemico sono "forma di *garantia* della buona amministrazione" (606). Un dato preliminare sembra emergere qualora si rivolga l'indagine ai primi studi, anche di carattere manualistico, sul tema della forma e cioè che le soluzioni proposte non hanno l'ambizione di inserire il tema all'interno di una concezione complessiva, ma si limitino alla risoluzione delle singole spigolature problematiche. Si osserva, coerentemente con la tesi che si intende accogliere in questa sede, che una identificazione precisa della forma avrebbe supportato, sin dagli albori degli studi unitari su tali aspetti, gli

per Meucci è il bilancio preliminare dell'amministrazione, di capitale importanza, espressione delle complicatissime⁵¹ forme della contabilità.

Si tratta di un atto che si pone a presidio delle risorse pubbliche – i bastioni della razionalità formale – per garantire una successiva vigilanza e il sindacato sul denaro pubblico, rispettivamente forma preliminare e conseguente. A tal proposito, in considerazione della fonte principalmente contrattuale di disposizione del denaro pubblico, per Meucci, sarebbe opportuno prevedere forme speciali di diritto pubblico, rispetto alle disposizioni già prescritte dal diritto comune.

La portata sostanziale delle classificazioni operate in merito alle forme amministrative è fattore di risoluzione interpretativa per le ipotesi dubbie, in sede giurisdizionale, ossia il momento cui è deputata la definizione dell'“efficacia delle forme” e nelle modalità rimediali per le difformità in cui è incappata l'amministrazione⁵².

interpreti a far luce sulla realtà delle amministrazioni, la cui azione è costantemente avvolta da una sorta di nebbia dai contorni imprecisi; in senso conforme, cfr. G. ARCOLEO, *I bilanci dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, Jovene, 1880; si v. Cass. Napoli, 13 luglio 1877, in *Foro it.*, 1173, sulle forme di contabilità generale; Cons. St., 9 agosto 1881, in *Foro it.*, III, 1880, 146; Cons. St., 25 luglio 1885, in *Riv. amm.*, 1886, 53; sulla necessità di derogare alle formalità previste per le deliberazioni per comprovate ragioni di carattere finanziario dell'amministrazione, Cons. St., 20 maggio 1882, in *Foro it.*, III, 1882, 97 e Cons. St., 3 agosto 1888, in *Giur. it.*, 1889, 8; Cons. St., 19 novembre 1889, in *Giur. it.*, 1890, 65; Cons. St., 14 luglio 1891, in *Legge*, 1892, I, 104, sul profilo formale dell'unità del bilancio dei Comuni nella loro veste di amministrazioni; sulla necessità di restringere le formalità ultronee, cfr. Cons. St., 1° aprile 1898, in *Cons dei comuni*, 1898, 120; conforme, Cons. St., 27 gennaio 1899, in *Man. Amm.*, 1899, 72.; Cons. St., 3 novembre 1899, in *Foro it.*, 1899, III, 96.

⁵¹ Sul tema della complessità redazionale e formale del bilancio rilevata da Meucci, ci si limita a operare un rinvio a S. BUSCEMA, *Bilancio dello Stato* ad vocem, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 378; sulla necessità di coniugare la disciplina contabilistica e il momento amministrativo, si v. G.D. COMPORTELLI, *Il metodo morelliano di Fabio Merusi e i suoi possibili sviluppi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 3 ss., 8, per il quale il divorzio tra giuristi e contabili si attua attraverso il ricorso ad utili strumenti ‘ponte’ che aiutino ad afferrare la realtà della vita amministrativa che si cela dietro la rappresentazione giuridico-formale dei fenomeni sociali.

⁵² Si v., in relazione alle prescritte formalità del verbale prescritte per la redazione e la trascrizione delle c.d. deliberazioni amministrative, Cons. St., 17 marzo 1883, in *Foro it.*, III, 1883, 89; Corte app. Genova, 4 maggio 1883, in *Ann. Amm.*, 1883, 207; Cons. St., 3 ottobre 1884, in *Foro it.*, III, 1884, 24; Cons. St., 4 febbraio 1887, in *Foro it.*, 1887, III, 80; sul tema della formalità stabilite per le votazioni segrete, Cons. St., 23 dicembre 1884, in *Foro it.*, 1884, III, 88; in termini predilettivi dell'aspetto sostanziale ri-

In merito agli effetti, si osserva che la violazione di disposizioni che prescrivono le 'forme interne' comporta l'irrogazione di sanzioni amministrative, censure gerarchiche, mentre, per altro verso, la violazione delle 'forme esterne' impone un accertamento relativo all'interesse tutelato nel singolo caso di specie. In tal senso, si osserva una lettura legata alla valorizzazione del dato formale essenziale dell'attività, la cui mancanza induce all'inesistenza dell'atto stesso, se vi sia, e sia accertata, una lesione della posizione del privato⁵³.

Dell'opera di Meucci può notarsi la struttura e la collocazione della forma, non intesa solo quale presupposto e quindi come fattore di legittimazione, ma in termini di carattere strumentale per il palesarsi del potere, al fine di assicurare la tutela e la difesa nei confronti della stessa amministrazione.

Nel percorso investigativo e interpretativo fin qui delineato, palesate le pur insuperabili visioni eterogenee degli istituti⁵⁴, Ranelletti, nella no-

spetto alle formalità prescritte, qualora la stessa sia stata violata senza mala fede, Cons. St., 6 marzo 1886, in *Foro it.*, 1886, III, 89; Cons. St., 3 marzo 1893, in *Riv. amm.*, 1893, 353; Cons. St., 22 giugno 1894, in *R. univ.*, 1894, 229; sul tema, in relazione agli elementi accidentali e al condizionamento formale dell'agire, cfr. E. MENNA, *Le deliberazioni comunali e la loro approvazione condizionata da parte della Giunta prov. amm.*, in *Riv. amm.*, 1910, 2, 229.

⁵³ Tale conclusione è compatibile anche con le c.d. forme integranti, qualora le stesse impongano massimo rigore (ad es. le forme elettorali, poiché deputate alla garanzia dell'ordine pubblico) L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., 609; si v. la coeva posizione intesa alla destrutturazione delle prescrizioni ordinanti per l'amministrazione, di F. CARNEVALI, *I motivi del diritto amministrativo volgarizzati*, Fermo, Tip. Bacher, 1883.

⁵⁴ Cfr. M. DELLEDONNE, *Per una revisione delle prime nozioni del diritto pubblico (Contributo alla sistematica del diritto pubblico)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti nel XXXV° anno di insegnamento*, I, Padova, Cedam, 1931, 233 ss., avverte che "il valore del pensiero di un secolo può essere disconosciuto con un tratto di penna solamente da coloro che quel pensiero non sono in grado di comprendere". Il bisogno incoercibile della piena comprensione dell'oggetto particolare dello studio si riannoda alla teoria generale della conoscenza. Il rilievo, applicabile soprattutto all'opera di Meucci, poiché le 'forme amministrative' sono strettamente legittimate, non deve precludere tentativi di interpretazione degli studi in tempi differenti, soprattutto se gli stessi restino entro confini accertabili. L'identificazione tra forma e garanzia, nella prospettiva legittimante del potere, procede da un intento ampliativo della tutela – non necessariamente giurisdizionale – accordata al cittadino, specie per ciò che concerne l'opportunità di esigere un modello in cui la sfera riservata al potere amministrativo non ecceda la struttura monolitica dello stesso apparato pubblico, attraverso soluzioni deformalizzate; il tema è analizzato, da G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 1970, 84 ss., la

ta analisi diretta a operare distinzione tra autorizzazioni e concessioni e delimitarne concetto e natura giuridica⁵⁵, osserva come alla trattazione dei singoli istituti del diritto amministrativo non faccia direttamente seguito una riunione degli stessi al fine di isolare i principi generali⁵⁶.

L'Autore, in relazione alla forma come presupposto sulla base del quale l'amministrazione è legittimata al rilascio di concessioni amministrative, rileva quante e in quali fasi si palesano le contraddizioni prescrittive legate alle stesse formalità che, talvolta, si rinvergono nel dato positivo, mentre altre volte si desumono da criteri interpretativi, e altre volte si impongono, a danno dell'amministrato, quali inutili esercizi di stile⁵⁷.

scomposizione e tendenziale frammentazione del potere rinviene un momento di sintesi nell'attività giurisdizionale, posto che la crisi della configurazione unitaria dell'esercizio del potere pare irreversibile; sul tema, nella prospettiva della rinuncia all'azione giurisdizionale, cfr. R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*^{11ed}, I, Napoli, ES, 1979, 84.

⁵⁵ Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894)*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, 35 ss.; lo stesso A. dedica al tema della forma della dichiarazione il par. § 3 dell'opera *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Facoltà create delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1895-1896)*, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, 198 ss., in relazione alla concessione di beni demaniali, osserva come, nel diritto francese, l'amministrazione sia libera di optare per il pubblico incanto o la trattativa privata e in entrambe le ipotesi "è libera di stabilire le formalità relative" (341).

⁵⁶ Cfr. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 361, "Il riconoscimento di questa esigenza invita a osservare con maggiore attenzione il testo di Ranalletti, specie in due punti: laddove la parte generale del diritto viene considerata il compimento dell'ideale di sistematicità e laddove il compito nella realizzazione di tale ideale viene affermato come proprio della scienza e non della legislazione". "Se ci si chiede oggi quale debba essere il punto di vista ordinante di un'ipotetica parte generale del diritto amministrativo, la risposta non è affatto scontata, anzi occorre riconoscere che le posizioni della dottrina in argomento sono addirittura antinomiche"; sul tema della sistemazione, sembra calarsi perfettamente nel contesto incerto della forma, cfr. G. LUCATELLO, *Sul nesso sistemazione-integrazione nell'indagine giuridica*, in *Dir. soc.*, 1989, 4, 91 ss., l'istanza sistematica è un canone metodologico, un approccio che non presuppone l'esistenza di un sistema di norme precostituito, né pretende di pervenire a un sistema esaustivo. In una valutazione critica di insieme non possono trascurarsi gli elementi che conferiscono all'agire, in termini ampi, una caratterizzazione unica, lungi dal costituire una categoria di ordine generale.

⁵⁷ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Facoltà create*, cit., 214 ss., 217 (ci si riferisce alla numerazione in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992) "quali debbano essere le formalità dei procedimenti, per giungere alla

Si impone, a partire da tali riflessioni, l'esigenza di interpretare la legislazione vigente verso una visione rispettosa della forma, con il fine di orientare le proposizioni normative giuridiche verso la tutela del privato e di trarre concetti generali ed elaborarli in un sistema unico e coerente⁵⁸.

Lo studio del diritto amministrativo impone di "estendere la osservazione all'intera esperienza amministrativa e penetrare la genesi, la 'sostanza', i fini dei fenomeni studiati⁵⁹".

La carenza di una solida qualificazione consente, in questa lettura, al contrario di quanto si potrebbe pensare, di ribadire della centralità della forma, "perché la tanto ostentata e compiaciuta svalutazione delle forme da parte di tanta recente letteratura nasconde l'insidia dell'offuscamento del principio di legalità e poi ancora la limitazione della tutela giurisdizionale"; se manca la forma, non c'è manifestazione d'autorità, quantomeno non in termini tradizionali.

In questa prospettiva, la funzione della pubblica amministrazione non risulta più esclusivamente o prevalentemente diretta alla salvaguardia della legalità dell'agire come valore in sé considerato, ma adempie, seppur in maniera indiretta e mediata, ad un obbligo di giustizia sostanziale.

scelta della persona, alla quale si possa fare la concessione?", e in relazione al momento procedimentale, osserva, in senso critico "può farsi la questione, se queste forme necessarie alle concessioni, e che importano la facoltà e la necessità della trattativa privata, siano un nuovo limite posto alla capacità dell'autorità a concludere". Infatti, proprio a partire dalla constatazione dell'esistenza, nei termini descritti dall'Autore, di alcuni valori fondamentali, pur continuamente condizionati della concretezza dell'agire nel suo momento dinamico, si possano intendere alcuni profili del modo di essere stesso degli ordinamenti giuridici.

⁵⁸ Si v. M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 763 ss., per il quale il formalismo non è elusione della realtà ma, al contrario, una rigorosa interpretazione ed un conseguente sviluppo della stessa; cfr. D. SORACE, *Il compito del giurista secondo Mario Nigro*, cit., 144 ss., "la scuola del 'metodo giuridico', sia perché in realtà ha usato anche il metodo descrittivo, sia perché ha attinto all'esperienza giurisprudenziale, ha proclamato, più che sentito e praticato, il formalismo". Tuttavia, qualora si proceda nel discorso con un confronto basato su un'impostazione legata a una visione del potere atipica, osservabile solo per le caratteristiche di indirizzo, la stessa giuridificazione non deve intendersi come dato sintetico a priori, ma come elemento comprensibile nell'ambito del rapporto amministrativo.

⁵⁹ M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 801 (ci si riferisce alla numerazione in *Scritti Giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996); in termini generali, si v., con riferimento al dato legislativo, alla relativa validità e di come la stessa possa influire sull'esercizio del potere, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1934.

La nota prolusione di Orlando⁶⁰ costituisce uno snodo fondamentale per le coordinate di studio da assumere⁶¹ e traccia una linea di demarcazione netta con la frammentazione fin qui registrata negli studi, e impone – l'autorevole ammonimento è accolto in questa sede, come necessaria variazione metodologica – di emancipare gli studi dalla “nebulosità dell'astrazione” che impedisce la netta percezione dei contorni, poiché il diritto è essenzialmente precisione e la forma dovrebbe contribuire a ciò, non essere osteggiata a priori.

La forma interviene come fattore di selezione dei dati dell'esperienza, descrive e costruisce l'attività amministrativa, che si ri-

⁶⁰ Ci si riferisce, ovviamente, a V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena, Pubbl. della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925, 413 ss. (rist. inal., fatta eccezione per una nota di chiusura, pubblicata nella versione curata dalla tipografia dell'Università di Modena qui citata) si tratta della prolusione ai corsi di Diritto amministrativo e costituzionale, letta presso l'Università di Palermo, l'8 gennaio 1889, nella quale si avverte della difficoltà di identificare una nozione esatta della distinzione tra pratica e teoria, tema avvertito negli studi sulla forma nel diritto (417). Per Orlando, ci sono ipotesi nelle quali elementi complessi e difficili di una scienza possono diventare semplici presupposti di un'altra; si v. A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2016, 3, 2 ss., il quale osserva che “si è sviluppata una scienza del diritto amministrativo che ha coltivato soltanto alcuni dei contenuti del metodo orlandiano, quelli più propriamente giuridico-formali, mentre ha sterilizzato gli altri contenuti, più aperti ai riflessi sociali e ai profili realistici”; L. BENVENUTI, *Le dottrine*, cit., ricorda la genericità dell'ammonimento di Orlando non in termini negativi, poiché rappresenta una generica ma imprescindibile enunciazione di linee di un programma, con riferimento agli eccessi rispetto a un approccio filosofico [“*mero pascolo a dispute dottrinarie*” (V.E. Orlando, *I criteri*, cit., 424)] o, al contrario, eccessivamente esegetico. Orlando definisce questi due poli, la *pletora* e l'*anemia* delle scienze del diritto pubblico; si osservi che la stessa impostazione teorica di Orlando è accusata di formalismo inteso quale costante tensione di spiegare in forme giuridiche le tensioni della società civile, ed il rapporto di quest'ultima con il potere politico, come riporta M. BENVENUTI, *Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra giuspubblicistica nazionale*, in *Riv. it. sc. Giur.*, 2019, 10, 234; cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Novità della tradizione*, in *Quad. fior.*, 1996, 731 ss., osserva che Orlando, nel porre la distinzione tra attività giuridica e attività sociale dell'amministrazione, analizza la forma poiché proprio tramite la forma si rende coattiva l'osservanza delle condizioni richieste affinché il precetto sia osservato.

⁶¹ Tale considerazione potrebbe apparire singolare, poiché, come rilevato da F.G. SCOCA, *Santi Romano: La produzione giovanile e i principii di diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 267, lo stesso Orlando afferma che manca “il concetto del diritto amministrativo”, poiché sulla delimitazione dell'oggetto di studi esistevano “divergenze gravissime, così formali che materiali, relative cioè tanto alla mera posizione logica degli argomenti, quanto allo studio intrinseco di essi”.

solve in una sintesi tra dimostrazioni rigorose e associazioni metaforiche, in un intreccio risolubile solo grazie al momento formale⁶². In altri termini, la forma, nel discorso giuridico che coinvolge anche le amministrazioni, si riflette – o quantomeno dovrebbe riflettersi – in un'esternazione di sapere e precetto⁶³. Si inizia a intravedere la formazione di uno Stato amministrativo in senso proprio, embrionale e pur con le frammentazioni cui lo stesso è caratterizzato ancora oggi.

Tra i diversi principi “specifici propri del territorio amministrativo”,

⁶² Si condivide, in pieno, l'argomentazione fornita da P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, 4 ss., 13, discorre di antiformalistica celebrazione del soggetto. La cultura giuridica, e quella amministrativistica nello specifico, ripropone una serie di tensioni non risolubili che sono costitutive della modernità. La ricostruzione delle vicende giuridiche relative al tema della forma nel processo della conoscenza o della comprensione consente di conferire al tema maggiore aderenza rispetto alle trasformazioni comuni a tutti gli aspetti del diritto amministrativo, senza recidere la continuità teorica con la tradizione della scienza del diritto amministrativo. La realtà amministrativa, in continua trasformazione, si pone in connessione con una ragione debole e sensibile al fluire continuo e inarrestabile degli eventi, nel quale la valorizzazione della fase di preventiva; è opportuno avvertire dei rischi di soggettivismo. Si delinea, come indirizzo autonomo e separato dall'originario alveo comune, un movimento di ispirazione sostanzialistica, cui si accompagna la tendenza a riconoscere nell'atto o nel contratto il fondamento della legittimità, il quale, ben oltre l'immediata evidenza offerta dagli attributi formale, riscontri una immediata corrispondenza ai principi informativi della funzione esercitata dall'amministrazione; si v., in ordine all'approccio sostanzialistico, ma su altre premesse teoriche, G. DE FINA, *La teleologia degli atti nel rapporto autorità-libertà*, Padova, Cedam, 1974, 184, che discorre di tramonto del principio dell'atto formale. Sul piano empirico, è facile cogliere la tensione tra i due poli, autorità e libertà, cittadino e amministrazione nel mezzo dei quali si interpone il diritto e la regolazione dell'esistente nella sua dimensione evolutiva, poiché si devono comprendere le ragioni profonde che la alimentano e le possibilità del superamento delle antitesi e si devono indagare i motivi che anche involontariamente la sorreggono. Nel diritto amministrativo si è sostenuto che le relazioni binarie abbiano smarrito la loro centralità, poiché, ad esempio, la forma integrerebbe un aspetto della legalità e quindi del momento di libertà di fronte all'emergere del potere (*id est* l'autorità), al di là della modalità di manifestazione.

⁶³ Sul punto, N. MUFFATO, *Osservazioni in margine a Giovanni Tarello su frastico e neustico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, 2, 422, il precetto si pone all'esito di una complessa relazione o rapporto di interazione tra individui, che si fonda su un'espressione linguistica – anche se ciò non è sempre vero per ciò che riguarda l'amministrazione, come nelle ipotesi di silenzio – che contiene un comando o, genericamente, un atto di autorità. Si coglie, in quest'ottica, la struttura autoritativa dell'agire, connotata al precetto, e quindi al comando.

che fungono da supporto per un'identificazione dei punti cardinali, vi rientra, a pieno titolo, il principio della obbligatorietà e maggior frequenza delle forme⁶⁴.

L'amministrazione deve agire nel rispetto di un sistema di principi giuridici sistematicamente coordinati, proprio per la sua caratteristica di imporsi agli amministrati, poiché il potere pubblico deve rappresentare la nobile manifestazione concreta dello spirito collettivo, di cui la forma ne costituisce l'apprezzabile e irrinunciabile essenza⁶⁵, e, ovviamente ne svela il relativo sistema di tutela, "non come mera potenzialità, ma come attività feconda⁶⁶".

⁶⁴ Si v. la prolusione di U. FRAGOLA, *Teoria generale del diritto e diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, II, 305 ss., 308, il diritto amministrativo ha acquisito, progressivamente, una propria autonomia, ma può servirsi di categorie elaborate in altre scienze giuridiche, senza tradire l'impianto che lo stesso diritto ha 'guadagnato' nel corso degli anni. L'essenza stessa del momento amministrativo può risolversi, senza tradire la complessità legata alla predisposizione di soluzioni articolate, in una pratica di commisurazione tra l'agire un parametro assiologico cui l'ordinamento offre autonomo o indiretto riconoscimento e nel quale la forma integra il corredo enunciativo dell'agire, anche se la dottrina, in questa costruzione, opera un riferimento prevalente al farsi autoritativo. La presunta antitesi forma-sostanza non assume significato descrittivo ma rivela il suo significato intenso, e per certi versi drammatico, poiché risulta essere non componibile attraverso gli strumenti giuridici ordinari, poiché, in ogni caso, si perverrebbe a una svalutazione di un profilo rilevante dell'agire.

⁶⁵ La elaborazione di concetti deve transitare in una dialettica continua tra dato e giurisprudenza, il cui ruolo non è deputato ad alcun fine scientifico, nel senso di garantire continuità del tempo della decisione assunta, come rileva, L. BENVENUTI, *Giurisprudenza e metagiurisprudenza della prospettiva del sincretismo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, Mucchi, 1996, 265 ss., 270.

⁶⁶ Cfr. V.E. ORLANDO, *I criteri*, cit., 429 (peraltro, la forma determina il carattere dell'atto anche circa l'ammissibilità della stessa impugnativa, come riferisce Cons. St., 24 febbraio 1939, in *Foro it.*, 1939, III, 133); si avverte che tale impostazione garantistica non deve rinvenire differenze apprezzabili per i rapporti che si collocano nel campo del diritto pubblico e del diritto privato, sulla cui convergenza, S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim., dir. pubbl.*, 2006, 3, 597 ss. (spec. par. § 2) negli ordinamenti nei quali la rivolta antiformalistica e realistica non è rimasta inascoltata prevale una visione non positivista e critica del diritto, sono rimossi i confini artificiali tra le scienze che si interessano del diritto, si pone attenzione non solo alle regole, ma anche alle loro conseguenze, al centro del dibattito giuridico vi sono anche questioni di soluzione complessiva del problema giuridico.

4. *La volontà quale elemento strutturale delle manifestazioni formali della pubblica amministrazione. Note critiche sull'attualità delle elaborazioni di Cammeo e Trentin*

Si può, a tal punto, verificare l'attualità della tenuta della relazione apparentemente inscindibile tra volontà amministrativa, nella sua originaria accezione autonoma rispetto alla sequenza procedimentale, e forma.

Appare opportuno dar conto dell'elaborazione teorica offerta da Cammeo e Trentin⁶⁷, al fine di valutarne sia i riflessi di attualità, che i caratteri superati dai successivi sviluppi.

Si avverte, sin da ora, che il potere amministrativo contemporaneo si dirige verso una caratterizzazione spiccatamente oggettiva, per certi versi difficilmente compatibile anche con il procedimento e, ovviamente, a maggior ragione con la concezione originaria della volontà amministrativa qui analizzata⁶⁸.

È evidente che le riflessioni dei due Autori – analizzati congiuntamente in questa sede per una condivisione rispetto ai presupposti circa le tesi sostenute in difesa della forma – si perfezionano in un contesto culturale lontano da quello odierno e rispetto a un'amministrazione che è strutturalmente differente da quella attuale e, purtuttavia, la rilettura, in chiave moderna, consente di isolare alcuni spunti utili per la trattazione e il dibattito attuale sulla cultura della forma⁶⁹.

⁶⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Messina - Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982, 367, la costruzione di Cammeo e Trentin si basa sulla convinzione che vicenda scientifica creatrice di categorie universali può essere pensata e predicata per ogni atto giuridico; l'elaborazione teorica del tema, soprattutto in termini di profilazione metodologica, al fine di sezionare la realtà amministrativa e conferire dignità di istituti alle fattispecie, anche se già dalle primi approcci, la forma si poneva quale fattore critico, come osserva, in relazione all'attività scientifica di Trentin, F. BENVENUTI, *Silvio Trentin giurista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 4, 1732 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006, 3273 ss.

⁶⁸ F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, Vallardi, s.d. (ma 1911), 217, "data l'unità della persona statale non possono esistere quei rapporti misti, contemporaneamente regolati dal diritto pubblico e da quello privato, dei quali la teoria della duplice personalità è esplicazione", "ogni rapporto giuridico, ogni istituto giuridico è di diritto pubblico o è di diritto privato". "Gli interessi in conflitto hanno nel diritto privato e nel diritto pubblico un diverso valore", che si caratterizza in base ai parametri, variamente ordinati a sistema, di necessità sociale, di ordine e di pace civile (9).

⁶⁹ *Ex multis*, a Cammeo si deve uno dei primi studi sul fattore tempo per la pubblica amministrazione, F. CAMMEO, *La prescrizione in diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1922, IV, 7 ss. (spec. par. § 1 'Il tempo e il suo computo').

Ci si muove in un contesto culturale e giuridico nel quale la presenza dello Stato e del potere pubblico sono avvertiti come necessari e, pertanto, come non criticabili da parte degli studiosi.

La tradizionale elaborazione operata da Cammeo⁷⁰ si basa sulla coercizione quale elemento essenziale del potere pubblico, con una specifica distinzione tra potere statale e amministrativo, in un rapporto di continenza del primo rispetto al secondo⁷¹, anche se lo stesso Autore avverte di non “spingere troppo” oltre l’analogia⁷².

Cammeo osserva che la forma non è unicamente un dato o un elemento cui l’amministrazione deve pagare tributo, ma è strettamente legata al precetto, all’autorità intesa quale esercizio concreto del potere, che induce lo stesso Autore a spostare l’obiettivo dell’analisi e a identificare la nozione di “forza formale⁷³”. Tale nozione si identifica volgendo lo sguardo allo studio sull’equità, che può rappresentare un supporto integrativo per l’esercizio delle facoltà discrezionali del potere, ma deve esprimersi sempre *praeter legem*, per evitare di ‘offendere la moralità amministrativa⁷⁴’.

⁷⁰ Ci si riferisce alla nota impostazione in F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Società editrice libraria, 1907, 18, il quale peraltro, in una prospettiva diretta a operare una distinzione teorica, osserva che “il provvedimento amministrativo, data l’analogia maniera di comportarsi dell’amministrazione e dei privati di fronte al diritto, per il raggiungimento dei loro fini, si assomiglia quindi grandemente, nel diritto pubblico, a ciò che nel diritto privato dicesi negozio giuridico” (40). Emerge una nozione di negozio in termini di “forma in cui la volontà subiettiva dispiega la sua attività giuridica entro i limiti segnati dal diritto vigente o, secondo altra definizione, le manifestazioni di volontà lecite immediatamente dirette a produrre la nascita, il trapasso, la fine, la conservazione o la mutazione di diritti subiettivi”.

⁷¹ Cfr. F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà*, cit., 41, osserva che la volontà è un elemento multifattoriale di cui è dotata la pubblica amministrazione, poiché la stessa amministrazione, “organicamente intesa, non può limitarsi alla semplice cura dei casi singoli: deve essere fornita di libertà, discrezionalità, di capacità ad emanare regole generali”.

⁷² Ovviamente si assume per trattata (si v. *supra* cap. § 2) la contaminazione di elementi civilistici nel campo del diritto amministrativo, che in relazione al tema della volontà e della sostanziale unità della categoria di atto giuridico, è analizzata da un noto scritto di C. MORTATI, *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, ora anche in *Scritti sulle fonti del diritto e sull’interpretazione*, II, Milano, Giuffrè, 1972, 473 ss. (spec. sez. § III).

⁷³ L’elaborazione teorica è costruita intorno ai regolamenti regi, nei quali l’approvazione e la sottoscrizione implicano di per sé esercizio formale di autorità [F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà*, cit., 107 (capo § IV, parr. § 129, 131)].

⁷⁴ F. MERUSI, *L’equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior.*, 1993, 419, rileva, proprio con riferi-

Emerge una concezione ben definita di pubblica amministrazione, dotata e titolare di un'ampia potestà regolamentare – inusuale per l'epoca – che in ogni caso deve essere limitata e verificabile attraverso il dato formale; un equilibrio tra ingerenza necessaria del potere e tutela dei cittadini che esprime la portata liberale dell'opera di Cammeo.

Per altro verso, l'articolata impostazione teorica di Trentin – in un capitolo rubricato *'La particolare importanza delle forme in diritto pubblico'* – consente di ricostruire e isolare il concetto stesso di forma, poiché i processi di perfezionamento della volontà pubblica, come dato oggettivo e fisico, permettono di identificare nella nozione di forma “tutti quegli atteggiamenti percepibili e rilevabili che l'elemento psicologico assume per acquistare valore di fatto esterno⁷⁵”.

mento all'articolata collocazione del tema dell'equità, che il diritto amministrativo ha storicamente risentito della giurisprudenza, nel senso di un giudice che integra la legalità formale con principi generali del diritto – nello specifico l'equità – palesa l'esistenza di una volontà che non esprime, in autonomia, le deliberazioni proprie del potere.

⁷⁵ S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, Atheneum, 1915, 225 (spec. pt. § 2, cap. § 1), la forma è presentata quale requisito indispensabile di “ogni specie di attività giuridica, sia nel campo del diritto privato che nel campo del diritto pubblico, pur potendo essa contare degli elementi i più svariati ed esprimere gli aspetti i più diversi”. Emerge una nozione di forma che si pone quale legittimità del fine, riflesso oggettivo del potere statale. Peraltro, l'Autore osserva che “allorchè si parla di atto formale, non bisogna (e l'osservazione, per quanto elementare, non è inutile) credere che si tratti di un atto che abbia una forma qualsiasi, ma bensì di un atto che soltanto quando si manifesti con una determinata forma possa dirsi esistente” (229). Tale impostazione, che vincola in maniera osmotica le nozioni di forma ed esistenza dell'atto, rinviene un limite – della cui attualità si dubita – per ciò che riguarda la libertà stessa delle forme, nel contesto dei controlli amministrativi; particolarmente critico su tale impostazione, A. TESAURO, *L'atto riferibile allo Stato. Contributo allo studio della manifestazione di volontà dello Stato*, Napoli, Tip. F. Sangiovanni e Figlio, 1927, 7, “la dottrina dominante è poggiante su un terreno fragile. Anzitutto, essa è pervasa da principi, che non sono desunti dal diritto positivo, e che, quindi, non possono accogliersi. Le considerazioni di necessità pratiche, le ragioni di opportunità e di convenienza, della tutela della buona fede dei terzi (...) possono valere per l'accoglimento di principi giuridici, che soddisfano le esigenze di ordine razionale o politico, ma non possono, di per sé, avere rilevanza alcuna per la soluzione di un problema squisitamente giuridico che riflette quel campo del diritto pubblico, in cui le norme sono inderogabili”; analogamente, in termini critici, cfr. U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, cit., ritiene che l'inosservanza delle forme prescritte non possa influire sulla “perfezione dell'atto amministrativo”. L'Autore riporta, nella sua impostazione, respingendone i presupposti, la distinzione tra forme sostanziali e non sostanziali.

L'Autore osserva che l'evoluzione degli istituti e del diritto stesso, "sciogliendosi dalla rigidità del vecchio formalismo", abbia indotto una notevole evoluzione del ruolo della forma, che transita da una condizione di requisito indispensabile, a "semplice garanzia dell'intenzione manifestata attraverso l'atto cui aderiscono"⁷⁶. Si può osservare una spiccata influenza del diritto tedesco⁷⁷, poiché da un punto di vista assiomatico generale, vige la regola della non rilevanza delle forme – la *Formlosigkeit*, il mancato rilievo autonomo, o, in altri termini, libertà, delle forme – anche se si nota che, nel diritto amministrativo, il soggetto che cura l'istruttoria potrebbe essere diverso dal titolare della deliberazione finale⁷⁸.

⁷⁶ S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., 227, si osserva – e la notazione assume carattere di attualità, anzi tale dato è connotato da elementi ulteriori – che le garanzie formali si pongono quali conseguenze fatali "nell'odierno complicarsi dei rapporti giuridici, nel febbrile avvicinarsi delle attività umane, nell'incessante moltiplicarsi delle esigenze che accompagnano il crescente perfezionamento della vita civile". "Si può dire anzi che la tendenza a rompere le inceppanti pastoie del vecchio formalismo non sia riuscita ancora a raggiungere i risultati vagheggiati, se si prendono in considerazione i voti e le aspirazioni della dottrina verso un sistema nel quale una importanza anche più secondaria vengano ad avere le forme".

⁷⁷ Su cui, cfr. *supra*, cap. § 2.

⁷⁸ Si v. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931, l'agire amministrativo si costituisce di una pluralità di comportamenti fra loro collegati dall'unità del fine e distribuiti in guisa che l'effetto giuridico al quale servono non è mai il prodotto di tali comportamenti concorrenti. Tra l'altro, l'intera opera giuridica di Miele è sempre diretta ad identificare i modelli di comportamento che l'ordinamento impone, esegesi che avviene attraverso il dato positivo, carattere non comune alla riflessione giuridica sul tema della forma. L'assunzione di punti di vista dinamici nello studio dell'agire amministrativo sono indici dell'attenzione e dell'apertura a una prospettiva formale di Miele, nell'ottica complessiva dell'esperienza amministrativa; E. CARDI, *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, Maggioli, 1983, 33, la rilevanza nel procedimento non dipende dal rilievo accordato dalla norma accordato a un certo interesse, ma dalla attitudine dei centri di riferimento di quell'interesse alla rappresentazione della situazione di fatto. Tale prospettiva potrebbe essere letta in un'ottica oggettiva, al fine di renderne attuale la portata critica; la frammentazione e la dissoluzione dell'interesse pubblico comporta l'impossibilità di pervenire a definizioni univoche, ossia ipotizzare che il diritto amministrativo abbia natura ed essenza immutabili, "la forma inevitabile dell'esistenza collettiva, forma che può anche essere contraddetta dalla pratica, ma è comunque riferimento necessario per ogni valutazione di regolazioni di comportamenti", sul cui punto si v., F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, in *Pol. dir.*, 2002, 2, 335, per il quale, il pluralismo impone di rivalutare l'impostazione offerta da Miele, che si rivolge a un'amministrazione spiccatamente autoritaria, mentre per l'Autore, proprio il pluralismo richiede una revisione della formazione della volontà basata, e integralmente calibrata, sull'interesse.

La sintesi delle letture dei due Autori consente di delineare un modello nel quale l'importanza delle forme si riporta, in ultima analisi, ad una funzione di aderenza e attuazione delle garanzie di legalità. La prescrizione formale si pone, infatti, quale dovere all'esito di un processo volontaristico – modellato ancora sulla tradizione privatistica – conoscibile, e pertanto verificabile nei presupposti, che avvince la scelta amministrativa e la relativa forma e che ne rappresenta l'immediata e pedissequa rappresentazione, e le lega a loro volta con la legalità, in una sorta di rapporto di interdipendenza a tre⁷⁹.

Questa impostazione, invero, smarrisce, ormai da tempo, la sua attualità, poiché per consolidata lettura la volontà della pubblica amministrazione è divenuta una realtà obiettiva, che si pone quale espressione di diversi impulsi procedimentalizzati; come osserva Giannini, la volontà della pubblica amministrazione è “un'ipostasi⁸⁰” e si traduce in un potere di scelta, con evidente frattura dell'endiadi volontà-forma-contenuto.

In questa ottica, elemento a presidio della legalità amministrativa appare non tanto la volontà, quanto il contenuto volitivo o dispositivo, che emerge in seguito all'esercizio del potere, in termini di disposizione del regolamento di interessi e di potere di determinarlo⁸¹.

⁷⁹ Cfr. C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., 520, “l'ordinamento giuridico, determinate le forme e le condizioni generali per la validità del potere del singolo, pone una norma generale negativa, da valere come limite interno del potere stesso, e che può esprimere nell'imperativo: ‘esercita il tuo diritto in modo da non ledere gli interessi collettivi’”. L'Autore osserva che si applicano al tema della formazione della volontà amministrativa anche le norme non giuridiche, la c.d. fonti sussidiarie; con specifico riferimento al tema della causa, S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *In memoria di Giacomo Venezian* (a cura del comitato messinese della Dante Alighieri) Messina, La Sicilia, 1934, la causa può essere, in relazione al momento volontaristico, alternativamente, “elemento propulsivo o elemento attrattivo”, ma si pone sempre al di fuori dell'atto giuridico, e tale assunto vale anche per il diritto pubblico, come riferito nei primi lavori di Giannini, per il quale la causa assume la notazione di scopo pubblico; di recente, cfr. la ricostruzione di R. MANFRELOTTI, *La causa negli atti di diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, che opera una ricostruzione puntuale del dibattito sul tema.

⁸⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 242.

⁸¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 247 ss., il nesso tra volontà e forma è un retaggio della “logica formale”; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 235; sul nesso intercorrente tra volontà e interesse e relativi momenti di frattura metodologica, cfr. A. CIOFFI, *Volontà e interesse nell'interpretazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, ES, 2020, 933 ss., 937, per il quale emerge “una singolare e precisa ermeneutica, che sembra propria del diritto amministrativo, per-

5. *La forma identificata tramite gli elementi accidentali. L'elaborazione di Lucifredi e la teoria della complicità dei contrari*

Un'analisi utile può essere condotta a partire dalla partizione compiuta da Lucifredi⁸², poiché l'Autore isola i singoli elementi del provvedimento e riferisce della funzione della forma e del riflesso formale dell'agire, nel costante intento di preservare la parte precettiva dell'atto.

L'operazione di destrutturazione supporta il compito di identificazione della forma a partire dalla definizione di un suo termine antitetico, almeno nelle apparenze, ossia il contenuto; la forma, infatti, vive e si alimenta della complicità dei suoi contrari.

Il contenuto rappresenta la disposizione della situazione cui l'amministrazione provvede, della posizione giuridica soggettiva, è l'effetto pratico voluto dall'autorità e può essere identificato attraverso gli elementi essenziali o accidentali dell'atto.

L'Autore – con un chiaro riferimento a Carnelutti, citato già *supra*, cap. § 1 – contrappone il contenuto alla forma, il *che cosa* al *come* dell'agire, con l'avvertenza, condivisa in questa indagine, che si tratta di una bipartizione che non comporta l'esclusione di un aspetto a favore dell'altro⁸³.

Si perviene, attraverso un correttivo metodologico, a una costruzione logica meno netta, non di assoluta contrapposizione che comporterebbe “inconvenienti che irreparabilmente scaturiscono dal voler accomunare sotto un'unica nozione elementi troppo eterogenei, quali sono quelli che nella nozione di contenuto dovrebbero farsi rientrare, per esaurire il campo degli elementi non formali dell'atto”.

È evidente che la forma nella sua tradizionale accezione assume un ruolo fondamentale nella determinazione dei limiti di esistenza dell'atto

ché considera non solo la volontà della legge o la volontà dell'amministrazione, ma quel che il provvedimento valuta, quel che crea. Questo, in termini astratti, emergeva anche nella teoria dell'atto giuridico: è il contenuto sostanziale o effettivo, e, nel provvedimento, è l'assetto degli interessi”.

⁸² Ci si riferisce al noto lavoro di R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, Giuffrè, 1941 (rist. inal., Milano, Giuffrè, 1963), cui la numerazione fa riferimento); di recente, per una ricollocazione teorica degli istituti, A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, ESI, 2018.

⁸³ R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 32, la contrapposizione tra contenuto e forma non esaurisce tutti i singoli componenti dell'elemento obiettivo dell'atto.

stesso, posto che nel delicato equilibrio nel quale si muove l'amministrazione odierna si dubita che la forma possa essere ricercata esclusivamente in elementi rivelatori esteriori⁸⁴.

Tale approccio presenta evidenti profili di criticità, relegando l'amministrazione a una condizione di immobilità rispetto al passato, perché il legittimo affidamento ingenerato nei cittadini, presidio di natura formale, mal si concilia con una ricerca, che graverebbe sul privato, dell'esistenza di un atto attraverso il richiamo a documenti che ne attestino tale esistenza. Per tale via, si presupporrebbe l'esistenza formale dell'atto in base a un generico richiamo operato dall'amministrazione⁸⁵.

Si deve, infatti, riferire della riflessione compiuta da Sandulli nel 1949, per il quale l'essenza dell'atto amministrativo "non è presso di noi incompatibile col superamento dei limiti del potere riservato dall'autorità", che si palesa nella sua persistente attualità.

La partizione degli elementi dell'atto e la correlata ricerca della forma scritta intesa quale elemento che dimostra l'esistenza non è più attuale, o almeno non lo è nella suo tradizionale significato⁸⁶, basti pensare, come si dirà, ai provvedimenti in forma digitale, o, ad altre espressioni di

⁸⁴ Si impone il rinvio a A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, I, 126 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990 (in questo scritto si fa riferimento alla numerazione in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, I) che osserva che la determinazione dei limiti di esistenza dell'atto stesso resta uno dei problemi più delicati del diritto pubblico; cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, 215 ss., 221, il provvedimento, in quanto atto formale, è anche atto costitutivo, ossia un atto che costituisce il proprio significato quale propria causa. Gli atti precettivi sono atti formali consistenti in un comando produttivo di prescrizioni giuridiche, sono atti di esercizio di un potere; si v., per una lettura più datata, lo studio di V.M. ROMANELLI, *Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1942, 2, 131, che riferisce delle relazioni tra efficacia e validità in termini che potrebbero svelare caratteri di contemporaneità.

⁸⁵ A.M. SANDULLI, *I limiti*, cit., 132, discorre di distinzione non superabile tra presunzione dell'esistenza formale dell'atto, e pertanto dell'esercizio del potere, e la sussistenza concreta e dimostrabile condizione di esistenza.

⁸⁶ *Ex multis*, F. RUSSO, *Le forme negli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1963, 23, 2879 ss., che osserva che nel campo del diritto pubblico, le forme assumono ben maggiore che non nel campo del diritto privato, per la differenza intercorrente tra i procedimenti di formazione della volontà. "Ogni forma deve avere la sua ragione di essere, in quanto o è richiesta per fare esistere un atto amministrativo o per perfezionare la sostanza, o per integrarlo, o, infine, per completarlo". L'Autore opera una distinzione tra forma essenziale, naturale, integrale e suppletiva.

autorità pubblica, come l'apposizione sul video di bollini che si pongono all'esito di censura cinematografica⁸⁷, procedimento parzialmente modificato, da recenti riforme, rispetto al passato, ma che resta espressione di potere, con forme proprie.

La prospettiva elaborata da Lucifredi rinviene il presupposto logico nel “restare fedeli a quella ristretta nozione di contenuto dell'atto”, il disporre della situazione di fatto, il precetto⁸⁸, il comando che si impone ai privati, nozione dal valore “positivo, autonomo e insostituibile”.

L'opportunità, in questa sezione dello studio, di indagare la forma dell'atto come elemento autonomo e non come fattispecie dell'attività materiale diretta si spiega con il rilievo secondo il quale gli atti sono un *prius*, logico e giuridico, dell'attività, e proprio “l'atto formale costituisce condizione di legittimità dell'azione amministrativa in un ordinamento garantista e che, s'intende, affida la garanzia ad aspetti formali⁸⁹”.

Si deve, peraltro, rilevare che, oggi, la possibilità di introdurre elementi accidentali incidenti sull'efficacia di un provvedimento rinviene il suo presupposto normativo nell'art. 21 *quater*, l. 7 agosto 1990, n. 241, purché lo stesso non determini la violazione del principio di legalità e non distorca la finalità per la quale lo stesso è attribuito all'amministrazione⁹⁰.

L'assenza di specifici e stringenti obblighi formali – o la soccombenza di questi rispetto ad altre e talvolta oscure esigenze – hanno legittimato prassi amministrative inidonee a integrare la visione di forma sostenuta, avallate dall'eccessiva tolleranza delle Corti⁹¹, come si dirà.

È indubbio che le continue variazioni impongono di isolare una componente formale diversificata rispetto al passato, per non incorrere in

⁸⁷ Sul tema, si v. F. BASSI, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 4, 921 ss.; di recente, si v. A. CONTIERI, *La censura: profili evolutivi di un istituto che ha da sempre segnato la vita del cinema. Dalla revisione alla classificazione dei film*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, I, Napoli, ES, 2022.

⁸⁸ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 223.

⁸⁹ F. MERUSI, D. SORACE (a cura di), *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo di Enzo Capaccioli*, Padova, Cedam, 1995, 81 ss. (spec. cap. § IV).

⁹⁰ Si v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2236, in *Foro amm.*, 2021, 10, 1505.

⁹¹ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., 196, la tolleranza, qui intesa come comportamento amministrativo, pur se protratta per lungo tempo, non può essere considerata sostitutiva del provvedimento formale.

una lettura “del mondo nuovo effettuale con occhiali vecchi⁹²”, ma le prassi amministrative hanno, probabilmente, abusato di queste letture estensive.

La lettura contemporanea della ricostruzione indiretta della forma attraverso gli elementi accidentali non sembra in assoluto preclusa, ma per la direzione che l'evoluzione del mondo contemporaneo impone, rispetto a diverse vicende, appare marginale e, in ogni caso, non risolutiva.

6. *La volontà, la forma e la storia causale dell'agire. Il procedimento e la forma della funzione nella prospettiva di Benvenuti e Pastori*

L'elaborazione teorica di Benvenuti⁹³ emancipa, in maniera definitiva e incontrovertibile, anche per la stabilità che hanno mantenuto le argomentazioni nel tempo, il momento volontaristico dai modelli del diritto civile, poiché l'amministrazione, attraverso il potere assume

⁹² M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 1, 9 ss., 12.

⁹³ Il riferimento è al celebre scritto F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, 118 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006, 1117 ss., l'estensione delle forme processuali all'attività amministrativa legittima la più alta concezione che la stessa amministrazione dovrebbe assumere, *id est*, porsi al servizio dei diritti e degli interessi dei cittadini (Ledda riferisce di un utilizzo non criticamente controllato della nozione elaborata Benvenuti); una sintesi dei risultati dell'opera di Benvenuti è offerta proprio da G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo*, cit., 324, la riflessione critica di Benvenuti, intrisa di diversi momenti di proposta per nuovi assetti normativi, nella costante prospettiva del cittadino, al fine di superare, con consapevolezza istituzionale, il momento di autorità, e, di converso, il momento di soggezione nei confronti dello stesso potere; L. MIGLIORINI, *La funzione amministrativa e il procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Mucchi, Modena, 1996, 1177 ss., 1190, la funzione ha una connotazione oggettiva ed attiene al concretizzarsi del potere in atto, la cui disciplina si rinviene nei principi generali, che consentirebbero di non rendere obsolescenti le norme positive. L'amministrazione deve tener conto, pertanto, di un contesto istituzionale composito, fatto di principi generali e di norme specifiche, applicabili al caso concreto; cfr. A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/1990 (quaranta anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 655 ss., l'opera di Benvenuti è funzionale, tra le altre, al superamento della monoliticità dell'amministrazione come struttura, da assumere quale ostacolo e si rivolge al momento partecipativo di matrice collaborativa da parte del cittadino.

un'effettività reale – il farsi dell'atto, riferibile proprio all'aspetto ampio dell'agire dell'amministrazione – che tende a divenire oggettivo, in una serie di comportamenti amministrativi e vive, in definitiva, nel procedimento⁹⁴.

In questa sede non si può, ovviamente, dar conto dell'ampio e articolato dibattito in tema di procedimentalizzazione degli interessi⁹⁵, che inevitabilmente condurrebbe unicamente a riferire delle autorevoli indagini condotte⁹⁶ – costantemente strette tra ipotesi teoriche e fenomeno-

⁹⁴ Il procedimento diviene un momento di sintesi dinamica, non statica, della funzione, poiché, come notato da G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 1, 3 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, 240, “un sistema scientifico può accogliere tutte le innovazioni esterne, e cioè i fatti reali, sino al punto in cui questi ultimi non tolgono ad esso il fondamento nella vita degli uomini. Quando il cambiamento è radicale, il sistema perde senso, non dà più concetti né parole giuste. Rimane un simulacro, oppure un sepolcro”. “Nel binomio funzione-procedimento si comprendono per vero tutte le dualità della vita, la sostanza e la forma (...) l'unità del sistema e la propria relatività in confronto ai valori che non trovano posto in quanto tali nella positività” (242).

⁹⁵ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati, tra accordo, procedimento e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, III, Milano, Giuffrè, 1994, 1305, spec. 1313, forma è la rappresentazione rapportata al soggetto, o la materia rapportata all'oggetto, due opposti della materia rappresentativa, che sono agevolmente riscontrabili nel diritto amministrativo in base alla distinzione tra fini strumentali e fini ultimi, assetto mediato dal principio di legalità. Ma non ci si riferisce a una legalità qualsiasi, è la legalità del fine. Dunque, se, nella tradizione, l'interesse entra nel diritto, e, nel diritto amministrativo, è assunto a fattore causale di attribuzione del potere, ora potrebbe contare anche come fine. Se, tuttavia, è un dato acquisito che l'interesse pubblico concreto sia determinato da un fatto storico accertabile, il suo momento rappresentativo non emerge con la stessa nitida essenza; tale sistemazione si pone nel contesto della distinzione tra attività di produzione finale e attività di amministrazione 'tradizionale', cui non è richiesta l'immediatezza della soddisfazione del fine, su cui G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, Bologna, Il Mulino, 1984, 577.

⁹⁶ Una sintesi dello stesso dibattito è operata, di recente, da G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 571 ss.; F. PIGA, *Diritto pubblico*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982, 1053, il quale rileva l'imprescindibile ruolo che la giurisprudenza ha assunto in tale percorso, la quale “attraverso una serie numerose di pronunce sulla struttura formale degli atti, sul loro collegamento funzionale, sulla natura del processo formativo delle varie fattispecie (cioè dei vari provvedimenti) e più ancora sulla rilevanza e incidenza dei vizi di legittimità (accertati all'interno del singolo procedimento) la giurisprudenza creò nel tempo la normativa essenziale per dare un assetto giuridico a rapporti e a interessi assai rilevanti”.

logia pratica – ma si rende necessario osservare come tale mutamento abbia inciso nel rapporto tra formazione della volontà e forma dell'agire, in una “compiuta sintesi delle regole e dei criteri⁹⁷” cui l'amministrazione deve fare riferimento.

Benvenuti osserva che, proprio il farsi del potere come aspetto necessariamente dinamico, la mancata immediata corrispondenza tra potere e concretizzazione dello stesso, consente di individuare uno *jatus*, nel quale “vi è qualche cosa che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto⁹⁸”. In altri termini, vi sarebbe un momento amministrativo di stasi per ciò che riguarda la forma, che non rinviene già un obbligo preciso e specifico per l'amministrazione, ma non è nemmeno relegato a una posizione di indeterminatezza giuridica, poiché il farsi indica il principio dell'attività che è rivolta all'esercizio del potere.

L'interlocutore di questa riflessione è il cittadino, anzi il ‘nuovo cittadino’, perché l'amministrazione deve assicurare concretamente un dialogo con l'amministrato, e non soltanto assumere la partecipazione come meta eventuale e indiretta, poiché appare necessario, in questa dialettica, affrontare finanche il tema dei “modelli organizzativi in relazione alla loro operatività interna ed esterna, e quello delle forme che assume una tale operatività in quanto forme regolate dal diritto⁹⁹”.

⁹⁷ G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, 805 ss., 812; particolarmente incisiva per l'analisi condotta è la riflessione svolta da A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, 21 ss., la procedimentalizzazione dell'agire amministrativo è il primo mutamento strutturale del potere pubblico, indicatore di cambiamenti che si devono basare su forme procedurali che legittimano l'intervento diretto dei privati al fine di concretizzare e contribuire all'identificazione dell'interesse pubblico.

⁹⁸ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento*, cit., 1120 (ci si riferisce alla numerazione di *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006).

⁹⁹ Si v. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 895 (si fa riferimento alla numerazione in *Scritti giuridici*, I, Milano, V&P, 2006) la riflessione insiste sull'esigenza di fornire una risposta funzionale al cittadino, adeguata dal punto di vista tecnico, poiché la funzione vive di un aspetto politico e di uno, per l'appunto, tecnico; U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 3, 401, che osserva come nell'opera di Benvenuti l'amministrazione oggettivata o, da altra prospettiva, la desoggettivazione del potere, induce a ritenere che la funzione preesista all'organizzazione; cfr. B. SORDI, *Feliciano Benvenuti: il pensiero e*

L'opera di Benvenuti e Pastori – che può essere letta congiuntamente per la sintesi che i due Autori garantiscono tra acuta riflessione scientifica e esigenza di fornire una efficace risposta di diritto¹⁰⁰ – conferisce alla tematica della funzione una svolta concettuale e operativa che la rende inattaccabile e insuscettibile di revisione fino alla contemporaneità¹⁰¹, anche per il tema indagato in questa sede, poiché sposta il punto prospettico dell'azione amministrativa dal campo del formalismo nocivo e inutile a quello formale della tutela e della libertà avverso il potere, poiché identifica l'obiettivo nei destinatari di tale azione, ossia i cittadini.

La pubblica amministrazione si trasforma in un'articolazione complessa, pluralista – come pluralista diviene la società rispetto alla quale svolge il suo ruolo servente – e il procedimento diviene il luogo di sintesi e di composizione ottimale di tale ordine, elemento qualificante di un'adeguata azione amministrativa, nel quale alla ponderazione sono deputati i diversi momenti procedurali¹⁰².

La funzione si rappresenta come attività diretta alla realizzazione del potere amministrativo, ma ciò non esclude che la stessa nozione possa identificare il processo formativo del potere¹⁰³, sintesi di proposizioni

il metodo, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 846, il procedimento è storia della trasformazione del potere in atto, forma sensibile della funzione avente l'obiettivo di costituire garanzia di giustizia della decisione.

¹⁰⁰ G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 142, riferisce dell'opera di Benvenuti, e osserva come “la sua attività scientifica abbia saputo coniugare il formalismo e il positivismo ereditato dalla scuola patavina da cui proveniva con la costante attenzione alla realtà della vita e della società e alle tendenze e agli sviluppi che la attraversavano”. Il formalismo, in questa lettura, è assunto quale canone metodologico della ricerca.

¹⁰¹ Emerge una visione nella quale il potere non è dato ma deve imporsi solo all'esito di confronti anche tra visioni diverse, d'altronde come osservato da F. LEDDA, *Teoria e metodo in Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 1, 3 ss., il processo può essere studiato in sé, come pura forma, indipendentemente dal concreto contenuto pratico che, di volta in volta, gli voglia essere attribuito e che conduca al tema della avalutatività e all'importanza della forma.

¹⁰² La vasta e articolata produzione bibliografica sul tema impone di rinviare a A.M. SANDULLI, *Procedimento amministrativo ad vocem*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, UTET, 1966, 1021, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990, 361 ss., nel cui scritto, posto nella visione contemporanea dell'agire, gli elementi preparatori e gli elementi operativi appaiono unificati in un unico momento, non amministrativo in senso stretto.

¹⁰³ F. LEDDA, *La concezione dell'atto*, cit., 242; sul lemma funzione e sulla graduazione dei significati che lo stesso può assumere, F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Jus*,

empiriche, giuridiche e di valore¹⁰⁴. La partizione in fasi si emancipa dai vincoli della volontà amministrativa nella sua veste tradizionale, per divenire riflesso del vario apporto, oggettivizzato perché procedimentalizzato, dei diversi soggetti¹⁰⁵.

La comparazione di interessi legittima un vero e proprio potere di scelta tra le diverse alternative che rappresentano “altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo¹⁰⁶”, poiché non solo la decisione finale – ben distinta dall’esercizio del potere in senso proprio – è, e deve essere, devota al profilo formale, ma il rispetto dei canoni deve permeare il rapporto complessivamente inteso.

Rispetto al tema della funzione del procedimento e del bilanciamento degli interessi, la forma si atteggia in due modi differenti.

In primo luogo, si ritiene che la forma, intesa quale elemento autonomo che si pone all’esito dell’attività amministrativa procedimentalizzata, sia indifferente alla circostanza che la stessa rappresenti, alternativa-

1985, 1, 3 ss.; in senso ampio sulla nozione di funzione, cfr. F. MODUGNO, *Funzione* ad vocem, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 301 ss., 307, per il quale la funzione è legata a una situazione di potestà, attribuita per legge, relativa a un determinato oggetto e formalizzata nel contenuto, poiché la stessa si rivolga a un fine prestabilito; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento*, cit., 207, “se i concetti non sono neutri, ma sono il riflesso storico d’una certa struttura, la novità dell’amministrazione democratica non può non tradursi in un ripensamento di quei quadri concettuali”, per i quali l’ideale potere può essere sostituito dalla nozione di funzione. “L’inviolabilità dei diritti personali e la finalizzazione dell’intervento sociale a fini di promozione di quei diritti fanno delle posizioni dei soggetti sulle quali la funzione amministrativa incide, pur nell’armonizzazione dovuta coi doveri inderogabili di solidarietà, elemento interno e non antagonista della funzione, per cui non è più la coppia potere-soggezione che caratterizza l’agire amministrativo, ma piuttosto la coppia funzione sociale-diritti della persona” (208).

¹⁰⁴ Cfr. G. PASTORI, *L’amministrazione da potere a servizio*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, Napoli, ES, 2012, 51, la nozione stessa di funzione, non in termini di contrapposizione ma di continuità rispetto alla nozione di potere, consente di affermare e isolare il principio di legittimità sostanziale dell’amministrazione nel suo svolgimento, “andando oltre la mera legalità formale, attraverso un’opera di razionalizzazione del potere”.

¹⁰⁵ Cfr., in termini generali, U. ALLEGRETTI, *L’amministrazione dell’attuazione costituzionale alla democrazia partecipata*, Milano, Giuffrè, 2009, 219, che individua l’evoluzione della nozione e del contenuto di volontà amministrativa quale precipitato costituzionale della pubblica amministrazione, risultato della corrispondenza tra previsione costituzionale e i mutamenti della struttura sociale, proprio per superare l’antitesi potere-cittadino e razionalizzare il complessivo e imprescindibile tratto amministrativo.

¹⁰⁶ F. LEDDA, *La concezione dell’atto*, cit., 243.

mente e indistintamente, espressione di attività discrezionale, vincolata o tecnica. Ovviamente, ci si limita a notazioni sul tema – di per sé oggetto di pregevoli studi di teoria generale e di un fermento dottrinale ancora attuale¹⁰⁷ – solo in termini funzionali all'indagine principale.

In altri termini, non pare che il c.d. carattere proprio dell'attività amministrativa possa veicolare o imporre differenti gradazioni di formalità, per quel che riguarda il provvedimento finale¹⁰⁸.

In secondo luogo, si deve valutare la tenuta della nozione di funzione rispetto all'emergere una frattura dovuta alla progressiva oggettivizzazione del potere, da valutare in base al parametro costituito dall'esaurimento del potere stesso¹⁰⁹. La tradizionale visione di Benvenuti della funzione come processo formativo della decisione, nell'ambito di una dialettica continua

¹⁰⁷ Incisivamente sul tema, F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 299 ss., l'indagine sull'attività procedimentale si è sviluppata sul profilo formale, proprio della pandettistica, delle modalità di collegamento che si instaurano tra gli atti endoprocedimentali e la volontà finale dell'amministrazione. Tuttavia, l'autorevole ricostruzione dell'Autore sul tema della "dinamica intrinseca di ogni procedere", basata, tra le altre argomentazioni, sulla necessità di identificare la partecipazione procedimentale come un fattore che solleciti una miglior definizione del procedimento, pare avulsa dal contesto amministrativo che si sta delineando, come si vedrà *infra* (si offre una revisione e aggiornamento del tema in F. SATTA, *La singolare storia di una legge di grande rilievo, la legge 7 agosto 1990, n. 241 e la sua vita*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, ES, 2020, 4683, 4685); *de relato*, rispetto al pensiero di Sandulli e alla necessità di emancipare tale magistero dalla pandettistica tradizionale, si v. F. PATRONI GRIFFI, *Principio di legalità ed effettività della tutela nel pensiero di A.M. Sandulli: spunti per una riflessione*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, 671 ss., 679, per il quale la formidabile opera di sistemazione giuridica del procedimento rispetta una valenza indubbiamente formale dello stesso, nota e studiata, alla quale si accompagna una visione sostanziale, attinente all'aspetto dinamico di un farsi che si concreta nel tempo.

¹⁰⁸ In senso difforme, nelle premesse ricostruttive, D. SORACE, *L'epistemologia*, cit., 56, il potere discrezionale è in varia misura regolato dalla legge attraverso concetti indeterminati e clausole generali, non per garantire unicamente l'utilità finale, ma anche gli aspetti formali, conclusione che l'Autore non ripropone per l'attività vincolata.

¹⁰⁹ Sul tema, A. CONTIERI, *Il procedimento aperto nel pensiero*, cit., 51, per il quale la determinazione finale, la scelta amministrativa, non comporta esaurimento del potere, non estingue il ruolo amministrativo, e ciò, ovviamente, incide anche sugli aspetti formali; nella prospettiva dell'affidamento, cfr. L. GIANI, *Affidamento del privato tra certezza della decisione ed (in)esauribilità del potere. Spunti sulla (ir)rilevanza dell'errore*, in A. BARTOLINI (a cura di), *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Torino, Giappichelli, 2021, 123 ss., di recente, per una lettura critica del tema, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, ES, 2018. Tema analizzato nel dettaglio, *infra*, cap. § 5.

tra amministrazione e privato, rischia di essere assorbita quasi integralmente da aspetti oggettivi, per un numero sempre crescente di procedimenti.

Ricerca i tratti di contemporaneità di tale costruzione teorica, per la quale l'amministrazione è attuazione e diretta espressione, congiuntamente, di democrazia partecipata e di giustizia sostanziale, potrebbe oggi condurre a una conclusione, per citare Ledda, "un poco amara". La più volte citata complessità, una serie di riforme strutturalmente deputate a ricercare ossessivamente una non meglio precisata efficienza hanno allontanato l'amministrazione dal 'nuovo cittadino', la cui partecipazione è relegata a una serie di disposizioni di dubbia attualità, almeno nei termini tradizionali nelle quali le stesse si presentano¹¹⁰, in considerazione delle prassi che si affermano; l'esigenza di adeguare gli istituti rispetto al cambiamento appare non più differibile.

7. *'L'elogio della forma': il 'problema amministrativo' di Ledda*

L'apporto argomentativo e dialettico e le suggestioni che gli inarrivabili studi di Ledda hanno offerto a questo studio non sono limitati solo al noto *'Elogio della forma scritto da un anticonformista'*¹¹¹ – che pure ha condizionato in maniera determinante l'impostazione e le argomentazioni sostenute – ma è altresì riscontrabile in diverse costruzioni logiche, che talvolta in maniera acritica per non alternarne il contenuto ("la nostra scienza è ancora giovane, tanto tormentata e tanto debole di fronte alla suggestione delle novità apparenti") sono citate e ricontestualizzate rispetto alle trasformazioni dell'amministrazione, della società, del mondo stesso.

Le riflessioni di Ledda si muovono in un contesto di fermento riformatore, di trasformazioni particolarmente avvertite, cui lo stesso Autore dedica un'attenzione critica costante, nell'ottica ininterrotta della tutela del privato.

¹¹⁰ Sul tema, cfr. M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, ES, 2011, 243 ss., 257, che, rispetto alla nozione di effettività svela una propria portata giuridica, e, rispetto alla partecipazione, si osserva che la forma scritta o orale (*hearings*, di tradizione anglosassone) garantisce lo stesso grado di tutela. Tale riflessione, rispetto alle recenti tendenze, sembra smarrire parte della sua tradizionale valenza.

¹¹¹ Ci si riferisce a F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 9-10, 3443 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 54.

L'impostazione elaborata, ampiamente condivisa, pare porsi in antitesi con la maggior parte delle tendenze pretorie, poiché induce a chiedersi "quale è la causa dell'incredibile pasticcio se non il più assoluto disprezzo della forma e la conseguente impossibilità di distinguere il prima e il dopo, di fissare cioè nel tempo quella vicenda che dovrebbe essere un tipico momento della dinamica giuridica"; in conformità a tale lettura, la forma risulta, altresì, continuamente violata per assecondare un'altra pericolosa deriva, ossia "l'ormai del tutto obliterata certezza del diritto".

La forma si manifesta necessariamente nell'esercizio di potere, circostanza che induce a rifiutare le teorie che inneggiano a un avvenuto tramonto del "mito dell'atto amministrativo", rispetto al quale non vi è nulla di fisiologico ma "dovrebbe percepirsi qualcosa di malsano, di assai pericoloso¹¹²", perché, come si è detto in precedenza, il potere c'è ed è indispensabile che ci sia, altrimenti ci si dovrebbe arrendere a una dismissione integrale della funzione.

L'elogio non si rivolge alla forma genericamente intesa, ma alla forma posta a custodia della legalità, il "gusto vero della garanzia", in termini di reazione giuridica rispetto alle evidenti limitazioni che la legalità indebitamente subisce, "quasi una sorta di fastidio" verso il principio in questione e, di riflesso, verso la forma che ne rappresenta il corollario; entrambi, infatti, risultano "alquanto scomodi" poiché mal si adatterebbero ad una società e a un'amministrazione che diviene più complessa e articolata, circostanza che secondo alcuni imporrebbe di esporre al "pubblico dileggio" le formalità, anche i presidi elementari avverso il potere, che sembrano, in questi termini, quasi gentilmente concessi ai cittadini.

L'avvertenza della pericolosa esistenza di un nesso causale tra complessità e riduzione della portata delle forme, intesa quale unica, e quasi obbligata, soluzione al problema amministrativo, è quanto mai utile per disapprovare la reintroduzione di quelle che Bachelet definisce zone franche, connotate da rapporti di supremazia, questa volta non necessariamente amministrativa.

L'amministrazione si delinea quale struttura necessariamente complessa, rispetto alla quale scompaiono, quasi senza consapevolezza e coscienza critica, le tutele che solo la forma può garantire, soprattutto in termini di conoscenza; se non si ha contezza dell'esercizio del potere, da

¹¹² Cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, contratto*, cit., 483 ss.

questo non ci si può difendere e l'unico vettore – senza che tale riflessione ne riduca la portata – è la forma.

L'autorità deve essere soggetta alle forme – ma non “ai simboli del futile e del frivolo” – e alla legalità, che di per sé non è immutabile, “nessuno di noi pretende che il Parlamento sia gravato da un compito che superi i limiti della esigibilità¹¹³” anche perché proprio per “giustificare la svalutazione, se non il dispregio della forma, non varrebbe certo richiamarsi all'onnipotente e onnipotente pubblico interesse, cioè all'interesse pensato come semplice astrazione”, perché l'interesse può inserirsi nel problema amministrativo senza necessariamente mortificare o svilire i profili formali dell'agire¹¹⁴.

L'ostentata svalutazione delle forme cela, in modo neppure troppo velato o preoccupato per non farlo apparire tale, “l'insidia dell'offuscamento del principio di legalità¹¹⁵” che è integrata dall'idea di una manifestazione di volontà autoritativa senza forma.

Emerge una visione critica e razionale – non nei termini cui lo stesso Autore qualifica gli obiettivi irrealizzabili per l'amministrazione – protesa a “cogliere gli umori della trasformazione in atto: (...) d'altronde il valore della legalità esclude ogni compromesso¹¹⁶”.

¹¹³ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 459.

¹¹⁴ Con riferimento alla sintesi del pensiero di Ledda e Romano Tassone, F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in L. GIANNI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, 87 ss., l'interesse pubblico non è nemmeno l'interesse alla legalità, ma l'adeguata e ben ponderata composizione degli interessi; si v. A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 551; sempre F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 260 ss., il potere trova il proprio fondamento in una norma di legge, che lo attribuisce all'amministrazione per porlo a servizio d'uno scopo, l'interesse pubblico, ma dalla norma attributiva si deve distinguere il complesso delle proposizioni giuridiche, il cui valore prescrittivo dovrebbe riguardare il ‘modo di esercizio del potere’. L'impostazione riportata in questo si basa sulla riflessione per cui “la conformità allo scopo non è di per se stessa sufficiente a giustificare una qualsiasi soluzione”, anche se si osserva che “sembra fin d'ora verosimile l'ipotesi (...) d'una legittimazione del potere nel concreto, nella vicenda storica reale”.

¹¹⁵ A. PUBUSA, *Ricordo di Franco Ledda. La ‘sardità’ di Franco Ledda*, in *Jus*, 2005, 1-2, 88, Ledda intima ai giuristi di agire avverso la svalutazione del momento di autorità, e non limitarsi a “generica e sterile deplorazione”.

¹¹⁶ G. BERTI, *Per ricordare Franco Ledda. Strutture amministrative e garanzie per il cittadino*, in *Jus*, 2005, 1-2, 73 ss., 76, il pensiero di Ledda ha una salda ascendenza classica ma

L'Autore avverte, con un sentimento di speranza che è ampiamente tradito e sovvertito dalle trasformazioni in atto, e che, presumibilmente si verificheranno, che “possono, certo darsi situazioni estreme (peraltro alquanto rare) nelle quali l'esigenza del pubblico interesse sia così stringente ed impellente da non consentire l'osservanza della forma prescritta: ma anche una forma alternativa può ritenersi sufficiente quando sia tale da render manifesto l'esercizio dell'autorità, considerata però nel senso del diritto, e la ragione stessa del suo imporsi al cittadino”. “A ben considerare non v'è tanto un problema della forma quanto piuttosto un problema di selezione delle forme da parte dell'ordinamento, le cui norme potranno adeguarsi gradualmente a quei modi di linguaggio, a quei tipi di segnali, a quei mezzi di comunicazione ed espressione che con l'andar del tempo e con il progresso delle tecniche potranno essere riconosciuti come idonei rispetto alle esigenze dell'ambiente o di determinati ambienti¹¹⁷”.

Il rifiuto convinto verso ogni atteggiamento ostativo alla forma induce Ledda a operare una severa critica nei confronti dei comportamenti amministrativi che non contemplino una manifestazione d'autorità, anche con argomentazioni estremamente evocative, come l'ipotesi dell'occupazione acquisitiva, “un caso non distante da quello che si è solito pensare come rapina¹¹⁸”.

Le preoccupazioni e le perplessità palesate si diramano a partire da un ambito principale, rispetto al quale è possibile individuare almeno

è ugualmente pervaso di sensibilità ai fatti e agli stimoli del tempo presente. “Tutti noi abbiamo sofferto nella ricerca di significato delle forme che il potere amministrativo assume per espandere l'autorità verso l'esterno e verso i privati.”; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 262, qualora l'assetto degli interessi sia imposto con la forza dell'autorità, le questioni di legalità formale non possono essere ignorate o eluse; *de relato*, in relazione al metodo della ricerca di Ledda, e alla continuità logica garantita dal pensiero di Romano Tassone, A. PUBUSA, *Metodo e teoria in Franco Ledda e Antonio Romano Tassone. Un Maestro comune e un Amico speciale*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, 21.

¹¹⁷ F. LEDDA, *Elogio della forma*, cit., 556, 559.

¹¹⁸ Cfr. G. CORSO, *Franco Ledda: metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, 45, la critica non è rivolta al comportamento in sé considerato, ma alla mancanza di un preventivo processo decisionale dal quale emergano gli interessi e “la traduzione dello scopo, spesso indicato in modo generico o indiretto nella norma, in obiettivi di carattere specifico”.

due questioni che al primo sono, o dovrebbero essere, in modo osmotico, avvinte.

L'inquietudine principale riguarda la presenza dell'autorità – della quale se ne ha tuttora veramente troppa; il suo recesso quasi non si avverte¹¹⁹ – non in quanto tale, poiché il potere è sempre necessario, né per auspicarne l'infallibilità dell'azione, ma per le fughe della stessa rispetto ai canoni classici che la forma le impone, espressione di quella legalità rispetto alla quale Ledda consiglia vivamente “la cura più gelosa¹²⁰”. D'altronde una contestazione radicale e incondizionata dell'autorità “sarebbe inutile e ingiustificata”, poiché la stessa è una specie del genere ‘potere’ che si stabilizza e si legittima “come ingrediente delle tecniche di cui deve avvalersi l'ordinamento”.

La prima notazione, la cui problematicità nei suoi termini generali è ridotta o forse semplicemente celata da urgenze più impellenti, riguarda l'“idea della sostituzione” dell'autorità con il consenso, riguardo la quale Ledda palesa una certa distanza critica – che precisa non si declina in termini di un pregiudiziale atteggiamento scettico – poiché l'autorità può essere ‘ridotta’, ma al consenso non può essere affidato alcun carattere di regolazione giuridica, soprattutto come tecnica alternativa al diritto pubblico¹²¹. L'avvertita, e per certi versi auspicabile, riduzione, ma non eliminazione, dell'autorità è una ipotesi che può proporsi indipendentemente dalla corrispondente estensione del consenso¹²², ma deve an-

¹¹⁹ Cfr. F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, Mucchi, 1996, 955 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 365, in termini critici osserva che “è ormai convincimento diffuso che nel diritto dell'amministrazione pubblica il principio di autorità attraverso una fase di declino; ma solo una utopia infeconda e fuorviante può indurci a immaginare una sua graduale dissoluzione”.

¹²⁰ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 459.

¹²¹ F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 431, oggetto di meritate critiche saranno le applicazioni non giustificate come gli eccessi nell'uso dell'autorità, ossia “quegli impieghi che secondo una valutazione sopravanzano il bisogno di regolamento, o quelli rispetto ai quali il giudizio positivo di valore riferibile al potere subisce una erosione così rilevante da rendere attuale la minaccia dell'autoritarismo pensato come antitesi della democrazia”.

¹²² F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 434, per il quale si potrebbe discorrere di ‘autorità nell'amministrazione’ in luogo dell'“autorità dell'amministrazione”, poiché l'autorità potrebbe essere interpretata come forza oggettiva dell'ordinamento giuridico, considerato nel momento dinamico del mutamento, “e l'amministrazione è la struttura di cui l'ordinamento stesso si avvale per applicare questa forza indirizzandola alla soluzio-

che essa essere fedele alla forma, al fine di fissare nel tempo la vicenda amministrativa, di renderla conoscibile e come tale sindacabile.

Si deve, tuttavia notare, che in relazione alle dinamiche relazioni giuridiche che caratterizzano il contratto di diritto pubblico, nel quale si realizza il pieno valore del consenso, la forma intesa come garanzia oggi sembra più che mai essere affidata alle “autorità d’importazione” che potrebbe, ma il monito sembra, almeno in questi termini, non assumere connotati preoccupanti, fintanto che sopravviva un presidio giurisdizionale; “e nella cultura nostra, l’idea di un giudice si pone come una componente indefettibile: dobbiamo gelosamente conservarla, perché non disponiamo, penso per fortuna, di una cultura nuova o di ricambio¹²³”.

Nella seconda notazione, al contrario, si palesa nella sua indifferibile e articolata attualità e problematicità la trasformazione amministrativa più evidente – facile profezia sui mutamenti del potere – che riguarda la rinuncia, talvolta inconsapevole o necessaria, da parte dell’amministrazione della riserva di potere che le è strutturalmente riconosciuta, in favore della tecnica, tema cui si è fatto diffusamente cenno nel corso del presente capitolo.

Si tratta di sviluppi inevitabili cui le tecniche attuali e future a disposizione del potere si ergeranno a momento di sfida continua per la tenuta dei principi generali, cui il legislatore e l’amministrazione dovranno necessariamente confrontarsi; d’altronde, come osserva Ledda, ‘quali saranno questi mezzi tra dieci o tra vent’anni?’.

“Non si può certo rinunciare all’impiego delle tecniche, che in un certo momento e in un determinato ambiente si presentino adeguate rispetto ai risultati perseguiti, solo perché può ragionevolmente prevedersi

ne di problemi” (il referente dialettico di tale teoria è lo studio di F. BENVENUTI, *L’amministrazione oggettivata*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006, 3467 ss.).

¹²³ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 471; B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, 20, “la ricerca della giustizia è sempre un’opera in formazione non confinabile nella forma già formata dalla legalità, definita e fissata negli enunciati normativi. Il giudice, nel ‘fare giustizia secondo le leggi’, compone la forma, presentata nelle leggi, con il compito di formare giustizia”; si v. R. GUASTINI, *Un soggetto, un diritto, un giudice*, cit., 32, il principio di legalità non può dirsi effettivo, in assenza, tra le altre, del controllo giurisdizionale di legalità sugli atti; tale controllo è elevato a condizione di efficacia della stessa legalità solo qualora sia esercitato in una condizione di effettiva indipendenza rispetto all’apparato amministrativo. Si delinea, in alternativa, un modello di legalità a geometria variabile.

che in un più o meno prossimo futuro tecniche nuove e più affinate si possano affermare; né può il diritto fare affidamento sul semplice buon senso o sull'intuito dell'operatore, cui spetti il compito di realizzare un certo risultato pratico¹²⁴”.

L'atto amministrativo elettronico, la frapposizione dell'algoritmo tra il potere e l'amministrato, l'utilizzo dei dati aggregati ai fini istruttori – per anticipare le vicende più recenti¹²⁵ – devono avere una propria forma, che deve farsi carico dell'eterno problema di tutela avverso il potere, anche se lo stesso è rimesso *in toto* a momenti ed elementi che di amministrativo hanno ben poco¹²⁶.

Le disposizioni devono, e dovranno, adeguarsi alle forme e al linguaggio cui l'amministrazione di volta in volta ricorre, per adeguare la tutela ai mezzi di espressione del potere che con “andar del tempo e con il progresso delle tecniche potranno essere riconosciuti come idonei rispetto alle esigenze¹²⁷”.

Si tratta, in conclusione, di un problema di forma, di manifestazione e pertanto di linguaggio, cui il legislatore deve riferirsi per valutare l'idoneità raggiunta dalle diverse tecniche che si presenteranno nella disponibilità dell'amministrazione, da un lato per appagare le esigenze di cambiamento e non immobilizzare l'evoluzione amministrativa, dall'altro per non legittimare comportamenti arbitrari che inducono l'amministrazione a deresponsabilizzarsi dietro la tecnica e tradire le suggestioni e le necessarie garanzie che solo la forma può difendere¹²⁸.

Il cambiamento amministrativo deve essere assecondato dalle prassi e ricondotto, attraverso la forma, ai canoni della legalità; il tradizionale linguaggio giuridico non riesce a dominare i nuovi fenomeni¹²⁹, posto

¹²⁴ F. LEDDA, *Potere tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 371 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 196.

¹²⁵ Analizzate nel dettaglio *infra*, cap. § 6.

¹²⁶ Autorevolmente A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, 560, avverte una tendenza tesa a negare la “specificità giuridica del fenomeno autoritativo pubblico”

¹²⁷ F. LEDDA, *Elogio della forma*, cit., 433.

¹²⁸ In termini tradizionali nelle premesse, cfr. S. MAEZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 4, 1355 ss., 1363, tra i diversi assetti previsti nell'analisi dell'Autore la legalità (conformità) sostanziale richiede che nella previa norma di legge vi sia la circoscrizione della discrezionalità inerente ai poteri conferiti all'amministrazione.

¹²⁹ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, 34.

che un nucleo costante si deve preservare, per garantire una continuità e un grado, ancorché minimo, di certezza.

Tale profilo incide anche sulle posizioni giuridiche tutelate, rispetto alle quali, ci si limita a osservare che l'amministrazione di una società complessa deve provvedere a un variegato e non prevedibile novero di interessi¹³⁰, cui ovviamente devono far fronte diversi modelli di forma, che non può restare immobile e imperturbabile rispetto a tali cambiamenti, ma ha il dovere di accompagnarli e veicolarli, dal potere al cittadino, quale che sia stato il percorso seguito.

La forma si pone simultaneamente in termini di predizione del possibile futuro comportamento delle amministrazioni e della relativa tutela per il privato, e come fattore di legittimazione del comportamento presente, in un'ottimale sintesi che non è rinvenibile compiutamente in nessun altro aspetto dell'agire pubblico¹³¹.

Non si può non registrare l'amarezza critica di Ledda rispetto al tema, poiché le audaci costruzioni legislative, anche riferibili ad aspetti processuali, hanno dato vita a veri e propri 'sistemi amministrativi' che si palesano con dispregio assoluto della forma, lo 'scempio vero e proprio'.

In conclusione, riferendo del pensiero di Wittgenstein, Ledda sintetizza, simultaneamente, il tema dell'importanza della forma e il pericolo legato al suo abbandono, poiché "la forma è la possibilità della struttura¹³²", è

¹³⁰ Si v. F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, 121 ss., la legalità nella sua chiave assiologica può consentire di identificare una lettura coerente con lo scorrere del tempo e il variare delle istanze, che consenta, in altri termini, di realizzare una democrazia amministrativa in cui le decisioni amministrative si legittimano, non solo perché si pongono all'esito di *iter* normativamente regolati, ma anche perché l'agire deve essere conforme ai valori costituzionali e ordinamentali prevalenti. Una lettura coerente deve provvedere a un intreccio fecondo e utile di concetti e costruzione dinamiche, per preservare 'il posto del diritto amministrativo' come diritto del potere, ma soprattutto del diritto contro il potere. Il risultato cui si deve ambire non è di agevole ottenimento, poiché riguarda la necessità di preservare l'unicità del sistema, capace di palesarsi come compiuto, con regole e regolarità capaci di conformarlo in una cornice di affidabile coerenza.

¹³¹ Cfr. R. MENEGHELLI, *Di alcune applicazioni*, cit., 391.

¹³² Il virgolettato, sorto rispetto a un dibattito di carattere processuale, rispetto al quale lo stesso A. si definisce 'estraneo' è riferito a F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., 389, nel quale, l'Autore si chiede "Quali risultati possiamo raggiungere attraverso la scienza del processo se dobbiamo ammettere che quest'ultimo non ha una *forma* chiaramente definita? Ma il processo, mi chiedo, non è esso stesso *forma* nel

un'opportunità, forse l'unica, di certo la più evidente, per l'amministrazione, di legittimarsi.

Un'ultima notazione riguarda il tema del silenzio amministrativo, ipotesi di potere amministrativo senza forma.

La lettura proposta dell'Autore appare palesemente critica – ‘temi molto deprimenti’ – nei confronti delle diverse ipotesi di inerzia amministrativa, la cui portata e applicazione è stata di volta in volta ampliata dal legislatore, anche rispetto a fattispecie rispetto alle quali la forma sarebbe strettamente necessaria, al fine di insistere su schemi semplificativi, che nella realtà amministrativa, hanno spesso condotto all'opposto risultato di una complicazione insuperabile.

Ancora una volta, Ledda osserva, con accento critico, che si avrebbe “un ciclo che ha inizio col silenzio e col silenzio si conclude; la metafisica potrà trionfare finalmente, sia pur con qualche spesa per il cittadino e con non lieve pregiudizio per quel pubblico interesse che da più di un secolo ci opprime minacciando la nostra libertà¹³³”.

Non si tratta di un preconcetto o una preclusione assoluta e acritica nei confronti delle diverse ipotesi rispetto alle quali il silenzio si pone quale fattore di una effettiva semplificazione¹³⁴, ma non pare ammissibile

senso più vero ed elevato?”. L'Autore richiama l'opera di Wittgenstein, in una seconda occasione, proprio in chiusura dello scritto *'Elogio della forma'*, nel quale rileva che il “dispregio assoluto della forma” nell'ambito degli studi avrebbe generato “sdegno e l'irrisione” dell'Autore tedesco [Ledda si riferisce a L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1st ed., 1961) Londra, Routledge and Kegan Paul, 1961 (trad. it. a cura di A.G. CONTE, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916* (a cura di A.G. CONTE), Torino, Einaudi, 2009); si v. lo studio redatto da M. SCHIAVONE, *Il pensiero di Ludwig Wittgenstein alla luce del Tractatus logico-philosophicus*, in *Riv. fil. neo-sc.*, 1955, 3 (vol. 47), 225 ss., 238, “la forma è la possibilità della struttura, poiché è essa che determina i fatti in una fra le possibili concatenazioni di oggetti costitutivi”].

¹³³ F. LEDDA, *Elogio della forma*, cit., 558; una lettura di sintesi, alla quale si rinvia per la completezza del percorso argomentativo e storico seguito, cfr. R. DIPACE, *L'inerzia e il silenzio della pubblica amministrazione nelle opere di Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, ES, 2020, 1929 ss., 1933, il problema del silenzio si intreccia con il principio di doverosità dell'esercizio della funzione e dell'obbligo di provvedere, nonostante si avverte che proprio dalla doverosità genetica dell'azione amministrativa si perviene alla qualificazione giuridica del silenzio come una pausa dell'azione amministrativa, “un punto di crisi nello svolgimento della funzione” (riferimento diretto dello studio è ovviamente F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971).

¹³⁴ F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 3-4, 429 ss., 455, osserva che la dequotazione del momento pro-

un ricorso indiscriminato a tale *fictio iuris* anche qualora sia necessario, per la delicatezza del tema, una forma specifica che consenta di percepire l'esercizio del potere.

In altri termini, in un'epoca di transizione così profonda e radicata, il silenzio potrebbe essere relegato a vicende particolarmente lineari da un punto di vista amministrativo, rispetto al tema o rispetto al numero di soggetti interessati, ma non si può rinunciare alla forma, unico aspetto che consenta di rilevare il cambiamento e di apportarvi i correttivi necessari.

Il silenzio non è forma, ed ancor meno risultato di un processo formativo, ma rappresenta solo una distonia, un'aporia, che non consente di distinguere un prima da un dopo dell'agire, non legittima e non precostituisce una tutela – non nel tradizionale senso processuale – ma come conoscibilità e percezione. Si potrebbe obiettare che il ricorso al silenzio contribuirebbe a sovvertire l'idea dell'amministrazione come ostacolo, ma proprio la storia processuale del silenzio racconta un finale diverso.

Il ricorso indiscriminato al silenzio è ostativo all'instaurazione di una dialettica, anche al fine di recuperare il superamento fattuale degli istituti partecipativi, poiché il silenzio è di per sé imperscrutabile, non consente di recuperare l'evidente *vulnus* di legittimazione in cui versa l'amministrazione, anzi ne aggrava, forse in maniera insanabile, gli aspetti critici.

cedurale sancisce una sorta di parallela svalutazione del modello dinamico di legalità procedurale della determinazione amministrativa e la tendenziale emersione di un sistema in cui la legittimità deve essere verificata al di fuori e a prescindere dal procedimento.

CAPITOLO IV

STATUTO GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE E RILEVANZA DELLA FORMA

SOMMARIO: 1. Forma e principi costituzionali. – 2. Il risultato amministrativo: il nucleo normativo di un obiettivo necessario. – 3. Il potenziale carattere progressivo della forma e la portata attuale dell'art. 21 *octies*. Riflessioni critiche a partire dal dato normativo e dalle modifiche introdotte dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76. – 4. La ricerca di sintesi tra i due aspetti deve ricercarsi a partire dal compito di realtà. Ipotesi di un approccio che generi dal problema concreto. – 5. La forma della programmazione. Programmare per legge e programmare per atti. La tendenza all'affidamento della programmazione a privati: rischi e opportunità. – 6. (*Segue*) L'attuazione del PNRR: della forma come ostacolo e della forma come possibilità. – 7. La tenuta della forma nel bilanciamento con il principio di tempestività. – 7.1. Il principio di tempestività come obbligo non limitato unicamente al dato temporale. La difficoltà di isolare una nozione unica di tempo amministrativo. – 7.2. La risposta tempestiva dell'amministrazione ad eventi di carattere emergenziale. – 8. Un tentativo di sintesi tra forma e risultato operato in via legislativa. La trasposizione del provvedimento 'in forma semplificata' dal processo al procedimento. – 9. Spunti ricostruttivi da alcuni problemi amministrativi esemplari. – 9.1. La ricostruzione del Ponte Morandi. – 9.2. La progettazione e l'elaborazione del sistema Mo.s.e. di Venezia. – 9.3. L'esperienza di EXPO 2015. – 10. I rinnovati rapporti tra risultato e forma: la necessaria mutevolezza del primo e l'accettabile flessibilità della seconda.

1. *Forma e principi costituzionali*

La forma potrebbe porsi quale punto di raccordo tra i principi costituzionali che presiedono l'attività amministrativa, tra buon andamento e imparzialità, proprio nel momento in cui la stessa si erge a fattispecie, quando la stessa attività è presa in considerazione dal diritto¹. La tesi, il cui sviluppo è condotto nel corso di questa sezione del lavoro, necessita, tuttavia, di alcuni chiarimenti

¹ F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 83 (spec. par. § 6 'Modi e forme della rilevanza giuridica dell'attività amministrativa').

L'amministrazione è soggetta a un doppio vincolo nell'esercizio della sua attività, *id est* perseguire l'interesse pubblico e tener conto della situazione soggettiva del privato, motivo per cui i principi e lo statuto giuridico dell'attività vivono nella sintesi tra buon andamento, riflesso dell'interesse pubblico, e imparzialità, proiezione allargata della posizione del privato.

La sede naturale per la composizione dei prevedibili conflitti potrebbe rinvenirsi nel carattere necessario del procedimento – pur con le necessarie revisioni di cui si dirà – e, per quanto di interesse nella forma, non posta necessariamente quale elemento a monte, ma come aspetto funzionale del potere, in concreto, in riferimento alla realtà e, quindi, al risultato.

Qualora l'amministrazione possa provvedere alla differenziazione delle forme e delle garanzie può agevolmente porre in essere un'attività che, all'esito della valutazione di liceità, rispetti un doppio parametro, la legittimità in senso positivo, e la non dannosità in senso negativo.

Si garantisce, o si dovrebbe ambire a ciò, una valutazione del risultato che sia in linea con la valutazione di legittimità, o che quantomeno non confligga con questa; la realtà dell'amministrazione contemporanea è, tuttavia, ben più complessa, come si dirà a breve.

In questa visione si può, in ogni caso, provare ad apprezzare l'attività amministrativa nella sua interezza, senza il rischio di visioni parziali, per ipotizzare di porre a sistema i termini del discorso, per ragionare di un'efficienza nella legalità e non di un contrasto tra aspetti che devono coesistere.

I principi di cui all'art. 97 della Costituzione impongono di valutare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un risultato concreto, non inteso quale singola applicazione del potere per un obiettivo, ma in termini di risultato giuridico.

Il buon andamento e l'imparzialità trovano così nella forma, nella sua veste di fattore di idoneità funzionale, un imprevedibile aspetto di ricordo, che si rivolge all'attività solo dopo aver provveduto a un'allocazione di funzioni adeguata in senso organizzativo².

In questo modo, le preoccupazioni legate all'ideologia della stabilizzazione, per la quale l'amministrazione efficiente sia tale solo qualora i fermenti pluralistici siano addomesticati dalla formalizzazione giuridica, sarebbero fugati³.

² D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e storia*, 2010, 6.

³ Si fa riferimento alla elaborazione teorica della dottrina tedesca, ripresi da M. NI-

La forma diviene misura del comportamento amministrativo, adeguatezza rispetto allo scopo, non perché si neghi a monte la possibilità che i principi possano porsi in contrasto tra loro – tesi utopistica difficile da sostenere – ma perché si volge lo sguardo direttamente al risultato giuridico cui si tende, intreccio tra regole e realtà.

Nell'articolato contesto odierno intervengono diversi poteri, una pluralità di competenze, tutte rivolte ai fini della soluzione di un unico problema amministrativo e non si può certo liquidare la questione come patologica⁴.

Proprio per tale ragione, il buon andamento non può equivalere all'immolazione delle forme, ma vuol dire adattabilità, adeguatezza delle soluzioni, retroterra esplicativo dell'oggi, del criterio di favore per la duttilità dei procedimenti che non equivale a una rinuncia alla legittimità, come si dirà. Ragionare di efficienza in termini di contrapposizione con le ragioni dell'imparzialità e della buona fede è sviante, proprio perché si deve conservare, senza immobilizzarlo, il contesto più adatto alla proficua mediazione delle istanze antitetiche⁵.

La preventiva esclusione dei formalismi nocivi implica che è, o dovrebbe essere, compito dell'amministrazione riconoscere gli interessi, aggregarli ed assumere la responsabilità di una adeguata configurazione del loro trattamento, nel rispetto della forma, come preconditione per la sintesi dei principi di buon andamento e imparzialità.

Il corredo costituzionale dell'attività amministrativa, attraverso la forma, consente di isolare i fattori che abbiano attitudine ad essere immediatamente tradotti in effetti giuridici⁶. Ci si deve porre nell'ordine

GRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 841, nel diritto pubblico, apparentemente, le regole si rivolgono ai soggetti, in realtà si dirigono ad organizzazioni complesse, che sono percorse dalle regole, poiché si opera un giudizio preliminare di quello che si conduce sul singolo atto esercizio di potere [si v., nello specifico, W. HENNIS, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit (ein deutsches Problem)* (1st ed., 1968) Tübingen, Mohr Siebeck].

⁴ Si deve, a tal proposito riferire del pensiero di G. GRECO, *Interesse strumentale e interesse finale*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019, 251 ss., 256, per il quale si contrappongono una concezione che dà rilievo ai mezzi e una concezione che dà rilievo al risultato, rispetto alla nozione stessa di potere e delle relative posizioni del privato.

⁵ M. CAFAGNO, *Il principio*, cit., 496.

⁶ Cfr., in termini di raccordo argomentativo, A. ZITO, *Le pretese*, cit., 120 ss., la scissione tra attenzione verso l'atto e attenzione verso l'effetto si pone all'esito di

dei concetti giuridici e operare delle selezioni rispetto a all'attività che abbia forma giuridica appropriata⁷.

La visione costituzionale, letta con uno sguardo al tema di indagine, consente di sostenere che non tutto è significativo, si deve ragionare per categorie, che sono a loro volta forme di astrazione⁸.

Qualora si ragioni in termini di contrasto, l'azione pubblica perde parte della propria legittimazione, perché la forma non assicura solo quest'ultima funzione ma garantisce finanche che l'azione stessa sia continua nel tempo.

Lo stesso giudizio di opportunità non sempre si può esaurire nella regola di proporzione tra l'atto e il suo risultato; una regola deve essere estesa a commisurare lo stesso risultato al sistema complessivo degli interessi. Il diritto si avvale di certe strutture per operare la trasformazione di dati di realtà o di esperienza in criteri di valutazione del comportamento⁹.

Del resto, una disciplina può dirsi giuridicamente significativa solo se implica la possibilità di tradurre il fenomeno colto nei suoi elementi generali in forma valutabile per la propria specificità.

Si osserva, infatti, che non ci sono schemi ideali, forme precostituite, ma c'è la forma come garanzia per il privato e, come si vedrà, contemporaneamente per il perseguimento del risultato, in un certo luogo e in

un'elaborazione teorica che si è mossa lungo diverse direttrici, che generano dalla riflessione per la quale, in ogni caso, l'operazione non deve smarrire il proprio connotato di unità. Si attenua il carattere di supremazia dell'amministrazione, per accedere a una capacità di agire del soggetto diretta alla cura dell'interesse concreto. Da qui, è agevole sostenere che si pone principalmente l'attenzione verso la legittimità sostanziale dell'azione amministrativa, perché l'Autore auspica, per quanto di interesse in questa sede, che si pervenga alla totale svalutazione della rilevanza dei vizi formali.

⁷ G. BERTI, *Interpretazione*, cit., 287.

⁸ G. BERTI, *Interpretazione*, cit., 305, anche nel procedimento ci sono passaggi necessari dal punto di vista pratico che rimangono oscuri in quanto non rilevano sotto il profilo giuridico che è appunto limitato e limitante soffrendo i limiti del relativo linguaggio e quindi della forma. L'Autore osserva che il punto di vista giuridico è sempre una particolare specificazione e, per certi versi, una costruzione mentale, "un modo di tradurre la realtà in formule e quindi in artifici: la formula è sempre artificiosa, non è mai una vera traduzione del reale (...) Ogni iniziativa giuridica rileva in quanto metta in moto un meccanismo di doverosità; se un'iniziativa non mette in moto tale meccanismo, l'atto non è significativo, neppure dal punto di vista interno al procedimento" (306).

⁹ Si tratta dei c.d. compiti del giurista, come osservato, in maniera condivisibile, da C. PINELLI, *Diritto e politica costituzionale nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. soc.*, 2016, 1, 1 ss.

un certo tempo, ma il processo di intersezione tra principi costituzionali deve transitare per la forma, punto di gravitazione del problema amministrativo.

2. *Il risultato amministrativo: il nucleo normativo di un obiettivo necessario*

La cultura amministrativa del tempo presente è frequentemente attraversata e caratterizzata, come notato, da un equivoco, che però appare tale solo in seguito ad attente e adeguate analisi, ossia che la forma rappresenti un impedimento per il raggiungimento dei risultati che l'amministrazione deve garantire agli amministrati¹⁰. Si tratta di ricordare il ruolo della forma e l'efficacia dell'azione, per stabilire quale grado di incidenza debba avere la prima nei confronti della seconda.

La nozione di forma, in questi termini, potrebbe essere identificata, indirettamente, attraverso l'analisi di alcuni concetti e nozioni che con la stessa si porrebbero in termini di potenziale contrasto; si pensi alla sostanza e al contenuto del provvedimento, posti, come notato, in una costante contrapposizione con la forma o alla teoria dell'amministrazione di risultato, dalla quale potrebbe emergere – con un buon grado di pregiudizio – l'identificazione della forma in tutti gli ostacoli che si interporrebbero alla finalizzazione degli obiettivi dell'attività amministrativa¹¹.

¹⁰ In termini amplissimi, si v. il bel riferimento, anche per il parallelo con l'enciclica papale, operato da M. BERTOLISSI, *Il diritto pubblico nella 'centesimus annus'*, in *Dir. soc.*, 1992, 3, 385 ss., il quale esclude che il potere sia concepito come valore assoluto, positivo, ma si realizza attraverso gruppi intermedi e istanze sociali, tese ad obiettivi, quindi risultati, differenziati, "con movenze e forme sempre più larghe e complesse" (390); sul tema delle istanze sociali nell'amministrazione di risultato, cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione*, cit., 176, il risultato vive di una valenza molteplice, "come elemento di conformazione e funzionalizzazione dell'operato della pubblica amministrazione verso il soddisfacimento delle istanze sociali, sia soprattutto, come criterio interpretativo delle regole di comportamento dell'amministrazione in modo da giungere alla individuazione di quella (applicabile alla fattispecie concreta) che possa assicurare (la vigenza di) un assetto di interessi accettabile (oltre che da un punto di vista di legittimità formale, anche) da un punto di vista della giustizia sostanziale".

¹¹ Sul tema, anche se manca il riferimento alla forma in sé considerata, ma si discorre del potere come ostacolo nella sua visuale ampia, cfr. F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, 357 ss.; una ricognizione delle occasioni perse dal legislatore per liberare la forma dallo scomodo ruolo di ostacolo è offerta da A. POGGI, *Le occasioni perse per riformare la pubblica amministrazione e quelle da non perdere*, in G.D.

La convinzione per la quale l'obliterazione assoluta delle forme e delle garanzie al fine di assicurare il risultato è, come emerge dalle riflessioni dottrinali richiamate in precedenza, non solo errata nei presupposti, ma precaria in termini di tenuta qualora si verifichi la stessa sul terreno delle categorie giuridiche e delle ipotesi concrete.

Proprio la teoria dell'amministrazione di risultato, che nelle sue diverse declinazioni esprime un'attenzione ai profili sostanziali dell'azione amministrativa e, dunque, alla relazione con il potere, consente di sovvertire tale convinzione, attraverso la ricerca di un punto di equilibrio stabile della funzione amministrativa, che sia in grado di coniugare le garanzie della forma e il raggiungimento del risultato. Il presupposto dei termini del discorso, che potrebbe apparire finanche banale, deve rinvenirsi nella considerazione per la quale la funzione amministrativa deve ambire ad essere unitaria e la contrapposizione aprioristica tra gli elementi costitutivi della stessa – forma e risultato appunto – deve ritenersi un luogo comune, privo di appositi riscontri verificabili.

Nella presente sezione del lavoro ci si propone di dimostrare che gli obblighi di forma non rappresentano – qualora non si trasformino in meri rituali – di per sé un intralcio per gli obiettivi dell'amministrazione, da cui consegue la verifica, e un ulteriore supporto, circa la tenuta della nozione di forma nell'ambito dell'elaborazione tradizionale della teoria dell'amministrazione di risultato.

La tensione, talvolta solo apparente¹² e comunque non insuperabile, tra i termini del discorso, consente, inoltre, di tracciare i tratti distintivi tra l'amministrazione moderna e l'amministrazione del passato, sotto diversi punti di vista; tale operazione può essere condotta verificando la tenuta delle premesse esposte, sia nell'ambito della teoria del provvedimento amministrativo¹³, sia attraverso verifiche concrete. In questo con-

MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*. Atti della Giornata di studi per il ventennale del Centro Vittorio Bachelet, Padova, Cedam, 2013, 59 ss.

¹² F. PUGLIESE, *Per 'amministrare' la felicità*, cit., osserva che la regola del raggiungimento dello scopo può sconfinare nell'irregolarità, nella violazione di profili formali, che potrebbero dar luogo all'invalidità.

¹³ Come osservato da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 5, non dovrebbe essere mai in discussione il ruolo del provvedimento, nemmeno nelle tensioni analizzate, anche se la molteplicità delle formulazioni denota il travaglio nella ricerca di un contenuto minimo dell'esercizio del potere.

fronto potrebbe, in altri termini, emergere una nozione di forma alternativa, che sia in grado di adattarsi alle esigenze della contemporaneità, senza, per tale via, ridurre tutele e garanzie, come si vedrà nell'analisi di determinate vicende recenti *infra*, par. § 9.

L'ipotizzata e citata tensione tra forma e risultato sconta un equivoco di fondo come detto, poiché è ovvio rilevare che l'amministrazione deve perseguire un obiettivo, e lo deve fare in osservanza delle opportune forme; si deve, però, notare che il risultato non rappresenta uno strumento o un mezzo, ma un obiettivo in termini propri, che appartiene e dovrebbe essere consolidato come fine, in un apparato che abbia già in sé la capacità di operare con i regimi ordinari e vigenti¹⁴. Il risultato è un fatto giuridico, è un fenomeno reale, cui l'amministrazione deve tendere nel rispetto di canoni e categorie giuridiche, che riguardano non solo il profilo attivo, cioè l'azione dell'amministrazione ma anche la sua stessa organizzazione.

Dalla necessità stessa di elaborare l'idea di amministrazione di risultato, infatti, si osserva l'esistenza di una tendenza dell'attività amministrativa alla quale si è cercato di apportare una maggiore aderenza ai profili sostanziali dei rapporti tra potere e cittadino¹⁵.

Dall'esame svolto nelle pagine precedenti, risulta evidente come in

¹⁴ Si rinvia, come presupposto teorico di tale assunto, a H. HELLER, *Gesammelte Schriften* (1st ed., 1971) Leiden, Martin Drath et al. ed. (trad. it. a cura di P. PASQUINO, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1987) 111, si tratta di porre in relazione l'attività amministrativa con la positività, esistenza, validità e realtà, perché il potere pubblico deve confrontarsi soltanto con il diritto deciso e, tutt'al più, con le prassi e gli orientamenti (per una lettura del pensiero di Heller, che riferisce della necessità di orientare il potere verso i bisogni sociali, D. SCHEFOLD, *Teoria sociale e teoria statale della democrazia in Hermann Heller*, in *Quad. cost.*, 2003, 1, 181 ss., si osserva che preservare i regimi ordinari, a tutti i livelli territoriali, rappresenta il presupposto della legittimazione e dell'effettività delle decisioni pubbliche; R. TREVES, *La dottrina dello Stato di H. Heller*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 1, 50 ss.).

¹⁵ Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005, 557 ss. (spec. par. § 2) osserva che l'amministrazione di risultato è una reazione al tradizionale formalismo legislativo e al conseguente irrigidimento dell'attività amministrativa e un tentativo, "uno sforzo", di affrontare le sfide cruciali dell'amministrazione moderna, tra le quali la necessità di trovare forme aggiuntive alle esigenze di legittimazione del sistema istituzionale. Si osserva che processi analoghi a quelli visibili in tema amministrazione di risultato si sono registrati nell'amministrazione locale, anche se la contemporaneità impone un ripensamento di istituti e concetti riferibili a tutte le amministrazioni.

realtà sia possibile individuare un territorio comune dove i due elementi, quello della forma e quello del risultato, si poggiano integrandosi a vicenda, a dispetto delle sfide provenienti dalla realtà e dalle prassi contemporanee che sembrano quasi postulare l'idea di un'assoluta incompatibilità tra gli stessi.

La scelta stessa tra diversi risultati dovrebbe costituire un problema amministrativo, ma, a ben guardare, i condizionamenti esterni rendono la scelta finale non sempre pienamente nella titolarità dell'amministrazione, e quindi del diritto, con evidenti ricadute finanche sul sindacato giurisdizionale. D'altronde, l'idea di un legame inscindibile tra forma, risultato e giudice amministrativo dovrebbe porsi nella normalità delle cose, è una componente stessa della nostra cultura amministrativa, "dobbiamo gelosamente conservarla, perché non disponiamo, penso per fortuna, d'una cultura nuova o di ricambio"¹⁶.

È evidente che si tratta di un auspicio dell'Autore, non di un elogio preventivo nei confronti del giudice amministrativo, le cui recenti pronunce lasciano, anzi, perplessi sotto diversi aspetti, proprio riguardo l'attenzione alle garanzie della forma. Il tema meriterebbe ben altro spazio ma ci si limita a condividere il monito per il quale il vero impedimento è "l'arroganza", "nemico dichiarato della scienza e quindi della conoscenza (...). È questa una frontiera dalla quale si può e si deve dar battaglia"¹⁷.

La considerazione secondo cui "l'assunzione del risultato previsto a parametro di commisurazione della validità dell'atto è quindi, ancorché logicamente ammissibile, assolutamente scomoda"¹⁸ deve rappresentare il punto di partenza di tale sezione dell'indagine.

Il presupposto ed espediente argomentativo e investigativo, che consente di porre in diretta relazione i termini del rapporto, è rappresentato

¹⁶ F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 11-12, 3303 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 471, osserva, con spiccato tono critico, "non ci basta certo una rassicurazione molto generica circa l'osservanza di un rito contenzioso, o la forma di un contraddittorio: occorre che sia attribuito al cittadino il compito di ritagliare dalla storia un pezzo per farne un vero oggetto di giudizio". Si mette in luce la necessità di una connessione ininterrotta tra l'oggetto dell'amministrazione e l'oggetto del giudizio, che talvolta si smarrisce.

¹⁷ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 3, 315 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 387.

¹⁸ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione 'di risultato' e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 3.

dal conferimento di un grado autonomo di giuridicità alla nozione di risultato amministrativo¹⁹, che ha progressivamente smarrito la propria veste descrittiva originaria, per giungere oggi ad una propria ed autonoma dignità di diritto positivo, in un nucleo normativo in ogni caso eterogeneo. Tale impostazione ha consentito di emendare, nella ricostruzione teorica del provvedimento, la tendenziale e originaria indifferenza della scienza amministrativa nei confronti delle c.d. valenze funzionali, tra le quali può essere annoverato il risultato.

L'esigenza di ricondurre ad un ambito giuridico la nozione di risultato è, infatti, il presupposto per poterne indagare il rapporto con la forma, al fine di dimostrare che proprio la prospettiva di 'risultato' cui si intende adeguare il comportamento amministrativo è un obiettivo congruo e raggiungibile solo nell'ambito di un'amministrazione ligia alla forma e alla legittimazione del potere.

Appare opportuno precisare che la citata relazione dialettica è analizzata a partire proprio dalla definizione di risultato, inteso quale elemento potenzialmente autonomo di qualificazione giuridica del provvedimento²⁰.

¹⁹ Si fa riferimento, principalmente, all'elaborazione della nozione così come emerge dagli studi confluiti nel volume M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004. Si deve osservare che emergono alcune differenze circa la concezione di risultato, riferibili alle letture offerte da Romano Tassone, Iannotta e Spasiano, negli scritti citati nel presente capitolo. Per Romano Tassone, il risultato verificatosi può essere accertato, mentre il risultato previsto appartiene al mondo 'dei fenomeni possibili', ed è connotato da aleatorietà che però deve essere ridotta. In base alla lettura elaborata da Iannotta, l'individuazione del regime giuridico del risultato o dei parametri che consentono la sua qualificazione è di per sé garanzia di giustizia sostanziale dello stesso. Per Spasiano, il risultato è una nozione connotata da una propria legalità, non qualitativamente diversa dalla legalità tradizionale del diritto pubblico; la teoria dell'amministrazione di risultato risponde, per altro verso, alla tendenza rispetto alla quale il potere deve adempiere in maniera diretta a un obbligo di giustizia, come osservato da I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Dir. soc.*, 2010, 1, 254.

²⁰ Sulla possibilità di adattare continuativamente i fattori di qualificazioni giuridica nel diritto pubblico, cfr. M.S. GIANNINI, *Itinerario delle qualificazioni*, cit., 405; F. LEDDA, *Qualificazioni giuridiche ed esperienze nelle figure di coordinamento*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di V. Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 175, il quale riferisce del pensiero di Bachelet, che osserva che le 'zone franche', tra le quali potrebbe essere ascrivibile, in chiave moderna, il risultato, devono essere recuperate al dominio del diritto da parte del giurista.

Il risultato per l'amministrazione non costituisce, e non può costituire, di per sé, un valore-fine in termini assoluti, ma dei valori può condizionare il realizzarsi; banalmente, un'attività amministrativa sproporzionatamente puntuale, meticolosa e garantista, tale da degenerare nel formalismo, risulta inesorabilmente lenta e finisce per tradire e violare contemporaneamente la stessa legittimità, intesa come canone di valutazione, e il buon andamento.

Come si vedrà *infra*, par. § 6, per le questioni che interessano l'amministrazione contemporanea e l'attuazione del PNRR, il risultato condiziona non solo l'operare quotidiano dell'amministrazione, ma anche le forme che devono condurre agli obiettivi, nel contesto di un rapporto, tra garanzia ed efficienza, che deve essere reso il meno conflittuale possibile.

Il risultato amministrativo – sia consentito tale accostamento semantico, affinché l'aggettivo amministrativo si traduca nella caratterizzazione stessa del risultato – si presenta come espressione di una tendenza diretta a evitare che il principio di buon andamento sia ridotto a una formula priva di una propria portata giuridica²¹; si può, a tal proposito, riferire del suggestivo approccio di Berti, che osserva, in termini di avvertimento, che “il buon andamento diviene né più né meno che un criterio di efficienza spicciola, talora occasionale e apparente là dove è facile rinfacciarla ai soggetti estranei²²”.

La forma, come diretta espressione della legalità, a dispetto dall'apparente ostilità della stessa nei confronti del buon andamento, ha con il risultato una fondamentale affinità, poiché le due nozioni vivono di convergenze “metodologiche e categoriali, tanto che il loro incontro promette di risultare, infine, proficuo per entrambi²³”.

Si deve, peraltro, notare che il risultato, pur dotato di una propria valenza giuridica funzionale, poiché è assunto quale obiettivo programmatico e finale dell'agire amministrativo, non rappresenta una nozione

²¹ Il principio in questione deve essere interpretato come fattore di democraticità dell'attività amministrativa nel suo complesso, come osservato di recente da A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 2, 381 ss.

²² G. BERTI, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991, 92.

²³ Si v. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e 'amministrazione di risultato'*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 63.

univoca e immutabile, ma risente delle variabili storiche e del contesto esterno nel quale l'amministrazione si trova ad operare.

Ogni indagine che ambisca a cogliere una linea di collegamento fra la legittimazione del potere amministrativo e il risultato deve, per logica necessità, confrontarsi sui possibili e critici scenari, talvolta divergenti anche tra loro, conflitti tra diversi 'risultati'.

In coerenza con quanto affermato finora, il risultato deve porsi non solo come obiettivo, ma proprio al servizio dell'amministrazione, per coadiuvarla a focalizzare i problemi, per fornire risposte adeguate alle necessità degli amministrati e per evitare che la stessa resti isolata dal mondo reale. L'amministrazione dovrebbe disporre, in termini giuridici, del risultato e non subirne passivamente le imposizioni, derivanti spesso da inadeguati e incompatibili modelli privatistici²⁴, assunti come modello insostenibile da perseguire, poiché si deve ragionare sempre nell'ottica del pubblico interesse.

Si deve, inoltre, rilevare che il risultato rappresenta una nozione che si colloca necessariamente nel futuro, e, pertanto tutti i parametri da assumere per valutarne il conseguimento presentano un carattere di ineliminabile incertezza; al contrario, le categorie giuridiche, di cui la forma rappresenta espressione, sono necessariamente protese verso un processo di tendenziale formalizzazione nel presente, soprattutto per ridurre ed entro certi limiti rendere controllabile da parte del regime giuridico la complessità²⁵, sempre crescente, nella quale operano le pubbliche amministrazioni.

²⁴ Tale riflessione diviene presupposto imprescindibile della manifestazione dell'*ars boni et aequi* che l'amministrazione deve garantire nel suo agire, come osserva, in termini celebrativi dell'opera di Pugliese, L. IANNOTTA, *Il modo di far diritto di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, 27 ss., 34, l'amministrazione deve porsi quale viatico per la soluzione di problemi, per dare risposta alle necessità, per trovare soluzioni giuste, efficaci, utili. Per garantire ciò, nella consapevolezza della complessità della realtà amministrativa, si deve accertare la rinuncia da parte di tutti alla radicalità delle proprie pretese.

²⁵ È evidente che il primo dato che emerge, anche se non è l'unico, rappresenta il nesso tra tecnica e amministrazione, rispetto al quale cfr. F. PINTO, *Giudice e amministrazione nel sindacato nella discrezionalità tecnica: l'età dell'incertezza*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, III, Napoli, ESI, 2019, 1245 ss., che osserva che l'amministrazione ideologica è surrogata dall'amministrazione della tecnica; C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 1, 34, riferisce di "nuove complessità" che possono essere ricondotte alla disponibilità dell'amministrazione solo con il supporto di acquisizioni mutate da analisi effettuate

Si deve provvedere a una sintesi, poiché assumere il risultato quale unico parametro dell'agire e del provvedimento renderebbe la relativa valutazione carente dei requisiti della conoscibilità e della prevedibilità²⁶; mancherebbero, conseguentemente, valori sostanziali di universale condivisione affinché il risultato amministrativo possa vivere di una giuridicità piena.

L'assunzione del risultato come criterio unico di qualificazione dell'operato amministrativo, inoltre, potrebbe essere inconciliabile con l'autocefalia delle amministrazioni nella determinazione delle proprie finalità²⁷, un dato sistematico – assunto ormai come dato acquisito l'obliterazione o la drastica riduzione della fase di programmazione amministrativa²⁸, di cui si dirà *infra* – e diviene un ulteriore ostacolo, ragionevolmente, per ricercare un punto di equilibrio affidabile.

con altri saperi e conoscenze; sul tema della complessità, interessante è la visione offerta da P. FORTE, *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, ES, 2020, 2144 ss., 2146, osserva, in senso condivisibile, che la complessità non rappresenta una novità di per sé, il dato strutturalmente differente è la rapidità con la quale la stessa muta veste.

²⁶ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione 'di risultato' e provvedimento*, cit., 5 ss., l'Autore ritiene che l'aleatorietà possa essere significativamente ridotta, e ricondotta, in termini di ragionevolezza, attraverso una concezione del risultato in termini quantitativi dell'effetto prevedibile. “La valutazione probabilistica quantitativa risulta operabile con successo solo all'interno di un quadro già delimitato da opzioni finalistiche che appaiono essenziali a ridurne l'altrimenti insondabile complessità” (7). Il dato che resta insuperabile – anche nelle riflessioni di Romano Tassone – è la necessità di calibrare il risultato su variabili soggettive e, come tali, mutevoli; come osserva G. VETTORI, *I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità*, in *Ars interpretandi*, 2021, 2, 4, la ragionevolezza può integrare le clausole generali – come la prevedibilità – ma nel diritto pubblico non può sostituirsi ad esse.

²⁷ Il tema può anche essere letto nell'ottica del fatto nel giudizio, come indice del mantenimento dell'autonomia, come osserva L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 535 ss., “il lavoro del giurista deve essere orientato ad individuare delle regole e principi volti a fissare quel dover essere che egli ritiene possibile. Regole e principi tra i quali, certamente, rientra quello della pienezza della tutela del cittadino nei confronti di quella autocefalia dell'amministrazione che nel tempo si è tradotta in una sua autonomia nella determinazione dei fini e, conseguentemente, nella strutturazione del controllo come un (mero) controllo dell'amministrazione per atti”.

²⁸ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 532, non ritiene che tale deriva abbia un carattere assolutamente negativo, poiché sarebbe consentita una fase di adattamento più adeguata da parte dell'amministrazione.

È innegabile, come anticipato, che oggi al risultato debba riconoscersi una giuridicità propria, seppur condizionata, una valenza di diritto autonoma, non solo perché lo stesso è corollario del principio di buon andamento²⁹, ma anche affinché lo stesso possa rappresentare il fattore di superamento apprezzabile del contesto culturale pregresso, nel quale l'unico condizionamento è rappresentato dagli obblighi dettati dal diritto positivo³⁰.

La componente precettiva, e, in fondo, giuridica, del risultato si rinviene nel ruolo servente che l'amministrazione deve assumere, per le differenziate e mutevoli pretese degli amministrati³¹.

Il risultato, a differenza delle categorie giuridiche tradizionali, legate a un nucleo centrale di valori, vive e si caratterizza di diversi aspetti, tra i quali si menzionano la tempestività dell'agire, l'adeguata competenza tecnica interna del potere, il corretto bilanciamento tra crescita economica e interessi resistenti; dovrebbe, forse, parlarsi di risultati.

Ragionare dei rapporti tra forma e risultato equivale a cercare una sintesi ottimale tra legittimazione e buon andamento, in un equilibrio che corre su un filo estremamente sottile, e rispetto al quale prevale, sempre più sovente, una deformalizzazione delle procedure.

Questa affermazione potrebbe risultare del tutto slegata dalla realtà qualora si osservi lo stato attuale della pubblica amministrazione, a partire da alcune vicende, poiché, ad esempio, "la ricostruzione, nelle terre d'Italia colpite dal terremoto del 24 agosto 2016, è di là da venire. A Norcia, la basilica di San Benedetto è ridotta a un cumulo di macerie

²⁹ La qualificazione della tempestività in termini di principio giuridico unitario dell'attività amministrativa e in termini di validità concettuale della nozione, ad esempio, è avvenuta con resistenze, come osserva D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 477.

³⁰ In termini ampi, il tema è affrontato da V. ANGIOLINI, *Il diritto dell'individuo*, cit., 102, per il quale è necessario pensare alla regola giuridica che sia suscettibile di emanciparsi dalla produzione legislativa tradizionale anche se ripensare in questa chiave al diritto non è operazione semplice, "è un'idea durissima da scalfire". Il risultato si innesta proprio in questo percorso di destrutturazione.

³¹ La questione è liquidata con la corrispondenza tra risultato e efficacia da L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 57; sul tema, H.A. SIMON, *Il comportamento*, cit., 265 (ci si riferisce alla numerazione della trad. it.) che osserva che l'amministrazione non può essere ridotta unicamente a valori e misure.

(...). Mentre, insieme ad altri, numerosissimi borghi, Amatrice attende esausta³². Quali risultati possono dirsi raggiunti riguardo tali esempi di cattiva amministrazione, anche se, a ben vedere, in termini provocatori, il non aver agito almeno non ha comportato alcuna violazione apprezzabile delle forme e delle garanzie³³.

Nel rapporto e nel confronto tra forma e risultato emergono le affinità e le divergenze tra ordinamento e realtà; d'altronde è nei problemi che la scienza deve rinvenire la sua ragion d'essere.

Ci si propone, a tal punto, di procedere per ipotesi specifiche, dalle quali può emergere una potenziale tensione tra forma e le diverse ed eterogenee fattispecie nelle quali si concretizza il risultato, al fine di provare a comporre ad unità il rapporto.

3. *Il potenziale carattere progressivo della forma e la portata attuale dell'art. 21 octies. Riflessioni critiche a partire dal dato normativo e dalle modifiche introdotte dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76*

Il primo aspetto di cui si deve dar conto, in chiave moderna, senza perciò ripercorrerne necessariamente il ventennale dibattito, riguarda la portata dell'art. 21 octies, l. 7 agosto 1990, n. 241, al fine di valutarne l'attuale significato in termini operativi. Si devono analizzare contestualmente, inoltre, alcune disposizioni vigenti, espressione della convinzione per la quale il risultato amministrativo è raggiunto solo attraverso un superamento delle forme.

Ci si deve chiedere se l'estensione odierna della disposizione comporti un abbandono definitivo della forma o possa interpretarsi come, un pur isolato, momento di rivalutazione della stessa.

In principio, l'art. 21 octies si è posto come applicazione ed espressione del principio di strumentalità della forma, che ha comportato l'esclusione dell'invalidità dei provvedimenti adottati in contrasto con determinate norme, stante il conseguimento *aliunde* dello scopo prefigurato dalle stesse³⁴.

³² Si v. l'icastico editoriale di M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione, acqui està el busilis; Dios non valga!*, in *Federalismi*, 2021, 26, viii ss.

³³ Come osserva C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 155 ss., 190, il mancato esercizio del potere finisce per essere doppiato dall'intervento del legislatore e del giudice, con costi onerosi per la collettività.

³⁴ Come noto, il dibattito si è sviluppato per i casi di violazione dell'art. 7, l. 7 ago-

Come noto, la disposizione prevede, al secondo comma, che “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Sia chiaro, sin dalle prime battute, che pur nella convinta propensione dell'indagine a favore della forma, l'intenzione del legislatore di stigmatizzare e censurare la vera e propria 'caccia all'errore' commesso dall'amministrazione era, ed è, opportuna³⁵, ma si rendono necessarie alcune riflessioni ulteriori e più approfondite.

Il principio generale cui la norma si ispira è che le disposizioni che regolano l'agire amministrativo – anche se evidentemente la norma ha ad oggetto il provvedimento in quanto tale – non devono essere applicate in modo meccanico, acritico e formalistico, ma devono dirigersi verso

sto 1990, n. 241, in tema di comunicazione di avvio di procedimento, nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia violato la norma, qualora lo scopo della conoscenza “sia stato in qualsiasi modo raggiunto, una comunicazione formale dell'avvio è superflua e la sua omissione non rende illegittimo il procedimento”, su cui Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, in *Foro amm.*, 1996, 8, 2351, rispetto a una vicenda di diffida rivolta a un docente universitario che svolge contestualmente attività professionale presso strutture private, per la quale “la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ai soggetti interessati ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, non occorre nelle ipotesi in cui l'iniziativa procedimentale dell'amministrazione sia resa nota ai soggetti predetti mediante atto di diffida, in specie diretta alla cessazione da parte degli stessi interessati di comportamenti incomparabili con la posizione rivestita nell'ambito del rapporto di pubblico impiego”; più di recente, in tema di gare pubbliche, si v. Cons. St., sez. V, 6 maggio 2005, n. 2725, in *Foro amm.* CDS, 2011, 5, 1531, “il principio di strumentalità delle forme, di cui sono espressione gli artt. 21 *octies* e 21 *nonies*. La l. 7 agosto 1990 n. 241, opera con riferimento a qualsivoglia adempimento da rendere ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, con la conseguenza che non ogni violazione comporta l'automatica esclusione del concorrente che ne è risultato autore, ma l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito”.

³⁵ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 283 ss.

la ricerca di un punto di incontro e di sintesi ottimale tra efficienza e legalità³⁶.

Appare evidente, di converso, che si condivide, sia per tener fede a quanto fin qui riferito, sia per radicata convinzione, la prospettiva di chi osserva che “anche per il più celebre e ammirato teorico del raggiungimento dello scopo, la svalutazione della legge non è segno di civiltà³⁷”.

³⁶ Sul tema la bibliografia è, come noto, amplissima, si v. V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2205 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 31 ss. (spec. par. § 16) la disposizione ha risolto – nelle intenzioni del legislatore – le questioni relative ai vizi meramente formali, ossia le previsioni circa violazioni di norme cogenti che, però, non danno in luogo in concreto ad una situazione di invalidità, poiché si valorizza il dato sostanziale di conformità. “Si tratta di violazioni la cui natura formale si ravvisa nel carattere minimale dell’anomalia, che dà luogo ad una situazione di mera irregolarità dell’atto. In secondo luogo, si individuano quelle violazioni qualificabili come formali in quanto inidonee, in concreto ad alterare lo scopo cui è in astratto preordinata la norma violata. Infine, si individuano quelle violazioni che in concreto non hanno influito sul contenuto dispositivo del provvedimento adottato, il quale ancorché imperfetto nella sua forma, non avrebbe potuto essere diverso” (32); G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, Padova, Cedam, 2007, 20, osserva, con un parallelo con l’art. 156 c.p.c., che “se si considera che l’art. 21 octies non prescrive alcuna verifica in ordine al concreto raggiungimento del preciso scopo in vista del quale era prescritto l’adempimento procedimentale o formale mancato, o avvenuto in difformità dal paradigma legale, e collega invece la preclusione dell’annullamento alla ben diversa circostanza che il contenuto dispositivo del provvedimento non avesse in concreto alternative, non appare corretto ricondurre le previsioni dell’art. 21 octies all’applicazione del principio giuridico che si desume dall’art. 156 del codice di rito. In altre parole, non sembra possibile qualificare il provvedimento non annullabile ex art. 21 octies come un provvedimento sanato in forza del canone di pura strumentalità delle forme, almeno se questo venga inteso nel significato comunemente attribuitogli”; in questa ottica deve verificarsi il raggiungimento dello scopo così come interpretato da costante giurisprudenza, tra cui, cfr. Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Dir. form.*, 2002, 2, 368, la omissione della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo inficia il procedimento e la validità dell’atto finale soltanto ove il destinatario sia portatore di un interesse strumentale e possa conseguire una concreta utilità dall’annullamento dell’atto; di recente, Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144.

³⁷ Si v. A. PUBUSA, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull’art. 21octies della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 2, 512; si v. G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell’art. 21 octies della legge n. 241/90*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme*

Una sintesi dei due approcci alla questione deve rinvenirsi, con la consapevolezza degli errori del passato, per evitare quantomeno di commetterli nuovamente, identici, nell'imminente futuro.

Come anticipato, il legislatore, nella formulazione originaria della norma, ha accolto, con i necessari adattamenti, il principio per il quale la forma deve avere valenza funzionale al fine di escludere l'invalidità qualora l'attività, pur violando formalmente il dato normativo, consegua lo scopo che la stessa disposizione le attribuisce³⁸.

La tendenza pretoria prevalente ha dimostrato l'importanza di preservare, per quanto possibile, il valore della legalità formale, nella costante tensione che emerge qualora si cerchi di adeguare i precetti normativi alle modalità concrete di esercizio del potere amministrativo³⁹. Emerge

del 2005, Bologna, Monduzzi, 2007, 147 ss., il quale, rispetto al dibattito che ha preceduto l'entrata in vigore dell'art. 21 *octies*, osserva che "gran parte della dottrina non ha salutato con particolare favore l'innovazione, avvertendo (forse non senza ragione) il pericolo di un sensibile ridimensionamento di tutela per il privato, in mancanza di una modifica dell'impianto complessivo del processo amministrativo" (148); da una prospettiva diversa, si v. D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 2, 363, 380, la violazione di regole procedurali non può dar luogo a semplice irregolarità. La regola del raggiungimento dello scopo si fonda sulle stesse valutazioni che caratterizzano la qualificazione di irregolarità ma opera su un piano logico-temporale di verifica differente.

³⁸ Cfr. M. D'ORSOGNA, *Annullabilità del provvedimento (sub articolo 21 octies, comma 1)*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 581 ss., 586, 588, discorre di valorizzazione del profilo funzionale, il c.d. vincolo del fine entra nella teoria dell'atto amministrativo, poiché si ravvisa un allontanamento progressivo dagli aspetti formali dell'attività in quanto tale (598); D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 392.

³⁹ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Annullabilità del provvedimento (sub articolo 21 octies, comma 2)*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 640, osservano che l'antiformalismo ha determinato un'eccessiva emarginazione del ruolo della legge come momento di regolazione degli interessi. Nelle società pluraliste, "gli eccessi di antiformalismo sfociano in degenerazioni particolariste, ossia nell'identificazione del bene comune con gli interessi di cui sono portatori immediati e diretti i soggetti". "Il recupero della componente formale del diritto – che non a caso è formalizzazione di comportamenti ritenuti coesenziali alla stessa 'tenuta' dell'ordine sociale che li stigmatizza – non può e non deve essere tacciata di mero formalismo: si tratta, in buona sostanza, di garantire o meno la protezione giuridica

infatti, in alcune sentenze, una corrente interpretativa diretta a non mortificare eccessivamente il dato formale, in ragione dell'eccessiva valorizzazione dei risultati amministrativi⁴⁰.

La norma deve essere collocata nel contesto attuale, caratterizzato da un fermento riformatore, ispirato – neanche a dirlo – alla semplificazione⁴¹, che dovrebbe in realtà essere “operazione complessa, riflesso non di azioni esteriori, ma di un atteggiamento spirituale, che corrisponde a una vocazione”, per evitare che la stessa si trasformi in operazione brutale che conduce a una “riduzione della complessità obiettiva delle cose a schema demagogico, a invettiva populista⁴²”.

Si deve osservare, in tal senso, che il d.l. 16 luglio 2020, n. 76⁴³, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, ha escluso che il secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* possa applicarsi ai provvedimenti adottati in violazione dell'art. 10 *bis*, nell'ambito cioè della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza⁴⁴.

del privato nei confronti degli enti pubblici, che necessariamente deriva dal rispetto di regole formali” (641).

⁴⁰ C.G.A. Sicilia, sez. giur., 24 gennaio 2022, n. 116, in *Foro it.*, 2022, 3, III, 121, che contempera i profili della partecipazione e l'omissione di adozione di un parere obbligatorio da parte dell'amministrazione, e afferma che la disposizione deve essere letta in senso funzionale, preservando gli aspetti legati alle garanzie prime dell'amministrato.

⁴¹ Si v. l'analisi critica operata da F. SATTA, *Aiutare l'Italia. Legge e semplificazione o semplificazione e legge?*, in *ApertaContrada*, 2019, 1; sulla nozione stessa e polimorfa di semplificazione, cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1223 ss., “Le incertezze degli strumenti di semplificazione cominciano dalla delimitazione degli stessi confini della semplificazione amministrativa. L'estensione semantica dell'espressione è infatti giunta fino all'identificazione con la stessa riforma della pubblica amministrazione che, da ultimo, è diventata sinonimo di 'sburocratizzazione', brutto neologismo posto al centro dell'agenda dell'attuale governo nazionale” e l'ambiguità non sembra certo essersi risolta, tutt'altro.

⁴² M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione*, cit., xxiv.

⁴³ Per una lettura complessiva delle misure ivi previste, cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Semplificazione e sostituzione dalla legge 'Madia' al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale*, in *Munus*, 2020, 2, 347 ss.

⁴⁴ Si indica un recente arresto pretorio, in ogni caso antecedente alla riforma del 2020, Cass., sez. I, 10 giugno 2020, n. 11083, in *Guida al diritto*, 2020, 46, 57, “a norma dell'art. 21 *octies* della legge 241 del 1990, l'annullabilità di un provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti è esclusa qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto

La disposizione, ad una prima lettura⁴⁵, potrebbe indurre a qualificare la novella come indice di aggravamento degli oneri amministrativi, e quindi si potrebbe ritenere che la riforma prediliga la forma e sacrifici, almeno in parte, il risultato, circostanza quantomeno singolare, poiché si tratta di un d.l. deputato a *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione*.

La vicenda, letta in questa prospettiva, rischia di essere però eccessivamente banalizzata.

Ad una più approfondita analisi, la norma opera una distinzione opportuna tra il regime della comunicazione di avvio del procedimento e quello del preavviso di rigetto – istituti connotati da condizioni applicative differenti e posti in fasi procedurali diverse – per ciò che riguarda il regime di raggiungimento dello scopo nelle ipotesi di violazioni formali⁴⁶. È divenuta nuovamente irrinunciabile la comunicazione dei

dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, allorché non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse. Il principio è applicabile anche nel caso di mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza, in violazione dell'art. 10 *bis* della legge del 1990, che dispone che prima della formale adozione di un provvedimento negativo l'amministrazione comunichi all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda”.

⁴⁵ Si v. Cons. St., sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790, “l'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990, a seguito della modifica operata con l'art. 12, comma 1, lett. i), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, comporta che l'omissione del preavviso di rigetto, in caso di provvedimenti discrezionali, non è superabile con una valutazione *ex post* del possibile apporto del privato; la modifica legislativa, incidendo su una norma ritenuta di carattere processuale, si applica anche ai provvedimenti già emanati”. Con la modifica intervenuta nel 2020, si è realizzata una distinzione tra il regime della comunicazione di avvio del procedimento e quello del preavviso di rigetto per i procedimenti ad istanza di parte, la cui omissione non è superabile nel caso di provvedimento discrezionali, tramite l'intervento dell'effetto ‘processuale’ della seconda parte del secondo comma dell'art. 21 *octies*, con la conseguenza che per i provvedimenti discrezionali, come quello oggetto del presente giudizio, rimane rilevante anche la sola omissione formale della mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

⁴⁶ Sul tema, M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, 2021, 2, 25 ss., 41, che osserva che le condizioni applicative dei due istituti sono assolutamente diverse, poiché in relazione al preavviso di rigetto l'amministrazione è già in grado di prefigurare un'ipotesi, quasi una bozza, di decisione; in senso conforme, ma rispetto alla formulazione originaria, E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*

motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, e ciò potrebbe rappresentare un palese indice di valorizzazione delle garanzie.

La concreta imposizione di obblighi formali di comunicazione, infatti, nelle ipotesi di preavviso di rigetto, potrebbe porsi quale indice, seppur isolato, di un recupero e di una pur flebile consapevolezza che la partecipazione procedimentale possa costituire ancora un elemento a presidio della legittimazione del potere⁴⁷; ci si deve, allora, chiedere in che termini tale riforma abbia previsto che l'apporto collaborativo del privato possa incidere sulla decisione, poiché ci si rapporta con un'amministrazione profondamente diversa, anche dal recente passato. Si potrebbe obiettare che per alcuni procedimenti 'tradizionali' la dialettica abituale potrebbe contribuire a orientare la determinazione, ma le riforme dovrebbero rivolgersi ai problemi dell'oggi, non a quelli del passato.

In tal senso, si deve comprendere, nella logica del confronto dialettico che la norma impone nuovamente, seppur limitatamente a un ambito specifico – quasi a voler emendare, in parte, la scelta legislativa compiuta in passato – in cosa possa consistere la collaborazione del privato, in una fase così avanzata dell'*iter* procedimentale.

L'assetto legislativo così delineato è, in ogni caso, mitigato da un orientamento giurisprudenziale consolidato, confermato da una recente sentenza in materia edilizia⁴⁸, per il quale l'amministrazione non è tenuta a confutare in maniera atomistica e peculiare ogni osservazione presentata dagli interessati a seguito del preavviso di rigetto di un'istanza. È sufficiente che dalla motivazione si evinca che l'amministrazione abbia tenuto conto, nel complesso, delle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della volontà pubblica⁴⁹.

In definitiva, si sposta opportunamente in ogni caso sull'amministrazione l'onere, un vero e proprio obbligo di dar seguito

to, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 1003 ss., la circostanza che l'amministrazione al momento della comunicazione dei 'motivi ostativi' all'accoglimento dell'istanza abbia assunto una 'predecisione' colloca tale momento partecipativo in una fase diversa e particolarmente avanzata.

⁴⁷ T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 203, "in riferimento all'onere di specifica motivazione del rifiuto delle osservazioni presentate dall'istante, nell'ambito del procedimento amministrativo, la pubblica amministrazione deve dar conto, nel provvedimento negatorio, di aver esaminato le osservazioni presentate e ritenerle idonee a confutare le ragioni ostativo esposte con il preavviso di diniego".

⁴⁸ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 21 gennaio 2022, n. 66.

⁴⁹ Cons. St., sez. IV, 1° luglio 2021, n. 5018.

alla partecipazione, nell'ambito dinamica relazionale complessiva, ma ciò che maggiormente deve rilevare è verificare se l'interessato possa indurre variazioni e mutamenti significativi per il segno della decisione amministrativa. La norma appare in controtendenza con le ultime novelle e in ogni caso resta un'ipotesi isolata.

Deve osservarsi, come notazione a margine, che sussiste una differenza estremamente rilevante tra gli interlocutori dell'amministrazione, ossia se gli stessi siano – come accade per le multinazionali o per grandi imprese – in grado di sovvertire con le proprie risorse e apporti conoscitivi, la determinazione dell'amministrazione o se si tratti di 'semplici' cittadini. La differenza della portata conformativa che la partecipazione può apportare alla decisione amministrativa è evidente⁵⁰ e sarà analizzata in dettaglio *infra*, cap. § 5.

Si rendono, infine, necessarie due considerazioni, la prima che riguarda il carattere di attualità e adeguatezza dei mezzi che la norma prevede, la seconda di carattere generale.

In primo luogo, ci si deve interrogare sull'attualità della disposizione, in un'analisi che dovrebbe interessare l'intero corpo della l. 241 del 1990, non per i principi in essa contenuti – indubbia conquista di civiltà giuridica – ma per i mezzi attraverso i quali gli stessi sono attuabili, posto che il mezzo determina la qualità del fine e lo caratterizza in modo permanente. Ci si deve chiedere se la comunicazione di avvio del procedimento e la relativa dequotazione compiuta dell'istituto ad opera dell'art. 21 *octies* siano ancora attuali o si possano ritenere, almeno in parte, superati nelle modalità dal mondo contemporaneo⁵¹.

⁵⁰ Si v. R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 214 ss., “gli interessi, e segnatamente gli interessi pubblici, anche quando siano declinati dalle norme in modo sufficientemente chiaro e puntuale, vengono, in realtà interpretati, e quindi definiti, nei procedimenti, e segnatamente in procedure molto spesso negoziate e partecipate nell'ambito delle quali si evidenzia il ruolo oggettivamente propulsivo (e conformativo) giocato dalla partecipazione, da una partecipazione circolare nella quale campeggiano, alla stregua di attori fondamentali, i professionisti della partecipazione, al cospetto di una platea, anche molto vasta e variegata, di diletanti, di *Men in the street*, spesso incapaci di contrastare il punto di vista rappresentato dai primi, ossia dai Signori della partecipazione e del procedimento amministrativo”; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto*, cit., 253, opera una ricognizione dello stato dell'arte di altri ordinamenti, sul nesso che intercorre tra partecipazione – le radici della garanzia difensiva – e l'esercizio legittimo del potere.

⁵¹ Sul punto, particolarmente puntuali appaiono le riflessioni di G. PERICU, *Aspettative*

Le ragioni che impongono una rinnovata attenzione critica risiedono, in larga parte, nell'incidenza che le norme hanno per la stessa capacità decisionale dell'amministrazione. La previsione di una comunicazione di avvio del procedimento e relativi regimi non possono conservarsi immutati, nella veste che avevano nell'immediato seguito dell'entrata in vigore della l. 241. Il mondo, da allora, è profondamente cambiato, e lo è l'amministrazione, immaginare che la dialettica tra privato e amministrazione sia perveracamente e indissolubilmente legata alla comunicazione così come ideata in origine equivale ad accedere ad una visione distorta del reale e del presente e a tradire la logica di fondo dell'istituto.

In secondo luogo, e in continuità logica con quanto appena riferito, si deve prendere consapevolezza che la forma ha cambiato veste e ci si dirige – o, probabilmente, si è già giunti da tempo – a una sostanziale atipicità, o rinnovata tipicità, delle forme, che rende complesso, se non impossibile, stabilire quali siano i 'provvedimenti adottati in violazione di norme (...) sulla forma degli atti'. Di conseguenza, è particolarmente arduo identificare il regime derogatorio; se non si conosce la portata della norma, non si possono conoscere i confini del relativo regime eccezionale.

Si può, in alternativa, in base a una lettura forse forzata, ma contemporanea, dal dato normativo, ritenere che il riferimento alla 'forma' abbia carattere progressivo ed evolutivo, e si adatti ai tempi che cambiano, con l'avvertenza, avanzata da Ledda, "che l'abuso incontrollato delle forme possa produrre danni irrimediabili, tanto per il cittadino quanto per l'amministrazione⁵²". Tale rischio, in base ad una lettura complessiva del dato normativo, fatte alcune eccezioni come quella appena analizzata, tuttavia, appare, non solo potenziale, ma ben lontano dal realizzarsi.

4. *La ricerca di sintesi tra i due aspetti deve ricercarsi a partire dal compito di realtà. Ipotesi di un approccio che generi dal problema concreto*

Il risultato, probabilmente a causa della giuridicità in ogni caso tenue, ed eterogenea nelle fonti, dalla quale è caratterizzato, visto che non

e tradimenti, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 126, "se volgiamo lo sguardo ai giorni nostri credo che emerga un sostanziale 'tradimento' degli obiettivi che la '241' perseguiva. Assistiamo a un fenomeno abbastanza consueto; si provvede ad adempimenti formali imposti dalla legge, ma nella pratica operativa li si disattende".

⁵² Così F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., 397.

appartiene propriamente al mondo del diritto, consente di adattare l'attività alle necessità contemporanee, senza il rischio di obsolescenza o di apparire superato.

È una nozione che può adattarsi a esigenze diversificate, in base a ciò che emerge dai singoli casi concreti. Si presta ad applicazioni differenziate che non ne tradiscono il nucleo originario.

La prospettiva della necessaria conciliazione e l'opportunità di ricercare profili di compatibilità tra forma e risultato devono basarsi sulla affinità di obiettivi e, necessariamente, sulla relatività dei due concetti per evitare la supremazia assoluta dell'uno dell'altro, che è strutturalmente indice di fallimento dei profili di raccordo e coordinamento.

Si deve assumere consapevolezza di tale ambizione, poiché la teoria e la prassi delle decisioni amministrative⁵³ si sviluppano e si palesano sul piano degli obiettivi, cioè del risultato, e il vero interrogativo deve focalizzarsi sulle tendenze, per evitare sperequazioni e preferenze, indistintamente, a favore dell'uno o dell'altro aspetto.

Per evitare ciò, l'approccio al tema potrebbe, in astratto, prescindere da un'applicazione esclusivamente teorica, e potrebbe generare dalla decisione pubblica così come emerge nella realtà e dai problemi quotidiani, dalla possibilità di enucleare i fatti amministrativi come problemi specifici. Il che non equivale a separare e isolare le nozioni dal problema, ma consentirebbe di integrare il tutto in schemi razionali più complessivi e più comprensivi⁵⁴, non necessariamente esaustivi, ma che provino ad avvicinarsi a ciò.

Si avverte che anche questo approccio potrebbe non essere di per sé risolutivo, poiché proprio il tema del risultato rende visibile quanto nell'amministrazione moderna si combinino sapere tecnico, calcolo, legalità procedurale, prudenza e responsabilità⁵⁵.

⁵³ Cfr. L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 1 ss. (spec. par. § 7) che osserva una tendenziale impotenza della teoria, e una contestuale arbitrarietà delle prassi.

⁵⁴ Per una lettura complessiva di tale approccio, anche da un punto di vista metodologico, si v. G. MARONGIU, *Scienze sociali e amministrazione pubblica: un approccio multidisciplinare*, ora in *La democrazia come problema*, I, t. 2, Bologna, Il Mulino, 1994, 331.

⁵⁵ Il tema involge la necessità di conciliare amministrazione e democrazia, circostanza che si pone in termini di correttivo, poiché i due termini non dovrebbero essere in conflitto, come osservato da J.P. BURKE, *Conciliare la pubblica amministrazione e la democrazia: il ruolo dell'amministrazione responsabile*, in *Probl. Amm. pubbl.* (Formez), 1990, 2, 239.

In ogni caso, un'amministrazione che prenda le mosse dai termini del problema e che elevi risultato e forma a parametri dell'azione, e non a fini della stessa, può incorrere in decisioni errate e censurabili, ma concorre a delineare e realizzare lo stesso ruolo che l'autorità pubblica deve assumere in una determinata fase storica.

L'identificazione del problema consente, se non di evitare, quantomeno di ridurre le ipotesi di attività eccessivamente improntata al risultato e che sacrifichi forme e garanzie, nella consapevolezza che il modello di riferimento sarà – se non lo è già in larga parte – plasmato sul modello delle c.d. relazioni organizzate a rete, come propone l'economia globalizzata, e non in modo gerarchico.

È evidente, che per una nuova amministrazione emergono nuovi diritti, i quali, come osserva Pugliese, assumono un contenuto di doverosità che “non contraddice la pretesa, ma impone un obbligo di serietà di prospettazione di soluzioni possibili o di soluzioni alternative, di disponibilità a rinunce (parziali o totali): in unico termine può meglio chiamarsi responsabilità e, per mettere assieme diritto e dovere si potrà forse dire responsabile esercizio del diritto⁵⁶”.

Si tratta, come riferito, di stabilire la connotazione delle nozioni, avendo riguardo al modello di amministrazione presente⁵⁷, ed eventualmente, tentare di rendere disponibili gli esiti per apportare miglioramenti all'agire, o apprezzarne in via prospettica i futuri sviluppi⁵⁸.

Un'amministrazione incline unicamente al risultato rischia di incorrere in continue violazioni ed esporsi a censure, gerarchiche e giurisdizionali, che rallentano e ostacolano l'agire finendo per tradire proprio l'intento originario. Al contrario, un'amministrazione rispettosa e devota

⁵⁶ Il virgolettato, non testuale, è citato da L. IANNOTTA, *Il modo di far diritto*, cit., 32 (nota § 20) e riprende la prima versione dell'opera di Pugliese, ora pubblicata in F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole nuove responsabilità*, Napoli, ES, 2013.

⁵⁷ A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996, 16, non esiste una realtà assoluta, unica, oggettiva, le descrizioni, anche quelle relative al potere, sono contaminate dalle parole che si adoperano per descriverne le dinamiche e i mutamenti.

⁵⁸ In termini generali, si fa riferimento alla visione di G. BERTI, *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, in *Studi economico-giuridici* (Volume LIX 2001-2002). *In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004, 107 ss., la funzione pubblica deve essere pensata affinché possa svolgersi in ogni tempo e in ogni luogo e per le finalità più diverse, “fatte emergere dalla vita della società, secondo un criterio che permetta di ricondurre a regole fondamentali unitarie ciò che ancora non esiste e che non è neppure prevedibile”.

delle formalità accessorie rischia di non fornire risposte adeguate rispetto ai fini istituzionali cui è, per legge, preposta.

Un equilibrio è non solo auspicabile, ma necessario, e deve assumere come parametri, evidentemente, i due poli del discorso, il risultato, da un lato, le forme, le garanzie e la legittimazione del potere – inteso quale fattore indiretto di tutela della situazione amministrativa nel suo complesso – dall'altro.

L'impostazione che prenda le mosse dal caso concreto consente di risolvere, forse di aggirare, un ulteriore problema, che riguarda il linguaggio contemporaneo dell'amministrazione⁵⁹.

Un fattore ulteriore da considerare è proprio quello linguistico, non in sé, ma inteso quale forma di espressione dei provvedimenti adottati, che potrebbe fungere da raccordo tra le esigenze che si intende comporre e che nell'approccio indagato in questo par. genererebbe dal fatto e non dall'esercizio di potere⁶⁰.

Non si intende, evidentemente, ridurre la questione alle sole modalità di esternazione, ma si rende funzionale l'analisi all'attività nel suo complesso; qualora il linguaggio amministrativo non sia in grado di dominare e palesare *iter* e decisione finale, la previsione di un risultato cui l'amministrazione ambisce rende, in certa misura, legittimo il provvedimento. Il tema emerge, tra le altre, nelle questioni che riguardano l'amministrazione digitale, analizzate *infra*, cap. § 6.

Si può, fin da ora, anticipare che proprio la progressiva tecnicizzazione e la conseguente tendenza alla dematerializzazione dei procedimenti si pone inevitabilmente quale potenziale barriera tra amministrazione e cittadini – al netto di interpretazioni che equiparano tale deriva, pur necessaria, a un fattore di miglioramento della partecipazione, anche se non è chiaro in che termini la tecnica possa porsi a favore delle istanze partecipative – poiché si svaluta, inevitabilmente, la teoria della legittimazione del potere, basata sulla forma del procedimento⁶¹. Rischia di smarrirsi il

⁵⁹ Si v. A. FIORITTO, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁶⁰ Sul tema, nell'ottica della ricerca di una sintesi tra certezza – che nella trattazione assume i connotati del profilo formale – e risultato, M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 15 ss., 19.

⁶¹ G. DELLA CANANEA, *Diritto, letteratura, filosofia*, cit., 1095, 1098, il quale richiama

legame di tipo soggettivo che consente di individuare i vincoli che ineriscono unicamente a determinate qualità del decisore pubblico, che rinviene nel linguaggio un segno distintivo.

Il linguaggio del potere è la sintesi del bilanciamento operato dall'amministrazione, e la tendenza sembra condurre a smarrire l'accuratezza delle proposizioni mediante le quali i precetti giuridici sono esternati, poiché il potere stesso rischia di non essere più nella piena disponibilità dell'amministrazione, o quantomeno non per tutti gli aspetti dell'attività⁶².

La forma potrebbe costituire, in questa dinamica, un elemento a presidio del legittimo affidamento, perché proprio l'esigenza di certezza, parametrata su quella di risultato, diviene una variabile dipendente dalle forme di produzione e di applicazione delle regole, da parte della stessa amministrazione⁶³.

La considerazione dei profili formali dell'agire diviene finanche funzionale al raggiungimento del risultato, poiché mitiga – o quantomeno si propone di mitigare – l'“ansia del provvedere”⁶⁴.

il nesso che intercorre tra gli scritti di Romano Tassone e le teorie di Luhmann; si v. U. SCARPELLI, *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*, in *Jus*, 1953, 3, 305 ss., per il quale la più compiuta espressione della tendenza a distinguere valutazione e precetto in base alla forma riveste carattere generale e inderogabile e rivela un vero e proprio dovere per l'amministrazione.

⁶² Cfr. G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 3, 437 ss., per il quale, la progressiva dilatazione dei poteri ‘occulti’ operanti sotto la copertura solo formale della legalità hanno contribuito ad ampliare il divario tra potere e amministrati, proprio con alterazioni del linguaggio dell'autorità.

⁶³ Come osserva M. IMMORDINO, *Certezza del diritto*, cit., 21, la valorizzazione della certezza dei rapporti come valore autonomo – e di converso della forma e della legittimazione del potere – deve provvedere a garantire l'accettabilità dell'attività da un punto di vista materiale. Si tratta di preservare l'aspettativa dei consociati nei confronti del potere, al di là delle modalità attraverso il quale lo stesso si palesa; F. BENVENUTI, *Caso e incertezza nel diritto*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, 29 ss., 41, 44, il diritto, e i rapporti da esso regolato, si compongono di incertezza e rischio. Tuttavia, la scienza giuridica è anche una scienza conoscitiva e subisce tutte le condizioni della conoscenza. Ma il diritto è anche un dato della realtà effettuale ed “un dato non solo è storia, ma vive nella storia e storia produce”.

⁶⁴ In questi termini, E. CASSETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 10; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal ‘terzo’*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 1024 ss., osserva che il dato legislativo non è autonomamente in grado di risolvere l'obiettivo tensione che sussiste tra gli obiettivi ed i

Tale opportunità di stabilità tra risultato e forma diviene un momento di conciliazione imprescindibile, poiché il diritto positivo ha palesato da tempo il suo aspetto precario e analizzare le tendenze a partire della realtà può consistere in una soluzione percorribile.

Il recupero del dato formale concorre, anche partendo dalla realtà e non dalla regola, a fissare i termini del rapporto nel caso concreto poiché, come notato, il risultato ha natura necessariamente relazionale e muta con il modificarsi del termine di riferimento⁶⁵.

La difficoltà di tale impostazione potrebbe risiedere nella irrealizzabilità di identificare un risultato, o, in altri termini, un fine unico per le amministrazioni, ma proprio tale circostanza, può, a ben vedere, essere ricondotta, attraverso la forma, a un rapporto di compromesso e di conoscibilità, per l'amministrato, ma anche, ovviamente, per il giudice amministrativo⁶⁶.

Qualora si assumano come legittimi e ragionevoli diversi risultati, infatti, parametrati sulle diverse esigenze che si palesano di volta in volta, deve ammettersi legittima la graduazione delle forme.

valori di matrice garantistica e le esigenze di risultato. Le osservazioni dell'Autore sono tese a palesare l'inadeguatezza della legislazione italiana in relazione al coinvolgimento del terzo nel procedimento, rispetto a quanto previsto nella legge sul procedimento amministrativo tedesca.

⁶⁵ Si v. S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 40 ss., si tratta di stabilire i criteri di massima dell'azione amministrativa e renderli palesi attraverso i profili formali. L'Autore osserva che, con riferimento alla qualità della normazione, "se la norma prevede formalità eccessive, o comunque un *iter* procedimentale che per la sua farraginosità male si presta al conseguimento di un buon risultato, è la legge che deve essere modificata", "pertanto, non appare corretto impostare il rapporto tra principio di legalità e 'risultato amministrativo' in termini di contrapposizione e contraddizione" (41).

⁶⁶ Cfr. A. POLICE, *Amministrazione di 'risultati' e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 101 ss., 104, 123, il risultato che la pubblica amministrazione "ha in animo (e si prefigura)" ha una valenza autonoma che è l'esito dell'attività amministrativa, ma lo stesso risultato può divenire parametro del sindacato giurisdizionale, poiché "non appare peregrina, cioè, la suggestione secondo cui la trasformazione dei compiti e dei poteri del giudice ben consentirebbe - a legislazione invariata - il raggiungimento del medesimo obiettivo in termini di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (di risultato) senza scardinare le basi su cui fonda l'effettività e la concreta vigenza delle norme procedimentali".

5. *La forma della programmazione. Programmare per legge e programmare per atti. La tendenza all'affidamento della programmazione a privati: rischi e opportunità*

Il risultato dovrebbe essere porsi all'esito di un'adeguata programmazione, che rappresenta il momento preliminare deputato proprio all'identificazione di interessi e obiettivi per il potere, soprattutto per preservare un grado di coerenza adeguato delle scelte pubbliche nel tempo; in altri termini, alla programmazione spetta la prefigurazione della priorità delle decisioni pubbliche e, congiuntamente, le previsioni per la raggiungibilità effettiva del singolo risultato⁶⁷.

La programmazione risponde, anch'essa, a bisogni eterogenei⁶⁸, ad esempio di carattere contabilistico, poiché provvede alla garanzia di legalità e di previsione delle spese pubbliche⁶⁹, o anche riguardo impegni assunti e imposti come tali in ambito sovranazionale, anche attraverso atti dell'Unione Europea rivolti alle amministrazioni interne; si potrebbe affermare che la programmazione sintetizzi i termini di fattibilità del risultato, garantendo che lo stesso sia perseguito nel rispetto dei principi ge-

⁶⁷ Sul tema, ampiamente, R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, 651, "la programmazione si pone come stadio logico dell'agire razionale dell'uomo nelle sue relazioni sociali. Infatti, ogni scelta presuppone una prefigurazione delle finalità e degli obiettivi che si intendono raggiungere per predisporre i mezzi idonei a raggiungerli e per controllare i risultati. Programmare, secondo la celebre definizione di Luhmann, è 'decidere sulle decisioni', secondo un disegno ordinato di condotte future" [l'Autore si riferisce a N. LUHMANN, *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung* (5th ed., 2007) Berlino, Verlag].

⁶⁸ Sul rapporto che intercorre tra 'mete sociali' e programmazione amministrativa, attuali sono le riflessioni di I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali* (Parte I), in *Dir. soc.*, 1990, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Napoli, ESI, 2015, 681 ss.

⁶⁹ Cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, 151, la previsione, attuata tramite la programmazione, della necessaria copertura finanziaria su qualsiasi impegno di spesa dell'amministrazione esprime un principio di imputazione formale necessario; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Scelte di finanza pubblica e risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 207, osserva, in maniera del tutto condivisibile, che la prospettazione del risultato nel settore delle scelte di finanza pubblica è sintomatico dell'esigenza di prevedere "insieme alla serie di risultati conseguenti alla scelta anche la copertura delle spese che la scelta ed i suoi risultati (previsti, *nda*) comportano".

nerali e nel rispetto delle condizioni, giuridiche e fattuali, nelle quali si trovi l'amministrazione in un determinato momento.

La complessità del tema, riferibile alla sua veste formale, si basa sulla circostanza che la stessa nozione di programmazione è qualificata talvolta come 'tecnica', talvolta come metodo generale dell'attività o anche in termini di funzione vera e propria, senza che nessuna delle precedenti definizioni possa dirsi inattaccabile o, al contrario, errata in radice.

I profili di interesse che emergono sono principalmente due e riguardano, in primo luogo, le differenze e le aporie insite nella programmazione per legge e per atti⁷⁰, e, in secondo luogo, la sempre più frequente esternalizzazione di atti programmatori e pianificatori a favore di soggetti privati⁷¹, spesso multinazionali o soggetti particolarmente qualificati, circostanza che comporta, come si vedrà riguardo la tecnica, una pericolosa tendenza alla dismissione della funzione pubblica.

Si deve premettere che la sovrapposizione tra programmazione per legge e per atti ha generato notevoli effetti negativi, come, ad esempio, emerge chiaramente dagli obiettivi non raggiunti dalla nota l. 21 dicembre 2001, 443, la c.d. legge obiettivo in materia di infrastrutture⁷².

La programmazione sintetizza almeno tre momenti diversi, *id est* la determinazione degli obiettivi e quindi dei risultati, l'indicazione delle risorse, dei procedimenti e dei tempi previsti e, infine, la previsione della fase di controllo, per verificare la rispondenza tra quanto fissato e quanto conseguito.

⁷⁰ In termini generali, cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, 128, quando si tematizza la forma, ci si deve chiedere se un certo atto presenti una veste tipica e ricorrente, in termini di apparenza prefigurata e disciplinata, "cosicché è possibile mettere a confronto la apparenza con la quale l'atto concreto si presenta con la prefigurazione di tale apparenza, e verificare se la forma dell'atto concreto corrisponde a quella prefigurazione".

⁷¹ Cfr. N. LONGOBARDI, *Grandi disegni o vere riforme? A proposito di una innovazione istituzionale e pubblica amministrazione*, in *Studi economico-giuridici* (Volume LIX 2001-2002). *In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004, 585 ss., le riflessioni sulle riforme si rendono necessarie quando i disegni di legge si rivelano funzionali principalmente alla gestione non trasparente dei grandi interessi economici, l'innovazione istituzionale è piegata in maniera a fini di potere, non necessariamente pubblico.

⁷² Cfr. AA. VV. (a cura di), *Tutti all'opera. Dalla programmazione all'esecuzione: la corsa a ostacoli per realizzare le opere pubbliche* (Rapporto ItaliaDecide 2021), Bologna, Il Mulino, 2022; P. SERVILI, *La Legge 443/01 ha raggiunto il suo obiettivo? Il programma delle Grandi Opere attraverso le delibere CIPE di attuazione, gli esiti del controllo e la pianificazione UE*, in *Foro Europa*, 2015, 2.

La programmazione si perfeziona nella fase intermedia che si colloca ‘tra il disporre e il provvedere’, per garantire che l’intero *iter* di scelta pubblica sia connotato da un grado adeguato di percorribilità.

In relazione al primo aspetto analizzato, per autorevole lettura⁷³, con riferimento al tradizionale orientamento della Corte costituzionale, si osserva che non vi è sul tema una riserva di amministrazione e la legge non sarebbe soggetta a limiti di alcun genere, in ordine ai suoi contenuti, in quanto la distinzione tra legge e provvedimento non risulta legata a dati sostanziali (i contenuti), ma ad elementi formali: la competenza, il procedimento, la forma e la ‘forza formale’. In questa sede, tuttavia, sono analizzate solo le ipotesi di programmazione perfezionata attraverso atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, anche se tale identificazione non è sempre così agevole, come notato.

Il tema riguarda proprio la differente portata precettiva, che dipende in larga misura dalla veste formale che la programmazione concretamente assume. I criteri utilizzati per verificare la differente *vis* cogente sono suscettibili di variazioni nel tempo e non costituiscono un indice sufficientemente affidabile; la programmazione, infatti, precede la decisione concreta e, con forma e forza variabile, condiziona l’azione dei pubblici poteri.

Per tener fede a quanto riferito finora, nell’ottica della valorizzazione del dato formale inteso quale primaria opzione di legittimazione del potere, si deve precisare in che modo le diverse vesti formali della programmazione incidono sulla successiva attività amministrativa⁷⁴ e, soprattutto, se sia possibile individuare una tendenza in tal senso, se non unica, quantomeno attendibile.

⁷³ Si v. F.G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2004*, Milano, Giuffrè, 2005 (tale approccio è ripreso ed espressamente citato da S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche invasioni di campo*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 229 ss., 234); sul tema, rispetto alla medesima natura problematica, dello stesso Autore, F.G. SCOCA, *I programmi di attuazione degli strumenti urbanistici*, in *Dir. soc.*, 1980, 3, 559 ss., 565 (spec. par. § 3) rispetto sulla portata precettiva dei programmi di attuazione.

⁷⁴ Si assume la prospettiva offerta da R. DIPACE, *L’attività di programmazione*, cit., 656, la programmazione non può essere considerata interna al procedimento di formazione della decisione finale, non sono atti endoprocedimentali ma sono atti presupposti esterni alle decisioni. Emerge, in altri termini, la gradualità necessaria del percorso decisionale amministrativo.

Alla programmazione spetta la precisazione del risultato amministrativo da perseguire, assunto sulla base di una necessaria e preventiva fase cognitiva e di analisi, per accertare la perseguibilità concreta dell'obiettivo⁷⁵. Non si tratta di un'attività di mero indirizzo, poiché contiene misure di coordinamento e controllo che risultano, in ogni caso, condizionanti e, spesso, in concreto vincolanti.

Al fine di individuare la veste formale, non è di supporto in alcun modo il dato legislativo, posto che la normativa utilizza spesso, ad esempio, i termini pianificazione e programmazione in modo promiscuo.

Si può affermare, con discreto grado di certezza, che si tratta di atti che rientrano nella *species* di atti conformativi di interessi.

Non è questa la sede per una rassegna esaustiva che tenga in considerazione le diverse fattispecie concrete di programmazione e, di riflesso, la loro veste formale, ma si osserva che, al netto di soluzioni classificatorie non soddisfacenti, alla crescente pervasività di previsioni cogenti dovrebbe corrispondere un contestuale obbligo di formalità crescente per il soggetto che elabora il piano o il programma. Tale tendenza potrebbe giustificarsi poiché i piani e i programmi sono dotati di una portata vincolante, seppur mediata nei confronti degli amministrati.

L'obiettivo, tuttavia, non sembra adeguatamente garantito, per diverse ragioni, non necessariamente patologiche, come, tra le altre, la eterogeneità dei soggetti preposti alla predisposizione dei programmi, differenti per struttura, grandezza e competenze, per i quali sarebbe inesigibile un grado uniforme di formalità nella redazione dei diversi atti.

La riflessione, che appare non superabile o rinvenire una soluzione unica, consente di volgere lo sguardo al secondo profilo, che estende la prospettiva di ricerca al tema dell'affidamento di intere e cruciali fasi di programmazione a soggetti privati, spesso dotati di rilevanti risorse, economiche e tecniche. Ignorare, e conseguentemente decidere di non regolare tali dinamiche relazionali, peraltro note ed evidenti, equivale a dismettere, consapevolmente, la funzione pubblica e, in larga parte tradire la conservazione dell'ordine democratico⁷⁶ nel suo complesso, poiché

⁷⁵ F. LEDDA, *Problema amministrativo*, cit., 341, si tratta di un'indagine intesa quale operazione di carattere complesso, attraverso la quale i fatti non sono solo investigati, ma anche disposti in certo modo e ordinati secondo connessioni di senso consapevolmente stabilite sulla scorta dell'interesse assunto come guida.

⁷⁶ Emblematicamente, G. MARONGIU, *La democrazia come problema*, in *Orient. Soc.*, 1989, 2, ora anche in *La democrazia come problema*, I, t. 2, Bologna, Il Mulino, 1994, 91,

strutturalmente il processo decisionale pubblico è reso più oscuro e meno controllabile.

Oggi, certo, si ammette la negoziabilità condizionata del potere, del pari si attribuisce rilevanza all'attività di programmazione e non al singolo atto nel quale la stessa si concretizza, si riconosce che la congiunzione del privato al pubblico non confonde gli interessi, ma crea convergenze, di cui può beneficiare anche la fase di programmazione.

Si impongono, infatti, sin dalla fase di programmazione, ma in assenza di qualsiasi tipo regolazione, interessi e obiettivi che non sono identificabili nella veste tradizionale dell'interesse pubblico, ma sono, soggettivamente e oggettivamente interessi privati; si pensi, a mero scopo esemplificativo, al riflesso condizionato che gli indici bancari riversano sulla programmazione di spesa annuale.

La questione, prospettata in tali termini, potrebbe portare con sé una serie tendenzialmente infinita di aspetti problematici e sensibili, quali, tra tutte, per attualità e importanza, il ruolo e la crescente presenza dei gruppi di pressione – anche identificati con il nome di *lobbies* – nei diversi momenti di elaborazione e perfezionamento della decisione pubblica⁷⁷.

Il tema della programmazione negoziata⁷⁸ non rappresenta una novità in sé, poiché si è imposta, nel corso dei decenni, come soluzione di natura cooperativa, tra il soggetto pubblico e il soggetto privato, per motivi di razionalizzazione della spesa e di coinvolgimento attivo dei soggetti privati, interessati e qualificati, sin dalle prime fasi di decisione pubblica.

Vi sono, come noto, alcuni settori sensibili che sono vincolati a una programmazione che deve restare, almeno formalmente, pubblica, come

che rinviene la soluzione nei c.d. ordinamenti parziali di preferenze che consentono “il pur sempre difficile accostamento analogico tra scelte individuali e scelte collettive ed è solo nell'ambito di questa parzialità, di queste sfere separate di interessi (...) che è possibile salvare il principio di eguaglianza delle capacità politiche individuali, e insieme assicurare il funzionamento del processo decisionale pubblico”.

⁷⁷ Si v. l'analisi condotta *infra*, cap. § 5.

⁷⁸ Sul tema, si rinvia a A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, ES, 2000; diversa, almeno in parte, è la prospettiva offerta da P.A. CAPOTOSTI, *Tendenze alla negoziazione degli interessi tra amministrazione e privati e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 221, che discorre di amministrazione e di legge negoziata, che si pongono quale conseguenza necessaria della trattativa tra gruppi sociali e potere pubblico.

nel caso della spesa sanitaria⁷⁹ per assumere la visuale di questione sensibile e attuale. Certo, i dubbi sull'esistenza di interferenze indebite da parte del privato sono particolarmente avvertiti anche in tali settori, ma ci si attiene alla lettura del dato positivo, il giurista non può nutrirsi di sospetti.

Deve però rilevarsi – e la reazione delle strutture sanitarie regionali alla pandemia da Covid-19 lo ha dimostrato in maniera chiara – una visione spiccatamente capitalista anche della gestione sanitaria, che si pone, talvolta, in un'area grigia di legittimità⁸⁰.

Si assiste, come anticipato, a un crescente e azzardato abbandono della legalità nella programmazione, poiché i risultati – e talvolta gli atti prescrittivi agli stessi collegati – sono rimessi all'elaborazione e, sovente, alla predisposizione di soggetti sostanzialmente indifferenti alle dinamiche dell'interesse pubblico, e, soprattutto, privi di qualsiasi potere conferito per legge. Si rinuncia, in maniera più o meno consapevole alle forme e ai regimi della regolazione della programmazione.

L'occasione di coinvolgimento dei privati, attraverso appositi e regolati moduli, come supporto per l'individuazione di obiettivi di interesse comune si è trasformata in un'occulta e non tracciata cessione delle fasi della programmazione, circostanza accentuata anche dalle dinamiche proprie della globalizzazione⁸¹.

Si afferma un autonomo modello di programmazione retto da prin-

⁷⁹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 maggio 2019, n. 3054, in *Foro amm.*, 2019, 6, 1101, “è da escludere che la programmazione finanziaria, con precipuo riguardo alle determinazioni in tema di limiti di spesa sanitaria, possa formare oggetto di una funzione negoziata, alla luce del chiaro disposto dell'art. 32, comma 8, l. n. 449/1997, secondo cui le Regioni individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, ivi compresi i presidi sanitari ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, comma 32, l. n. 662/1996, considerato anche che, nella materia *de qua*, l'amministrazione è titolare di un potere autoritativo. Invero, nell'evoluzione della legislazione sanitaria si è progressivamente imposto il principio della programmazione, con carattere autoritativo e vincolante, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario, attese le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario”.

⁸⁰ Cfr. M. D'ARIENZO, *Dimensione organizzative e modelli culturali in sanità: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Federalismi*, 2021, 1, 194 ss.

⁸¹ Sul tema, A. BARONE, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 2, 261 ss.

cipi non unicamente pubblicistici, che incide e, talvolta, esaurisce il tema stesso della programmazione e che condiziona, spesso in modo estremamente dettagliato, l'identificazione del risultato che deve essere in concreto perseguito dalle amministrazioni.

In un contesto così delineato, appare inesigibile imporre vincoli formali e di tutela a soggetti che apparentemente non sono titolari di alcun ruolo ma che, in concreto, adottano scelte che vincolano i poteri pubblici.

Non si intende, né tantomeno si potrebbe farlo, rifiutare in maniera preventiva il necessario apporto dei privati nella fase di programmazione, ma si rende opportuno che tali aspetti siano noti e non affidati a prassi caratterizzate dall'oscurità delle procedure, come accade ormai diffusamente⁸².

Il tema della programmazione negoziata tradizionale recede all'imporsi, per diverse ragioni, di una programmazione privata, con risultati amministrativi rimessi nella loro definizione ad ambiti e interessi alieni dal campo pubblicistico e un'attività amministrativa di dettaglio che non è in grado di garantire la veste formale di tutela dei singoli atti precettivi.

Appare quanto mai opportuno precisare, in conclusione, che non si tratta di un sentimento di preclusione aprioristica e assoluta nei confronti di una programmazione devoluta, anche nei suoi aspetti strutturali, a soggetti privati, estremamente qualificati, ma è necessario che proprio il tema del risultato cui tali atti tendono sia avvinto, in qualche modo, alla legalità e alle relative forme⁸³.

Emerge, in termini generali – anche se per l'identificazione del risultato ad opera della programmazione si palesano criticità strutturali – una

⁸² Come osserva M. D'ANGELOSANTE, *Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e dei percorsi di completamento immaginabili*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4, 530 ss., 556, il *lobbying* può alterare, talvolta in maniera illegittima, la decisione pubblica attraverso ipotesi di corruzione o di abuso di posizione dominante.

⁸³ Si tratta di comporre poteri e relative attività verso l'interesse collettivo, non in maniera immutabile, per evitare il rischio di incorrere nel legalismo che “è indistinzione, perdita di visibilità delle singolarità e di oggettivizzazione delle separazioni”, come osservato da G. BERTI, *Legalità nelle istituzioni*, in *Jus*, 1991, 1, 3 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, 49, “il solo rispetto delle forme nei rapporti fra il potere e i diritti dei cittadini rendeva necessariamente formale e sterile la stessa legalità come rivestimento generale della sovranità dello Stato. Tanto che il rispetto formale della legge, anziché essere fonte di vitalità di un ordinamento pacifico basato sulla reciproca accettazione di politica e società, è divenuto sempre di più una sorta di luogo comune, al riparo del quale i poteri si sono corrotti, le funzioni dello Stato si sono mescolate”.

compresenza di matrici e di poteri differenti che devono essere integrati e non contrapposti, una pluralità che non è solo semantica, “molte radici, dunque, ma alla fine un’unica grande nuova legalità, come cultura e come prassi⁸⁴”, un auspicio che, ad oggi, non trova adeguato riscontro nella cultura dell’amministrazione.

6. (Segue) *L’attuazione del PNRR: della forma come ostacolo e della forma come possibilità*

Il tema appena analizzato del condizionamento delle scelte di programmazione è emerso, ed emerge, in modo avvertito, nel contesto delle misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (da qui in poi PNRR), dalla promulgazione del quale si è registrata una mobilitazione deputata a imporre determinati impulsi alla predisposizione del programma⁸⁵.

Si chiarisce, sin da subito, che la classificazione del PNRR in base ai criteri tradizionali previsti per i provvedimenti amministrativi risulta un compito soggetto a soluzioni diverse e, forse, in ogni caso, finanche superfluo.

Due avvertenze di carattere metodologico si rendono utili, poiché, in primo luogo, il Piano potrebbe rappresentare un *unicum* e pertanto le riflessioni non possono avere nessun referente nel passato e, in secondo luogo, l’esame è embrionale e limitato poiché manca un quadro complessivo degli interventi specifici e attuati⁸⁶.

Da un’analisi del PNRR emergono diverse peculiarità, tra le quali, per quanto di interesse, una nozione atipica di risultato.

Si deve stabilire se e in che termini la forma e le garanzie possano rappresentare un ostacolo all’attuazione degli obiettivi del PNRR o se, al contrario, dall’esecuzione tempestiva del Piano dipendano necessariamente comportamenti poco inclini e rispettosi delle forme⁸⁷.

⁸⁴ G. BERTI, *Legalità*, cit., 66 (ci si riferisce alla numerazione in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018).

⁸⁵ Si v. A. BITONTI ET AL., *Chi detta l’agenda? Le dichiarazioni pubbliche dei gruppi di interesse nel Recovery Fund*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2021, 3, 461.

⁸⁶ Si v. il documento redatto dalla Corte dei Conti, sez. riun. sed. controllo, *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, Marzo 2022, in *Astrid*, 2022, 3.

⁸⁷ Cfr., in termini generali, l’impostazione di B. DENTE, *Politiche pubbliche e pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini, 1989, 35, nella problematica dello Stato di diritto, la

Potrebbe percepirsi una preclusione verso soluzioni mediane, in opposizione al proposito del presente capitolo, probabilmente estremamente ottimistico nelle intenzioni.

Il tema è intuitivamente centrale perché insiste e incide sulle sfide strutturali che interessano e che ipotecano l'attività della pubblica amministrazione nel presente e nel prossimo futuro.

Tra gli obiettivi del PNRR assumono un ruolo nodale l'incremento di efficienza e di competitività del Paese, due obiettivi, che – abbandonando comode ipocrisie e visioni totalmente immaginarie – spesso impongono un'obliterazione delle forme e delle garanzie.

Una clausola di deformalizzazione è, in realtà, già prevista, e pertanto legittimata dallo stesso PNRR, allorché si prevede che “il Governo si impegna a realizzare la strategia di riforme del Piano secondo i tempi e gli obiettivi previsti, anche ricorrendo a provvedimenti d'urgenza ove necessario a garantire il rispetto delle scadenze programmate⁸⁸”; emerge una condizione quantomeno singolare, un'emergenza programmata, poiché si ha contezza di un elevato rischio del mancato rispetto dei tempi, e si rende legittimo, *ex ante*, il ricorso a procedure che sono derogatorie rispetto a quelle ordinarie⁸⁹.

Tra le riforme di carattere orizzontale, uno spazio rilevante è dedicato alla pubblica amministrazione, con l'elencazione dei noti nodi problematici che rendono la stessa un ostacolo per cittadini e imprese.

Da un'analisi dei quattro punti previsti dal PNRR per la realizzazione degli obiettivi di riforma amministrativa – accesso, buona amministrazione, competenze e digitalizzazione – non è agevole identificare una tendenza unica, incline alla forma o al risultato.

Emerge, tuttavia, dalla necessaria differenziazione degli obiettivi, una diversificazione delle procedure, che ricalca il modo il cui si presenta la società contemporanea, la cui trama è intessuta di fattispecie complesse.

Non si può fornire un'analisi esaustiva delle differenti tematiche che dall'attuazione e dall'analisi stessa del testo del PNRR emergono, ma non si può negare che il Piano inciderà in maniera decisiva nell'azione

formalizzazione delle procedure di decisione ha il senso di garanzia per i cittadini, nei confronti di un possibile arbitrario del potere autoritario.

⁸⁸ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 47.

⁸⁹ Sulla ricerca di un punto di convergenza di tali delicati equilibri, in tema di affidamento di contratti pubblici, cfr. C. BENETAZZO, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in *Federalismi*, 2021, 29, 122 ss.

amministrativa dei prossimi anni, con assunzione di punti di equilibrio nuovi nel rapporto tra forma e risultato.

Il PNRR, come noto, costituisce il presupposto operativo e organizzativo, per gli Stati membri, per avvalersi delle risorse stanziare dall'Unione Europea, a titolo di sussidi (*grant*) e di prestiti (*loan*), sistema che consente una verifica di compatibilità dei diversi Piani con le priorità d'azione dell'Unione⁹⁰.

L'aspetto di prevalente interesse riguarda la subordinazione del pagamento delle rate rispetto a due obiettivi, *id est* risultati, da valutare con criteri differenti, i *milestone*, di carattere qualitativo e i *target*, di carattere più propriamente quantitativo⁹¹. Il PNRR, in altri termini, definisce le dimensioni fondamentali del futuro dell'amministrazione, con l'identificazione di priorità, missioni e obiettivi.

Dall'analisi del dato testuale si palesano due aspetti, ossia le tempistiche procedurali estremamente ridotte e la rinnovata veste del risultato, sulla quale è opportuno svolgere qualche riflessione.

Non si tratta solo del raggiungimento dei risultati del PNRR in sé considerati – per quanto siano strategicamente a presidio dei delicati ed eterogenei equilibri che si impongono in un quadro complessivo così delicato – quanto la integrazione continua delle azioni, di sistema e strumentali nella prospettiva dell'appropriatezza⁹², intesa quale canone autonomo di giudizio, dell'attività amministrativa.

Il risultato, in questi termini, tende a cambiare veste, a porsi non come scorciatoia per il conseguimento di un obiettivo, perché le sfide che interessano l'amministrazione non attengono né propriamente a principi generali, né a specifiche regole di diritto positivo, pur impegnandoli entrambi; la definizione moderna di risultato può essere ap-

⁹⁰ Per un'analisi del tema, rispetto all'iter seguito, si v. N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 2022, 1.

⁹¹ Si v. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico 'normativo'?*, in *Federalismi*, 2021, 18, 238.

⁹² Cfr. L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove aut.*, 2021, 3, 553, osserva che "il risultato, inteso in una dimensione composta, in cui il riferimento alla decisione intesa nella sua giuridicità, riferita anche alla definizione di uno specifico assetto di interessi, si pone come il frutto di un processo che è espressione della dialettica tra organizzazione e funzione e, dunque (...) un processo inteso in termini di una organizzazione prima, e di una azione dopo, che portano a una decisione amministrativa 'appropriata' e 'adeguata'".

prezzata e riguarda – per riprendere ancora Pugliese – “il senso vettore dell’ordinamento, che si manifesta come fenomeno giuridico prima ancora di farsi norma generale⁹³”.

Alla stregua dell’attuazione delle misure potrà dirsi se i risultati saranno stati veicolati adeguatamente e con le tutele e le garanzie necessarie.

Emerge un comprensibile senso di disorientamento – che potrà eventualmente essere dissipato dal perfezionarsi delle riforme che saranno attuate – poiché il rischio di un’attività pubblica totalmente svincolata da qualsiasi criterio formale, al fine di rispettare i termini strettissimi, quasi asfittici, imposti è, non solo alto, ma estremamente concreto.

Una chiave di lettura, indice di tale preoccupazione, emerge da una recente sentenza, relativa a una delle prime procedure ad evidenza pubblica per la realizzazione di opere finanziate con i fondi del PNRR; nello specifico si tratta della procedura per l’affidamento dell’accordo quadro per la progettazione esecutiva e la realizzazione di un sistema innovativo per la segnaletica ferroviaria⁹⁴.

La stazione appaltante, nelle memorie difensive, ha evidenziato come la mancata suddivisione in lotti della gara non avrebbe – tra gli altri motivi – consentito il rispetto dei termini previsti del PNRR, “aspetto di centrale importanza, essendo ad esso connessa la piena fruizione dei finanziamenti europei”. Per non rinunciare ai fondi, si compiono scelte obbligate, magari anche con sacrificio delle forme; la tendenza è chiara ed allarmante.

La stazione appaltante ha, inoltre, osservato che l’iter autorizzativo che le imprese devono affrontare per ottenere il requisito di partecipazione per tali affidamenti, è “incompatibile con i vincoli connessi al Programma di investimenti del PNRR” e che i tempi di gara sono parametrati con “le peculiarità dell’appalto, anche alla luce delle ragioni di urgenza connesse alla necessità di non perdere i finanziamenti sovranazionali contemplati dal PNRR”.

Il T.A.R. avalla e ritiene legittimo il comportamento dell’amministrazione poiché la stessa ha calibrato la scelta della suddivisione in lotti e quella correlata alla individuazione dei requisiti di partecipazione, “proprio tenendo conto dei diversificati vincoli temporali di

⁹³ F. PUGLIESE, *Sull’amministrazione consensuale*, cit., 2.

⁹⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 febbraio 2022, n. 1255, in *L’amministravista*, 2022.

attuazione degli impegni assunti dallo Stato italiano con l'Unione europea dettati dal Piano ERTMS e dal PNRR”.

Il criterio utilizzato è immediatamente visibile, si può eventualmente rinunciare alle forme, ma non si può incorrere nel rischio di non accedere ai fondi europei; ‘si obliterino le garanzie, purché non si perdano i fondi’.

Il rispetto delle procedure è legittimo solo qualora non incida sui tempi del PNRR anche se si tratta di due aspetti che non dovrebbero essere posti in connessione diretta, perché attengono a impostazioni e modalità legislative diverse.

Tale tendenza è, come detto, pericolosa ed è chiaro che sarà decisivo il ruolo che la giustizia amministrativa intende e decide di assumere in tale processo di ripresa economica⁹⁵.

Da tali riflessioni e dall'analisi dei criteri di azione e monitoraggio si rende evidente che la sintesi delle riforme debba avvenire e perfezionarsi in una visione unitaria, a partire da dati fattuali oggettivi, verificabili e costantemente aggiornati.

L'attuazione delle politiche che il PNRR impone di perseguire deve essere perfezionata attraverso procedure rispettose delle forme, senza che queste si trasformino in un ostacolo insormontabile. Emerge, in tutto il suo aspetto problematico, la differenza tra forme e formalismo nocivo, di cui si è detto *supra* cap. § 1.

Il dato che, in ogni caso, si impone all'attenzione dell'interprete è una forma nuova di programmazione, non si sa se limitata al contesto presente o se destinata a imporsi come modalità ordinaria, che prescrive nuove forme degli atti di gestione concreta dell'interesse pubblico, con risultati intermedi da raggiungere per l'amministrazione, in un contesto di *performance*, e non più unicamente di spesa.

⁹⁵ In termini generali, sul tema del rapporto tra giustizia amministrativa e fattori di crescita economia del paese, si v. l'auspicio operato da A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 5-6, 951 ss., 975, “La speranza è, allora, quella di isolare le posizioni estreme, che vagheggiano da una parte vicende dell'economia senza strumenti istituzionali e senza tutela, e dall'altra una giustizia economica, espressione di sovranità e di diritti, funzione senza costi e senza tempo e dunque non storica, ma assoluta. Il punto di questo non facile equilibrio è costituito dalla configurazione della giustizia come servizio pubblico; come tutti i servizi, organizzabile, valutabile e misurabile”.

7. *La tenuta della forma nel bilanciamento con il principio di tempestività*

La declinazione più immediatamente percepibile, ma non l'unica, né necessariamente la più rilevante, di risultato amministrativo è rappresentata dal principio di tempestività dell'agire pubblico, una nozione estremamente ampia e diversificata che trascende il mero rispetto dei termini procedurali da parte dell'amministrazione e si pone quale sintesi tra l'interesse pubblico concretamente curato e il tempismo di reazione da parte del potere⁹⁶.

A differenza di ciò che si potrebbe pensare è un principio che è non rivolto unicamente all'amministrazione, ma è funzionale alla valorizzazione del principio di leale collaborazione tra soggetto pubblico e amministrato. Si veda, a tal proposito, una recente vicenda, in tema di accesso agli atti, nella quale si impone al privato l'indicazione puntuale degli atti oggetto dell'istanza, "atteso che richieste generiche sottoporrebbero l'amministrazione a ricerche incompatibili sia con la funzionalità dei plessi, sia con l'economicità e la tempestività dell'azione amministrativa"⁹⁷.

In questa prospettiva, la visione collaborativa del procedimento impone che la tempestività gravi come dovere in capo ad entrambi i soggetti, ovviamente non in termini equivalenti, almeno in linea di principio⁹⁸.

⁹⁶ Di recente, si v. L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, 2020, 2461 ss. (spec. par. § 5) il tempo diviene precondizione per la realizzazione degli obiettivi dell'amministrazione ma anche come diritto in sé e, come tale, diviene valore bilanciabile. Si osserva che la dilatazione del tempo amministrativo non risulta compatibile con i tempi del mercato, degli investimenti e, quindi, di conseguenza con il corretto operare dell'amministrazione. Il tempo dell'amministrazione condiziona, in maniera spesso decisiva, la stessa competitività del sistema Paese. Si osserva, che nel fattore tempo, vi deve essere una necessaria osmosi tra pubblico e privato, per evitare che l'amministrazione resti isolata dal mondo esterno (2485). Il tempo dell'economia preme e condiziona il tempo dell'amministrazione imponendogli un adeguamento che però deve risultare compatibile con le caratteristiche di durata del procedimento. In definitiva, il tempo, in una sintesi tra spinte del mercato e tutele del procedimento, diviene elemento autonomamente valutabile per il conseguimento del risultato amministrativo.

⁹⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 8 aprile 2021, n. 2318, l'istanza di accesso agli atti non può essere generica, eccessivamente estesa o riferita ad atti non specificamente individuati, anche in una ottica di buona fede e di correttezza, oltre che di leale collaborazione, nei rapporti tra l'amministrazione e consociati, in ossequio al principio di proporzionalità e di ragionevolezza.

⁹⁸ Il tema impone di riferire, in un'ottica specifica, del tema della buona fede, così

Nella nozione di tempestività vi rientra ovviamente il fattore tempo, ma in senso condizionato, poiché si tratta di fornire una risposta adeguata, *rectius* appropriata⁹⁹, alla domanda di diritto, bilanciando i tempi del procedimento con le esigenze che concretamente emergono, le forme e le istanze degli amministrati, per l'appunto.

“Nessun fenomeno giuridicamente rilevante si sottrae a una determinazione temporale, diretta o indiretta, e sia essa legale, giudiziale o convenzionale¹⁰⁰”, e ciò vale forse in misura ancora maggiore qualora l'attore sia l'amministrazione pubblica.

Si intende dimostrare che il fattore tempo deve essere, in ogni caso, mitigato, anche se spesso le amministrazioni sono costrette a rispettare tempi particolarmente stretti – l'ipotesi del PNRR costituisce un formidabile banco di prova in tal senso, come notato – che si pongono a danno non solo delle forme, ma dello stesso risultato cui dovrebbero pervenire.

Si opta per analizzare in via autonoma due diverse ipotesi, in base alla fonte che impone un orizzonte temporale determinato, o in ogni caso adeguato all'amministrazione. Nel primo paragrafo si analizzano le ipotesi nelle quali la tempestività rinviene un proprio fondamento e un corrispettivo obbligo nel dato normativo. Nel secondo, sono esaminate le ipotesi nelle quali la tempestività si impone quale aspetto improvviso e non prevedibile.

7.1. *Il principio di tempestività come obbligo non limitato unicamente al dato temporale. La difficoltà di isolare una nozione unica di tempo amministrativo*

L'esistenza di un rapporto osmotico e particolarmente problematico tra amministrazione e fattore temporale è nota e rappresenta una questione tendenzialmente irrisolta¹⁰¹, o spesso risolta con soluzioni che si pongono a danno della certezza dei rapporti o delle garanzie per l'amministrato¹⁰².

come analizzato da F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica, storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, III, Padova, Cedam, 2003.

⁹⁹ L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza*, cit., 558.

¹⁰⁰ A. DI MAJO, *Termine (dir. priv.)* ad vocem, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992, 188.

¹⁰¹ Si v. la recente analisi operata da S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 3, 783 ss.

¹⁰² M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse*

I vincoli temporali che l'amministrazione deve rispettare hanno fonte e natura estremamente eterogenea e non è rinvenibile, in tal senso, alcun indice che coadiuvi o fornisca riposte per la ricerca di un nucleo comune. Il tempo, in altri termini, può assumere significati diversi, può imporsi come termine stabilito dalla stessa amministrazione, con apposito regolamento, o come termine cui l'amministrazione subisce come soggetto passivo, il tempo dell'amministrazione e il tempo della legge¹⁰³.

Appare evidente che il rispetto dei termini procedurali in quanto tali rappresenta un obbligo tradizionale – non per questo risolto nell'operatività quotidiana delle amministrazioni – che impone unicamente il rispetto dell'aspetto cronologico¹⁰⁴, un dovere legato solo al termine di conclusione previsto.

In questo senso, al fine di rendere attuale e concreta l'indagine che ambisca a sintetizzare la tempestività dell'agire e le relative forme, si deve ampliare la prospettiva e si anticipa che il canone necessario dovrebbe essere proprio la citata appropriatezza dell'agire, che contiene in sé l'aspetto dell'adeguatezza.

I vincoli di carattere temporale imposti alle amministrazioni nei tempi moderni sono spesso rinvenibili, anche in maniera indiretta, in diversi atti di diritto sovranazionale, con portata prescrittiva differente, ma costantemente orientati al risultato, anzi ai risultati¹⁰⁵.

pubblico e tutela dei cittadini, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*. Atti del XLVIII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 19-21 settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 68 ss., 70, ogni dibattito sui tempi dell'amministrazione interferisce con numerosi istituti e li sottopone a una revisione in termini sostanziali, soprattutto qualora si volga lo sguardo alle istanze, e quindi alle garanzie, del privato.

¹⁰³ Distinzione operata da F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa*, cit., 539, il tempo emerge in una dimensione 'aliena' qualora sia registrato in maniera diversa dal trascorrere cronologico, ossia come dimensione della certezza giuridica tutelata non dal dato positivo ma da un principio di diritto integrativo a tutela delle legittime aspettative del cittadino.

¹⁰⁴ Cfr. M. LIPARI, *I tempi del procedimento*, cit., 74, secondo l'impostazione tradizionale si attribuisce un notevole peso, quasi assorbente in termini problematici, all'aspetto temporale. "Gli studi che seguono questa prospettiva di indagine si soffermano sull'aspetto formale e strutturale della sequenza di atti e vedono nel fattore cronologico una sorta di misuratore oggettivo e asettico dei fatti rilevanti per l'ordinamento giuridico"; F. PATRONI GRIFFI, *La l. 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, 66.

¹⁰⁵ Si v. S. SASSEN, *La città nell'economia globale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 251, l'assunzione del risultato in termini giuridici comporta una trasformazione della stessa nozione di interesse pubblico e dei tempi nei quali lo stesso deve essere perseguito.

Proprio a tal riguardo il principio in esame si pone a corredo delle adeguate aspettative dei privati, ma è connotato anche dall'interesse delle stesse amministrazioni nel non incorrere in responsabilità, nel senso più ampio del termine, e proprio queste ipotesi integrano il punto più debole di tenuta di un'attività amministrativa che rischia di pregiudicare le forme e quindi le garanzie¹⁰⁶.

Nell'attività amministrativa contemporanea, orientata e vincolata da spinte accentuatamente capitaliste, emerge in modo evidente una visuale economica dell'esercizio del potere, e il condizionamento, che spesso si traduce in veri e propri vincoli, impone alle amministrazioni tempi che sono strutturalmente inesigibili e che pertanto rischiano di non essere sistematicamente rispettati.

In altri termini, tende a esaurirsi, quasi completamente, il *quando* della discrezionalità¹⁰⁷, uno degli aspetti sui quali può incidere la scelta amministrativa, che dovrebbe garantire al soggetto agente la determinazione e la scelta dei tempi.

L'amministrazione tende a smarrire qualsiasi potere di scelta per poter incidere concretamente sulle tempistiche procedurali che diventano, pertanto, unicamente una fonte di responsabilità.

La conseguenza immediata di tale impostazione comporta due possibili scenari, entrambi a danno della forma e delle garanzie per il cittadino.

Nel primo, l'amministrazione, per rispettare i termini tende o a dismettere – non si tratta di un conferimento ma di una sorta di rinuncia alla c.d. riserva di amministrazione – la funzione e affidare sostanzialmente la stesura di atti a soggetti privati, anche se la forma degli stessi

¹⁰⁶ Cfr. R. FERRARA, *Interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 1, 41 ss., l'amministrazione di risultato si risolve in un valore per lo stesso apparato pubblico, poiché un uso responsabile e sapientemente orientato delle risorse assume la forma e la sostanza di un interesse obiettivamente pubblico al buon andamento nell'attività amministrativa, cui, in ogni caso, corrispondono determinati rischi. L'Autore osserva, pienamente in linea con quanto affermato finora, che emerge un conflitto tra legittimità e merito, ossia tra legalità (formale) e buon andamento delle amministrazioni pubbliche "al quale siamo, anche da un punto di vista semantico oltre che categoriale, da sempre abituati è in qualche modo doppiato da quello tra forma e sostanza che non rappresenta certamente il rovesciamento, oppure il superamento, del primo ma piuttosto il frutto maturo della sua naturale evoluzione nel contesto delle società complesse del capitalismo" (46).

¹⁰⁷ Tema già analizzato, rispetto alla riduzione del margine di scelta, da A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, Cacucci, 1988, 10.

resta almeno in apparenza pubblica, come analizzato *supra*, in tema di programmazione.

Questa modalità di agire, che ormai rischia di divenire ordinaria, non consente di rinvenire una soluzione compatibile con la forma, proprio perché non emerge alcuna torsione diretta del principio, né si può dimostrare che la tempestività e le garanzie possono essere conciliate nell'incedere dell'agire pubblico. Si cela il reale esercizio del potere dietro una veste – una forma per l'appunto – pubblica ed è anche difficile scorgere e percepire in che termini sia avvenuto il bilanciamento tra tempestività e garanzie.

La seconda opzione, alternativa, prevede che l'amministrazione, per rifuggire da conseguenze negative, spesso di ordine patrimoniale, come, ad esempio, la mancata erogazione di fondi europei, riduca indebitamente le tempistiche procedurali, con adozione di atti istruiti e adottati con modalità imprecise.

Potrebbe osservarsi quasi una cultura dell'approssimazione, una sorta di *modus operandi* ordinario, estremamente allarmante, perché riesce a tradire simultaneamente la tempestività, e quindi il risultato, e le garanzie; si pensi, intuitivamente, ai ricorsi avverso questi atti, che generano un *iter* giurisdizionale che neutralizza il risultato cui il cittadino ambisce, poiché deve attendere l'eventuale esito positivo della sentenza.

La soluzione per tale questione deve essere ricercata, ancora una volta, nella forma, ma non intesa in termini assoluti e immobili, ma come parametro e fattore di diritto vivente che asseconda le trasformazioni dell'amministrazione e ne legittima tempi, ritmi e risultati finali di non agevole prevedibilità¹⁰⁸.

Si tratta delle ipotesi nelle quali il tempo è ancora nella disponibilità dell'amministrazione¹⁰⁹, che può orientare pertanto e scandire le fasi del provvedere, salvaguardando ed assicurando, nel tempo adeguato, tutte le garanzie per gli amministrati.

¹⁰⁸ R. FERRARA, *Interesse pubblico*, cit., 56, l'attività dell'amministrazione "che ha da essere affettuosa e amica del cittadino, sarà tanto migliore quanto più elevato sia il livello di soddisfazione che l'attività medesima sia capace di determinare e produrre, implementando le facoltà e i diritti del cittadino stesso".

¹⁰⁹ Si v. M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza e incertezza*, in *Annuario AIPDA. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, ES, 2015, 93 ss., 127 (spec. par. § 10) discorre di ipotesi di manipolazione del tempo da parte dell'amministrazione.

Si pensi alle integrazioni istruttorie conseguenti alle riaperture di procedure sanzionatorie per abusi edilizi¹¹⁰, nei quali l'estensione dei tempi è legittimato nell'interesse del privato, ma anche dell'amministrazione.

In questo senso, eventuali e legittimi supplementi e appendici procedurali, che si rendono necessari per la complessità della singola vicenda, devono essere rappresentati attraverso forme adeguate. La veste formale di tali atti integra una regola di comportamento che postula una necessità di funzionalità procedurale e tale assetto risulta incentrato sulla salvaguardia dell'integrità della sfera giuridica dell'amministrato. Una forma propria e obbligatoria per le appendici istruttorie o procedurali consente di verificare la relativa indifferibilità, *id est* l'essenzialità all'interno della sequenza procedimentale di un aggravamento della procedura¹¹¹, in una sintesi ottimale dei due termini posti in rapporto, forma e tempestività.

Questa impostazione è, invece, sistematicamente tradita, poiché per cercare di comporre tempestività e complessità si tende a obliterare del tutto la forma.

I termini del discorso sono molteplici e rinvenire una soluzione unitaria potrebbe comportare una semplificazione indebita.

L'amministrazione si muove in un contesto di complessità che deve essere affrontata un rinnovato senso di responsabilità, senza un'occulta cessione e dismissione del potere, come riferito e la soluzione dovrebbe rinvenirsi in un recupero della funzione amministrativa e dei relativi principi di base¹¹². Appare evidente, peraltro, che tempestività e com-

¹¹⁰ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 19 maggio 2021, n. 736, in *Foro amm.*, 2021, 5, 829, "una volta accolta l'istanza di riapertura di un procedimento relativo ad un abuso edilizio, per la conversione della sanzione da ripristinatoria in pecuniaria, l'amministrazione procedente, in coerenza con l'iniziativa da essa spontaneamente assunta in ossequio al principio di leale collaborazione, dovrà attendere che si esaurisca il supplemento di istruttoria così disposto e, all'esito, adottare un nuovo provvedimento, che per definizione non potrà considerarsi meramente confermativo, quand'anche il diniego di applicazione della sanzione pecuniaria dovesse venire ribadito".

¹¹¹ G. PERICU, *Brevi note in tema di efficienza e doverosità dell'azione amministrativa*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 923 ss., 927, per il quale il principio di non aggravamento deve essere esplicitato nei contenuti e negli effetti, al fine di poterne verificare la reale necessità ad esso connaturata.

¹¹² Una prospettiva interessante è offerta, in termini generali, da A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione* (con C. Marzuoli), ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1543, il quale non nega la complessità che interessa l'amministrazione e anche lo stesso

plessità sono aspetti che si pongono in contrasto, almeno da un punto di vista teorico, ma che espongono l'amministrato al medesimo rischio.

La tempestività, la complessità e la forma devono combinarsi a vicenda come fattori autonomi nel contesto di una decisione unica ed è necessariamente compito dell'amministrazione rinvenire, di volta in volta, l'equilibrio ottimale.

La sintesi può essere ricercata in una titolarità chiara delle decisioni, tra pubblico, privato e apparati tecnici – considerati in un'autonoma veste – che deve essere ripartita in base al parametro concreto da assumere, e alla esigenza concreta da affrontare, al fine di recuperare e salvaguardare il coraggio di amministrare¹¹³.

7.2. *La risposta tempestiva dell'amministrazione ad eventi di carattere emergenziale*

Le ipotesi nelle quali la tempestività assume un significato specifico e peculiare riguarda le situazioni di emergenza¹¹⁴, nella consapevolezza che tale nozione è soggetta a continue ed inopportune interpretazioni di natura estensiva, ampliamenti arbitrari per consentire la legittimazione di poteri derogatori, strumento tipico di risposta e reazione adeguata dell'ordinamento avverso eventi imprevisi che diviene l' (impropria) modalità ordinaria di agire, sotto una occultata veste ordinaria; in senso

diritto amministrativo, ma afferma che, una volta acquisiti certi concetti di base (discrezionalità, autoritatività, l'interesse legittimo) si può navigare agevolmente a vista.

¹¹³ Sul tema, cfr. G.D. COMPORI, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, ES, 2020, 1105 (spec. par. § 3) la funzione amministrativa è riferibile a un'estensione molto ampia, nella quale rientrano aspetti tecnici, procedurali e decisorii. Il problema si rinviene nel momento in cui si deve garantire il legame del potere con il "mondo rarefatto e aleatorio degli interessi"; sulla necessità di comporre tempestività e coraggio nel decidere, A. POLICE, *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 357 ss., 372, che osserva, con ottimismo, la percorribilità di soluzioni che rinvergono il presupposto nella separazione sostanziale tra politica e amministrazione; l'antitesi del coraggio è la paura, declinata in tutte le fasi del procedimento, come osserva S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e 'paura di amministrare'*, in *Nuove aut.*, 2020, 2, 725 ss.

¹¹⁴ Cfr. G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 885 ss., che osserva come la tempestività delle risposte possa condurre a soluzioni che si radicano nell'ordinamento con vigenza definitiva.

pienamente condiviso, si assiste all'indebita abitudine istituzionale di 'vestire da emergenza l'urgenza procurata'¹¹⁵.

Si prenda, a titolo di esempio, l'interminabile vicenda amministrativa e giurisdizionale che ha riguardato, e riguarda tutt'ora, le fasi di ricostruzione della città di L'Aquila, resasi necessaria in seguito al terremoto del 2009, con la previsione di deroghe particolarmente evidenti dei regimi ordinari, con conseguente parcellizzazione degli interventi, che non hanno in ogni caso condotto ad alcun risultato soddisfacente, nemmeno per ciò che interessa i tempi delle procedure¹¹⁶. Si è optato, infatti, in via legislativa, per una sospensione delle norme in tema di affidamento dei contratti pubblici e per la nomina di un commissario; si è, in altri termini, rinunciato alle forme e alle procedure ordinarie e più garantiste, almeno in linea teorica e consapevoli delle aporie esistenti e rilevate, per accedere a modalità alternative che avrebbero dovuto rendere più agevole il conseguimento del risultato, con i noti esiti infausti.

Proprio riguardo la struttura commissariale per la ricostruzione, si è optato, da un lato, per l'esautorazione di alcune funzioni delle amministrazioni, con contestuale affidamento degli stessi a una struttura provvisoria, e, dall'altro, alla previsione di misure destinate a durare nel tempo rimesse all'adozione degli enti locali, in una sovrapposizione di regimi temporali e di competenze che non ha giovato, in alcun modo, all'obiettivo della ricostruzione¹¹⁷.

¹¹⁵ Il virgolettato è riferito all'intervento svolto da A. POLICE, *Rischio, emergenza e sindacato giurisdizionale sull'attività*, in occasione del convegno 'Le decisioni amministrative tra prevenzione dei rischi e gestione delle emergenze', svolto presso l'Università degli Studi del Molise, il 20 novembre 2019, e per un riferimento bibliografico, si v. A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, ES, 2018, 87 ss., 92, discorre di urgenze trasformate in emergenze, reali o percepite come tali, con i rischi connessi di condotte che si pongano fuori dai circuiti di responsabilità. L'Autore osserva che l'emergenza svela in maniera palese la crisi che intercorre tra i processi di decisione pubblica e la instabilità nel tempo delle stesse determinazioni.

¹¹⁶ Cfr., rispetto alla fase di ricostruzione e alle relative deroghe previste, L. GIANI, *La presunta configurazione privatistica degli interventi di ricostruzione in caso di calamità naturali e la deroga alla disciplina del codice dei contratti. Alcuni spunti di riflessione tratti dall'esperienza aquilana*, in *Riv. amm. app.*, 2012, 3, 279 ss.; A. GIUSTI, *Urban law, emergency and reconstruction. An essay from L'Aquila experience*, in *It. J. Pub. L.*, 2019, 2, 588 ss.; M. MODICA, A. FAGGIAN, R. ALOISIO, *The Post-Earthquake reconstruction in L'Aquila: some reflections*, in *Sc. Reg.*, 2019, 3, 515 ss.

¹¹⁷ Si v. G. POLI, *Pianificazione urbanistica e commissariamento nella legislazione*

Si rende necessaria una normalizzazione dell'emergenza e una contestuale rinnovata cultura della stessa, al fine di ricondurre a sistema le procedure di reazione all'evento avverso, e, di conseguenza, limitare il protrarsi di fasi e i regimi alternativi e derogatori¹¹⁸.

L'abuso di processi decisionali derogatori, imposti per il conseguimento di un determinato risultato, può comportare conseguenze dannose, che si prolungano nel tempo e trascendono l'emergenza in senso stretto, intesa quale evento improvviso e imprevedibile.

L'emergenza rappresenta un concetto giuridico indeterminato e pertanto spetta all'amministrazione stabilire, per il caso concreto, l'applicazione della deroga alla regola che la tempestività imporrebbe. Il nodo problematico sembra risiedere proprio in questo aspetto, in un ricorso incondizionato e acritico a regimi derogatori, che comportano decisioni e atti destinati spesso a sopravvivere al tempo necessario a fronteggiare l'evento imprevisto, con evidenti conseguenze nocive.

Si avverte che la necessità di ricondurre, quasi di restituire, la gestione delle emergenze al circuito della legalità, deve nuovamente essere transitare dalla prospettiva delle forme – è doverosa la declinazione al plurale – che la stessa amministrazione deve conferire al suo agire, pur nell'incombenza dell'evento. Un ricorso eccessivo – nel senso di esulare dai canoni di proporzionalità ed adeguatezza – a modalità di agire deformalizzate in nome della tempestività e dell'emergenza comporta un pregiudizievole sviamento della funzione pubblica.

La tempestività come reazione necessaria legittima di per sé il potere, perché il risultato amministrativo da perseguire è evidentemente svinco-

dell'emergenza: utilità o inefficienza della sostituzione degli enti territoriali con commissari?, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, 579 ss.; Corte app. L'Aquila, 26 febbraio 2019, n. 333, dal quale emerge la *ratio legis* delle disposizioni emergenziali, ovvero "evitare che il catastrofico evento costituito dal terremoto produca, oltre ai devastanti effetti naturali a tutti noti, anche effetti giuridici distorsivi a casuale beneficio di alcuni, quali sarebbero quelli derivanti dal conferire rilevanza, ai fini della determinazione delle indennità di occupazione e di espropriazione, a variazioni delle destinazioni urbanistiche determinate non dalle ordinarie scelte programmatiche ed esecutive degli enti preposti alla pianificazione urbanistica del territorio, ma esclusivamente dalla urgentissima necessità di fare fronte alle esigenze abitative e di istruzione dei cittadini dei territori colpiti dal sisma, attraverso la individuazione, rimessa in definitiva al Commissario delegato, delle aree, non necessariamente già edificabili, sulle quali realizzare in tempi brevi i moduli abitativi e scolastici occorrenti".

¹¹⁸ Cfr. F. GIGLIONI, *Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale*, in *Dir. econ.*, 2018, 2, 499 ss. (spec. parr. § 2, 7).

lato da preventive programmazioni in considerazione dell'imprevedibilità come elemento strutturale dell'emergenza, l'incertezza come dato fattuale richiede una celere risposta amministrativa, ma che sia limitata nel tempo e con vigenza determinata.

Appare peraltro evidente, come ulteriore dato, che in tema di emergenza si rivela l'importanza, spesso imprescindibile, delle diverse tecniche cui l'amministrazione deve riferirsi, se non, in alcuni casi, completamente affidarsi¹¹⁹.

Il quadro così delineato palesa la coesistenza di diversi aspetti che devono essere composti dall'amministrazione, ossia emergenza, tecnica e forma, nell'espressione tipica della legalità, sovente sacrificata per dare prevalenza ai primi due aspetti, in maniera apparentemente ottimale. Si assiste, costantemente, a processi decisionali affrancati volontariamente da formalità prescritte, ritenute in maniera preventiva e aprioristica nemiche della tempestività che l'emergenza impone di assumere quale parametro prioritario dell'azione.

Dominare l'incertezza e la complessità che l'emergenza contribuisce ad esasperare impone di ridurre i tempi dilatati nei quali si collocano gli strumenti di reazione eccezionali, con l'avvertenza che solo forme determinate e conosciute consentono di ricondurre la reazione amministrativa a canoni adeguati di certezza, una volta terminata l'emergenza in senso proprio¹²⁰.

Ancora una volta, si deve osservare che le forme attraverso le quali l'amministrazione può esternare il suo agire e legittimarsi – nella varietà di soluzioni che le emergenze impongono di vagliare, come, ad esempio, ordinanze, bandi di gara – non rappresentano uno strumento di costrizione o di limitazione della risposta amministrativa tempestiva, al contrario concorrono a definire, e soprattutto a limitare, il protrarsi,

¹¹⁹ L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, ES, 2018, 17, la funzionalizzazione delle conoscenze tecniche nell'ambito di decisioni pubbliche presuppone un coordinamento che spesso falta.

¹²⁰ Condivise, rispetto alle diverse accezioni che il fattore tempo può assumere in situazioni di emergenza, sono le riflessioni svolte da C. ACOCELLA, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 2 (spec. parr. §, 3, 4, 5); sul tema, cfr. G. STRAZZA, *Il 'tempo' del procedimento nell'emergenza Covid-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, 107 ss., 110, che riflette sulle dinamiche delle proroghe e della relativa incidenza in tema di garanzie.

questa volta solo amministrativo, dell'emergenza e dei connessi regimi derogatori.

La veste formale delle singole determinazioni dell'amministrazione può accedere a regimi alternativi e, come tali, non ordinari limitatamente al tempo necessario per la gestione dell'emergere improvviso e inaspettato dell'evento. Rinvenire il momento conclusivo del regime derogatorio, e di conseguenza dell'emergenza, è, come noto, compito arduo, che spetta in ogni caso al potere pubblico, che può essere agevolato, qualora i poteri ordinari e le opportune forme siano state oggetto solo di lievi alterazioni nella iniziale fase di reazione amministrativa.

Emerge, in definitiva, una nozione alternativa e propria di forma che vive nell'emergenza, lontana dalle garanzie, e che è espressione di un vero e proprio sistema di legittimità parallelo, che rischia – come spesso accaduto – di divenire permanente.

Non si tratta di una preclusione nei confronti di strumenti amministrativi necessari, ma ci si deve chiarire, per l'appunto, fino a che punto siano tali e verificare eventuali abusi.

Solo un'inflessibile applicazione di questa linea di confine consentirebbe la fine dell'utilizzo illegittimo di forme alternative e connotate, come tali, da un controllo meno rigido.

8. *Un tentativo di sintesi tra forma e risultato operato in via legislativa. La trasposizione del provvedimento 'in forma semplificata' dal processo al procedimento*

Un tema che potrebbe assurgere al rango di possibile momento di sintesi tra forma e risultato è rappresentato dal 'provvedimento in forma semplificata' che l'amministrazione può adottare ex art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, che trova la propria genesi in un d.d.l. in tema di prevenzione della corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione.

È previsto che, qualora le amministrazioni ravvisino la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le stesse possano concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto 'in forma semplificata', la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo¹²¹.

¹²¹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1024, relativa a un'istanza di

La disposizione accoglie la tesi in base alla quale l'amministrazione è sempre obbligata a provvedere in forma espressa e motivata, seppur semplificata, anche su istanze manifestamente infondate o irricevibili¹²², soprattutto per ragioni di trasparenza, in considerazione anche della citata genesi di natura anticorruptiva della norma. Il principio di trasparenza, infatti, rifiuta tendenzialmente ogni genere di inerzia e quindi di silenzio.

Sul rispetto del principio di trasparenza si nutrono però diversi dubbi, perché la forma semplificata sembra mortificare, in principio, il proposito. Nella logica dell'esaltazione della trasparenza sarebbe, infatti, opportuna l'estensione dell'onere motivazionale completo¹²³, anche in presenza di istanze deputate ad essere rigettate, poiché deve aversi riguardo anche alle ulteriori e correlate esigenze che promanano alla richiesta.

Si osserva, inoltre, che la necessità di un atto espresso dell'amministrazione – il rifiuto¹²⁴ – potrebbe in realtà porsi quale presupposto per garantire il sindacato di legittimità, poiché sarebbe necessario collegare la cessazione del dovere d'ufficio ad un atto giuridico formale¹²⁵.

un cittadino, per l'avvio di un procedimento, finalizzato all'adozione di un provvedimento di tipo inibitorio, idoneo a impedire lo sversamento dei rifiuti solidi urbani nei pressi della sua proprietà. Il Collegio osserva che, anche nelle ipotesi che condurrebbero a sicuro rigetto, l'amministrazione, per dovere di lealtà e correttezza, deve determinarsi con provvedimento espresso; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 709, in *Foro amm.*, 2019, 12, 2112.

¹²² M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande 'inammissibili' o 'manifestamente infondate'*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 103 ss.; F.F. TUCCARI, *La semplificazione delle decisioni contenziose: tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2002, 975; sul parallelo tra vicenda processuale e procedimentale, cfr. E. STICCHI DAMIANI, *La sentenza in forma semplificata*, in *Scritti di memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012, 1121 ss., 1123; sul profilo della completezza dell'istruttoria processuale e la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, cfr. C. CACCIAVILLANI, *Completezza dell'istruttoria documentale e sentenza in forma semplificata*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1169 ss.

¹²³ Una lettura interessante è fornita da Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2022, n. 495, "pur non sussistendo l'esigenza di una motivazione specifica con riferimento all'interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, parimenti esso deve palesarsi non in modo generico e privo di un benché minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio".

¹²⁴ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, 17, 21 ss.

¹²⁵ N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed*

Occorre chiedersi in quali circostanze un'istanza può dirsi manifestamente infondata o irricevibile, al di là delle ipotesi chiare, poiché è evidente l'esistenza di un ampio potere dell'amministrazione in tal senso¹²⁶. Ci si limita, in termini generali, a riscontrare la mancata equiparazione del dovere di procedere dell'amministrazione al dovere del giudice, poiché le categorie dell'inammissibilità, improcedibilità, e infondatezza sono interpretate in maniera differente.

La forma semplificata si giustifica in base alla natura dell'accertamento, poiché l'istanza è *ictu oculi* irricevibile, in quanto il legislatore ha optato per un adeguamento della forma della decisione alla difficoltà dell'esame richiesto all'amministrazione.

La motivazione dovrebbe allora essere in ogni caso esaustiva, chiara e completa poiché l'aggettivo 'semplificata' non deve porsi a danno dal valore di tutela piena ed effettiva che il provvedimento deve garantire, anche in virtù dell'effetto stabilizzante della stessa motivazione.

Si tratta, a tutti gli effetti, di un dovere che grava in capo all'amministrazione¹²⁷, che coniuga, quantomeno nelle intenzioni, in maniera ottimale, rispetto della forma e tempestività della risposta amministrativa, senza tradire nessuno dei due aspetti. Tale dovere, infatti, è ancorato simultaneamente ai principi di legalità e di buona amministrazione – spesso confliggenti, come notato – dalla stessa giurisprudenza¹²⁸.

Il rischio di tale istituto può presentarsi in termini di costo eccessivo che tali provvedimenti apportano alle spese complessive dell'amministrazione, ma si ritiene che tale costo sia compensato in fondo dalla riduzione del contenzioso, poiché il ricorrente è già messo a conoscenza, e con le opportune ragioni, del rigetto della propria istanza, ovviamente anche in prospettiva processuale.

esigenza di motivazione, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, ES, 2018, 1995, fa riferimento alle c.d. risposte di cortesia che non integrano la nozione di atto impugnabile; N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del 'nuovo' art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1338 ss.

¹²⁶ N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma*, cit., 1994, si deve chiarire se deve essere esclusa dall'area della discrezionalità l'aspetto del 'se agire'; per una ricognizione sul tema delle istanze inammissibili, improcedibili e inammissibili, si v. S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, ES, 2017, 60 ss.

¹²⁷ Sul tema, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, ES, 2016.

¹²⁸ Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 6, I, 1127.

9. *Spunti ricostruttivi da alcuni problemi amministrativi esemplari*

Si rendono necessarie alcune considerazioni di sintesi, a partire da noti avvenimenti, dai quali possono trarsi elementi utili ai fini dell'apprezzamento delle tendenze e delle direzioni cui sono indirizzati i rapporti tra forma e risultato, tra la forma nell'amministrazione del passato e la forma nell'amministrazione contemporanea, tra la forma delle procedure ordinarie e la forma delle procedure derogatorie.

Dalle questioni analizzate emergono analisi e conseguenti spunti di riflessioni di supporto per l'indagine, che consentono di affermare e di verificare che il risultato può essere raggiunto attraverso forme e modalità, talvolta alternative e necessarie, ma nelle quali si deve valorizzare il dato della garanzia e della tutela. Si sovverte il convincimento per il quale risultato e forma vivano a priori di contrasti e si escludono vicendevolmente.

La genesi e l'*iter* procedimentale delle ipotesi indagate è estremamente differente, ma si può rilevare, in termini generali, che si è resa necessaria una rimodulazione della forma e delle procedure, per emendare un precedente errore, nel primo caso, e per prevenzione di un probabile sviamento della funzione, nel secondo. Il terzo caso analizzato, invece, può rappresentare un monito per il prossimo futuro dell'amministrazione.

Emerge, in termini generali, l'obbligo di provvedere a modifiche delle procedure, di prevedere correttivi in base ai nuovi compiti dell'amministrazione, senza rinunciare in assoluto alle forme del passato, ma con la consapevolezza che si rende necessario un atteggiamento, prima di tutto culturale, aperto al cambiamento amministrativo.

Il modello di amministrazione tradizionale ha proposto soluzioni legate a ipotesi di compromesso, che hanno prediletto, di volta in volta, l'uno o l'altro aspetto, la forma e il risultato, assunti come fattori rigidi e immutabili.

L'atteggiamento più adeguato dovrebbe essere di prudenza verso qualsiasi opzione prescelta dalla stessa amministrazione, al fine di non affidarsi in maniera fideistica alle forme del passato e di non rifiutare le forme che il cambiamento consente di sondare, quelle del futuro, al fine di ricercare un punto di equilibrio nella dialettica che intercorre tra realtà fattuale e forma, avendo come referenti entrambi.

9.1. *La ricostruzione del Ponte Morandi*

Il crollo del Ponte Morandi e la relativa vicenda amministrativa e giudiziaria possono essere assunti come esempio di negligenza e di fallimento dell'amministrazione del passato – o almeno di una parte di esso – dovendo necessariamente sospendere il giudizio sull'attuale. Emerge, in tutto il suo fascino problematico, la tensione tra forma e risultato, tra ordinario e derogatorio, tra efficienza e legalità, in una percezione necessariamente complessa dell'ambito di azione dell'amministrazione¹²⁹.

L'originaria progettazione e costruzione dell'opera è affidata con appalto-concorso nel 1963, “mettendo in scena equilibri arditì, trasmettendo visivamente il senso della modernità, esaltando le potenzialità della scienza, valorizzando le nuove abilità del costruttore scientificamente consapevole¹³⁰”, un'opera ‘ardita e immensa’, per riprendere le parole dell'allora Presidente della Repubblica Saragat.

L'appalto-concorso ha rappresentato una modalità antesignana di amministrazione di risultato, poiché ha previsto il ricorso alle conoscenze e alle risorse del settore privato, per l'elaborazione di opere e lavori di particolare complessità o caratterizzati da aspetti di innovazione tecnica¹³¹.

La vicenda amministrativa dell'opera può essere identificata in termini di gestione ordinaria, di rispetto delle forme e della legalità, almeno

¹²⁹ Per una critica relativa alla gestione *extra ordinem* della procedura, si v. A. ARCURI, *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2, 20; sul tema, cfr. G. LEONE, *La vicenda autostrade: un caso 'all'italiana'*, in *Foro amm.*, 2021, 2, 371 ss.; sul tema, con specifico riferimento alla tensione tra gestione pubblica e privata, proprio delle infrastrutture autostradali, cfr. C. ACOCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale*, in *Federalismi*, 2018, 23.

¹³⁰ T. IORI, S. PORETTI (a cura di), *Storia dell'ingegneria strutturale in Italia*, Roma, Gangemi, 2017.

¹³¹ Per una lettura attuale della *ratio legis* sottesa all'istituto, con riferimento ai concorsi di idee e progettazione, si v. G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4, 255 ss.; sul carattere dell'istituto, al fine valorizzare quanto riferito in tema di risultato, G. ROEHRSEN, *L'appalto-concorso*, in *Arb. Contr.*, 1970, 1-2, 183 ss., per il quale l'amministrazione è titolare delle forme ritenute più idonee per la gestione della procedura di gara, qualora sia necessaria la predisposizione di un progetto tecnico, “solo quando si tratti di porre in essere dei progetti, solo quando si tratti di studiare qualcosa di nuovo può trovare ingresso il sistema contrattuale dell'appalto-concorso” (192).

in apparenza, poiché già durante l'esecuzione dei lavori si sono registrati notevoli aumenti dei costi effettivi, con relative varianti di spesa a carico dell'amministrazione.

La storia dell'infrastruttura rende palese che si sono abbandonate ben presto le forme ordinarie, le garanzie nel senso più incisivo del termine, a partire, dal 1999, anno che segna il passaggio ad una gestione privata dell'infrastruttura, circostanza verificatisi in seguito alla privatizzazione del soggetto concessionario.

Il crollo del Ponte e il dato che emerge dallo studio reso possibile dalla diffusione degli atti della commissione ispettiva istituita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti potrebbero palesare l'inadeguatezza e il fallimento dell'amministrazione del passato, sia nella sua gestione ordinaria, sia in quella derogatoria – si vedano gli interventi urgenti di consolidamento eseguiti sull'opera – sia nella gestione pubblica che in quella privata, che hanno, di fatto, condotto al noto risultato nefasto.

Ma si rischia, in tal senso, di banalizzare le tendenze e le direzioni dell'amministrazione.

Si è resa, in seguito al crollo, necessaria l'adozione del c.d. 'decreto Genova', il d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito con l. 16 novembre 2018, n. 130¹³², che ha affidato la ricostruzione dell'opera ad un Commissario straordinario, autorizzato ad operare "in deroga ad ogni disposizione di legge", in un regime evidentemente eccezionale, che ha inciso anche sul precedente rapporto concessorio.

Rispetto a diversi ricorsi proposti dall'originaria concessionaria esclusa dalla ricostruzione del ponte, come visto non affidato neppure in origine tramite procedura ad evidenza pubblica, il T.A.R. Liguria¹³³ ha sollevato diverse questioni di legittimità costituzionale, emerse nel 'decreto Genova', nella parte in cui lo stesso ha limitato i diritti del concessionario, con relativa alterazione indebita degli obblighi previsti dall'originaria convenzione.

Il giudice amministrativo ha rilevato, nell'ordinanza di rimessione, l'insufficiente adempimento da parte del legislatore rispetto alla scelta di escludere *in toto* la concessionaria dalla successiva attività di ricostruzione

¹³² Cfr. G. MARCHEGIANI, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi*, 2019, 2, 2 ss.

¹³³ T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, ord. 6 dicembre 2019, n. 932, in *Diritto e conti*, 2019.

e l'inadeguata attività istruttoria per l'accertamento di sue possibili responsabilità; a giudizio del T.A.R., la scelta legislativa sarebbe "singolare e incisiva sulla sfera giuridica di un soggetto determinato, fondata su argomenti solo genericamente individuati, non congruamente espliciti (indebito vantaggio competitivo) e meramente potenziali (responsabilità della concessionaria nel sinistro)".

La Corte costituzionale, con la sentenza 27 luglio 2020, n. 168¹³⁴, ha dichiarato inammissibili, tra le altre, le questioni relative all'esclusione dalla procedura del concessionario e infondate le altre questioni¹³⁵.

Dall'analisi delle questioni vagliate dalla Corte può leggersi, ben al di là della pur complessa vicenda, l'attuale stato dei rapporti tra forma e risultato, tra regimi ordinari e regimi derogatori, e, in definitiva, tra l'amministrazione del passato e l'amministrazione moderna, al fine di percepire la cultura amministrativa del presente e poterne valutare le tendenze e le direttrici¹³⁶.

In questi termini, l'esclusione della concessionaria originaria è indice sintomatico di una volontà di rifiutare ed abdicare dall'amministrazione del passato, perché la valutazione dei risultati – il crollo dell'infrastruttura – rende necessario accedere a forme e procedure nuove, talvolta anche di carattere spiccatamente eccezionale, senza che ciò possa essere inteso necessariamente in termini negativi.

I dubbi insorti, e condivisi dalla Corte, sull'affidabilità del concessionario, rappresentano e raffigurano i dubbi sull'affidabilità delle forme del passato, che contribuiscono alla percezione di un'amministrazione vista esclusivamente come problema.

La moltiplicazione dei diritti produce norme e prassi sempre più varie e difficilmente riconducibili ad unità, inclini al risultato, e la forma – quantomeno negli obiettivi – come strumento di certezza e di garanzia della vita individuale e sociale, non può che essere un ostacolo, quale che sia l'indefinita varietà e tecnicità dei fatti e degli eventi.

¹³⁴ Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168, in *Foro amm.*, 2021, 2, 208.

¹³⁵ Si v., *ex multis*, F. ASTONE, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale, a proposito della ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giur. cost.*, 2020, 4, 1909 ss.; V. DE SANTIS, *Corte costituzionale, sent. n. 168/2020: un percorso tra norme di emergenza, esigenze di celerità e quesiti aperti*, in *Forum quad. cost.*, 2021, 3, 7 ss.

¹³⁶ B. DENTE, *Politiche pubbliche*, cit., 165, 166, si deve analizzare il presente al fine di comprendere quale sia la cultura amministrativa e se la stessa sia, rispetto agli eventi, continuamente ad una svolta, o resti immutata nel tempo.

La sintesi ottimale si ricava, come spesso accade, dagli insegnamenti dei Maestri del passato, e in tal senso deve rileggersi l'attualità del pensiero di Pastori – ripreso diffusamente *supra*, cap. § 3 – per il quale si deve preservare un *quantum* ristretto di forme, quelle essenziali, la cui mancanza sia ostativa al raggiungimento di un risultato conforme¹³⁷.

Dal risultato si può eventualmente partire per orientare l'esercizio della funzione, ma da un'analisi del reale e delle relazioni che dal risultato derivano devono determinarsi le forme necessarie della procedura e dell'agire pubblico nel suo complesso. In altri termini, con l'individuazione del risultato e con il perfezionarsi di una teoria dell'attività amministrativa sullo stesso parametrata, si possono fissare le premesse della decisione e individuare le formalità necessarie, per ricavare la misura di valore dell'attività amministrativa riferibile al concreto.

In definitiva, si tratterebbe di apprezzare e di conoscere a cosa corrisponda attualmente la nozione di risultato, e da qui, provare a stabilire un ordine, quantomeno di massima, di prevalenza dei valori che l'amministrazione deve perseguire¹³⁸.

Il risultato deve essere letto in una chiave composita e moderna, perché può essere perseguito e veicolato da fenomeni diversi, la globalizzazione e la digitalizzazione per limitarsi ai due più evidenti, e le garanzie possono essere preservate solo attraverso apposite, anche se non immutabili, forme.

Non si intende fornire in questa sede una risposta certa – circostanza che rappresenterebbe un'operazione impossibile – alla tensione dei rapporti tra forma e risultato, ma si sottolinea, ancora una volta con enfasi, l'esigenza di preservare la forma e le garanzie non per – come si potrebbe pensare – limitare il potere, ma per veicolare il risultato e mitigarne le derive arbitrarie.

¹³⁷ G. PASTORI, *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, ora anche in *Scritti scelti*, I, Napoli, Jovene, 2010, 102, “quali debbano essere le forme essenziali della procedura, in mancanza di una legislazione positiva, è compito che non spetta esclusivamente al legislatore assolvere, ma anche al giurista, nella misura che si riconosca che vi sono determinati principi dell'ordinamento a consentirlo”.

¹³⁸ Cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato*, cit., 59, l'obbligo di risultato incide sulla portata e la considerazione di parametri sostanziali e informali diversi da quelli della stretta legalità.

9.2. *La progettazione e l'elaborazione del sistema Mo.s.e. di Venezia*

Ulteriori spunti di riflessione sul rapporto tra forma e vie di conseguimento del risultato emergono dalla vicenda relativa alla realizzazione delle opere per l'elaborazione del progetto del sistema Mo.s.e. (Modulo sperimentale elettromagnetico) di Venezia, un sistema integrato di opere, che rinviene la sua legittimazione originaria nella legge di intervento per la salvaguardia di Venezia, l. 29 novembre 1984, n. 798¹³⁹.

Emerge un articolato contesto normativo e istituzionale, nel quale il risultato è garantito attraverso una forma di agire che rispetti l'ulteriore, ma non incompatibile, esigenza di prevenzione della corruzione da parte della pubblica amministrazione, come si dirà a breve.

L'obiettivo della salvaguardia della laguna, da perseguire attraverso il necessario intervento pubblico, deve essere letto in una chiave di complessità, tenendo conto del contesto storico-amministrativo, legislativo ed economico-sociale¹⁴⁰.

In precedenza, già la l. 5 agosto 1975, n. 404 ha autorizzato il Ministero dei Lavori Pubblici a bandire un appalto-concorso internazionale per la realizzazione delle opere necessarie ai fini della conservazione dell'equilibrio idrogeologico della laguna.

Si deve osservare che le opere infrastrutturali elaborate rispetto all'intero 'progetto Mo.s.e.' rivestono carattere strategico e di interesse preminente nazionale, ex art. 1, l. 21 dicembre 2001, n. 443, la citata 'legge obiettivo' in materia di grandi opere¹⁴¹.

La vicenda, come noto, consente di riferirsi, in maniera incidentale e

¹³⁹ E. RULLANI, *Venezia*, in *Il Mulino*, 2017, 6, 1079; C. DOSI, *Venezia e la tragedia dei beni comuni*, in *Equilibri*, 1999, 1, 83 ss.

¹⁴⁰ Cfr. F. BENVENUTI, *Aspetti legislativi e amministrativi del problema di Venezia*, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, V&P, 2006, 2335 ss.; F. BENVENUTI, *Note in tema di legislazione e di pianificazione urbanistica veneziana*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006, 3395; per una sintesi che metta in evidenza le incongruenze dei profili legislativi, si v. F. BENVENUTI, *Per una storia critica delle leggi speciali per Venezia*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006, 3451 ss., 3457 (spec. par. § 4) nel quale emerge la distorta visione, priva di coordinamento, sottesa agli interventi che si sono succeduti nel corso degli anni (*de relato*, S. AMOROSINO, *Feliciano Benvenuti e i problemi giuridici della salvaguardia di Venezia*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 2, 103 ss.).

¹⁴¹ Le grandi opere diventano il centro di gravitazione di interessi differenziati, da comporre ad unità, compito non agevole, come ricordato da C. FRANCHINI, *La realizzazione di grandi opere tra centro e periferia*, in *Giustamm*, 2015, 1.

funzionale al tema principale, al nodo della gestione straordinaria e del commissariamento del concessionario nell'ambito dell'adozione di misure anticorruzione.

A tal proposito, come ulteriore fattore di complicazione, si noti che le diverse – fino ad oggi cinquantaquattro, dal 2010 – procedure, sono regolate e aggiudicate in conformità e in base ai principi e alle regole contenute in due diversi codici dei contratti pubblici, quello del 2006 e quello del 2016.

La peculiarità legata a tale opera infrastrutturale emerge maggiormente, tuttavia, dalla circostanza che il Piano di salvaguardia della Laguna di Venezia e del Sistema Mo.s.e. rappresenta un *unicum* nell'ordinamento nazionale, poiché le singole imprese consorziate eseguono le commesse senza partecipare ad alcuna procedura ad evidenza pubblica in senso proprio.

Il sistema Mo.s.e. è, infatti, in fase di realizzazione nell'ambito di un rapporto concessorio tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Consorzio Venezia Nuova, titolare della sola costruzione dell'opera, che agisce nell'interesse dei consorziati. Per consolidato orientamento¹⁴², i Consorzi che svolgono attività esterne, come nel caso di specie, costituiscono infatti centri di imputazione autonomi rispetto alle singole imprese consorziate.

Come noto, durante lo svolgimento dei lavori, il Consorzio è destinatario di una misura di straordinaria e temporanea gestione nell'ambito di attività di prevenzione della corruzione, ai sensi dell'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, che si legittima in base all'accertamento dell'esistenza di un diffuso sistema corruttivo, accertato dal prefetto emittente.

La misura rientra negli appositi meccanismi idonei alla prevenzione di fenomeni di carattere corruttivo, attraverso una specifica modalità di surrogazione soggettiva, limitata al rapporto contrattuale in esecuzione.

L'art. 32 citato si propone di contemperare, da un lato, la completa esecuzione del rapporto contrattuale e, dall'altro, la prevenzione di rischi derivanti dall'infiltrazione corruttiva, ed eventualmente criminale, legata soprattutto alla costruzione delle grandi opere, attraverso un originale e innovativo meccanismo di commissariamento. La gestione commissariale, e il contestuale avvicendamento soggettivo, costituisce un'attività di

¹⁴² *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 gennaio 2021, n. 89, in *Foro amm.*, 2021, 1, 164; Cass., sez. I, 16 dicembre 2013, n. 28015, in *Giust. Civ. mass.*, 2013

pubblica utilità che risponde, in ogni caso, primariamente, all'interesse di assicurare la realizzazione dell'opera¹⁴³, espressione di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge¹⁴⁴.

Emerge, come confermato dal Consiglio di Stato¹⁴⁵, una predilezione per un risultato – il completamento dell'opera – da conseguire attraverso la predisposizione di una modalità, quindi una forma, originale ed alternativa, sebbene sia legislativamente prevista. Avendo riguardo alla tipicità, si potrebbe osservare, come si dirà (cap. § 5, nota § 30), che o la misura è prevista o è atipica, *tertium non datur*.

La tensione tra i due risultati, che possono essere identificati, in termini generali, nuovamente in legalità ed efficienza, induce il legislatore a prediligere quest'ultimo, pur con le cautele di una forma di commissariamento che, tuttavia, riguarda ed è limitato solo al contratto e alla realizzazione dell'opera¹⁴⁶.

La modalità di perseguimento dell'interesse pubblico concreto, nello specifico la predisposizione di un apposito e complesso modello di protezione della laguna – dichiarato 'problema di preminente interesse nazionale'¹⁴⁷ – prevede un temperamento tra diversi interessi che consente di non sospendere, o peggio arrestare del tutto, l'esecuzione dell'opera, e provare ad evitare contestualmente, con un sistema di prevenzione del rischio, il verificarsi di casi di eversione corruttiva della funzione pubblica.

Si opta per una misura specifica, tipica, che consente all'amministrazione di valorizzare gli indici con apposita scelta discrezionale e prediligere la forma adeguata al caso concreto.

¹⁴³ Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630, in *Foro amm.*, 2016, 4, 796.

¹⁴⁴ Si v., sul tema, senza pretesa di esaustività, F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 805 ss.

¹⁴⁵ Cons. St., sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563, in *Guida al diritto*, 2018, 2, 92

¹⁴⁶ Cons. St., sez. III, 3 marzo 2021, n. 1791, in *Foro amm.*, 2021, 3, 475, "la misura del sostegno e monitoraggio, individuata al comma 8 dell'art. 32, d.l. n. 90 del 2014, è agganciata alla durata del contratto cui si correla, siccome funzionale alla sua corretta gestione ed esecuzione, essendo la *ratio* sottesa di stabilire, nella pendenza del legame contrattuale con l'amministrazione, le condizioni di piena legalità entro cui può e deve svilupparsi tale rapporto"; per una lettura completa dell'istituto, cfr. M. IRRERA, *Il Decreto Anticorruzione e l'amministratore di nomina prefettizia: una complessa sfida interpretativa*, in *Riv. soc.*, 2018, 4, 1022 ss., 1038 (spec. nota § 49).

¹⁴⁷ Art. 1, legge 16 aprile 1973, n. 171.

In definitiva, il commissariamento del singolo rapporto contrattuale rappresenta una modalità di attività amministrativa originale, ma regolata, che provvede a una sintesi ottimale dei diversi interessi pubblici e dei risultati da conseguire confliggenti, senza alcun sacrificio eccessivo delle forme e delle garanzie.

9.3. *L'esperienza di EXPO 2015*

La legislazione in tema di grandi eventi, come quella che ha regolato gli eventi di 'Expo Milano 2015', ispirata anch'essa a regimi preventivamente derogatori ed eccezionali¹⁴⁸, si pone quale ulteriore terreno di analisi per valutare la modalità di ricerca di equilibrio. Nonostante la previsione di una disciplina dedicata all'evento, per l'affidamento dei contratti, per i provvedimenti da adottare, si è generato un contenzioso che sembra aver garantito, almeno in parte, l'efficienza delle procedure, ma non la legittimità, lesa, ancora una volta, dalla sospensione del regime e delle forme ordinarie¹⁴⁹.

Il grande evento, proprio perché soggetto a una lunga fase di programmazione, non dovrebbe cogliere di sorpresa la macchina amministrativa mentre, al contrario, per ragioni di celerità dovute a colpevoli ritardi si impongono procedimenti simil-emergenziali, spesso assai opachi; una sorta di necessario, ma indotto, allentamento di regole e legalità.

La rinuncia alle forme, perseguita tramite tentativi di accelerazione e semplificazione non ha agevolato, né ridotto, spese e tempi di azione, con l'ulteriore avvertenza che nei grandi eventi si annidano rischi di illegalità particolarmente allarmanti.

La gestione di 'Expo Milano 2015' ha rappresentato una trasversale deroga, un'ingiustificata emergenza, indice di incapacità delle amministrazioni e dei regimi giuridici; scelta la strada della deroga a monte, infatti, si segna il destino della gestione dell'evento.

¹⁴⁸ Non si tratta, purtroppo, di una novità come emerge dalla lettura, *ex multis*, del d.l. 28 novembre 2008, n. 185, che prevedeva la figura di un commissario come misura 'anti-crisi', come osservato da C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5, 561 ss.

¹⁴⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 settembre 2014, n. 4089, in *Foro it.*, 2015, 1, III, 9, in tema di affidamenti dei contratti d'appalto per 'EXPO 2015' e protocolli di legalità; si v. M. ALLENA, M. CAPANTINI (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 2 (sp. iss., approfondimento monografico).

La sospensione delle forme tradizionali ha riguardato, tra le altre, le modalità di affidamento dei contratti e il regime giuridico previsto per i dipendenti del comune di Milano impegnati per l'EXPO¹⁵⁰, circostanza che ha contribuito solo a generare un notevole contenzioso.

Il ruolo dell'amministrazione nell'ambito dei grandi eventi deve essere letto nell'ottica delle spinte globali e delle procedure e forme ordinarie, nell'ambito di una razionalità procedurale complessiva che garantisca una democraticità delle scelte pubbliche, veicolata da opportune, e non necessariamente eccezionali, forme.

I giochi olimpici invernali di Milano-Cortina 2026 costituiranno l'ennesimo e particolarmente delicato banco di prova per gli equilibri della gestione dei grandi eventi, nella loro visione complessiva, nella consapevolezza che sacrificare le forme equivale a tradire, inoltre, l'affidamento dei cittadini nella corretta spesa dei fondi del PNRR impegnati per l'evento.

10. *I rinnovati rapporti tra risultato e forma: la necessaria mutevolezza del primo e l'accettabile flessibilità della seconda*

Il risultato, come osservato, non rappresenta un'entità unitaria, né è possibile individuare un nucleo comune nei diversi obiettivi che si impongono, poiché è condizionato da diversi fattori, prevedibili o imprevedibili, interni o esterni all'amministrazione stessa.

Il risultato è mutevole, è storicamente condizionato, si adatta necessariamente alle esigenze e agli strumenti del tempo, e proprio tale mutevolezza deve imporre, per non tradire la vituperata e obliterata certezza dei rapporti, il rispetto di diversi canoni formali, che, tuttavia, sembrano non essere, in assoluto, ostativi al raggiungimento del risultato, anzi.

La rappresentazione parziale – non nel senso di incompleta – degli interessi è espressione dell'esigenza cui l'amministrazione deve provvedere, il risultato immediato, l'interesse pubblico con il tempo tendente a zero, per riprendere una formula matematica. Emergono, nel corso dell'attività amministrativa, innumerevoli incombenze, non previste, né prevedibili, che possono porsi, alternativamente, in conformità o in distonia con gli stessi obiettivi primari, ma che non possono essere

¹⁵⁰ Corte cost., 13 luglio 2017, n. 175, in *Giur. cost.*, 2017, 4, 1631.

ignorate dal potere e rispetto alle quali si impongono obblighi formali specifici.

Si assume una portata più ampia di quella riferibile al risultato inteso come parametro di valutazione giuridica dell'attività amministrativa attraverso la sua predeterminazione¹⁵¹ – la c.d. aspettativa di risultato – ma si indaga la tensione che intercorre in fasi amministrative nelle quali la forma può apparire, se non un ostacolo in quanto tale, ma un orpello non funzionale all'obiettivo.

In definitiva, in una chiave metodologica e ricostruttiva ottimale si osserva che il risultato muta strutturalmente, perché attinge dalla realtà dell'amministrazione, mentre la forma può eventualmente accedere a canoni di flessibilità e adattabilità, ma sempre legati a un nucleo di principi e di aspetti irrinunciabili e infungibili.

¹⁵¹ In questi termini, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di 'risultato' e provvedimento*, cit., 9.

CAPITOLO V

L'ATTUALITÀ DELLE CATEGORIE GIURIDICHE ATTRAVERSO LA FORMA. DALLA 'FORMA' DELL'ATTO ALLA 'FORMA' DEL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Elementi per una lettura contemporanea dei principi del diritto amministrativo. – 2. Crisi del principio di legalità e rilevanza delle forme. – 2.1. I pericoli più avvertiti per la legalità contemporanea. L'estensione degli obblighi di forma all'intero rito procedimentale. – 2.1.1. Tecnificazione del potere amministrativo e fuga dalla legalità. – 2.1.2. (*Segue*) I poteri privati e la surrogazione soggettiva dell'amministrazione. – 2.2. Il posto della legalità procedurale nell'amministrazione contemporanea. Un modello da preservare nei principi. – 2.2.1. Modernizzare gli istituti per non rinunciare alla dialettica proficua amministrazione-cittadino. – 2.2.2. La motivazione: la valorizzazione di un elemento irrinunciabile. – 3. La validità come canone di conformità ad uno schema di riferimento. Il contributo della forma. – 4. Legittimità e clausole generali: spunti per tracciare le trasformazioni dell'amministrazione. – 5. Conservazione delle forme giuridiche ed esigenze di adattamento amministrativo: ripensare la forma del procedimento.

1. *Elementi per una lettura contemporanea dei principi del diritto amministrativo*

Il significato e la portata originaria delle categorie tradizionali del diritto amministrativo, così come elaborate e interpretate nel corso degli anni, non possono essere superati, poiché rappresentano un baluardo di tutela insostituibile per il cittadino e, ovviamente, il parametro di riferimento di cui la giustizia amministrativa deve servirsi; appare opportuno, quindi, tentare di fornirne una rinnovata interpretazione che tenga conto dei cambiamenti che l'amministrazione attraversa e della contemporaneità, cercando di evitare approcci caratterizzati da assoluto conservatorismo o, al contrario, assoluto progressismo.

Il colloquio con i principi può e deve divenire una chiave di lettura del presente, caratterizzato da una necessaria, ma per certi versi pericolosa, decostruzione concettuale¹.

¹ B. SORDI, *Nodi cruciali nel processo evolutivo*, cit., 44; si v. l'approccio al tema offerto da C. ROEHRSEN, *Il diritto pubblico verso la 'teoria generale'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*,

Si anticipa, fin da ora, che ci si propone di leggere il cambiamento principalmente attraverso l'analisi della legge sul procedimento amministrativo e si nota che non è più sufficiente imporre la forma, intesa come garanzia, al solo provvedimento, essendo invece necessario ragionare sulla portata della forma, in ogni fase del procedimento, recuperando la valenza sostanziale della forma stessa, rendendola garanzia per il cittadino e, al tempo stesso, indirizzo per le amministrazioni.

La conformazione di ciascun atto pubblico, inteso quale esercizio di potere, deve risultare dal contestuale intervento di due elementi, la struttura del potere giuridico dal quale l'atto è posto in essere e la natura della funzione pubblica, nella quale lo stesso si colloca².

Si intende, come detto, analizzare la tenuta e l'attualità delle categorie giuridiche tradizionali – nello specifico, ci si riferisce alle nozioni di legalità, validità e legittimità, nella pur varia gamma di significati entro le quali le stesse sono ricomprese – al fine di valutare quale ruolo può assumere la forma in questa operazione di necessario aggiornamento. È, infatti, evidente che la stessa analisi del cambiamento deve transitare per la forma, che diviene – o dovrebbe divenire – il punto di osservazione per lo studioso, di tutela per l'amministrato e un supporto imprescindibile per il giudice amministrativo³.

Assumere un punto di vista unitario – che parta dai principi o che parta dalla realtà amministrativa – è compito arduo e può portare a risultati o troppo teorici, o troppo legati al caso concreto, e perciò limitati nelle applicazioni, come notato nel rapporto tra forma e risultato. Per

1976, 4, 294 ss., che individua ostacoli e vantaggi, per il diritto pubblico, nell'accedere a un nucleo di principi elevati alla loro dignità di teoria generale; nella prospettiva del cambiamento, cfr. S. CASESE, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Rovarsi Monaco*, I, Bononia University Press, Bologna, 2018, 3, il diritto amministrativo va affermandosi in una nuova veste, come disciplina che parte dagli interessi dei cittadini.

² Cfr. G. CUGURRA, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1, 53 ss., 75, il quale analizza la sistematica degli atti pubblici nel contesto di tutte le possibili forme di potere.

³ Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Incertezza delle regole e processo amministrativo*, in *Annuario AIPDA. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, ES, 2015, 145 ss., 147, osserva, in termini critici, che “i modelli puri, pur negli ordinamenti a essi riconducibili, non hanno però mai operato in termini esclusivi, perché mai si sono potute constatare quell'autosufficienza ed esaustività della legge che essi assumono a postulato”. Si afferma la necessità di una struttura aperta del diritto e il concetto stesso di certezza, che passa anche dal sindacato del giudice amministrativo, non è soddisfatto con il formalismo, con la creazione del “cielo dei concetti dei giuristi”, ma con la ricerca di composizione dei bisogni sociali.

tale ragione, si opta per un'impostazione che tenga in considerazione, per quanto possibile, entrambi gli aspetti, contemporaneamente.

Non si impone a tutti i costi la ricerca di soluzioni assolutamente innovative, spostamenti tali da far pensare che il diritto pubblico si sia attestato su nuovi confini; è ammissibile, e in alcuni casi auspicabile, infatti che, per certi versi, alcune conquiste del passato non debbano a tutti i costi essere sottoposte a revisione⁴.

Si è notato, nel corso dell'indagine, di alcuni fallimenti delle forme del passato, e nondimeno si avverte sin da ora che vi sono perplessità circa la tenuta di alcune forme del presente.

L'attenzione è, inoltre, rivolta alle tendenze pretorie, ma le stesse devono essere lette con tono critico e senza assegnare loro necessariamente il ruolo di chiave di lettura risolutiva in termini assoluti; anche la giurisprudenza amministrativa, infatti, deve confrontarsi con la cultura contemporanea. Si sono registrati, da parte delle Corti, salti in avanti pericolosi, che, proprio in relazione al tema della forma, potrebbero comportare pericoli evidenti per la tenuta del sistema e soprattutto per la tutela del cittadino.

Appare evidente che la lettura degli orientamenti giurisprudenziali rappresenta un osservatorio necessario, poiché lo stesso diritto amministrativo come scienza autonoma si è imposto allorché ci si è interrogati sulla sorte dell'amministrazione alla prova del giudizio; non si può rinunciare alla conflittualità tra amministrazione e privato, perché di tale conflittualità e delle relative modalità di composizione lo stesso diritto amministrativo si alimenta.

L'analisi della portata attuale e contemporanea dei principi presi singolarmente, infine, consente di scomporre il tema della forma e di adentrarsi con maggior grado di precisione nelle diverse questioni, senza smarrire l'esigenza di unità del sistema.

La realtà amministrativa è costantemente caratterizzata da contraddizioni e cambiamenti repentini, dalla ricchezza e dalla varietà dei bisogni⁵,

⁴ In termini generali, cfr. F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*. Atti convegno Messina, 15-16 aprile 1988, Milano, Giuffrè, 1993, 93 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 307 ss., 315, si deve pervenire a una definizione giuridica di caso, quello amministrativo e quello giudiziario, considerati nelle loro differenze ma anche nelle loro connessioni, senza preconcetti.

⁵ Sul tema, di recente, anche rispetto alle criticità riscontrate in tema di competenze specialistiche nei corpi della pubblica amministrazione e la relativa difficoltà di far fronte ad bisogni complessi, M. RAMAJOLI, *Quale cultura per la pubblica amministrazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 187 ss., e altri riferimenti bibliografici presenti nel capitolo

e tutto ciò indice anche sui rapporti tra potere e cittadino, proprio per tali ragioni, non si può rinunciare al presidio dei principi generali, ma gli stessi devono essere aggiornati al fine di evitare di relegarli al ruolo di meri e passivi spettatori.

2. Crisi del principio di legalità e rilevanza delle forme

Il principio di legalità, nella proposizione negativa offerta e gelosamente custodita dalla dottrina tedesca⁶ – *nessuna interferenza nella sfera di libertà senza autorizzazione della legge* – rappresenta una specifica proiezione individuale delle garanzie dei privati nei confronti della stessa amministrazione, anche se tale acquisizione è notevolmente mutata nel corso delle epoche storiche⁷.

La legalità, per l'amministrazione contemporanea, non può più essere immaginata come la tradizionale e completa prefigurazione del potere⁸, poiché è inesigibile che il dato legislativo possa prevedere tutte le

⁶ La formula, in termini negativi per la sua efficacia persuasiva, è ripresa da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 203 ss.; una notazione di interesse per la prospettiva e la nozione di libertà negativa offerta dalla dottrina tedesca è elaborata da R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005, 358, le libertà negative non dovrebbero avere un costo, poiché si esprimono in una situazione di astensione dello Stato. In realtà l'Autore spiega che l'esistenza di diritti che consistono in una mera astensione è un mito, tutti i diritti e tutte le libertà hanno un costo (361).

⁷ Cfr. B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 1 ss., 7, “la storia della legalità amministrativa non è una storia di proclamazioni costituzionali; né sottende necessariamente un nucleo di garanzie ritenuto sempre e comunque irrinunciabile, è invece prevalentemente una storia concettuale, talvolta più specificamente dogmatica, che accompagna il progressivo radicarsi del principio, connotando una serie di profonde evoluzioni istituzionali”. Tale impostazione risente delle teorizzazioni operate da Ranalletti per il quale l'opportunità di svelare un significato univoco del potere non deve ammettere intromissioni preventive, ma deve garantire un adeguato sindacato giurisdizionale successivo; si v. D. SORACE, A. ORSI BATTAGLINI, R. RUFFILLI, *Diritto pubblico e introduzione allo studio del diritto*, Firenze, Le Monnier, 1983 (rist. inal.), 361, osservano la necessità di preservare il nesso tra autorità e legalità, poiché il dato legislativo si pone quale limite in senso negativo; F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 17, discorre di “nuova legalità” da leggere alla luce di parametri differenti.

⁸ Cfr. G. PASTORI, *La legge generale sull'azione amministrativa*, ora anche in *Scritti scelti*, I, Napoli, Jovene, 2010, 249 ss. 252, per il quale proprio le variazioni cui è soggetto il potere dovrebbero invece indurre alla formalizzazione di diversi aspetti dell'attività, in termini di garanzia.

ipotesi nelle quali sia legittima l'attività amministrativa e regolarne nel dettaglio le modalità di esercizio. La visione tradizionale sembra ormai da tempo inadeguata, la sistemazione tradizionale non è conforme alla realtà odierna dell'amministrazione⁹.

La legalità si è posta, storicamente, come baluardo di tutela avverso degenerazioni arbitrarie nell'esercizio dei compiti da parte dell'autorità¹⁰. Immaginare che tale funzione non muti nel tempo, tuttavia, sembra averne avviato e accelerato il declino, poiché la legalità riversata nei rapporti tra amministrazione e società, "non poteva non perdersi in una sorta di gioco formale¹¹", ma nel significato negativo che il termine 'forma' porta con sé.

Si è assistito, infatti, a un isolamento progressivo della fonte di produzione del diritto dalla società, poiché la prima non è riuscita più a provvedere alle esigenze della seconda; l'osservazione potrebbe essere finanche banale e ormai consolidata, ma il pericolo resta attuale, anzi va aggravandosi¹².

⁹ F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, 3, i problemi della legalità devono essere trasposti dai termini tradizionali di un rapporto atto-legge a quelli, diversi, di un rapporto tra pubblica amministrazione e ordinamento. "Nel diritto amministrativo l'impero delle forme è più largo per la special natura del soggetto operante, che è l'ente il quale non manifesta la volontà e non esplica l'azione sua se non per congegni formali, anzi non opera e non afferma la sua esistenza, né è capace, se non per la rappresentanza e nelle forme determinate dalla legge" (119); si v., inoltre, la tradizionale lettura offerta S. FOIS, *Legalità (principio di)* ad vocem, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1973, 660, che già osserva, ormai cinquant'anni fa, che la legalità è in crisi, dato che risulta chiaramente solo se si considerino i contrasti, le incertezze e le contraddizioni riguardo al valore, alla struttura, al significato e alla portata del principio.

¹⁰ A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto autoritativo' della pubblica amministrazione? (In margine al recente convegno dell'AIPDA)*, in *Dir. amm.*, 2011, 4, 759 ss., la legalità riesce a delimitare la forza persuasiva dell'autorità pubblica, dell'atto autoritativo tradizionale, dall'autorità privata. Collocare la decisione dell'amministrazione nell'area del comportamento giuridicamente rilevante per i suoi risvolti funzionali, anziché in quella dell'atto giuridico, prospetta, tra essa e l'atto esercizio di 'poteri privati', una distinzione ancora più profonda e radicale di quella tradizionalmente fondata sulla diversa portata imperativa di questi atti autoritativi, perché essa sembra adesso intercorrere tra l'immagine giuridica delle decisioni a base soggettiva e quella delle decisioni a base oggettiva.

¹¹ G. BERTI, *Legalità nelle istituzioni*, cit., 53; si v. l'analisi operata da M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri, Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*^{II ed.}, Bologna, Il Mulino, 1986, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1619, per il quale è incerto se il principio di legalità viga e viva come obbligo di conformità sostanziale, formale o come direttiva di mera compatibilità. "La tensione nasce da ciò che, da una parte, l'esigenza democratica, nel suo profilo garantista, spinge a dilatare la vigenza del principio; dall'altra, l'esigenza efficientistica cerca di conservare la spontaneità e creatività dell'azione amministrativa".

¹² In termini generali, rispetto allo scollamento tra la fissità del diritto posto e i repentini cambiamenti del sociale, cfr. N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, Il Mulino,

Tale assunto si può, almeno in parte, giustificare, attraverso due considerazioni autonome, entrambe legate alle modalità di legiferare per la pubblica amministrazione¹³.

La prima riguarda la rapida obsolescenza delle disposizioni per l'emergere di sempre crescenti e diversificate istanze, cui l'amministrazione deve far fronte, che non consentirebbero la predeterminazione, nemmeno parziale, dell'attività¹⁴.

Come osservato, a tal proposito, da una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹⁵, il principio di legalità in senso sostanziale non è più attuato mediante la predeterminazione *ex lege*, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio del pubblico potere, "bensì è assicurato attraverso la fissazione degli obiettivi di tutela e dei limiti di esercizio del potere autoritativo così attribuito". A parere della Corte, la parziale attenuazione del modo tipico di intendere la legalità può essere controbilanciata dalla legalità in senso procedimentale, con la previsione di rafforzate forme di partecipazione, da garantire attraverso le modalità più adatte al caso di specie. Un dato che lascia perplessi è rappresentato dall'utilizzo promiscuo, da parte della giurisprudenza, dei termini 'partecipazione', 'difesa' e 'collabora-

2021, la legalità formale rischia di esaurirsi nella idoneità della norma a decretare "obbedienza in sé", mentre si deve dar conto del relativo sindacato giurisdizionale.

¹³ Cfr., di recente, l'emblematico rilievo operato da F. LIGUORI, *Presentazione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, ES, 2021, 9, osserva la perdurante esistenza di "una produzione normativa caotica ed inefficace, che ha generato un grado di incertezza e di complicazione inaccettabile. Troppe cose fatte male, o fatte a metà, leggi destinate a fallire, a restare inattuato o comunque disattese, magari dopo essere state più volte rimaneggiate"; A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4, 549 ss., 551, il quadro che emerge evoca l'immagine di una malata inguaribile, "ventre molle insensibile a tutti i tentativi di cambiamento".

¹⁴ Il tema è noto e riguarda tutte le diverse branche del diritto, come osservato, *ex multis*, di recente da R.E. KOSTORIS, *Per un diritto che si sviluppa dalla società. L'avventura scientifica di Paolo Grossi*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, 181 ss., i processi culturali dei singoli territori, anche rispetto alla storia istituzionale, possono fornire una chiave di lettura che non rischia di essere superata, come accade per la legge. Tale approccio, per quanto condiviso, non è risolutivo per il tema in esame; il tema involge la vicenda di trasformazione dei poteri, come osservato da G. ACOCELLA, *Capograssi e l'insegnamento di Silvio Spaventa*, in F. MERCADANTE (a cura di), *Atti. Due convegni su Giuseppe Capograssi* (Roma – Sulmona 1986), Milano, Giuffrè, 1990, 199 ss., che evidenzia contraddizioni e tendenze del rapporto tra società civile e legittimazione dei poteri.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, la vicenda ha interessato i poteri di AGCOM nell'imporre oneri specifici, e si fa riferimento a forme di partecipazione nella modalità del '*notice and comment*'.

zione', che comporta una pericolosa visione debole del valore stesso del contraddittorio.

La lettura offerta dalla giurisprudenza amministrativa non sembra, in ogni caso, risolutiva in termini assoluti, per ciò che si dirà, poiché spostare l'intero peso della legalità sulla forma della partecipazione in senso tradizionale, rispetto cioè agli istituti che ne configurano l'assetto, rischia di ingenerare, indirettamente, una rinuncia alla stessa legalità. Si tratterebbe di restare ancorati ad una visione del passato, nella quale vi era un raccordo di fondo tra la formazione del contenuto e l'apparenza giuridica del processo formativo; tale soluzione non sembra perciò oggi soddisfacente, o almeno non per tutti i procedimenti.

Una soluzione potrebbe essere rappresentata dal ricorso generalizzato alle disposizioni, *latu sensu* intese, che integrano ipotesi di *soft law*¹⁶ – definibili anche, in maniera emblematica, spinte gentili per l'amministrazione¹⁷ – che, tuttavia, proprio per la coercibilità relativa, non pare possa consistere in una soluzione accettabile, se non in precisi e delimitati ambiti e, in ogni caso, come fattore di integrazione e non di surrogazione del dato normativo. L'assenza di coercibilità in senso stretto, infatti, pone in essere precetti senza sanzione, modello che non può ovviamente essere mutuato in modo acritico nei rapporti tra amministrazione e privati.

A ben vedere, la previsione puntuale di tutte le possibili modalità di agire amministrativo non è nemmeno più auspicabile, poiché potrebbe configurare un irrigidimento che mal si concilierebbe con l'ormai necessario canone di flessibilità dell'attività¹⁸, da più parti invocato, che legittimerebbe l'attuazione di tutti gli interventi necessari al perseguimento del fine pubblico, anche se non preventivamente regolati¹⁹.

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 147 ss., osserva che la *soft law* può intervenire in ambiti nei quali vi sia la presenza di autorità di regolazione, ad integrazione, in ogni caso, del dato normativo di *hard law*.

¹⁷ Si v. G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2022, 1, 31 ss.; sul tema, cfr., il noto scritto di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Giappichelli, 1992, che tuttavia fa riferimento a un fenomeno diverso, ossia al diritto ispirato ai valori del pluralismo, che porta con sé un'elasticità riferita anche ai principi.

¹⁸ R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 675, "la ricerca della flessibilità, della flessibilità sempre e comunque, in quanto il mutare repentino dei problemi impone la ricerca di risposte caratterizzate da un alto livello di elasticità".

¹⁹ Una visione differente sul tema è offerta da F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi*, 2017, 8, 3, per il quale la flessibilità non può essere autonomo canone di supporto per assicurare la giustizia nell'amministrazione.

Non si tratta di rinunciare alla legalità, al contrario, si adegua e aggiorna la stessa al fine di consentirne la sopravvivenza, almeno in via ipotetica.

A differenza di ciò che si potrebbe pensare, infatti, la flessibilità diviene indice sintomatico di certezza degli affidamenti²⁰, poiché garantisce l'attuazione degli adattamenti che si rendono doverosi, diviene fattore integrativo dei principi generali dell'attività pubblica²¹ e, soprattutto, non mina in alcun modo il rapporto tra amministrazione e privato.

Non si intende surrogare interamente la legalità con elementi che dovrebbero avere solo valenza integrativa²², ma è necessario assumere una visuale diversa della stessa legalità²³.

²⁰ Cfr., sul tema della compatibilità con la nozione di flessibilità, D. D'ORSOGNA, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 287 ss., 294, l'operazione amministrativa deve tendere alla soluzione di un problema amministrativo complesso e rappresenta la forma della funzione decisionale che finisce per disegnare la foggia stabile di relazioni organizzative necessariamente flessibili.

²¹ Si fa riferimento al principio di proporzionalità, come di recente rilevato da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 settembre 2021, n. 9849, in *Foro amm.*, 2021, 9, 1353, "il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa impone alla p.a. di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. (...) La proporzionalità non deve, pertanto, essere considerata come un canone rigido e imm modificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa e, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità e alla legalità. In definitiva, il principio di proporzionalità va inteso nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale".

²² R. FERRARA, *L'incertezza delle regole*, cit., 666, osserva che "le istituzioni della flessibilità (di una certa flessibilità) sono chiamate a rimpiazzare i tradizionali strumenti della democrazia rappresentativa (il principio di legalità, e dunque la *rule of Law*) verosimilmente assunti come le istituzioni della rigidità"; condivisa in questa sede la riflessione offerta da S. STAIANO, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2015, 4, 683 ss., il quale avverte di una tendenza alla rinuncia a esplorare nuove vie di razionalizzazione e a indugiare nella contemplazione del disordine, poiché la complessità dovrebbe essere analizzata prima da un punto di vista normativo e, solo in via eventuale, pretorio.

²³ Su tale profilo di mutevolezza, F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999, 1261 ss., le relazioni tra potere e interesse mutano rispetto a dati e parametri non controllabili, anche perché – al di là di prospettive non auspicabili – l'amministrazione tendenzialmente fornisce il suo apporto per la soluzione del procedimento. La differenziazione delle modalità stesse di ponderazione degli interessi è logica conseguenza della eterogeneità degli interessi e, di conseguenza, dei compiti dell'amministrazione. L'Autore osserva che "nella concezione iniziale l'interesse pubblico svolgeva piuttosto il ruolo

Ancora una volta, si palesa il tema del mito della forma, poiché ci si deve allora chiedere, in maniera critica, in cosa consistono gli insormontabili ostacoli procedurali per l'amministrazione, in considerazioni di tali clausole di adattamento, ormai consolidate nelle letture della dottrina e della giurisprudenza. In che termini la forma si porrebbe come ostacolo per l'attività amministrativa.

Il tema della flessibilità, nello specifico, ha assunto una peculiare dignità e importanza nell'ambito delle procedure di gara²⁴ e di concorso²⁵, nelle quali è assunta quale parametro che consente alle amministrazioni di colmare le proprie lacune cognitive e tecniche nei confronti dei privati, nelle vesti di operatori economici, come si vedrà *infra*, par. § 2.1.2, attraverso un confronto dialettico, in luogo di inasprire, inutilmente, gli obblighi procedimentali.

Proprio l'irrigidimento delle procedure e, di conseguenza, la pre-determinazione della scelta dell'amministrazione sembra aver generato, sempre in tema di contratti pubblici – si fa riferimento soprattutto, ma non solo, alle disposizioni adottate nel 1994 e al Codice del 2006 – effetti negativi sull'intera fase di scelta e quindi di decisione²⁶.

di giustificazione politica dell'attribuzione del potere; sul piano degli istituti giuridici esso non aveva rilievo; ne aveva esclusivamente il potere con le sue caratteristiche” e nella “nuova ottica l'interesse pubblico non è più inteso come giustificazione extragiuridica dell'attribuzione del potere, ma piuttosto come finalità concreta (giuridicamente rilevata) che il potere deve, attraverso il suo esercizio, consentire di raggiungere” (1265).

²⁴ G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, ES, 2017, 29 ss., rileva la necessità di coniugare flessibilità e rigore, nell'ambito di una logica operativa complessiva, più ampia e più duttile; A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, 590, la flessibilità e l'innovazione sono le nozioni chiave che devono caratterizzare la legislazione per l'affidamento dei contratti pubblici; si v. anche, rispetto al tema della concorrenza e alla compatibilità con il profilo della flessibilità, P.L. PORTALURI, *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2, 403 ss.

²⁵ La flessibilità si pone quale elemento a supporto della valutazione dell'amministrazione, in ipotesi particolarmente complesse, come si rileva da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 novembre 2021, n. 11487, “i criteri di valutazione delle prove scritte, in particolare, per quanto riguarda i concorsi che richiedono un'elevata specializzazione, come quello in magistratura, non necessitano di particolare analiticità e devono mantenere una certa flessibilità ed elasticità, non essendo sempre possibile predeterminare a priori la gamma delle soluzioni a ciascuna questione giuridica che potrebbero risultare suscettibili di positiva delibazione”.

²⁶ Emblematicamente, F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, 4, 747 ss., il quale avverte, proprio in tema di gare pubbliche

Si può pertanto osservare che, a differenza del passato, nel quale la legalità si poneva quale presidio di rigidità per il rapporto amministrativo, nell'amministrazione contemporanea la flessibilità diviene alleata, e finanche corollario, della forma e delle garanzie e, in ultima istanza, la sintesi di ciò conduce a una rinnovata veste della discrezionalità che diviene indice tendenziale di buona amministrazione.

La seconda considerazione è relativa alla questione, irrisolta, della qualità della fattura delle leggi che regolano l'attività amministrativa in, che dovrebbero porsi quale "espressione di una unità del senso immanente nel diritto come totalità²⁷" e che invece si presentano come decodificate, frammentate, costantemente – e imprevedibilmente – emendate e rispetto alle quali sarebbe complesso ricavare il dato normativo in senso univoco e interpretarlo come precetto esclusivo²⁸.

Il tema della "cattiva e sempre peggiorante redazione delle leggi amministrative²⁹", per riprendere un'espressione di V.E. Orlando è, per l'appunto, un dato strutturale e non limitato al periodo storico presente,

che "non mancano i casi in cui discrezionalità e vincolatezza logico-matematica risultano strettamente intrecciati fra di loro con la conseguenza che un problema ricorrente è quello di stabilire quale rapporto intercorreva fra le due anime della legalità. È il caso degli appalti pubblici nel quale la quasi totalità di un contenzioso che cresce in maniera esponenziale con le restrizioni nella spesa pubblica è dedicato a sciogliere i nodi del multiforme rapporto fra discrezionalità e vincolatezza".

²⁷ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1st ed., 1960) Berlino, Springer-Verlag (trad. it. a cura di S. Ventura, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966) 194.

²⁸ *Ex multis*, B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 389 ss. (spec. par. § 4) il quale osserva, con rassegnazione, che risulta vana la fatica di inseguire il disordine normativo in forme tipiche di produzione del diritto attraverso il potere pubblico.

²⁹ La citazione è riportata da M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti*, cit. (nota § 17) si osserva che il diritto amministrativo, "diritto speciale per eccellenza" è sottoposto a un regime giuridico che ne connota una spiccata autonomia e una sostanziale non riconducibilità a regimi di diritto comune; P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza del diritto'*, in *Annuario AIPDA. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, ES, 2015, 8, osserva che 'legalismo' e 'formalismo' appartengono al passato, poiché il diritto come realtà statica deve far posto a una visione coerente, "l'obiettivo era quello di evitare gli scollamenti tra forma e sostanza, tra ufficialità e prassi" (10). La società odierna, così come l'amministrazione che vi provvede, è percorsa da "una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici" (11).

che incide sulle fonti del diritto amministrativo³⁰ e risultato quale concreto esercizio di potere, che non rinviene, quasi mai, un solido, affidabile e indubitabile ancoraggio normativo.

Il dato di diritto positivo non sembra più poter aspirare, ormai da tempo, a divenire l'unico termine di riferimento, sia in termini di valore orientativo per l'amministrazione, sia in termini di garanzia per il privato³¹.

Emerge una frattura tra la "legalità degli antichi e quella dei moderni", con la necessaria e ulteriore avvertenza, quanto mai attuale, per cui "molte sono le manifestazioni della legalità, anche se è sempre una la sua funzione: rendere tipico l'esercizio del potere³²", anche se è evidente che si tratta di un concetto di tipo diverso dal tradizionale.

³⁰ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti*, cit., 690, osserva che la contrapposizione tra tipicità e atipicità delle fonti appare di per sé priva di senso logico-giuridico. O la fonte è disconosciuta, e allora l'atipicità è assorbita dal giudizio di illegittimità, o, se è riconosciuta, è sempre tipica, "sicché *tertium*, la fonte atipica, non *datur*".

³¹ Cfr. F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 266, il quale osserva che nell'elaborazione di fatti ed interessi si ha un moto pendolare del pensiero (l'Autore riferisce delle teorie di English) tra la proposizione giuridica e il fatto, nel cui moto si inserisce il giudizio di valore che opera l'amministrazione. Emerge quanto il tema sia soggetto a oscillazioni interpretative marcate, poiché il vincolo di scopo non esclude la libertà di scelta amministrativa, "eppure non può dirsi che qualsiasi scelta sia legittima solo perché sottratta a regole puntualmente stabilite" (261). Il principio di legalità costringe l'amministrazione all'osservanza del valore risultante dallo stesso collegamento tra il potere giuridico attribuito e un certo scopo, poiché, nonostante il carattere generico, questa limitazione di carattere vagamente normativo ha un'importanza centrale (268); sul tema dei giudizi di valore, nell'ambito del regime processuale, si v. G. DE GIORGI CEZZI, *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 906 ss., la quale rileva che l'ineliminabile giudizio di valore può costituire parte del 'mondo totalmente amministrato', volto 'della ferocia delle procedure amministrative', due prospettive che, sintetizzate nel contesto di un giudizio, palesano l'esistenza di un'atmosfera formalistica, orientata alla fissazione e alla ricerca della verità materiale prodotta dalla pubblica amministrazione; si v. L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1982, 1, 41 ss., 44, "la crisi della legalità generale e astratta come forma del trattamento uguale e vincolo preordinato all'azione pubblica è senz'altro il fenomeno più vistoso".

³² F. MERUSI, *Il principio di legalità*, cit., 427 ss., il quale, rispetto a quanto riferito, individua una tendenza alla sovrapposizione concettuale tra legalità e legittimità o, come riferito dallo stesso A., tra legalità sostanziale e legalità formale (429); cfr. sempre sulle variazioni del principio di legalità, G. CORSO, *Principio di legalità e trasformazioni dell'amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, ESI, 47 ss., il quale opera un'analisi trasversale, anche rispetto alla legalità dei profili organizzativi; sui profili formali in tema di sanzioni amministrative, cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1983, 49 ss., il quale

Ancorare le nozioni e le categorie ai retaggi del passato equivale a violare, consapevolmente, i diritti che le stesse tendono a tutelare, poiché c'è il rischio concreto di relegarle in un contesto inutilmente rigido e di antistoricità³³.

Ci si trova in un periodo in cui la presenza incisiva dei gruppi di pressione, la pervasività della tecnica e le inerzie colpevoli della stessa autorità – solo per citare alcune e le più evidenti cause di tale frattura – assoggettano il potere amministrativo a spinte di carattere non esclusivamente pubblico; sembra concorrere tutto per il rifiuto della forma, che potrebbe solo ostacolare tali propositi, per riprendere l'equivoco che caratterizza le convinzioni contemporanee³⁴.

Si rende, pertanto, necessaria l'elaborazione di una rinnovata visione del principio di legalità, che abbandona la tradizionale veste di fattore di prevedibilità, ossia la legalità esecutiva, per accedere a una legalità c.d. teleologica, orientata al fine dell'agire in concreto³⁵, plasmata sull'interesse pubblico, di volta in volta, primario da perseguire³⁶; si assiste al passaggio

osserva che talvolta i profili di ordine formale e quelli di ordine sostanziale non sono distinti con chiarezza e risulta spesso accolta una commistione che nuoce alla correttezza e alla certezza dei risultati offerti dalle indagini. “L'esigenza di valutare gli argomenti di ordine sostanziale e quelli di ordine formale nella loro sede propria, e la constatazione che le ricostruzioni sostanzialistiche sono in genere meno note e propongono argomenti talvolta non di immediata evidenza rendono opportuna una puntualizzazione di alcuni profili riscontrabili in queste ricostruzioni” (sul tema, si v. il dibattito riportato dall'Autore, con i relativi riferimenti bibliografici, 49, note § 72, 74, 77).

³³ Cfr. G. CORSO, *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2011, 1, 129; P. GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. fior.*, 2016, 9 ss., 11, per il quale si sfilacciano le componenti tradizionali della corazza protettiva del diritto amministrativo, la sovranità dello Stato e la legge.

³⁴ Si v. N. LIPARI, *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, 755, richiama, come possibile soluzione, la necessità di ricondurre il principio di legalità formale ad un più comprensivo principio di giuridicità dove la corrispondenza è con i valori di un intero ordine giuridico.

³⁵ Si fa riferimento all'esercizio concreto del potere, cioè all'avvio dell'attività, poiché come osservato, F. MERUSI, D. SORACE (a cura di), *Pagine scelte*, cit., 63, prima dell'esercizio del potere, il potere stesso e la corrispondente posizione di soggezione sono allo stato potenziale. Il vincolo di garanzia e di forma, rispetto all'interesse concretamente individuato, non è legato solo al dato di conferimento legislativo, anche perché “la norma attributiva del potere è misura della legittimità dell'esercizio del potere medesimo, non fonte diretta degli effetti”.

³⁶ A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi*, cit., 557, “la legittimità della decisione – e, dunque la legittimazione dell'amministrazione – non deriva

da una concezione della decisione pubblica interamente prevista e coperta dal dato legislativo, a una decisione flessibile, che muta, ma resta sempre rispondente a una nuova legalità, quella dell'interesse concreto.

Il principio di legalità resta il fondamento a presidio del conferimento del potere amministrativo, ma deve essere costruito a partire dall'interesse pubblico, la fattispecie concreta, in un movimento che non si pone in alcun modo in violazione della forma, anzi ne asseconda e agevola il processo di rinnovamento³⁷.

Il mito e la persuasione di un legislatore identificato come monopolizzatore della produzione giuridica deve essere superato senza nostalgie, ma preservare la forma e le garanzie sembra essere, ancor più che in passato, l'unico modo per evitare distorsioni e arbitrii nell'esercizio del po-

più dalla corrispondenza formale di essa al predefinito tipo legislativo sul presupposto che tale corrispondenza sia garanzia di risultato, ma trova il proprio fondamento nella realizzazione del fine di interesse pubblico, nell'agire bene nella concreta vicenda amministrativa che vale, negli sviluppi che ne sono conseguiti, a contrassegnare la cd. amministrazione di risultato, quell'amministrazione che, da un lato, ha segnato la definitiva consacrazione dello spostamento dell'accento dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dalla decisione come applicazione sillogistica della norma all'iter formativo della stessa, dall'altro ha assunto la dimensione dell'efficienza quale connotato necessario di un moderno sistema di risultati ed obiettivo dell'azione amministrativa"; cfr. G. PALMA, *Lo sviluppo prospettico delle attuali coordinate induce a segnare più ampi confini ricostruttivi della nozione di 'conformità alla legge' del provvedimento amministrativo con ripercussioni sul sindacato giurisdizionale di legittimità*, in *Federalismi*, 2019, 21, 8, "le norme (e non solo nella nostra civiltà giuridica) ormai non vanno più, ai fini della loro attuazione (intenzionalmente non impiego il vocabolo applicare), interpretate esclusivamente nell'intento di scoprire la volontà (oggettiva) del legislatore che le ha adottate bensì, una volta precisata questa volontà ovviamente, ai fini della sua concreta applicazione della fattispecie legale alla fattispecie del reale, occorre che la prima sia integrata da una numerosa serie di clausole e soprattutto di principi (*in primis*) costituzionali ma anche di fonte internazionale e soprattutto comunitarie e si è concluso configurando lo spazio attuale ordinamentale come costituito da una rete fitta di principi di valore (ovviamente) giuridico e di diversa origine, che condiziona (e devono condizionare) la singola norma oggetto di interpretazione e di susseguente attuazione".

³⁷ Si v. G. CORSO, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1, 71 ss., il quale sostiene che nel diritto amministrativo la fattispecie e il relativo inscindibile collegamento con la norma che ne regola l'esercizio goda di "buona salute"; in termini generali, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, 114 ss., "è impossibile rinvenire una materia che sia, allo stesso tempo, potenziale settore di esistenza e di esercizio di poteri imperativi, e priva di quella particolare garanzia che è fornita, appunto, dalla riserva di legge".

tere, quando ciò avvenga in maniera diretta o quando lo stesso sia indebitamente devoluto, come si dirà.

Anche in tale rinnovata visione della legalità, si osserva che la forma rappresenta l'essenziale, anzi diviene a maggior ragione il principio costitutivo delle garanzie, poichè non ostacola, ritarda o irrigidisce in maniera superflua l'attività amministrativa, ma ne agevola la qualificazione in termini giuridici³⁸.

2.1. *I pericoli più avvertiti per la legalità contemporanea. L'estensione degli obblighi di forma all'intero rito procedimentale*

L'esigenza di ricostruire la legittimazione del potere³⁹ a partire dalla no-

³⁸ In questi termini, N. IRTI, *Studi sul formalismo*, cit., 7, 9, la forma dell'agire deve smarrire ogni nota critica, ma deve atteggiarsi come oggettiva conformità, teoria delle modalità tacite e espressive dell'agire. In tal modo, la stessa teoria generale del diritto promana dall'inquietudine culturale che è connotato proprio dell'agire amministrativo, non legata a forme sistemiche e anche la prospettiva del diritto da intendersi come fenomeno umano inizia a trovare, e non da ora, i suoi punti di cedimento; critica, ma non potrebbe essere altrimenti, in considerazione dell'epoca storica in cui tale riflessione si muove è la riflessione di S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1935, 169, per il quale tali movimenti della legalità – ad oggi inarrestabili – si rivelano quali indici di pericolo per il cittadino, “finzione di verità e giustizia”. Il diritto si specifica nel proprio momento empirico perché è necessario istituire una ricerca metodologica direzionata a conferire forme seconda quella propria del dato positivo. Il dato legislativo è posto su un piano di riflessione critica, non assunto in maniera passiva e acritica. Sia consentito, per lo stato attuale dell'amministrazione e non per un tratto nostalgico di convinzione, condividere tale approccio.

³⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, Cedam, 2007, 257 ss., 269, per il quale l'ordine giuridico permea e struttura il discorso del potere, “ne riduce (anche se non ne elimina) il carattere mitico e affabulatorio, vi conferisce linfa razionale e sostanza di sistema”. L'Autore osserva che “l'applicazione integrale del principio di legalità in veste formale non è peraltro intuitivamente possibile, a pena di ridurre a una dimensione apertamente irrisoria l'esigenza della spersonalizzazione e neutralizzazione del potere che sottostà alla stessa concezione dello Stato di diritto”. La sintesi, lungi dal voler rappresentare una soluzione univoca, si rinviene nell'equilibrio tra poteri pubblici legittimati su base oggettiva e poteri pubblici legittimati su base soggettiva; le garanzie per il cittadino sono integrate, perlomeno dal punto di vista formale, dalla legittimazione dei poteri, come osservato da G. BERTI, *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona*, in *Jus*, 1985, 3, 324 ss., il quale, peraltro, osserva che “L'unità del sistema giuridico si è creduto di raggiungerla anche mediante un'altra operazione della dottrina, della quale si avvertono echi in talune proposizioni politiche e del legislatore: intendo riferirmi alla divisione tra ordi-

zione di interesse pubblico impone di verificare i pericoli insiti in questo approccio, che implica l'accoglimento di un concetto di legalità 'debole'⁴⁰, che accetta una lettura critica della legislazione vigente. O, forse, i temi e le tendenze di cui si dirà si sarebbero affermati in ogni caso, anche in presenza di un dato legislativo certo, coerente e inattaccabile; non ci sono argomentazioni sufficientemente solide per poter sostenere una tesi o l'altra.

Si deve, però, prendere atto del rinnovato terreno di incontro tra legalità, e quindi democraticità del potere, e diritti degli amministrati e della società stessa, anche per poter indagare le prassi che si pongono ai margini, se non al di là, di questo delicato equilibrio.

Si notano, infatti, pericolose ipotesi di dismissione della funzione pubblica, legate a momenti di cessione indebita della stessa legalità, con evidenti ricadute per il tema delle garanzie e della forma.

Nell'attualità, si possono isolare e individuare due minacce particolarmente avvertite che sono, per alcuni aspetti, collegate tra loro; si tratta della progressiva tecnicizzazione del potere e dell'affermazione di veri e propri poteri privati, sprovvisti, come tali, dell'apposita legittimazione conferita per legge, pur nella visione ampia di cui si è detto⁴¹. Non sono gli unici pericoli, ma, forse, sono i più imminenti, visibili e pericolosi⁴².

namento generale o comunitario o complessivo e Stato-soggetto o persona giuridica o Stato-amministrazione. Ma questa è e rimane a mio avviso una distinzione di comodo ed inoltre poco sincera, della quale peraltro tutti abbiamo fatto uso e talora abuso. Il criterio distintivo non è neppure unitario e sicuro, giacché trovasi diversamente ispirato, a seconda che si abbia in mente la preoccupazione di conservare la legittimità dei poteri statali e il principio di legalità (Stato soggetto al proprio ordinamento), oppure si voglia dare risalto alla forza comunitaria della società, oppure si voglia solo perseguire un'immagine obiettiva, e come tale non gravata dai poteri soggetti, dell'ordinamento giuridico" (331).

⁴⁰ Si v. F. PUGLIESE, *Per 'amministrare' la felicità*, cit., 1782 ss., "la legalità contemporanea è quella debole dei principi, piuttosto che quella forte delle regole, esigenze di formalismo nell'osservazione delle regole sono ancora evidenti poiché la legalità procedurale vale di per sé come crisma di legittimità del potere amministrativo"; M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, 3, 481, "l'azione di ciascuna amministrazione coinvolge oggi, una pluralità di interessi, sia pubblici che privati, che in gran parte sono giuridicizzati", poiché il soggetto agente "deve fare i conti con tante norme quanti sono gli interessi implicati".

⁴¹ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 9, si smarrisce l'asse scienza-tecnica-decisione con una pericolosa sovrapposizione di concetti e di ripartizione di competenze tra i soggetti; il tema è analizzato rispetto alla programmazione, *supra*, cap. § 4.

⁴² G. BERTI, *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, 255 ss., ora anche in *Scritti giuridici*,

Si potrebbe sostenere che le questioni citate potrebbero porsi in una relazione di problema-possibile soluzione, nel senso della possibilità di affidare compiti tecnici a soggetti non istituzionali, ma ciò costituirebbe un'indebita semplificazione della questione, in ogni caso non risolutiva.

2.1.1. *Tecnificazione del potere amministrativo e fuga dalla legalità*

Il modello amministrativo tradizionale, deputato alla cura dell'interesse pubblico attraverso il risultato combinato di un'operazione articolata in due momenti distinti, uno con natura intellettuale, l'altro avente carattere strettamente volitivo⁴³, rischia di risultare obsoleto, di appartenere a un impianto concettuale del passato, per diverse ragioni.

La complessità⁴⁴, più volte citata, impone all'amministrazione di far ricorso a strumenti e conoscenze tecniche, in modo più incombente ri-

Napoli, Jovene, 2018, 103, il quale osserva che la tendenza sembra rivolta sempre più a togliere separazioni tra forma e sostanza, con un conseguente depauperamento della protezione che deriva da forme sicure. "Nel campo dell'amministrazione, dove i fenomeni sono sempre più urgenti perché legati alle necessità o alle occorrenze del momento, si fanno normazioni sul procedimento o sulle procedure che rimangono a metà strada tra la processualizzazione dell'attività e l'abbraccio delle forme proprie dell'autonomia privata".

⁴³ *Ex multis*, ampia e condivisa è l'analisi operata da F. BASSI, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, 49 ss., 52.

⁴⁴ Sul tema, si v. L. BENVENUTI, *Legge, parità e potere nell'amministrazione della complessità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, 1497, 1505, il paradigma della complessità deve essere adeguatamente tenuto in considerazione al fine di favorire una lettura del sistema che possa registrare le prospettive evolutive dell'intero fenomeno amministrativo. Tale annotazione, che potrebbe, *prima facie*, apparire superflua o generica, obbliga l'amministrazione a rinvenire soluzioni articolate che hanno un impatto anche sulla forma dell'agire; cfr. M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi*, in *Studi senesi*, 2021, 1, 223 ss., il diritto del ventunesimo secolo è il diritto della complessità, la quale alimentata dalla globalizzazione dei rapporti giuridici, a sua volta contrassegnata dalla contraddittorietà e indeterminatezza delle regole, delinea un ordinamento giuridico fortemente segnato da interdipendenze discontinuità interazioni e un inevitabile grado di incertezza che rende obsoleta l'idea di un centro normativo unico; avendo come referente il tema della complessità, si v. E. BALBONI, *Bachelet studioso dell'amministrazione di una società complessa*, in *V&P*, 1982, 4, 70 ss., che riporta l'opera di Bachelet quale esempio decisivo di superamento della concezione dell'amministrazione in senso gerarchico, poiché si impone una revisione costante di tutte le categorie elaborate, al fine di rendere il diritto amministrativo uno strumento consapevole di raccordo tra il potere e il cittadino.

spetto al passato, ma il problema non è ovviamente il ricorso alla tecnica in sé⁴⁵, ma i rapporti di questa con il farsi della decisione pubblica⁴⁶.

Si potrebbe obiettare che anche la scelta discrezionale non è semplice applicazione del diritto, che di per sé è una tecnica, poiché vi è sempre un'opera creativa dell'interprete, dell'amministrazione in questo caso.

Il nodo però maggiormente problematico, che comporta una poten-

⁴⁵ Una sintesi diacronica del dibattito è operata da S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016, 7 ss.; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici*, cit., 1629, "lo sviluppo delle scienze annette al regno dell'obiettivo e del controllabile empiricamente territori prima dominio dell'opinabilità soggettiva"; di recente, cfr. P. FORTE, *Pubblica amministrazione ed eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Ist. fed.*, 2021, 4, 971, maggiore è l'esigenza di conoscenza scientifica e tecnica, sulla base dell'acclarata eminenza e affidabilità che la stessa garantisce o dovrebbe garantire, meno spazio c'è per l'amministrazione; in termini ampi sul tema, B. ROMANO, *Forma del diritto e genesi dell'utile*, in L. AVITABILE (a cura di), *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, ES, 2011, il sapere della scienza e della tecnica si esaurisce nelle conoscenze scientifiche che potrebbe condurre a neutralizzare il potere.

⁴⁶ Attuali e insuperate risultano, sul tema, le parole di F. LEDDA, *Potere tecnica*, cit., 190, "Dirà il futuro se anche l'arte dell'amministrare potrà essere guidata integralmente e quasi 'raffreddata' da tecniche oggettive e generalmente accettate: ma è da sperare che questo risultato sia lontano"; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, Giuffrè, 1991, 441 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1449 ss., osserva che si deve compiere una significativa operazione culturale, che consiste nell'assumere la scienza come referente di valori giuridici intorno a cui ordinare sistematicamente e verificare i dati i materiali che l'esperienza stessa produce. La scienza e la tecnica sono categorie essenziali della cultura moderna, come produttrici "prima che di saperi utili, di immagini complessive" (1466); C. MARZUOLI, *Il problema amministrativo tra discrezionalità e tecnica (il contributo di Antonio Romano Tassone)*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, 172; particolarmente utile per il dibattito è il contributo di F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici* (Volume LIX 2001-2002). *In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004, 1091 ss., la tecnica si pone quale momento di ricerca della verità "allergica al gioco degli interessi". Gli interessi potrebbero condizionare in vario modo la tecnica, anche se avverte che si tratta di un approccio che potrebbe mutare con l'evolversi della stessa tecnica; nella prospettiva dell'esercizio del potere, si v. A. POLICE, *Autorità e libertà: riflessioni marine su un conflitto antico*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004, 220, il quale osserva che l'intera dialettica tra autorità e libertà, per la ricerca di un canone di tutela appropriato, deve essere letta nell'ottica del processo di graduale erosione del margine di apprezzamento discrezionale delle amministrazioni.

ziale frattura con il principio di legalità, è insito nella progressiva e irreversibile scomparsa dei corpi tecnici dell'amministrazione che ha reso necessario il ricorso a esternalizzazioni continue, deputate a sopperire le carenze di conoscenze specifiche, una volta interne alla struttura organizzativa pubblica⁴⁷. Le conseguenze nefaste di tale approccio sono evidenti, basti pensare all'assenza di adeguati corpi tecnici con funzioni di controllo nell'ambito della vicenda del ponte Morandi⁴⁸.

Si assiste a una sistematica e tacita attribuzione di compiti a soggetti privati, che decidono in luogo dell'amministrazione, non limitandosi più a un'ordinaria e legittima funzione di supporto. La marginalizzazione dell'amministrazione nel decidere diviene la regola e non l'eccezione riservata a eventi di particolare difficoltà o complessità.

È evidente, tuttavia, che, come notato in sede di teoria generale⁴⁹, ci sono alcuni limiti strutturali nell'attività pubblica, che non possono che essere risolti se non con il ricorso al settore privato.

Non si intende, infatti, negare l'irrinunciabile utilità del ricorso a conoscenze detenute da soggetti privati, ma pare ammettersi ormai, tacitamente, che l'effetto giuridico in senso stretto sia nella disponibilità del soggetto titolare di conoscenze tecniche e non è più riservato al potere pubblico.

Per altro verso, sembra mancare del tutto il 'coraggio di amministrare'⁵⁰,

⁴⁷ Di recente, sul tema, A. PAJNO, *Legge n. 241/1990, corpi tecnici e attività consultiva*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 259 ss.; G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 469 ss., 477, osserva che tra le cause della "sconfitta dei tecnici" ha contato il dominio del diritto inteso quale formalismo giuridico, e pertanto come ostacolo allo sviluppo dei saperi specialistici all'interno dell'amministrazione; L. SALTARI, *Che cosa resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 290, osserva che, per diverse ragioni, conviene preservare le strutture tecniche esistenti.

⁴⁸ Si v. *supra*, cap. § 4.

⁴⁹ W. VON HUMBOLDT, *Ideen eines Versuchs, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1st ed., 1851) Breslau, Eduard Trewendt (trad. it. a cura di G. Perticone, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1965) l'Autore non nega la necessità di un intervento statale, ma, nelle sue premesse, parte delle esigenze di sviluppo della personalità dell'individuo. Si rende necessaria una solidità organizzativa e, a tal proposito, l'Autore osserva che "tutto si può ridurre alla forma e alla materia; da questo connubio eterno, dalla diversità e dall'unità", i compiti dello Stato, e di converso dell'amministrazione, non devono essere di ostacolo allo sviluppo del privato e viceversa (34).

⁵⁰ Con riferimento proprio alla questione del ruolo attuale dei corpi tecnici, si v. A. POLICE, *Il potere, il coraggio, il tempo nel decidere*, cit., 370 (spec. par § 6) che osserva che sarebbe necessario concentrare al massimo la decisione ultima in capo al decisore pubbli-

tema richiamato di recente due volte dalla dottrina, che non equivale a porre in discussione il supporto della tecnica, ma a evitare di trasformare ciò in una rinuncia all'amministrare.

È agevole notare come l'amministrazione e il potere pubblico siano divenute, progressivamente, comparse, e non siano più i protagonisti negli *iter* decisionali relativi alle questioni più delicate della vita amministrativa del paese; il pubblico non riesce più, in autonomia, a esprimere un apporto costruttivo apprezzabile per la soluzione dei problemi sociali.

A tale fuga dalla decisione ha contribuito in maniera evidente l'incerta allocazione delle responsabilità, con misure che hanno cercato di limitare tale tendenza alla dismissione della scelta – la c.d. amministrazione difensiva – con previsioni dirette a temporanee deresponsabilizzazioni; si tratta di interventi sporadici⁵¹, non posti a regime, che non concorrono a sanare la frattura di cui si è detto, anzi ne aggravano le aporie.

Si rende necessario un recupero della funzione amministrativa, di ritrovare l'importanza del fattore umano interno alle amministrazioni, per non rinunciare, definitivamente, alla legalità, e di conseguenza, alle garanzie.

2.1.2. (Segue) *I poteri privati e la surrogazione soggettiva dell'amministrazione*

L'aspetto appena analizzato, che ha palesato il crescente dominio della tecnica nell'ambito delle decisioni amministrative è strettamente collegato con l'affermarsi di veri e propri poteri privati⁵², paralleli a quelli

co; sul tema, cfr. G.D. COMPORI, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1105, “parlare di coraggio significa porre al centro del dibattito una questione di metodo, consistente nell'interrogarsi sull'elemento identificativo della funzione amministrativa che deve essere riscoperto e valorizzato al fine di selezionare i profili su cui merita concentrare l'attenzione. Un farsi animo, dunque, illuminato dalla riflessione, nella consapevolezza che quello che spesso ai contemporanei appare come una mera lotta di spinte e forze diverse è in realtà un problema di idee, alla cui dimensione originaria e essenziale occorre guardare per recuperare nella sua chiarezza esplicativa la dimensione di senso di categorie e di meccanismi che poi risulta difficile da decifrare nei suoi sviluppi, perché camuffata e annientata nell'invisibilità di ciò che è ovvio e diventa routinario”.

⁵¹ Evocativo il titolo dell'analisi di G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi*, 2021, 8, 21 ss.

⁵² Una lettura anticipata del tema è offerta, autorevolmente, da F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie*, cit., 15, se il potere perde la radicale caratteristica di indisponibilità per realizzare un contemperamento di interessi, “anche il privato comincia ad esercitare una fun-

istituzionali e come tali non presidiati da alcun tipo di principio o garanzia⁵³, emerso in tema di programmazione, su cui *supra*, cap. § 4, par. § 5.

Il motivo di tale sovrapposizione è intuibile, poiché tali soggetti sono titolari di risorse e conoscenze di cui l'amministrazione spesso non dispone, per diverse ragioni, ma dalle quali non può prescindere e ciò comporta una pericolosa devoluzione di funzioni. Un rapido confronto tra i bilanci delle amministrazioni e di tali soggetti privati chiarisce, meglio di qualsiasi argomentazione, le ragioni di tale tendenza⁵⁴.

Si tratta, come detto, di soggetti privati, spesso di aziende multinaziona-

zione pubblica ancorché svolga attività imprenditoriale, che sembra a noi ancora privata". Il punto di riferimento unitario non può più essere la legge ma l'atto normativo a diffusione molecolare che si concreta di una molteplicità di forme procedurali. L'Autore osserva, in anticipo rispetto al verificarsi del problema, che la legittimazione, come elemento autonomo dell'agire pubblico, deve adattarsi ai tempi che cambiano; si v. M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Milano, Giuffrè, 1989, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1130 ss., 1139, la società è diventata pluralista anche sotto il profilo delle diverse fonti di legittimazione. L'Autore osserva che la raccolta e la registrazione di dati diviene, effettivamente, un'autonoma fonte di potere, come si vedrà, *infra* cap. § 6; F. SPANTIGATI, *La tendenza del nostro tempo per la commercializzazione del diritto pubblico e la soggettività del diritto privato*, in *Jus*, 1995, 3, 427, nella qualità soggettività del dover essere del diritto privato si può prescindere dal potere, in diritto pubblico "l'autonomia è impensabile senza il potere". "L'autonomia dell'interesse del privato è invece irrilevanza giuridica del soggetto e presenza di fronte alla struttura del potere di interessi soggettivi che usano strumentalmente i soggetti. L'autonomia del diritto privato è indipendenza del privato dalla formalizzazione in soggetto voluta dal potere, sia pubblico che privato". Peraltro, si osserva che l'autonomia dei soggetti è sovrapposizione di regimi, tra diritto pubblico e privato, "Uno stesso diritto, potere, interesse può essere contemporaneamente una cosa per l'interesse soggettivo, altra cosa per altro interesse soggettivo e per il potere, pubblico e privato. L'interesse soggettivo pone il criterio del dover essere nel confronto con l'interesse dell'altro e lo realizza nel suo manifestarsi, prioritariamente rispetto al potere pubblico e privato, dunque in ragione della propria espressione anziché del risultato".

⁵³ Critica la lettura di G. AZZARITI, *Tecnica, politica e Costituzione, Perché non solo la politica ma anche la tecnica dee essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, ES, 2018, 116, citando Irti, osserva che "dopo la caduta di ogni 'senso' nel diritto, non rimane altro che confidare sul 'salvagente' della forma e sulla legittimità di una tecnica neutra, privata di ogni valore".

⁵⁴ Si può osservare, ad esempio, in tema di contratti pubblici, negli Stati Uniti, che le piattaforme private (Amazon) sono entrate nel mercato delle committenze pubbliche con una sostituzione consentita della funzione che dovrebbe essere pubblica, come rilevato da G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020, 4, 4670 ss.

li⁵⁵, che assumono il ruolo di veri e propri decisori, in un contesto in cui la globalizzazione è da assumere quale punto di partenza dell'analisi⁵⁶.

La globalizzazione ha, infatti, concorso a determinare un evidente sbilanciamento di risorse, conoscenze e, di riflesso, dei poteri che a queste sono connesse, verso il settore privato, in un contesto nel quale lo Stato, e quindi il pubblico, è posto sempre più ai margini, poiché è raffigurazione di regolazione che di per sé implica un limite, un ostacolo, come la forma, per l'appunto⁵⁷.

Emerge, in una veste rinnovata, il noto e analizzato tema del rapporto tra decisore pubblico e gruppi di pressione⁵⁸, che diventano veri e propri poteri, deformalizzati, non soggetti alla tutela e, ovviamente, non sindacabi-

⁵⁵ G. DI GASPARE, *Poteri privati e Corporation nella globalizzazione*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 847 ss. (spec. par. § 1 'Forme giuridiche e poteri privati').

⁵⁶ Una lettura condivisa è offerta da A. POLICE, *L'attività amministrativa tra legalità e responsabilità*, in *Scritti in memoria di Roberto Marano*, II, Napoli, ES, 2012, 823 ss.; E. FREDIANI, *Il diritto amministrativo 'reticolare' e la 'natura delle cose': rileggendo la gestione di affari di Enzo Capaccioli*, in *Dir. amm.*, 2009, 4, 981 ss.; C.E. GALLO, *Un nuovo cittadino: utopia o realtà*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3, 665 ss., osserva che l'impianto delle ultime riforme è diretto principalmente alle imprese e non ai cittadini in quanto tali; sul tema della globalizzazione, cfr. M. PROTTO, *Il diritto debole*, Torino, Giappichelli, 2019, 6 ss., 36, 44, al cospetto della globalizzazione, acquisita ormai coscienza dell'incidenza dei diritti e dei poteri sovranazionali, sembra opportuno proporre l'idea che il diritto amministrativo possa essere concepito come diritto debole, con la consapevolezza che la debolezza non rappresenta abdicazione sul piano scientifico ma costituisce un percorso, ossia l'assunzione di un atteggiamento assai più costoso e meno rassicurante che impone l'esplorazione di nuove prospettive ricostruttive nel dialogo con altre discipline; G. TROPEA, *Considerazioni su cittadinanza e amministrazione nello spazio (frammentato) e nel tempo (individuato) della globalizzazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, Giuffrè, 2005, 227 ss., 231, la dissoluzione del legame tra economia e territorio ha portato con sé una situazione in cui sfugge la materia prima del loro disporre, cioè il potere.

⁵⁷ Il tema riguarda la stessa tenuta della democrazia, come osservato da L. FERRAJOLI, *Il futuro della democrazia in Europa*, in *Parolechiave*, 2012, 1, iv, "Si è così invertito il rapporto tra pubblico e privato: non più il governo dei poteri privati da parte dei poteri pubblici, ma il governo dei poteri pubblici da parte dei poteri privati. E si è capovolto il rapporto tra politica ed economia. Non sono più gli Stati, con le loro politiche, che disciplinano i mercati, imponendo loro regole, limiti e vincoli, ma sono i mercati che disciplinano e governano gli Stati. È questa la crisi sistemica che sta investendo le democrazie occidentali: la sostituzione al governo politico e democratico dell'economia del governo economico e ovviamente non democratico della politica, che equivale al venir meno del ruolo dello Stato quale istituzione politica separata e sopraordinata all'economia".

⁵⁸ Sul tema, S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 2, 223 ss.

li; si è, a tal proposito, riferito di poteri invisibili⁵⁹, in contrapposizione al potere formalizzato del decisore pubblico sottoposto a regole e sindacato.

Si ha la netta percezione di un contesto complessivo, nel quale le multinazionali orientano, anche se si potrebbe rafforzare il verbo, le direzioni delle scelte pubbliche, in un rapporto sempre più squilibrato a favore del soggetto privato, con pericolose e non controllabili conseguenze per le garanzie del cittadino.

Si pensi, per limitarsi al recente passato, al ruolo svolto dal “famigerato *Big Pharma*, l’occulta regia della ricerca farmacologica, titolare di una pervasiva influenza sui provvedimenti delle autorità regolative”, per riprendere un passaggio della difesa, riportato una sentenza della Corte d’appello di Roma⁶⁰, in una controversia in materia previdenziale.

La percezione collettiva di un vero e proprio potere parallelo a quello istituzionale, non presidiato dalle opportune forme, è diffuso e suffragato da dati e analisi.

Per altro verso, sempre sul tema delle aziende farmaceutiche e del relativo ruolo nei processi decisionali pubblici, è emerso spesso un approccio scandalizzato del Consiglio di Stato nei confronti della presenza dei gruppi di pressione, caratterizzato da una buona dose di ipocrisia⁶¹; si cita, a tal proposito, una nota pronuncia relativa all’assegnazione di sedi farmaceutiche, nella quale il Consiglio di Stato sembra prendere contezza, d’improvviso, della presenza delle stesse, “del peso specifico delle *lobby* dei farmacisti nella gestione del grande affare delle farmacie⁶²”. Si osserva, con colpevole ritardo, la presa di coscienza di indebite interferenze, note a tutti tranne che alle istituzioni, il cui eco è aumentato dalla rilevante portata economica della questione nel suo complesso.

Altra vicenda che merita di essere menzionata riguarda lo sfrutta-

⁵⁹ M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 876, democrazia e poteri invisibili sono incompatibili, poiché la legalità rappresenta l’amministrazione del potere visibile; rispetto all’analizzato tema della partecipazione, F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 4, 1613 ss., 1638, i gruppi organizzati danno vita a un processo dinamico, imperniato sul ruolo di mediazione del potere pubblico. “Uno schema procedurale ha rendimento diverso a seconda che ad esso partecipino professionisti ovvero dilettanti”.

⁶⁰ Corte app. Roma, 2 dicembre, 2021, n. 3989.

⁶¹ In questi termini, sia consentito rinviare a F. PINTO, V. BRIGANTE, *Centralizzazione delle committenze pubbliche, trasparenza e gruppi di pressione nel sistema regionale campano per la sanità: prime evidenze empiriche*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4, 723 ss.

⁶² Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4343, in *Ragiusan*, 2002, 2, 223.

mento abusivo, da parte di un'azienda farmaceutica titolare della relativa AIC (Autorizzazione all'Immissione in Commercio) di medicinali destinati alla cura di patologie onco-ematologiche. L'azienda ha imposto prezzi non equi per i propri medicinali, tramite un uso strumentale della fase di negoziazione con AIFA, producendo ricavi non giustificati da costi di produzione, né da spese di ricerca e sviluppo, essendo i farmaci in questione in commercio da diversi decenni, con significativi effetti pregiudizievoli per i pazienti e per il SSN⁶³.

Il filo rosso che contraddistingue tale tendenza è identificabile nell'asimmetria in termini di conoscenze, di risorse e di spazio di azione – i soggetti privati non sono vincolati dalla legalità – che induce, non si sa con che grado di consapevolezza, il potere a ridurre la propria sfera⁶⁴, con evidenti pericoli per la forma⁶⁵.

Non c'è alcuna fase della filiera della decisione pubblica esente da tale rilievo e condizionamento – come notato, *supra*, in tema di PNRR e agenda pubblica – ma è indubitabile che la frattura più marcata con il principio di legalità, e di converso con la forma, si perfezioni nella decisione finale, che di tali pressioni risente e da tali pressioni è determinato nel contenuto.

La forma si presenta nella sua veste peggiore, di mero velo pubblico

⁶³ T.A.R. Lazio, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945, in *Rass. Dir. farm.*, 2018, 2, 388; sul tema del prezzo dei farmaci, con un pessimismo che si ritiene di condividere, di recente, A. PIOGGIA, *Il potere pubblico e il suo diritto nella regolazione dei farmaci: storia di un arretramento verso una regolazione senza diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 996 ss., “lo sbilanciamento verso i poteri privati impresso dalla globalizzazione appare qui non solo irreversibile, ma addirittura capace di imprimere al sistema una trasformazione progressiva che ne consolida il segno. In questo senso non manca chi ha intravisto in tutto ciò i tratti di un neo-medievalismo giuridico, di una caduta nella barbarie. Forse, ancor più radicalmente e provocatoriamente, potremmo dire di trovarci di fronte ad un nuovo stato di natura, in cui non agiscono soggetti che non conoscono il diritto, ma soggetti prodotti da raffinate costruzioni giuridiche e da attente e consapevoli politiche”; cfr. la condivisa analisi di M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso proconcorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1243 ss.

⁶⁴ M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, 155; G. SGUEO, *Trasparenza e incompatibilità nella disciplina dei gruppi di pressione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 478, la stessa geografia di norme che regolano, pur in maniera blanda e non organica, tali aspetti è irregolare e non soddisfacente.

⁶⁵ Cfr. G. DI GASPARÈ, *Poteri privati*, cit., 857, dietro la nuova tecnicità giuridica contrattuale si nasconde l'abbandono di una regolazione generale di carattere preventivo dei rischi sistemici indotti dalla confusione dei ruoli e dall'occultamento dei conflitti di interesse.

di una decisione assunta in altre sedi e, presumibilmente, per fini non del tutto sovrapponibili con l'interesse pubblico.

Una soluzione a normativa invariata potrebbe essere rappresentata dalla completa trasparenza di tali rapporti, intesa quale tracciabilità integrale, delle dinamiche relazionali che intercorrono tra decisore pubblico e tali soggetti, ma si tratterebbe di un rimedio temporaneo e insoddisfacente per tre ragioni.

In primo luogo, perché la stessa normativa in tema di trasparenza è gravata e caratterizzata da incongruenze proprie, tali da indurre la dottrina a qualificarla, in un evidente ossimoro, oscura⁶⁶.

In secondo luogo, poiché, altrimenti, si surrogerebbe la legalità, un valore-fine, con la trasparenza, un valore-mezzo, una soluzione che non potrebbe essere in alcun modo l'unica, né la risolutiva, chiave di lettura del problema.

In terzo luogo, intuitivamente, i poteri privati non avrebbero nessun interesse ad accedere a tale modalità di tracciamento della decisione, poiché smarrirebbero gran parte della loro influenza invisibile e quindi di potere in senso stretto.

La forma è vista come ostacolo, proprio qualora si pensi alla stessa quale viatico per la riconduzione delle condotte all'alveo delle garanzie; si ripropone, nuovamente, il tema dell'equivoco.

2.2. *Il posto della legalità procedurale nell'amministrazione contemporanea. Un modello da preservare nei principi*

Il percorso fin qui delineato ha palesato l'esistenza di notevoli e crescenti pericoli per la legalità, che originano da diversi fattori di cui è, tuttavia, permeata la contemporaneità. Si deve prendere atto di ciò, di doversi collocare in un contesto che può apparire disordinato, senza rincorrere l'illusione di un diritto, e di un'amministrazione, concepiti come figure geometriche dai contorni netti.

È emersa un'esigenza di ricondurre nuovamente la decisione amministrativa, per quanto possibile, nella disponibilità del soggetto pubblico, rendendo visibili e controllabili le ipotesi di ingerenze esterne, di ricomprendere la filiera della decisione all'interno del procedimento⁶⁷.

⁶⁶ G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi*, 2017, 1, 1 ss.

⁶⁷ Tale impostazione è di per sé espressione della stessa nozione di forma, come osservato da E. STICCHI DAMIANI, *Forma e motivi nella licenza edilizia*, in *Amm. it.*, 1975, 9,

Ci si propone, in questa ottica, di verificare la tenuta delle disposizioni in tema di partecipazione e di motivazione dei provvedimenti rispetto ai cambiamenti in atto, al fine di analizzare l'attualità e l'adeguatezza dell'impianto legislativo. Si fa riferimento, principalmente ma non in via esclusiva, alle disposizioni della l. 7 agosto 1990, n. 241, per valutare gli eventuali punti di frattura rispetto alle profonde modificazioni intervenute nell'ambiente sociale⁶⁸.

Si osserva, in via preliminare, che il tempo trascorso e le conquiste amministrative in termini di tutela sono state segnate "da passione civile; ma anche da molta ideologia, evaporata con lentezza"⁶⁹.

Si rende, in definitiva, necessario valutare se il procedimento, inteso quale realizzazione della "legalità-giustizia", nella consapevolezza del labile confine che intercorre tra esigenze di garanzia e esigenze sociali⁷⁰, sia ancora adeguato alla realtà attuale, non nei principi, quanto negli istituti⁷¹.

2.2.1. *Modernizzare gli istituti per non rinunciare alla dialettica proficua amministrazione-cittadino*

Ci si deve interrogare, nell'ambito della citata legalità procedimentale, se la partecipazione, così come disciplinata dalla legislazione vigente, sia ancora in grado di garantire un grado adeguato di legalità sostanziale⁷².

1139, la forma inerisce alla esteriorizzazione dell'atto e all'itinerario procedimentale dal quale l'atto trae origine.

⁶⁸ Di recente, rispetto al trentennale della citata l. 241, cfr. il bilancio operato da G. PERICU, *Aspettative e tradimenti*, cit., 126, osserva che emerge un sostanziale tradimento degli obiettivi, "assistiamo a un fenomeno abbastanza consueto; si provvede agli adempimenti formali imposti dalla legge, ma nella pratica operativa li si disattende".

⁶⁹ Il virgolettato è riferibile di M.P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, ES, 2020, 806, i tentativi di ripensamento degli impianti legislativi vigenti occorsi negli anni, connotati da grande pregio tecnico, sono, tuttavia, circoscritti e limitati sul piano delle scelte politiche.

⁷⁰ Sul tema la bibliografia è, come noto, vastissima, l'impostazione delineata si deve a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 2, 252 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1437.

⁷¹ Cfr. G. BERTI, *La struttura procedimentale*, cit., 441, "dell'articolazione di apporti e l'osservanza di regole sostanziali oltreché formali, non solo in funzione di legittimare la decisione di per se stessa, ma anche e soprattutto per conformare il contenuto della decisione medesima agli interessi che risultano prevalenti attraverso il confronto effettivo delle posizioni parziali" (439).

⁷² La partecipazione può essere assunta quale fonte di legittimazione del potere, come rilevato da M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione*

La partecipazione, intesa quale elemento strutturale del rapporto amministrativo, ha tradizionalmente svolto la funzione di 'far prendere parte' al privato al procedimento; l'aspetto giuridico della partecipazione consiste, infatti, in un diritto per le parti di rendere manifesti elementi considerati significativi per il bilanciamento degli interessi⁷³.

Vi deve essere un nesso logico che, sia sul piano strutturale, sia nell'ottica dell'unità di funzione, mette in relazione la partecipazione con il procedimento amministrativo e, a sua volta, quest'ultimo con le forme concrete del potere e dell'attività amministrativa, come si palesano ora, non per come sono state elaborate in seno alla 'Commissione Nigro'⁷⁴.

Il 'nodo della partecipazione'⁷⁵ dovrebbe contribuire a comporre e saldare la frattura tra la legalità e l'attività amministrativa di cui si è detto, invece, si anticipa sin da ora, non sembra più appropriata per tale scopo, quantomeno non con gli strumenti legislativi vigenti e in termini assoluti.

Gli istituti di partecipazione si basano sul presupposto che soggetto agente e cittadino dispongano pienamente del problema amministrativo⁷⁶, che possano, in altri termini, contribuire attivamente alla formazione della determinazione finale.

dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283 ss., "in un ordinamento che si prefigge di curare i diritti della persona, di predisporre complessive misure volte allo sviluppo economico, di cogliere nel tessuto della società gli interessi deboli a cui prestare tutela ergendo gli stessi a situazioni giuridiche soggettive normativamente (non necessariamente legislativamente) protette, la partecipazione assurge allora a fonte di legittimazione del potere amministrativo".

⁷³ *Ex multis*, A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993, 75 ss. (spec. cap. § 3).

⁷⁴ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento*, cit., 209 ss.

⁷⁵ Si riprende la nota e insuperata espressione di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 1, 225 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1413, avverte la necessità di contrastare l'inesorabile processo verso la centralizzazione delle grandi scelte, che mina la democraticità del procedimento pubblico.

⁷⁶ Cfr. F. LEDDA, *Problema amministrativo*, cit., 340, per il quale il termine disposizione, se assunto nel senso proprio del linguaggio giuridico, non sembra poter essere riferito a un problema, "E l'impiego congiunto delle due espressioni può suscitare a tutta prima il dubbio che attraverso la presentazione di un'immagine si voglia eludere la necessità di impegnative determinazioni sistematiche. Ma il concetto giuridico di disposizione viene recuperato pienamente se si considera che le informazioni pertinenti dell'interessato concorrono a individuare in modo vincolante gli oggetti di un'indagine che si configura come 'agire d'ufficio' per definizione doveroso"; L. GIANI, *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di*

Il contesto attuale nel quale agiscono le pubbliche amministrazioni è connotato, in maniera sempre più impellente, dall'esigenza di riferirsi a tecnica e conoscenze specialistiche, che spesso assorbono la decisione finale, con conseguente contrazione (*rectius* mortificazione) delle istanze partecipative.

Emergono ipotesi e prassi amministrative strutturalmente incompatibili, o comunque difficilmente conciliabili, con la possibilità per l'amministrato di intervenire nel procedimento⁷⁷, al fine di concorrere attivamente al farsi della decisione, proprio al fine di mitigare il potere, con connaturato rischio di arbitrio, dell'amministrazione⁷⁸.

L'impostazione appena delineata è decisamente pericolosa, perché tradisce la dialettica procedimentale nel suo complesso, rispetto alla quale si dubita del persistente carattere di tutela e legittimazione.

La forma della partecipazione si presenta ancora nella veste tradizionale, immutata, ponendosi, tuttavia, al cospetto di esternazioni amministrative assorbite, spesso integralmente, da momenti non strettamente amministrativi. Tende a mancare l'abituale tratto amministrativo, ossia la valutazione dell'interesse pubblico.

Si frappono un muro invalicabile, anche in termini di linguaggio, tra amministrazione e amministrato e 'il prendere parte', a queste condizioni, risulta complesso e, in ogni caso, inefficace.

Nella visuale ampia nella quale si è collocato il tema degli obblighi formali per la pubblica amministrazione, è radicata la convinzione per la quale gli istituti partecipativi vigenti siano relegati a una posizione di meri spettatori del cambiamento amministrativo in atto, al quale non

Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo, Napoli, ES, 2017, 136, la logica intima della funzione amministrativa impone che la determinazione, quindi la soluzione amministrativa, sia materia di esame critico e diretto, esteso a tutti i momenti del processo di formazione della soluzione stessa, senza tradire il momento partecipativo.

⁷⁷ In termini generali, S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di F.G. Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019, 5 ss., 105 (spec. par. § 40) la partecipazione del privato al procedimento può palesarsi come meramente figurativa, "un simulacro oppure una scena dove il cittadino svolge il ruolo di mera comparsa".

⁷⁸ Di recente, su tali aspetti, con una spiccata attenzione al lemma 'libertà', riferito ai due poli del rapporto, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, ES, 2020, 1611 ss., 1618, per la quale il nodo problematico è garantire la tutela adeguata alla collettività e ai singoli, senza gradazioni inique.

possono prendere parte, poiché le recenti, e presumibilmente le future, variabili dinamiche dei rapporti tra poteri e privati, rendono tali istituti desueti e difficilmente conciliabili con le prassi amministrative⁷⁹.

Come osservato, “troppo grande è il cielo dell’amministrazione perché esso sia rappresentabile come un ordine fisso, dal quale possano predicarsi caratteri immobili e sempre scientificamente dimostrabili nelle varie o infinite evenienze della vita amministrativa⁸⁰”.

Tutte le analisi che si sono concentrate sull’identificazione dei soggetti legittimati a intervenire, sulla differenziazione tra parti ‘necessarie’ ed ‘eventuali’, sugli effetti dell’intervento del procedimento risultano, per larga parte, inattuali.

Non si intende certo svalutare il valore centrale e necessario che la l. 7 agosto 1990, n. 241 ha meritato di assumere e detenere⁸¹, ma, proprio per tener fede all’originaria missione del testo di legge, per il quale la partecipazione consente di tessere una trama che va dal fatto al diritto e viceversa, appare necessario un ripensamento di tale equilibrio, negli strumenti, non nei principi⁸².

Si attenua, quasi come se tale via sia l’unica conseguenza possibile della complessità amministrativa cui si è fatto diffusamente cenno, la portata della forma, sintomo di una “graduale disaffezione o antipatia⁸³”

⁷⁹ Proprio con riferimento al tema della partecipazione procedimentale, appare quanto mai puntuale l’interrogativo che si pone R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento*, cit., 212, il quale si chiede in vista di quali auspicabili risultati di mediazione e temperamento degli interessi, “delle occasioni ed i momenti (formali ed informali) del confronto tra le diverse pretese” debba imporsi un radicale ripensamento del ‘nodo della partecipazione’; si v. F. BUTERA, *Amministrazione da reinventare*, in *Il Mulino*, 1999, 6, 1074 ss.

⁸⁰ G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie*, cit., 79.

⁸¹ F. SATTA, *La singolare storia di una legge*, cit., 4683.

⁸² Incisivamente, G. BERTI, *Vecchia amministrazione*, cit., 82, osserva che “nel passato si è ecceduto, per così dire, nell’assolutizzazione di certe figure, che sono in realtà nient’altro che strumenti, al fine di raggiungere una sorta di catarsi dell’amministrazione. (...) Si è così data spropositata rilevanza al procedimento amministrativo, e ancor più alla procedura, perché, si pensava che, solo concependo l’attività amministrativa ingabbiata in un reale e visibile e soprattutto regolato e controllabile confronto tra interessi, volontà, si sarebbe raggiunta la vera imparzialità, e si sarebbero prevenuti o risolti dei conflitti, raggiungendo in pari tempo l’interesse sociale o pubblico più vero: però anche questa procedura dovette fare i conti con la legalità, la tipicità degli atti, gli scopi predeterminati, e così anche l’utilizzo reale della categoria procedimentale è stato solo parziale e comunque non del tutto convinto”.

⁸³ I virgolettati sono riferiti a F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 449 ss.

verso i doveri di partecipazione⁸⁴, e quindi di legalità, che si impongono necessariamente all'amministrazione⁸⁵.

Pare riproporsi, per ragioni ovviamente diverse rispetto al passato, la necessità di ripensare la partecipazione procedimentale nel suo complesso, "per porre fine alle imperscrutabilità (...) ai superati autoritarismi dei comportamenti amministrativi⁸⁶".

Ci si avvia verso un modello di amministrazione nel quale lo spazio per la dialettica e la partecipazione rischia di essere ridotto, e per certi versi neanche superfluo⁸⁷.

Rispetto a determinati procedimenti pare verificarsi una sorta di obsolescenza tacita dell'intero novero di strumenti partecipativi previsti per l'amministrato, un ritorno, operato per altre vie ed esigenze, al clima di scetticismo che ha caratterizzato il dibattito relativo alla promulgazione degli stessi istituti partecipativi, nel corso dei lavori preparatori della l. 241⁸⁸.

⁸⁴ In questi termini, U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti amministrativi e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 7 ss.

⁸⁵ Di recente, P. CHIRULLI, *'The Anatomy of Administrative Law': suggestioni da una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 648 ss., 652, osserva che la partecipazione non rappresenta un dovere unico e immutabile in termini di intensità, ma è legata al rapporto amministrativo concretamente emerso [l'Autrice si riferisce a J. BELL, *The Anatomy of Administrative Law* (1st ed., 2020) Oxford, Oxford Pr.].

⁸⁶ Il monito, operato da G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII^o Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1989, 29 ss., 40, si svela nella sua veste problematica ancora nell'attualità; sul tema, necessario è il rinvio allo studio di M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini Editore, 1976, 34, per il quale, per quanto di interesse in questa indagine, la partecipazione configura una procedura che, proprio nei sotto processi nei quali si palesa – politico, amministrativo e tecnico – contribuisce a moltiplicare e complicare le strutture pubbliche.

⁸⁷ Tale contraddizione potrebbe essere superata attraverso una scelta diversa della prospettiva di studio, come operata da E. CASSETTA, *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli comunali*. Atti del XXII^o Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 23-25 settembre 1976, Milano, Giuffrè, 1977, 65 ss., 73, per il quale la partecipazione è un mezzo, non un fine. Attraverso tale riflessione potrebbe indursi una nozione di partecipazione che si adatta ai cambiamenti amministrativi.

⁸⁸ Come osservato da G. SEVERINI, *L'interesse legittimo nella realtà attuale della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1201, la frammentazione e moltiplicazione dei settori del diritto amministrativo si è verificato nonostante la legge n. 241 abbia

Il tradizionale impianto nel quale la partecipazione concorre a condizionare “il significato e la sorte dell’esternazione⁸⁹” al fine di diluire e, contemporaneamente, legittimare il potere, si dirige verso un superamento che appare irreversibile, e che nella legge sul procedimento amministrativo appare più evidente che in altre disposizioni, per diverse ragioni, tra cui, non ultima, la circostanza che si tratta di una legge elaborata e ideata per un’amministrazione, e probabilmente una società, che non ci sono più⁹⁰.

L’amministrazione non deve perdere contatto con la storia⁹¹, né

“sublimato un diritto amministrativo a sistema unitario. Un fenomeno paradossale, visto che quella legge rappresenta la veste formale del procedimento”; nell’imminenza della promulgazione della legge, G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 675 ss., il quale osserva che, dall’analisi delle sentenze della Corte Costituzionale, potrebbe trarsi una riserva di amministrazione – e quindi di procedimento – delineata nei tratti principali.

⁸⁹ La nota locuzione è utilizzata da M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*. Atti del Convegno Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè, 1990, 14; come osservato da M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss., la visione espressa da Nigro non è il punto di vista di un singolo studioso, ma esprime il culmine di un’intera epoca. Tale impostazione si pone all’esito di decenni di riflessione critica sulla teoria tradizionale dell’attività amministrativa. L’accentuazione del momento procedimentale comporta non il tentativo di rimozione del provvedimento, ma il passaggio da una visione formalistica, nella qual rilevano l’imperatività e l’efficacia, ad una visione sostanzialistica, di giustificazione razionale delle scelte.

⁹⁰ S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell’amministrazione pubblica (Parte I)*, in *Dir. amm.*, 2012, 4, 669 ss., osserva che lo scollamento che si registra tra prassi amministrative e previsioni legislative deve essere colmato attraverso una valorizzazione delle prime, “ossia la formalizzazione della prassi stessa in forme nuove e tali da superare di slancio la ‘tradizione’ delle circolari; in forme, cioè, che recuperano l’elasticità della prassi; la inseriscono in una visione unitaria, e non frammentata, della pubblica amministrazione; e, per tale via, seguendo un percorso di reciproca influenza tra gli apparati, rompono la rigidità e la separazione dei rapporti e dei comparti organizzativi individuando nel fatto stesso della ripetizione (ossia della continuità in senso oggettivo), piuttosto che nell’autorità intrinseca della linea gerarchica, il nucleo della doverosità, della vincolatività e della utilità, per l’amministrazione pubblica tutta, delle condotte burocratiche selezionate”

⁹¹ La riflessione si inserisce in uno studio relativo al rapporto tra merito e tecnica, anche nell’ottica del sindacato giurisdizionale, è operata da C. MARZUOLI, *Il problema amministrativo tra discrezionalità e tecnica*, cit., 172; F. PINTO, *La disciplina del procedimento amministrativo a quasi trent’anni dall’approvazione della Legge n. 241 del 1990*, in *Amministrativa-*

smarrire la percezione del nuovo, proprio perché lo stesso potere pubblico deve essere ininterrottamente a contatto con la realtà e deve rifiutare di adagiarsi su approcci statici e irremovibili, soprattutto per evitare di incorrere in ulteriori tradimenti delle istanze partecipative e di garanzia, invece di risolverne le già presenti contraddizioni⁹².

Due notazioni conclusive sul tema.

Alla luce di quanto affermato, l'introduzione nel corpo della legge in materia di procedimento amministrativo, dei principi di collaborazione e buona fede⁹³, ad opera della legge 11 settembre 2020, n. 120 – a voler

mente, 2017, 11-12, il quale riferisce della tenue attenzione mediatica che tale epocale riforma ha ricevuto. L'Autore riporta i momenti più rilevanti delle fasi di approvazione, 'riforma che ha avuto una certa fama sinistra' (7) in una lettura attuale, anche al fine di rilevare gli aspetti superati dalla prassi; F. SATTA, *La singolare storia di una legge*, cit., 4687, gli innumerevoli interventi che hanno inciso, in maniera quasi mai coerente, sull'impianto normativo, ne hanno tradito la ratio e non hanno apportato. Si applica alla legge generale sul procedimento amministrativo la *metrologia*, la scienza delle misure, al fine di garantire la correttezza delle misure e dei metodi di revisione, per evitare di sottrarre una legge fondamentale al diritto; S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2, 389 ss., il diritto amministrativo rischia, in tal modo, di non rappresentare, in termini di aderenza al concetto, l'ordinamento plastico del magma sociale. Si opera un rilievo sulla nozione di diritto binomio, costituito da una parte 'dura' e una parte 'debole'.

⁹² Si v. F. LIGUORI, *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, ES, 2021, 11 ss., 34, osserva, emblematicamente che la l. 241 del 1990 è da tempo divenuto un fenomeno di mitologia giuridica contemporanea e "i miti, beninteso, aiutano a decifrare le cose umane". "Il problema amministrativo non si risolve eliminando l'amministrazione, il suo ruolo istituzionale", "a seguire questa linea si finisce col pagare prezzi troppo alti, quali, a tacer d'altro, la vanificazione delle garanzie procedurali e la compressione di quelle giurisdizionali" (34); in una prospettiva specifica, E. FREDIANI, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, 703, 704, osserva che nel modello processuale elaborato da Klein, adattato alla fattispecie procedimentale, gli amministrati possono accedere a funzioni di assistenza che non potrebbero tradursi in formalità processuali eccessive e non proporzionate, "traducendosi così la forma non tanto in una barriera garantistica, quanto piuttosto in una vera e propria trappola a danno della parte socialmente più debole".

⁹³ Si avverte che in determinate ipotesi, i principi rispondono *in toto* allo scopo dialettico, come si evince, di recente, da Cass., sez. trib., 11 maggio 2021, n. 12372, in *Diritto&Giustizia*, 2021, che individua le condotte amministrative lesive dei principi di col-

tacere dell'evidente ossimoro di riproporre in maniera acritica tali principi in testi di legge votati alla semplificazione – dovrebbe filtrare valori sociali entro la forma giuridica, al fine di determinare la fattispecie concreta e, di converso, il pubblico interesse, con il fine di perfezionare gli obblighi di correttezza che gravano in capo all'amministrazione; al contrario, tali doveri sembrano dissolversi, con sempre maggior frequenza in valori tecnici e specialistici, che integrano, ad oggi, un'interruzione visibile della dialettica partecipativa tra amministrazione e amministrato⁹⁴, risultato di un lungo e sofferto percorso di conquista, che però, sembra in questo modo, vanificato.

Per diversa lettura, la riproposizione dei principi di collaborazione e buona fede potrebbe assurgere da clausola di riserva, per consentire un'utile vigenza – si ha modo di credere che si tratti di breve sopravvivenza – non si sa ancora per quanto tempo, alla legge in materia di procedimento amministrativo, attraverso un allargamento generalizzato del momento dialogico, in termini ampi e generali⁹⁵.

laborazione e buona fede; una lettura del tema, in senso condiviso in questa sede, la offre F. MERUSI, D. SORACE (a cura di), *Pagine scelte*, cit., 51.

⁹⁴ Tale superamento avviene, nell'ottica della forma, per i tre momenti procedurali, l'istruzione, il contraddittorio e la collaborazione, con riferimento alla suddivisione concettuale proposta, *ex multis*, da A. ANDREANI, *Funzione amministrativa*, cit., 664, la formulazione delle norme appare piuttosto incerta nel dare veste normativa alle diverse formule teoriche di procedimento, in quanto nelle prospettazioni positive si rinvergono elementi per la disciplina della diversità formale, dalla fattispecie alla funzione; analogamente, G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., 337, la valutazione giuridica dell'operato dell'amministrazione è diversa e diversamente orientata rispetto alla nozione assunta, poiché nel procedimento formale l'individuazione degli interessi da confrontare e selezionare rimane nella disponibilità dell'autorità e il controllo è condizionato e limitato agli spazi tradizionali.

⁹⁵ In termini radicalmente difforni, F. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*, in *Federalismi*, 2015, 5, 16, il quale osserva che il valore ordinante del procedimento non è in declino, anzi sarebbe esaltato da una propria configurazione come struttura formale in cui “trovano spazio non solo la ponderazione ma anche lo ‘scambio’ di interessi, in cui si sviluppa la tensione tra partecipazione auspicata, perché espressione di democraticità dell'azione, e una partecipazione osteggiata”. Tuttavia, l'Autore ripropone l'attualità della concezione “sandullianamente formale del procedimento” non statica, ma aperta alle sfide sostanziali che il mutare dei tempi e dei contesti istituzionali impone, una formula aperta che consente di adattare l'impianto legislativo al cambiamento amministrativo; si v. B.G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 118.

La seconda notazione riguarda gli istituti di partecipazione riservati a questioni specifiche – si pensi, tra gli altri, al dibattito pubblico⁹⁶ – che dovrebbero contribuire a saldare il vuoto che si crea tra tecnica e partecipazione.

Ci si limita a osservare che, in primo luogo, sono istituti non deputati a un'applicazione generale ma sono limitati a ipotesi specifiche, e, inoltre, anche che l'utilizzo degli stessi, ad oggi, risulta estremamente limitato e marginale e, pertanto, gli stessi non possono essere interpretati e assunti quali momenti di integrazione della legalità procedimentale.

2.2.2. *La motivazione: la valorizzazione di un elemento irrinunciabile*

Il rischio di neutralizzazione degli istituti partecipativi – *rectius*, dei mezzi attraverso i quali gli stessi sono attuabili – impone di ricercare un rimedio a normativa invariata, che in questa sede si ritiene possa essere identificato nella rivalutazione e ristrutturazione della motivazione del provvedimento⁹⁷. In tale riflessione si palesa quanto riferito in precedenza, ossia l'importanza di ripensare la forma del procedimento e non solo del provvedimento, poiché la motivazione riferisce dell'intero 'rito' amministrativo.

Negli ultimi anni si sono affermate diverse categorie di provvedimenti amministrativi sui quali non grava un obbligo specifico di motivazione, talvolta con un'importanza strategica nella vita amministrativa e economica del paese – si pensi, per tutte alle linee guida adottate dall'ANAC⁹⁸, cui le amministrazioni sistematicamente rimandano, gene-

⁹⁶ Sul tema, nella prospettiva del recupero del ruolo della partecipazione democratica, V. MANZETTI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti*, in *Munus*, 2018, 5, 34 ss.; A. DI MARTINO, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove aut.*, 2017, 3, 531.

⁹⁷ Corte Cost., 26 maggio 2015, n. 92, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 784, la motivazione costituisce il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo, e, pertanto un presidio di legalità insostituibile; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3 (suppl.), 11 ss., il quale osserva che la polarità tra individuo e potere non può essere superata ma, rispetto al momento motivazionale, si può pervenire a una sintesi equilibrata. L'Autore rileva che la polarità del rapporto potrebbe essere irriducibile o essere unificata, anche in considerazione di una serie di indici sintomatici dei cambiamenti che devono essere verificati.

⁹⁸ Nello specifico, come osserva G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 273, vi è una sovrapposizione tra parte motiva-discorsiva

rando una pratica di decisioni senza motivazione – che rischiano di porre ulteriori ostacoli insormontabili tra amministrazione e privati.

Si assiste a un andamento ondivago dell'importanza della motivazione; si passa, infatti, dal considerarla un elemento superfluo, al conferirle dignità di elemento strutturale – ma non essenziale – del provvedimento, con l'emanazione della l. 241, fino alla citata prassi delle decisioni senza motivazione. È necessario, nel contesto amministrativo attuale, rivalorizzarne il rilievo e adeguarne la struttura in base ai cambiamenti occorsi e in atto.

Si deve, ugualmente, avvertire del rischio opposto, poiché sebbene la tendenza formalistica della motivazione abbia il pregio di palesare la coerenza interna del sistema amministrativo, non si può trasferire sulla stessa l'intero peso della legittimazione del potere, un carico che risulterebbe insostenibile se non corredato da un adeguato apporto partecipativo nelle fasi precedenti.

Il tema della motivazione per la pubblica amministrazione – che integra, ma non esaurisce l'analisi della forma, come si potrebbe, in prima istanza, ipotizzare⁹⁹ – è intuitivamente sconfinato nei suoi tratti proble-

e parte precettiva dell'atto che rende articolata la ricerca di specifici obblighi motivazionali; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi*, 2017, 17.

⁹⁹ Sul punto, G. ZACCARIA, *Note sulla rilevanza e tipologie delle forme nel diritto amministrativo*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*. Anno XXII. 1953-1954, Milano, Giuffrè, 1955, 301 ss., il diritto amministrativo è tutta una catena di limiti, quindi di forme, e in tale contesto si inserisce perfettamente la motivazione, poiché “lo spirito ricercatore abbisogna di cogliere le relazioni tra la forma – che è data dal diritto e dalle sue norme – ed il fenomeno sostanziale – che trova il suo assetto in quella forma -, di vedere quanto e come del rapporto sostanziale diviene rapporto giuridico con l'atto amministrativo, proprio per la forma in cui si trasfonde e si immedesima, e quanto si perde o rimane irrilevante nel passaggio dalla realtà sostanziale – o ‘politico-sociale’ in senso lato – alla regolamentazione giuridica effettuata dall'atto amministrativo”; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 13, per il quale la motivazione risponde a esigenze formali, rispetto alle innumerevoli fattispecie cui la stessa provvede. L'Autore avverte che gli sforzi intesi ad esaltare il valore della legittimità sostanziale dell'agire amministrativo minacciano di ridursi a mere aspirazioni, poiché accanto a rilevanti aperture verso soluzioni meno formalistiche di quelle tradizionali, residuano, “costanti e pervicaci, atteggiamenti di ossequio all'elaborazione (...) condensata in massime consolidate di ardua scalfitura” (la celebre opera è redatta contemporaneamente ai lavori della commissione Nigro, rispetto alla quale si v. A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, Giuffrè,

matici, oggetto di autorevoli studi e riproposto in questa sede come elemento di sanatoria formale che le prassi amministrative impongono, sovvertendo proprio il fenomeno del citato “declino della decisione motivata¹⁰⁰”.

La ragione giustificativa dell'esercizio del potere può assumere vesti diversificate, proprio al fine di non isolare tale elemento dalle condotte amministrative cui accede, a partire dalla determinazione del vincolo di scopo, l'interesse pubblico, ossia la ragione sufficiente dell'agire, la spinta che induce il potere a provvedere¹⁰¹.

La motivazione deve mutare veste, non può, e non deve, visto il desolante panorama di obsolescenza che la circonda, immaginare di rappre-

1993, 1589); sul tema, si v. C. MIGNONE, *Gli elementi dell'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI ET AL. (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 1993, 1236 ss.

¹⁰⁰ Si fa riferimento al recente studio di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss., la quale rileva che “si sta facendo spazio sia in ambito sostanziale, sia in ambito processuale l'idea che ciò che conta è la decisione, mentre tutto il resto è sacrificabile sull'altare delle istanze efficientiste”. In senso critico, si osserva che “nonostante spesso si tenda a parlare ancora oggi di dequotazione della motivazione, impiegando il fortunato neologismo coniato da Giannini, in realtà attualmente si è in presenza di un fenomeno diverso e cioè di un depotenziamento della motivazione”, e “il presente processo di depotenziamento motivazionale segna un passo indietro in termini di garanzia, come se il tempo fosse tornato agli inizi del secolo scorso, in cui Cammeo riteneva che l'obbligo di motivazione ‘importerebbe difficoltà, impacci, lentezze insormontabili, le quali sarebbero ben più disastrose per il pubblico, per l'inconveniente di qualche provvedimento non motivato’” (si fa riferimento a F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, III, 253 ss.); in termini analoghi nelle conclusioni, ma su argomentazioni e tesi non condivise, B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 618 ss., il quale rende palesi le tappe di “uno sciagurato percorso della giurisprudenza amministrativa verso il ridimensionamento del principio della motivazione”, il cui declino potrebbe essere interrotto da un ripensamento dell'ambito di applicazione del principio stesso.

¹⁰¹ In questi termini, N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 3, 423, 444, resta nella disponibilità dell'amministrazione, almeno per ora, il problema della concretizzazione dell'interesse pubblico; in termini difformi rispetto a tale lettura, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 313, la discrezionalità risiede nell'integrazione del precetto e non è riservata a una scelta dell'amministrazione ma consegue all'individuazione proprio del momento del comando.

sentare un elemento immutabile – un'isola felice¹⁰² – al cospetto dell'esigenza di modernità¹⁰³.

In questa direzione, si deve superare la dicotomia che intercorre tra motivazione in senso formale e motivazione in senso sostanziale, o funzionale, poiché si impone una convergenza dei due aspetti in una sintesi “dialetticamente ottenuta”¹⁰⁴.

Come osservato di recente dal Consiglio di Stato¹⁰⁵, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi va inteso ed assolto non già sul piano meramente formale, come elemento strutturale del provvedimento, ma in senso funzionale; si devono, in altri termini, combinare i due aspetti¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 12, “più il quadro di insieme diventa confuso, più si rende necessario ricercare radici fondanti e queste si trovano, come è sempre avvenuto, in dati e concetti elementari”. In relazione proprio al profilo formale e tendenzialmente sanante della motivazione valorizzato in questa indagine, il metodo di ricerca di dati elementari è validamente utilizzabile dalla scienza giuridica e non implica una scelta a priori fra metodo normativista e fenomenologico perché i dati normativi, come le norme in tema di motivazione, rientrano in quelli suscettibili di studio e analisi.

¹⁰³ In tempi recenti, L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 188 ss., la quale riferisce della necessità di preservare la cultura di un'amministrazione moderna nell'attività e nell'ambito del sindacato.

¹⁰⁴ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 50, la motivazione è integrata da un discorso giustificativo, ma non si esaurisce in esso. La motivazione è inserita in un contesto di giustificabilità, non solo del singolo esercizio del potere, ma in una visione ampia e omnicomprensiva dello stesso. Tale impostazione, particolarmente attuale, consente, da un lato, di non disperdere la specificità dell'elemento, ossia la struttura discorsiva, ma, dall'altro non preclude il raggiungimento dei fini pratici del potere; la distinzione tra significato discorsivo o formale e significato materiale della motivazione, si v. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, 4, 11.

¹⁰⁵ Cons. St., sez. I, 16 marzo 2022, n. 1889.

¹⁰⁶ Si rende necessaria questa combinazione, poiché come osservato da A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, 1, 70 ss. (spec. parr. § 8, 9) il quadro delle articolazioni del potere pubblico è più complesso e articolato di quanto possa apparire rispetto al modello basato sulla dialettica forza di legge – imperatività. “La sensazione di disomogeneità ed alterità irreducibile che se ne trae, legata alla dissoluzione – che si rende in tal modo palese – del predetto schema teorico, non indica ancora, tuttavia, l'intrinseca incompatibilità reciproca degli atti del potere pubbli-

È evidente che sopravvivono diverse ipotesi di procedimenti 'tradizionali' nei quali la motivazione sia ancora in grado di ripercorrere l'intero *iter* istruttorio, ossia quando l'amministrazione mantiene il completo dominio sulla propria attività, ma si rende necessario analizzare con attenzione critica le fattispecie dalle quali emergano questioni problematiche.

L'aspetto maggiormente incerto di cui si deve dar conto riguarda, ancora una volta, la sempre crescente tecnificazione del potere, che potrebbe recidere, o comunque pregiudicare, il nesso intercorrente tra istruttoria e motivazione, rendendo quest'ultima, e quindi la forma, un assetto contenitore; tali rischi non devono, tuttavia, precludere la ricerca della legittimazione della rinnovata veste del potere amministrativo tramite la motivazione, poiché abbandonare tale percorso argomentativo significherebbe arrendersi a un arbitrio amministrativo, foriero di illimitate e impunte violazioni della forma dell'agire¹⁰⁷.

La motivazione non può più limitarsi unicamente a determinare il comportamento e giustificare l'istruttoria – si tratterebbe, in tal senso di ragionare con moduli e condotte amministrative di trent'anni fa – poiché anch'essa ormai si colloca spesso in un contesto nel quale all'amministrazione è sottratto il dominio sul proprio procedimento¹⁰⁸.

Il rischio risiede, nell'imminente futuro e in parte nel presente, nel porre un obbligo di motivazione in capo all'amministrazione rispetto a un procedimento, del quale non apprezza e non conosce tutti i profili del relativo dispiegarsi, che non domina in modo tale da poterne difendere la determinazione, e non solo in sede giurisdizionale.

Si tratta di stabilire, nell'ottica degli obblighi formali, fino a che punto la motivazione possa ridurre il *quid* oggettivo della scelta e ricondurla

co, dei quali può forse ipotizzarsi un comune elemento che ne contraddistingua, sul piano della dinamica giuridica, tutte le manifestazioni”.

¹⁰⁷ Cfr. G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 3, 838, “su un versante, sta la logica garantistico-formalista, che desume dall'art. 3 la indefettibilità della motivazione e ricollega a ogni violazione l'annullamento dell'atto. Dietro questa logica vi è un'idea legalitaria dell'azione amministrativa, che assegna alla forma un autonomo rilievo ai fini del sindacato di legittimità”. Si ritiene che la logica formalistica insita nella motivazione preesista al momento processuale e espliciti le proprie ragioni soprattutto nelle more del rapporto.

¹⁰⁸ A. CIOFFI, *Il fattore decisivo del provvedimento e la motivazione*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli, ES, 2017, 689, “a definire la cosa non è la volontà del soggetto, ma il conoscere, l'intelligere”.

a un giudizio di valore¹⁰⁹, che sia giustificativo del potere, anche per l'esigenza di sanare, almeno in parte, i salti logici della partecipazione e diretta a predisporre la massima conoscibilità dell'agire¹¹⁰.

L'amministrazione si troverebbe nella scomoda posizione di dover motivare un percorso procedimentale che non solo non ha istruito da sé, ma del quale ignora meccanismi e procedimenti, mortificando la valenza formale proprio dell'elemento di cui si discorre, che non riuscirebbe a legittimare il potere e unificare le polarità del rapporto amministrativo, a causa del continuo fraporsi di un elemento terzo.

¹⁰⁹ Tale lettura è offerta in termini di soluzione, *ex multis*, di recente, da A. CIOFFI, *Volontà e interesse nell'interpretazione*, cit., 933 ss., per il quale si deve "identificare l'interesse in un fatto e in un valore. Questa operazione si svolge nell'ordine dei fatti e dei giudizi e, in giurisprudenza, si vede bene nel controllo della motivazione del provvedimento. Sovente la giurisprudenza cerca nella motivazione il fatto decisivo, il fatto più rilevante, quello che spiega la decisione. Questo fatto manifesta un certo valore ed è quel che la giurisprudenza chiama interesse o esigenza prevalente, ma non è altro che un valore, che costituisce la ragione della decisione". Emerge "una singolare e precisa ermeneutica, che sembra propria del diritto amministrativo, perché considera non solo la volontà della legge o la volontà dell'amministrazione, ma quel che il provvedimento valuta, quel che crea. Questo, in termini astratti, emergeva anche nella teoria dell'atto giuridico: è il contenuto sostanziale o effettivo, e, nel provvedimento, è l'assetto degli interessi" (937).

¹¹⁰ Cfr. N. IRTI, *Riconoscersi*, cit., 15, la comprensione giuridica di un atto o di un fatto non si raggiunge all'interno del fatto o dell'atto stesso ma rinviene la propria stabilità nell'ordine significati che si attribuiscono, la c.d. legalità giuridica dell'azioni, "onde il diritto costruisce figure tipiche, schemi classificatori, connessioni di forme" (14); si condividono in questa sede le conclusioni operate da M. RAMAJOLI, *Il declino*, cit., "che il binomio forma-sostanza possa e debba essere trasfuso in una sintesi superiore emerge con particolare nettezza se si ha riguardo alla motivazione delle decisioni, amministrative o giurisdizionali. La motivazione è forma sostanziale, garanzia indefettibile che integra il canone del *due process*. Il depotenziamento motivazionale trascura la rilevanza non solo interpretativa, ma anche prescrittiva del canone del *due process*, che è anzitutto canone di civiltà giuridica. In questa logica il declino delle decisioni dotate di motivazione porta un ritorno al passato: conta solo il provvedimento che decide, come se la motivazione fosse del medesimo un'appendice non necessaria. Si trascura così che la motivazione è strumento di legittimazione e di razionalizzazione di qualsiasi pubblico potere e che la mancanza di motivazione costituisce iltramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere. Per evitare di ritornare all'epoca in cui i pubblici poteri si legittimavano per ragioni esclusivamente di tipo soggettivo, occorre presidiare sempre più quelle forme di legittimazione che poggiano sulle caratteristiche oggettive e intrinseche delle decisioni adottate dai pubblici poteri. Sicuramente tra queste caratteristiche la motivazione occupa un posto di rilievo".

Si rendono necessarie brevi notazioni conclusive, assumendo la visuale dell'amministrato e non dell'amministrazione, affinché la rivalutazione dell'elemento non si soffermi unicamente sullo scorretto uso del potere quanto sulla dimensione del diritto sul quale lo stesso incide¹¹¹.

Emergono, dal contesto amministrativo contemporaneo, almeno due momenti di fuga dalla motivazione, il primo rispetto a provvedimenti amministrativi che ne sono legittimamente privi, ma che danno vita a decisioni concrete che non sono sorrette da adeguata giustificazione, il secondo relativo alla perdita di dominio dell'amministrazione rispetto a diversi procedimenti.

Il riferimento a una motivazione che debba palesarsi, in modo identico al passato "secondo le risultanze dell'istruttoria¹¹²", come stabilito dall'art. 3 della l. 241, sembra non rispondere del tutto alle esigenze contemporanee e alle direzioni cui le stesse sono irreversibilmente rivolte. Si tratta ovviamente di una tendenza e non di un'acquisizione assoluta, limitata infatti a determinati tipi di procedimenti che non rispondono più alla coerenza della struttura originaria.

In primo luogo, la motivazione deve essere rivalorizzata, ma destrutturata – a meno che non si rimetta direttamente la cura del pubblico interesse a fattori oggettivi e si rinunci consapevolmente ad amministrare – poiché il potere deve in qualche modo legittimarsi¹¹³, non foss'altro che per determinare il contenuto precettivo concreto. La motivazione deve farsi indubbiamente carico di tutte le scelte amministrative, anche di ca-

¹¹¹ A. PIOGGIA, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 235.

¹¹² Sul tema, per una dialettica della conoscenza acquisita per istruttoria tra momento sostanziale e processuale, si v. M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. soc.*, 2020, 2, 195 ss.; di recente, T.A.R. Campania, sez. III, 3 maggio 2021, n. 2952, in *Foro amm. TAR*, 2021, 5, 850, che, al fine di stabilire i limiti di assolvimento dell'obbligo motivazionale *per relationem*, fa riferimento all'adesione alle risultanze di "atti presupposti dal complesso dell'istruttoria", fattore compatibile con una visione tradizionale del procedimento, ma mal si concilia con quanto riferito per il tecnicarsi dei procedimenti.

¹¹³ Sul punto, sempre puntuale è l'analisi di F. LEDDA, *Potere, tecnica*, cit., 211 (ci si riferisce alla numerazione delle pagine di *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002) avverte che l'ombra del potere, o meglio il semplice fantasma d'un potere sostanziale inesistente, rende talvolta gli stessi dati dei singoli problemi". L'Autore definisce la riduzione della sfera amministrativa una "facile profezia" che impone di riflettere sulla stessa nozione di riserva a favore del potere (182).

rattere organizzativo, per stabilire l'assetto giuridico entro il quale il potere – o ciò che ne rimane – può provvedere alla cura del pubblico interesse, nell'attesa dell'auspicata ristrutturazione dei corpi tecnici dell'amministrazione, che ricondurrebbero l'agire nei canoni della legalità, almeno per una parte rilevante delle decisioni.

Tale soluzione, a normativa invariata, presenta il rischio di far confluire nella motivazione, e quindi al termine del procedimento, tutte le istanze dei privati, in passato diluite nelle diverse fasi, soprattutto quella istruttoria; ad oggi, tuttavia, non paiono percorribili altre strade.

In secondo luogo, potrebbe trapelare una vena nostalgica, di preventivo rifiuto nei confronti del cambiamento, un'affezione quasi devota nei confronti di un modello di amministrazione del passato, al contrario oggetto di una costante e trasversale disapprovazione, essenzialmente unanime. Ogni stravolgimento e ogni rivoluzione, specie se riferite a un potere conferito per legge, come quello amministrativo, dovrebbe indurre un ripensamento critico degli istituti e dei principi, devono persuadere il legislatore e gli interpreti a “tessere daccapo il discorso giuridico-istituzionale¹¹⁴”, mentre, al contrario, si osserva una arrendevolezza pericolosa, soprattutto per la tenuta dei valori garantistici e di tutela dell'amministrato. In altri termini, si assiste a una soccombenza dell'amministrazione, la ‘resa del potere’, un progressivo ‘abbandono di terreni e di spazi compiutamente conoscibili con gli istituti del diritto amministrativo¹¹⁵’, i cui elementi risultano determinati da condizioni aliene al principio di legalità, cui consegue una sensazione di recisione netta con i valori che l'amministrazione deve istituzionalmente garantire, che la motivazione può, anche se solo in parte e non senza limiti di tempo, legittimare.

Il fine giustificativo del potere deve legittimarsi, se il dato normativo non è più in grado di farlo, per ricondurre l'attività pubblica ai profili della legalità formale e delineare un percorso che lo rende più noto e più certo rispetto a ambiti applicativi potenzialmente illimitati, ma ancora

¹¹⁴ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista*, cit., 1037.

¹¹⁵ Si v. M. CAMMELLI, *Gli studi giuridici tra istituzioni e garanzie*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, 167, che osserva come si crei una profonda frattura tra ‘il diritto delle garanzie’ che ha ad oggetto la legalità dell'azione amministrativa e ‘il diritto delle istituzioni’ che presuppone un orizzonte teorico legato alle condizioni di legittimazione delle istituzioni, in una condizione di isolamento rispetto al dispiegarsi delle istanze degli amministrati.

indefiniti, in un rapporto che si ritiene che si svolgerà presto lontano dalla bipolarità potere-individuo¹¹⁶. Solo in tal modo si può, allo stato, definire e legittimare ogni concreta misura di valore che deve assumersi come criterio dell'attività, attraverso l'onere motivazionale.

3. *La validità come canone di conformità ad uno schema di riferimento. Il contributo della forma*

La nozione di validità evoca la relazione che intercorre tra l'oggetto, o l'evento cui si provvede, e uno schema di riferimento, ossia una situazione di conformità rispetto a una regola o una norma. Si tratta di stabilire, anche qui, con riferimento necessario al provvedimento, se la forma detenga, nell'amministrazione moderna, un'autonoma valenza, al fine di determinare la validità o l'invalidità di un atto¹¹⁷.

Nell'epoca attuale, come riferito, probabilmente in maniera più evidente e marcata che in passato, si registrano cambiamenti che generano incertezze¹¹⁸. Fintanto che questi cambiamenti restano episodici, possono essere considerati inevitabili deviazioni del regime ordinario e, come tali, sono riconducibili nell'ordine normativo e risolti, dalla stessa amministrazione o dal potere giurisdizionale.

¹¹⁶ Si condivide il percorso logico e argomentativo seguito da L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione)*, cit., 2461.

¹¹⁷ Per tener fede al proposito dello scritto, si v. M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004, 57 ss., 59, la validità deve porsi quale valore non assoluto, ma strumentale alla tutela delle situazioni soggettive. Si deve favorire il progressivo allentamento della presenza costante della inefficacia nella teoria della invalidità, quale corollario della costruzione della causalità giuridica in termini di fatto efficiente (61). È infatti sul piano delle regole che si coglie la reale portata del risultato, in quanto questa è la dimensione ove si realizza l'osmosi tra i due modi di concepirlo come sintesi terminologica di 'conseguenze pratiche' e di 'finalità di potere' (69). L'Autrice osserva che, nel diritto civile dei contratti, si assiste, secondo una tendenza inversa a quella del diritto amministrativo, ad un ritorno al 'formalismo giuridico', che mal si concilierebbe con la necessaria prevedibilità delle scelte pubbliche.

¹¹⁸ Cfr. F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 2, 299, rileva che la fisiologica conflittualità normativa si traduce in incertezza, che mina la conoscibilità e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche derivanti da atti o comportamenti ascrivibili al potere pubblico.

Ma qualora i cambiamenti si impongano come continui, costanti e irreversibili, l'amministrazione deve tendere a una sistemazione tra i diversi elementi dell'agire, anche per sanare la colpevole assenza – o la inopportuna e scomposta presenza – del legislatore¹¹⁹.

Il concetto di validità dell'atto amministrativo¹²⁰, studiato sovente nella sua veste patologica di invalidità¹²¹, è una nozione “tormentata e discussa fin dai suoi elementi basilari; non è del resto infrequente l'affermazione che essa non abbia alcuna intrinseca consistenza teorica, né dignità sistematica, ma che si tratti di una vuota sintesi verbale, le cui stesse incarnazioni sono variamente configurate, per ragioni pratiche e contingenti, dal diritto positivo¹²²”.

La validità del provvedimento amministrativo¹²³ non può porsi aprioristicamente né come conseguenza esclusiva del potere legislativo, né come derivazione delle istanze sociali, ma deve rappresentare la sintesi ottimale di entrambe¹²⁴. La validità deve essere intesa, in altri termi-

¹¹⁹ N. IRTI, *Dalla lontana provincia*, cit., 821, citando Betti, osserva che il positivismo non può costituire l'oggetto esclusivo dell'analisi giuridica, poiché si riconosce “nel valore qualcosa di assoluto e che ha in sé stesso, in quanto essenza, il proprio fondamento di validità”; in senso conforme, C. DELL'ACQUA, *La validità giuridica tra forma e integrazione*, in *Dir. soc.*, 1994, 4, 595 ss., le tematiche della validità giuridica sembrano attraversare una fase di profonda trasformazione, favorita dalle nuove tendenze sistematiche del fenomeno giuridico, non necessariamente così come regolato dal diritto positivo.

¹²⁰ Sul tema, in termini generali, ossia riferibili alla teoria degli atti giuridici, si v. A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto*, 1941, 403 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990, 3 ss.

¹²¹ Sulla relazione tra i due termini, cfr. A.G. CONTE, *Ricerca d'un paradosso deontico*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1974, 4, 381 ss., ora anche in *Nove studi sul linguaggio normativo*, Torino, Giappichelli, 1985, 59, per il quale validità e invalidità sono termini asimmetrici, anisotropi ed asincroni.

¹²² A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1117 ss.; in termini generali, si v. J. WROBLEWSKI, *Tre concetti di validità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 2, 584 ss., che opera un parallelo tra le ipotesi di validità nel diritto pubblico e nel diritto civile, tra regime sostanziale e regime processuale.

¹²³ Sul tema, la bibliografia è ampia e autorevole, a partire dal noto lavoro di A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1916 (rist. anast. Padova, Cedam, 1986).

¹²⁴ Cfr. R. MENEGHELLI, *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Dir. soc.*, 1991, 1, 1 ss., 34, opera una distinzione tra potere istituzionalizzato, o legittimato, e non istituzionalizzato, e a tal fine si ritiene che la validità sia sempre espressione dell'adesione della società al potere, anche se si osserva che non è sempre vera questa

ni, non come rapporto tra l'agire dell'amministrazione e il diritto obiettivo, ma rispetto all'idoneità della condotta pubblica a porsi come fonte degli effetti voluti e programmati e interrogarsi sull'attualità della questione in termini generali¹²⁵ e sul ruolo della forma rispetto a questo fine.

La validità in senso formale¹²⁶ riferita all'atto attiene, in primo luogo, alla conformità rispetto alle "metanorme di competenza o di procedura", poiché funge da criterio di qualificazione di una certa entità e non da predicato di un soggetto e costituisce la precondizione dell'efficacia del provvedimento¹²⁷.

Una preliminare, e forse superata, notazione deve aversi riguardo alla

lettura. "Il giurista formalista, considerando l'effettività come un presupposto di fatto anteriore alla giuridicità e la legittimità come un fine, a rigore non dovrebbe conoscere altre norme all'infuori di quelle poste in essere secondo il procedimento legittimo". "Il giurista formalista conosce, dunque, per la validità giuridica delle norme singole, legislative o consuetudinarie, un solo criterio, quello della legittimità della fonte (volontà, norma) da cui provengono" [l'impostazione, riferita alla validità come categoria giuridica, palesa una critica rivolta all'opera di M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle* (1st ed., 1929) Parigi, Larose].

¹²⁵ In termini dubitativi, A. ROMANO TASSONE, *Appunti sul concetto*, cit., 1129, la categoria della validità potrebbe non avere più ragion d'essere e si potrebbe prescindere del tutto dalla stessa.

¹²⁶ Si v. G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)* ad vocem, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 85 (spec. par. § 4); R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 319, la validità integra la conformità al dato normativo, ossia se lo stesso sia privo di vizi; rispetto all'atto giuridico in quanto tale, appare pertinente riferirsi a N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, Jovene, 1973, 51 ss.; si v., in risposta alle teorie di Irti, P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. Dir. civ.*, 1999, 4, 787 ss.

¹²⁷ Non si accede alla teoria che pone in evidenza che il provvedimento illegittimo è in vigore fintanto che non intervenga l'annullamento, posto che – come si vedrà – le norme del procedimento amministrativo pongono questioni specifiche, sostenuta, *ex multis*, da F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento (diritto pubblico)* ad vocem, in *Enc. giur.*, II, Roma, Treccani, 1988, 3, poiché si negherebbe ogni rilievo autonomo alla validità; di recente, rispetto alla negazione di un nesso eziologico tra validità ed efficacia, anche nella versione negativa e patologica del termine, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, 48 [de relato, in termini non pienamente conformi, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 1, 252, "sembra che sia la ipotastizzazione degli effetti giuridici a giocare un ruolo decisivo. Siccome 'esiste' qualcosa (un'entità) chiamata effetti giuridici, allora è necessario porsi alla ricerca di una forza che li produca. Questa forza ci viene detto essere 'dentro' un atto di volontà"].

possibilità di adozione di atti amministrativi in forma verbale e se l'eventuale adozione in forma degli scritti possa incidere sulla validità della determinazione.

In una pronuncia del T.A.R.¹²⁸, in relazione a un richiamo verbale operato da un membro dei Carabinieri, nell'ambito di una contestazione di un'infrazione stradale, si rileva che l'esternazione in forma scritta non rende illegittima la sanzione che deve essere irrogata verbalmente *ex lege*¹²⁹, perché “non toglie nulla ai presupposti di validità ed efficacia ed al contenuto del provvedimento, ma semmai giova alla sua piena conoscenza e documentazione, oltre che a dare certezza alla decorrenza del termine di impugnazione”.

In una recente pronuncia, sul medesimo tema, è chiarito che non c'è alcuna preclusione assoluta all'adozione del provvedimento in forma orale¹³⁰ – nello specifico, si tratta di ordinanza contingibile per la cattura di un orso nei pressi di un centro abitato – poiché non vi è alcuna norma che imponga la forma scritta *ad substantiam*¹³¹. In tale arresto giurisprudenziale, la Corte fa espresso riferimento all'esistenza di una serie di ipotesi nelle quali trova applicazione il principio di libertà delle forme¹³², codificato nella tradizione amministrativa tedesca, come analizzato *supra*, cap. § 2, e osteggiato, e in ogni caso mai accolto, in quella italiana.

¹²⁸ T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 28 agosto 2006, n. 482, in *Foro amm. TAR*, 2006, 9, 2896.

¹²⁹ Si tratta del 'richiamo', disciplinato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66.

¹³⁰ Sul tema, cfr. S. CIMINI, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettive dell'oralità*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002, 25 ss.

¹³¹ T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 16 aprile 2021, n. 55, in *Foro amm.*, 2021, 4, 636, l'urgenza di provvedere, imposta dalle circostanze del caso concreto, ben potrebbe essere tale da non consentire la materiale redazione di un provvedimento in forma scritta, ad esempio in ragione della pressante esigenza di fronteggiare un pericolo grave ed imminente per l'incolumità pubblica; si può far riferimento a una giurisprudenza più risalente, in tema di sottoscrizione del provvedimento, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 823, in *Foro amm.*, 1992, 10, 2338, per il quale non costituisce vizio formale del procedimento l'opposizione della sottoscrizione del funzionario sul retro, sempre che risulti evidente che la firma è apposta a chiusura di esso ai fini della sua imputazione, e pertanto non si integra l'invalidità dell'atto.

¹³² Si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Formalismo giuridico*, cit., 284, la definisce strumentalità delle forme, poiché si tratta di stabilire quando una forma sia equivalente a quelle previste per il raggiungimento del fine specifico e, pertanto, ugualmente valida. Le tecniche formalistiche di ordine procedurale, per la validità, assumono spesso valenza interna.

La previsione della forma orale non deve, in ogni caso, precludere l'obbligo di garantire l'accessibilità totale dell'azione e, pertanto, ne consegue che, a ragionevole distanza di tempo deve essere redatto un apposito verbale o comunque un atto scritto avente valenza meramente ricognitiva e confermativa, ove deve essere data contezza dell'adozione del provvedimento orale e delle relative motivazioni, sì da esternare le ragioni di fatto e di diritto che stanno alla base del provvedimento stesso e garantire, oltre alla trasparenza della decisione amministrativa, anche la possibilità a tutti gli interessati di azionare gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Nella medesima prospettiva, si può far riferimento a una recente pronuncia del Consiglio di Stato, in tema di validità di una verbalizzazione di una delibera del C.S.M., in cui emerge che “per la forma dell'atto amministrativo consistente nel verbale, il diritto amministrativo sancisce un principio (seppur temperato) di libertà della forma¹³³”.

La Corte, inoltre, osserva che “il principio di libertà della forma è relativo alla possibilità di redazione di un atto in forma scritta senza il rispetto di particolari metodi solenni. In sostanza la forma è un elemento che si lega alla dichiarazione, determinato per legge. Nel diritto amministrativo la forma degli atti è tendenzialmente libera, potendo l'atto amministrativo rivestire sia la forma scritta (es. un verbale) sia la forma orale (es. un atto iussivo) sia la forma simbolica o per immagini (es. un segnale stradale)”.

La forma dell'atto si distingue dalla documentazione nell'ambito della quale sono trascritti gli accadimenti rilevanti, poiché “nel prescindere da un'essenziale esigenza di forma scritta per la sostanza dell'atto amministrativo, quest'ultimo è necessariamente documentabile mediante la scrittura od altro strumento da cui possa trarsi la verificabilità dell'atto o dei fatti avvenuti”.

Appare complesso, ma non è un'ipotesi preclusa in assoluto, elevare la forma a tipica e inattaccabile condizione di validità, perché mancherebbe la specularità tra patologia dell'atto e previsione normativa; la forma non è legata alla validità da criteri di valutazione tipici, oggettivi e conoscibili¹³⁴.

¹³³ Cons. St., sez. II, 4 giugno 2020, n. 3544, nel caso degli atti degli organi collegiali, di norma la forma scritta non qualifica le decisioni adottate dagli stessi, potendosi manifestare mediante forme anche diverse dallo scritto, come per le votazioni e proclamazione delle stesse; sul tema, per una lettura classica, si v. R. LUCIFREDI, *Forma scritta e prova testimoniale in materia di atti amministrativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 2, III.

¹³⁴ G. CORSO, *Validità*, cit., 91, 92.

Il concetto di validità, proprio per questa sua strutturale imponderabilità, impone di riferirsi a modelli e tipi, i quali a loro volta variano nel tempo e provano, camaleonticamente, ad assecondare il cambiamento.

Si deve, pertanto, riferire, anche rispetto al tema della validità, dell'attuale stato dell'amministrazione, per evitare di ragionare con istituti e nozioni del passato, che indurrebbero a ritenere valido il provvedimento rispetto al quale, ad esempio, sia garantita la partecipazione o l'intervento degli interessati, senza domandarsi se gli stessi siano marginali o decisivi per la sorte della determinazione finale¹³⁵.

La forma del provvedimento non può essere l'unico parametro per integrare la nozione di validità, poiché tale approccio, ancor più che in passato non condurrebbe a risultati certi; la forma rappresenta un elemento necessario, ma non autonomamente sufficiente per la produzione di effetti giuridici del provvedimento¹³⁶.

Tale conclusione deve porsi quale necessaria conseguenza della separazione dell'atto amministrativo rispetto ai fatti cui lo stesso provvede e agli effetti che ne derivano, dato sempre più frequente¹³⁷.

La validità può essere, infatti, declinata in tanti modi¹³⁸, ma proprio

¹³⁵ Sul tema, diversa è la lettura di R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 668, per il quale i principi di trasparenza e di pubblicità legittimerebbero "un *minimum* di forma d'essere dei pubblici poteri".

¹³⁶ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, 216 ss., l'idea che la nozione di validità debba necessariamente includere il riferimento ad istanze assiologiche è alla base dell'approccio che ha come obiettivo quello di non distaccare, entro una generale nozione di invalidità, ipotesi di vizi non invalidanti ovvero di 'irregolarità'.

¹³⁷ Si v. L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 137, l'oggetto della riflessione giuridica, mai ridotto al dato normativo, si palesa in tutta la sua estensione al complicarsi della stessa realtà cui l'amministrazione deve provvedere, tra cui "il dato sostanziale sottostante alle forme e le forme". L'osservazione giuridica della realtà può porsi come osservazione delle necessità giuridiche nelle vicende amministrative, colte nel loro sviluppo, nello spazio e nel tempo, nel loro essere vicende concrete, di interessi e di amministrati. L'osservazione giuridica deve procedere senza schemi precostituiti, ma alla luce dei principi e lo svilimento dei connotati giuridici vigenti induce a ricercare aspetti che sono preordinati alla legge in senso stretto, come accade appunto per la forma.

¹³⁸ Si v. G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 79 ss., per il quale la validità non sarebbe un valore autonomo e suscettibile di protezione in assoluto, ma un valore che l'ordinamento tutela quando ricorre un interesse ed è un istituto dai contorni imprecisi, perché rischia di sovrapporsi con l'irregolarità; di

la recessione della prevalenza del dato procedimentale inteso quale dominio dell'amministrazione sul fatto, impone una riconsiderazione della forma giuridica¹³⁹, della legittimazione dell'agire, non però quale unico elemento su cui basare la distinzione tra atto valido e invalido.

4. *Legittimità e clausole generali: spunti per tracciare le trasformazioni dell'amministrazione*

La legittimità può essere assunta quale canone di valutazione autonomo rispetto alla legalità¹⁴⁰ analizzata *supra*, par. § 2, al fine di ampliare l'ambito dell'indagine.

stretta attualità sono le riflessioni di A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss., "pur trovandoci in un momento storico in cui il diritto è quasi messo in stato d'accusa per l'eccesso di forme e di formalismi che gli sono propri e si postula l'avvento di uno 'Stato di diritto informale', non si possono dimenticare – e non la si intenda affatto come una provocazione – il ricordo di intere biblioteche di classici del diritto pubblico e di scienza della politica, che hanno sempre messo la forma al centro dei valori di ogni ordinamento positivo quale garanzia di libertà e quale limite all'esercizio del potere pubblico, per definizione autoritativo. La forma, in questo senso, non è soltanto 'gusto di forme esteriori', ma assolve una funzione di valore ordinatore di sistema che non è in nessun modo rinunciabile, neppure in un ordinamento improntato alla cultura del risultato".

¹³⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 218 (spec. nota § 13) 220, 222, il concetto di validità si può scomporre, "demistificandolo", operazione che tuttavia può indurre ad incorrere nello "svantaggio del formalismo" che impedisce a un precetto conforme al proprio parametro normativo di spiegare validamente i propri effetti (si ha, rispetto alla validità, come referente, spesso in termini critici, il lavoro di A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1993, 37, 39, per il quale alla concezione logico-formale deve corrispondere una nozione di validità che sia coerente rispetto al principio di convenienza dell'effetto giuridico).

¹⁴⁰ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 453, definisce legalità e legittimità in termini di alterità, sebbene rappresentino concetti strettamente collegati; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, 53; sulla portata prescrittiva differente riferita ai termini legalità e legittimità, cfr. G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999, 1017 ss., che osserva la relatività dei concetti e opera un'analisi che si basa sul dato letterale legislativo che, a sua volta, ingenera incertezza nell'analisi; sempre sull'opportunità di distinguere legalità e legittimità, A. PASSARIN D'ENTREVES, *'Legalità' e 'legittimità'*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Milano, Giuffrè, 1960, 1305 ss.

La legittimità, infatti, può essere definita quale principio che preesiste alle disposizioni che conferiscono il potere; è una ‘nozione necessaria’¹⁴¹, che giustifica il potere, integrandolo con elementi che cambiano in corrispondenza dei cambiamenti indotti dai bisogni società e delle circostanze fattuali¹⁴².

In ragione di un ampliamento semantico, la legittimità deve essere integrata da principi e norme non scritte, da clausole estremamente elastiche, non necessariamente giuridiche; la legittimità serve a conferire loro un connotato istituzionale, giacché è una nozione fortemente radicata nell’ordinamento, nella sua unità¹⁴³.

Da un punto di vista lessicale, la legittimità evoca evidentemente il sindacato operato dal giudice amministrativo, ma qui ci si riferisce alla legittimità intesa quale schema logico e di valore e in che termini la forma possa contribuire al raggiungimento di tale obiettivo, con specifico riferimento all’atto amministrativo che resta, necessariamente, il parametro immediato di tale momento di confronto¹⁴⁴.

Ci si propone di stabilire se la forma sia in grado di adeguare l’introduzione di una regola sociale all’interno del precetto legale. Si tratta, in altri termini, di stabilire se la forma sia il canone adeguato al fi-

¹⁴¹ Ci si riferisce al noto lavoro di E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV, 201 ss.; si assume il punto di vista di – rispetto all’ampia produzione bibliografica sul tema – F. LEVI, *Legittimità ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 126; di recente, V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l’assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, la nozione del rapporto di diritto pubblico, e le relative forme prescritte, si instaura dopo l’esercizio del potere, avendo riguardo al carattere di legittimità complessivamente inteso circa l’esercizio di quest’ultimo.

¹⁴² Il tema è sviluppato in un bel testo di filosofia politica, da G. SORGI, *Il potere tra paura e legittimità*, Milano, Giuffrè, 1983, 165.

¹⁴³ In questi termini, A. CIOFFI, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (A proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 601 ss., 619, la legittimità si pone come fattore istituzionale, come un dato genetico dell’attività amministrativa, che la identifica in modo inconfondibile. Ha svolgimenti sottintesi ma ben precisi: condiziona la concezione dell’attività amministrativa e della legge.

¹⁴⁴ Un’ampia trattazione rispetto alla genesi letterale del termine è offerta da F. BASSI, *‘Conformità’ alle leggi e ‘legittimità’ dell’atto amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 61 ss., 62, le legittimità, termine “improntato ad una indubbia genericità”, rappresenta un concetto più ampio della mera legalità.

ne di legittimare la presenza delle clausole generali¹⁴⁵ e criteri non giuridici nell'ambito di scelte amministrative, e, si anticipa sin da ora, che la risposta non può che essere affermativa.

L'amministrazione stabilisce regolarmente collegamenti tra il dato fattuale e gli interessi, intervenendo sulla realtà, attraverso lo svolgimento di un'attività che non si può ridurre ad un'acquisizione di conoscenza, ma si traduce in un'attività creativa, che, come tale, deve essere legittima, ma non può formare oggetto integralmente di regole, né puntuali, né unicamente giuridiche¹⁴⁶; in questo ambito è irrinunciabile il presidio ulteriore fornito dalla legittimità.

Proprio la necessità di riferirsi a consuetudini impone di rispettare alcuni aspetti ineludibili, per non accedere a posizioni e condotte arbitrarie da parte dell'amministrazione. In altri termini, la legittimità, per la citata esigenza di richiamare clausole generali, come tali non predeterminate, che etero integrano il precetto amministrativo, ma che mutano al variare delle prassi amministrative, deve essere ancorata saldamente a formalità capaci di non disorientare l'amministrato, per preservare un grado minimo di prevedibilità dell'agire¹⁴⁷.

È evidente che ci si deve riferire ad ipotesi nelle quali l'amministrazione detenga un ampio margine di discrezionalità, nel quale l'enunciato normativo si protende verso una situazione reale¹⁴⁸, adattandosi alla stessa attraverso i c.d. concetti giuridici indeterminati¹⁴⁹; anche il caso, cioè la situazione reale cui si deve provvedere, è inizialmente indefinito.

¹⁴⁵ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., 351, si pone il problema della natura introversa o estroversa delle clausole, vale a dire se esse rinviino a principi o regole rinvenibili nel sistema legale o al di fuori di esso.

¹⁴⁶ Cfr. F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 267, "ed al di fuori del diritto ricercheremmo invano indicazioni normative che possono soccorrere tanto i soggetti della decisione, quanto quelli, ed in particolare il giudice, che la stessa decisione debbano controllare".

¹⁴⁷ F. LEVI, *Legittimità*, cit., 136, la legittimità è un valore la cui realizzazione varia nel tempo e nei diversi ordinamenti giuridici.

¹⁴⁸ F. LEDDA, *Determinazione discrezionale*, cit., 368, "la ricerca della norma e la selezione dei fatti significativi si sollecitano a vicenda ma soprattutto vicendevolmente si controllano", gli enunciati normativi, per essere adattati, richiede "controlli e smentite, rettificazioni e nuovi collaudi".

¹⁴⁹ Si v. M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, Edizioni ETS, 2021; *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2018, n. 2873, i concetti giuridici indeterminati si compongono di elementi e criteri extragiuridici.

Una volta riconosciuta la necessità di adeguatezza sostanziale delle decisioni, l'indeterminatezza della clausola generale rappresenta un compenso necessario per integrare il dato legale.

Potrebbe palesarsi una verosimile sovrapposizione tra legittimità e merito – la distinzione tra tali termini è infatti discutibile, per condivisa lettura¹⁵⁰ – perché nella prima vi è l'esaltazione massima della logica della funzione, si costruisce il caso nella prospettiva della norma.

Si tratta di stabilire l'ampiezza – si potrebbe dire la profondità – dell'integrazione delle clausole generali che si rendono necessarie, e contestualmente fissare le formalità che l'amministrazione deve rispettare, che saranno più stringenti qualora si ammettano più postulati non giuridici a guidare ed adeguare l'azione¹⁵¹.

Le notazioni fissate non rappresentano una novità assoluta, ma il tema merita un'attenzione specifica proprio perché tali nozioni potrebbero assumere il rango di parametro di riferimento che riferisce dello stato presente dell'attività amministrativa.

Sia consentito, a tal proposito, richiamare una recente sentenza del Consiglio di Stato¹⁵², con la quale è dichiarata la legittimità della determina con la quale l'AIFA ha modificato un regime di fornitura di un medicinale – la c.d. pillola dei cinque giorni dopo – eliminando la necessità di ottenere una prescrizione medica per la sua assunzione anche nei riguardi dei pazienti minorenni.

Il dato che rileva, per quanto di interesse, è la valorizzazione, da parte dell'autorità emanante, del 'grado di maturità' della paziente che – integrato da appositi studi, di carattere tecnico-scientifico – hanno condotto al provvedimento impugnato. Non si intende, in questa sede, soffermare l'attenzione sulla questione relativa al sindacato, ma sull'utilizzo di tali concetti da parte dell'autorità amministrativa.

¹⁵⁰ Cfr. F. LEDDA, *Determinazione discrezionale*, cit., 371, osserva che il merito non è individuato come categoria unitaria, "un concetto di merito corrispondente alla nozione comunemente presupposta non può fissarsi mediante una definizione positiva".

¹⁵¹ Emblematico sul punto G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1, 5, lo spazio della legalità e della legittimità *tout court* dell'amministrazione comprende, oltre al rispetto delle disposizioni di legge e delle tipizzazioni conseguenti, l'adempimento di un obbligo generale di buona e corretta amministrazione, "che un tempo si voleva escluso persino dalla cognizione del giudice di legittimità e soffocato nell'atmosfera, senza aria né luce, del cosiddetto merito amministrativo (del quale non si riusciva neppure a predicare una normatività di tipo tecnico)".

¹⁵² Cons. St., sez. III, 19 aprile 2022, n. 2928.

I concetti giuridici indeterminati, non di carattere tecnico, come per l'appunto quello citato, etero integrano il dato normativo e concorrono a dare il senso del cambiamento della società e devono essere valorizzati e adeguatamente veicolati dalla stessa amministrazione, poiché sono strettamente funzionali a determinare la risposta che il potere deve dare a tutti i soggetti che a quella vicenda devono fare affidamento.

Si segnala un'altra vicenda, nella quale il ricorrente impugna il provvedimento ministeriale di rigetto sull'istanza per l'ottenimento della cittadinanza¹⁵³. L'amministrazione, nel provvedimento, fa riferimento alle nozioni di 'integrazione ed adesione ai valori fondanti della Comunità', in termini di dato integrativo a supporto del rigetto dell'istanza, con un valore determinante per la stessa.

Emerge, dalle due sentenze richiamate, un ampliamento e un grado di dettaglio sempre maggiore di tali concetti, che non si limitano più a generici rinvii a valori e a clausole di ampia portata, ma concorrono a determinare, con sempre crescente precisione, l'interesse pubblico e, di conseguenza, il potere dell'amministrazione. Un eccessivo ricorso a tali concetti potrebbe alterare, in maniera allarmante per il cittadino, la forma delle facoltà che gli stessi concorrono a conferire.

In passato l'amministrazione ha fatto ricorso generico a tali nozioni, ma il grado di dettaglio che gli stessi devono assumere per poter coadiuvare l'amministrazione a identificare la riserva di amministrazione deve

¹⁵³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. V *bis*, 15 aprile 2022, 4618, "la concessione della cittadinanza deve rappresentare il suggello, sul piano giuridico, di un processo di integrazione che nei fatti sia già stato portato a compimento, la formalizzazione di una preesistente situazione di cittadinanza sostanziale che giustifica l'attribuzione dello status giuridico. In tal modo, l'inserimento dello straniero nella comunità nazionale può avvenire (solo) quando l'Amministrazione ritenga che quest'ultimo possieda ogni requisito atto a dimostrare la sua capacità di inserirsi in modo duraturo nella comunità, mediante un giudizio prognostico che escluda che il richiedente possa successivamente creare problemi all'ordine e alla sicurezza nazionale, disattendere le regole di civile convivenza ovvero violare i valori identitari dello Stato"; sul tema della cittadinanza, sia consentito un rinvio all'analisi di A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *La tecnicizzazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016, 9 ss.; sul tema, G. TROPEA, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in *Nuove aut.*, 2021, 3, che analizza le diverse forme di provvedimenti che sono intervenute per la gestione di tali aspetti, con specifico riferimento alle ipotesi di circolari e atti di *soft law*.

rinvenire necessariamente una forma adeguata e non dissolversi in meri e celati rinvii operati dai provvedimenti amministrativi.

Si palesa, per ragioni opposte rispetto a ciò che si è detto in relazione al rapporto tra legalità e tecnica, l'esigenza di tutela, questa volta forse in termini più tradizionali, perché si riferisce al rischio di arbitrio, in termini di ampia discrezionalità, da parte dell'amministrazione.

Non si tratta di vincolare o limitare gli spazi di valutazione dell'amministrazione, al contrario, si rende necessario il recupero di un problema eminentemente istituzionale. Tali clausole che integrano il precetto sono il punto di collegamento più profondo tra amministrazione e società contemporanea, ma si sconta il paradosso che non sono nella piena disponibilità della prima¹⁵⁴, né possono essere condizionati dai secondi.

La legittimità e i concetti che concorrono, di volta in volta, a identificarne i confini, rappresentano oggi uno dei punti di osservazione privilegiati per lo studio delle trasformazioni dell'amministrazione.

5. *Conservazione delle forme giuridiche ed esigenze di adattamento amministrativo: ripensare la forma del procedimento*

La convinzione di poter mantenere intatte le strutture portanti e culturali del potere ha contrassegnato per anni la pubblica amministrazione nella sua attività, e non si può tacere che quest'approccio – talvolta forzato e spesso controtendenza rispetto a quanto è accaduto in altri campi del diritto – ha assecondato un certo conservatorismo, anche culturale¹⁵⁵, come se lo stesso potere potesse considerarsi esente e al riparo dai cambiamenti che hanno interessato il mondo che lo circondava.

¹⁵⁴ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., 332, per il quale si tratterebbe di una concezione superata.

¹⁵⁵ Emblematico è, in tal senso, il rilievo di G. BERTI, *Il 'rapporto amministrativo'*, cit., 42 ss., "Lo Stato era l'unica fonte del diritto, però sotto un certo profilo ne diventava fortemente prigioniero: la stessa conoscenza filosofica dello Stato pareva sublimarsi nei concetti giuridici. Veramente molti di questi concetti, quelli di apice, divennero dogmi, sui quali i conoscitori delle cose pubbliche dovevano attestare la loro opera, accentandoli e non discutendoli. In questo modo lo Stato, e l'amministrazione in particolare, uscì in un certo senso dalla storia: i dogmi giuridici davano appunto una fissità storica alle strutture dello Stato".

L'analisi del cambiamento letta attraverso le categorie giuridiche tradizionali e i canoni di valutazione del provvedimento amministrativo ha fornito risposte differenziate in base all'angolo visuale prescelto.

Il rischio stesso di fraintendimenti, anche solo sulla terminologia delle categorie concettuali, è altissimo ed è solo aggravato qualora si ponga, come fatto, la forma quale chiave di lettura.

La separazione tra amministrazione e società è sempre più evidente, due mondi che vivono di esigenze proprie, che vanno a velocità diverse ma rispetto ai quali si rende tuttavia necessario rinvenire nuovi punti di intersezione e di incontro.

Le condizioni di legittimazione dell'esercizio del potere sono investite dalle dinamiche di frammentazione e di conflitto proprie del contesto sociale. Il verificarsi costante di eventi imprevisi, o quasi imprevisi, impone di un ricercare una flessibilità che non sacrifichi forme e garanzie, o lo faccia solo se strettamente necessario, concetto di per sé vago e soggetto a interpretazioni spesso fantasiose.

La forma può concorrere, non come unico elemento, a rinnovare l'unità dei rapporti tra cittadino e amministrazione, come fattore di integrazione o di chiarimento dell'esercizio del potere. La forma può ricomprendere nella realtà sociale le categorie giuridiche, "l'infittirsi di un tessuto di concetti quasi esausti¹⁵⁶".

La tecnica, la complessità, l'emergenza, i rimedi legislativi non soddisfacenti – solo per citarne alcuni – sono dati che appartengono alla realtà dell'amministrazione, si deve prendere atto di ciò; si tratta di capire se la forma sia effettivamente un ostacolo o se ci si nasconda dietro un obbligo che – come notato – è spesso meno stringente di ciò che si possa credere, ma che assicura un grado di tutela necessario.

Come osservato da autorevoli studiosi, "Effettività come nuova legalità. Effettività come deroga dalla legge a garanzia di situazioni differenziate (...), il valore della legalità, prioritario nella scienza giuridica non ne è l'unica dimensione. L'effettività è un aspetto del diritto, talora funge da presupposto, talora da obiettivo, altre volte è il risvolto della norma in termini di risultato¹⁵⁷".

¹⁵⁶ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 474.

¹⁵⁷ F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie*, cit. (spec. par. § 4) "legittimità ed effettività si rincorrono per comporre e ricomporre le eventuali dissociazioni l'una dall'altra, poiché il diritto vivente consiste nel concreto modo di operare delle istituzioni. (...) L'adeguatezza

La nozione di forma deve riferirsi, ancor più che in passato, al procedimento, ai singoli movimenti dell'amministrazione¹⁵⁸, anche al provvedimento, ovviamente, che non diviene però più l'unico referente di tale impostazione. Si deve superare l'equivoca concezione di forma come ostacolo ed evitare che la stessa diventi un rito dietro al quale si celino le amministrazioni, in ogni singola fase procedimentale, attraverso un opportuno adattamento degli istituti alle esigenze dell'oggi.

In un insuperato volume, pubblicato nel 1990¹⁵⁹, si fa riferimento, come punto di partenza delle analisi, a una frattura che si è già consumata e che appare 'necessaria e irrimediabile'; a distanza di anni, il mito della forma impone di ripartire dallo stesso punto.

come misura delle cose. L'efficienza come metodo di lavoro. L'efficacia come risultato concreto”.

¹⁵⁸ Di recente, G.D. COMPORI, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, 532 ss., che osserva che nel diritto amministrativo la procedimentalizzazione dell'agire si pone quale metodo indefettibile di esplorazione dell'ignoto, di dialogo intersoggettivo, per definire e delimitare lo spazio di possibilità per l'amministrazione che legittima l'intero percorso decisionale.

¹⁵⁹ Si fa riferimento a *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990.

CAPITOLO VI

DEMATERIALIZAZIONE DELLE FORME E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA INFORMALE

SOMMARIO: 1. La forma nell'atto amministrativo informatico ed elettronico. – 2. Amministrazione, ICTs e nuove forme di comunicazione istituzionale. – 3. Attività conoscitiva e dati. – 4. La rappresentazione digitale delle gare pubbliche. – 5. La rinnovata veste della tipicità nel diritto amministrativo e la centralità dei dati: 'l'amministrazione della conoscenza'. – 6. Amministrazione informale e Stato di diritto. – 7. Istituti di partecipazione informale e conoscibilità dell'attività amministrativa. – 8. Gare pubbliche informali e salvaguardia del principio di legalità. – 9. Pratiche di urbanistica informale e sussidiarietà orizzontale. – 10. L'informalità negli strumenti alternativi per la risoluzione di controversie tra amministrazione e privati.

1. *La forma nell'atto amministrativo informatico ed elettronico*

L'analisi della forma nell'amministrazione contemporanea deve necessariamente riferire delle innovazioni e delle variazioni che la tecnologia e il digitale hanno portato nell'ambito dei rapporti amministrativi presenti e, si ha modo di credere, del futuro¹.

Le trasformazioni digitali che hanno interessato e interessano il provvedimento amministrativo riguardano in realtà tutta la struttura pubblica e richiedono indagini continue che si propongano di verificare la tenuta delle ripetute innovazioni, al fine di consentire un'osservazione puntuale delle opportunità e dei relativi rischi che l'evoluzione tecnica e tecnologica offre².

¹ Si v. J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 619 ss.; con una notevole nota di scetticismo, peraltro pienamente condiviso in questa sede, cfr. P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inf.*, 2020, 1, 43 ss.

² Cfr. F. LEDDA, *Elogio della forma*, cit., 559, "l'atto amministrativo elettronico, od informatico, secondo i vari modi di presentazione, avrà una propria forma: e questa forma andrà studiata, innanzitutto, con riguardo a quell'eterno problema di tutela nel quale i nostri studi trovano la loro origine"; sull'elaborazione di una teoria dell'atto informatico, si v. A. MASUCCI, *Teoria del documento e documento informatico*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005, 1563 ss.

La nozione di digitalizzazione – a voler tacere di quella di ‘transizione digitale’ adoperata nel PNR, che sembra rappresentare invero un esercizio di *marketing* legislativo, visto che non si registrano evidenti differenze con il passato – nella più recente rappresentazione fornita dalla realtà dell’agire pubblico, sembra identificarsi con il supporto che le *ICTs* (acronimo di *Information and Communication Technologies*) possono fornire alle pubbliche amministrazioni, anche se tale prospettiva potrebbe apparire riduttiva; inteso in questi termini, c’è il rischio di considerarlo solo un processo incrementale, di carattere quantitativo, guidato dallo sviluppo tecnologico, cui il legislatore dovrebbe adeguarsi³.

La digitalizzazione, tuttavia, non può essere ridotta alla mera trasposizione su supporto dematerializzato della tradizionale attività in forma cartacea, ma è una nozione che integra una vera e propria modalità di agire pubblico, con caratteristiche e forme proprie, circostanza che impone di verificarne la compatibilità con i principi e, in subordine, le disposizioni vigenti⁴. Si deve ragionare, anche su tale terreno d’indagine,

³ Cfr., di recente, P. PIRAS, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ.*, 2022, 2, 111 ss., avverte del pericolo di fili spezzati e di nodi non risolti e ingarbugliati che emergono dalle indagini sulla transizione digitale nella pubblica amministrazione.

⁴ Cfr. A.G. OROFINO, *L’esternazione informatica degli atti amministrativi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (coordinate da), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016, 182, “l’informatica e la telematica, se da un lato costituiscono un’opportunità che semplifica moltissimo alcuni passaggi e rende immediato e agevole il contatto tra enti pubblici e soggetti privati, dall’altro pongono dei problemi di non poco momento che, se non affrontati con adeguata cautela e sicura consapevolezza, rischiano di trasformare l’informatizzazione in un ulteriore male endemico dell’amministrazione italiana. I problemi che appaiono di maggiore importanza e di più difficile soluzione sono proprio quelli riferiti alle forme da usare nell’esternazione dei provvedimenti o degli atti adoperati ai fini dello svolgimento dell’attività amministrativa e, quindi, degli strumenti di sottoscrizione utilizzabili. (...) Il che, in un mondo, come quello delle amministrazioni pubbliche, nel quale è accentuata l’attenzione per le garanzie formali, suscita problemi di non poco momento, che debbono essere esaminati e risolti con atteggiamento cauto e sorvegliato e, soprattutto, con una particolare attenzione agli elementi tecnico-fattuali”; cfr. G. ORSONI, E. D’ORLANDO, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 593, “la pubblica amministrazione e il diritto amministrativo si trovano da qualche decennio a fronteggiare le sfide digitali. Si tratta di fenomeni molto pervasivi e con plurime epifanie”; sul tema, per una ricostruzione di carattere storico, si v. G. DUNI, *Anniversari dell’informatica amministrativa. Origini, evoluzione e prospettive*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3, 615 ss

dell'adeguata tutela che la forma digitale può garantire al rapporto amministrativo.

I primi studi relativi al rapporto tra forma del provvedimento e supporti offerti dal digitale hanno condotto all'elaborazione delle nozioni di forma elettronica e atto amministrativo informatico. Deve chiarirsi, sin da ora, che la controversa dialettica tra diritto e tecnologia sembra essere lontana da quella convergenza 'tra logiche e obiettivi programmatici' auspicata nei primi studi sul rapporto tra procedimento amministrativo e digitalizzazione⁵.

L'elaborazione di una nozione di forma elettronica si pone in termini di possibile soluzione rispetto all'emergere, per l'amministrazione, dell'esigenza di aggregare e conservare i dati e le informazioni, sempre crescenti, di cui la stessa è titolare, attraverso un procedimento di dematerializzazione. Si rende necessario un adeguamento delle modalità di conservazione delle informazioni, e, per certi versi, ci si è resi conto che il contestuale sviluppo del mercato dei dati negli scambi commerciali internazionali avrebbe imposto al settore pubblico un adeguamento, per evitare che lo stesso fosse estromesso dal cambiamento in atto.

Emerge già, infatti, l'aspetto che anche oggi deve permeare in maniera urgente l'aggiornamento dell'attività amministrativa, ossia i dati, per evitare che i c.d. *first movers*, ossia le multinazionali che hanno maggiori capacità nell'aggregare e conservare i dati⁶, si sostituiscano al potere pubblico, con evidenti rischi, peraltro già, per alcuni aspetti, verificatisi.

In questa prima stagione dell'amministrazione digitale, agli inizi degli anni '80, si ritiene che l'elaborazione elettronica – si utilizza di rado il termine 'digitale' – sia utilizzabile solo per gli atti strumentali al provvedimento, endoprocedimentali, e per l'adozione di atti vincolati⁷.

⁵ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli, 2011; in termini critici, si v. U. FANTIGROSSI, *Perché è così difficile digitalizzare la P.A.*, in *Giustizia Amministrativa*, 2018, 11.

⁶ Si v. D. QUAGLIONE, C. POZZI, *Economia dei big data: lineamenti del dibattito in corso e alcune riflessioni di policy*, in *L'industria*, 2018, 1, 5 ss.

⁷ Tra i primi scritti sull'atto amministrativo in forma elettronica, anche con riferimento all'utilizzo di algoritmi, si rinvia a B. SELLERI, *Gli atti amministrativi 'in forma elettronica'*, in *Dir. soc.*, 1982, 1, 133 ss., 137, il quale avverte "non tutti i procedimenti sono interamente automatizzabili. Perché l'elaboratore 'conosca' e 'risolva' un certo problema occorre che questo ultimo sia traducibile in un algoritmo, cioè in un numero finito di passaggi che, partendo dai dati a disposizione, conduca alla soluzione del problema"

In dottrina emerge, in ogni caso, una lettura estremamente innovativa, poiché si ritiene che “il configurare (...) una forma elettronica di esternazione per taluni atti non parrebbe incompatibile con il nostro sistema in cui non vi è una regola generale sulla forma d'esternazione, né nel senso della libertà della forma né nel senso della necessità della forma scritta, esistendo solo previsioni normative relative a singoli atti o a gruppi di atti⁸”.

Si tratta di rendere compatibile il testo giuridico dell'atto amministrativo con l'elaboratore elettronico, affinché il primo sia normalizzato, ossia possa essere espresso in una sola funzione, in simboli univoci, e adattare il contenuto dell'atto alla rappresentazione in forma elettronica⁹.

(140); G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.*, 1978, 6, 406 ss., osserva, già nel 1978, che è “necessario svincolarsi dallo scritto tradizionale e consentire che l'atto sorga direttamente nella forma elettronica”.

⁸ B. SELLERI, *Gli atti amministrativi*, cit., 149; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 1978, n. 743, in *Riv. amm.*, 1978, 4, 783, “un provvedimento amministrativo, salvo che una forma *ad hoc* sia espressamente prevista, non deve essere necessariamente redatto seguendo particolari schemi o con l'adozione di specifiche formalità, ed è perfettamente valido purché siano individuabili gli elementi essenziali, quali l'autorità emanante, l'oggetto a cui si riferisce e la determinazione dell'amministrazione”; sul tema della forma, cfr. A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, Cacucci, 2008, 141 ss. (spec. cap. § 2).

⁹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, 19; l'elaborazione di tale soluzione rinviene l'ancoraggio pretorio nella giurisprudenza in tema di *fax*, *ex multis*, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 4 giugno 2009, n. 3085, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1857, “la comunicazione via *fax*, che utilizza un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che documentano sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente, essendo garantita da protocolli universalmente accettati, è uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione. Non avrebbe alcun senso, altrimenti, la previsione del Codice degli Appalti sull'utilizzabilità, anche in via esclusiva, di tale mezzo di comunicazione che, comunque, è in linea con il d.P.R. n. 445 del 2000 che consente un uso generalizzato del *fax*, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (art. 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'Amministrazione di certezze giuridiche (art. 43, comma 3). Tanto è vero che i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite *fax*, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale (art. 43,

Uno dei problemi più immediatamente percepibili ha riguardato il mantenimento di un equivalente grado di certezza delle forme digitali rispetto a quello garantito dalle forme tradizionali, risultato acquisito con i correttivi che hanno modificato il Codice dell'amministrazione digitale, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Come chiarito da diverse pronunce della giustizia amministrativa, la dematerializzazione del provvedimento, infatti, non comporta alcun rischio per la stabilità, la prevedibilità e la conoscibilità dell'attività¹⁰.

Al fine di verificare la solidità di questa impostazione, si può far riferimento a una recente pronuncia, dalla quale emerge che, per la formalizzazione e la certezza circa la stipula di contratto di avalimento occorre che le sottoscrizioni di tutti i contraenti siano apposte con firme digitali, circostanza “che conferisce certezza alla data di sottoscrizione, a differenza della firma analogica¹¹”. Si assiste, quindi, a una prospettiva nuo-

comma 6). Ne consegue che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio”.

¹⁰ Sul tema, nella prospettiva del risultato più volte richiamata, cfr. A. ROMEO, *‘Certezza del diritto e amministrazione di risultato’ alla prova della trasformazione digitale*, in *Scritti per Maria Immordino*, IV, Napoli, ES, 2022, 3187 ss.

¹¹ T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 5 marzo 2021, n. 35, in *Foro amm.*, 2021, 3, 531; si v., T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 2395, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 1, 270, che offre una lettura interessante, sempre in tema di gare pubbliche, poiché si osserva che in linea generale, che sebbene sia legittima l'esclusione “dalla gara del concorrente che non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità del dichiarante così come previsto dalla lettera d'invito, trattandosi di omissione che non può essere sanata con il soccorso istruttorio”, in caso di firma digitale, l'apposizione della stessa “a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'art. 38 del d.P.R. n. 445/2000, anche in assenza dell'allegazione di copia del documento di identità del dichiarante”; in tema di forma scritta e corrispondente statuizione di certezza proprio per la sottoscrizione, cfr. Cons. St., 24 settembre 2003, n. 5444, in *Comuni Italia*, 2003, 11, 95, “tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione richiedono la forma scritta *‘ad substantiam’* non rilevando a tal fine la deliberazione dell'organo dell'ente pubblico che abbia autorizzato il conferimento dell'incarico, dell'appalto o della fornitura, ove tale deliberazione, mero atto interno e preparatorio nel negozio, avente come destinatario l'organo legittimato ad esprimerne la volontà all'esterno, non risulti essersi tradotta in un atto, sottoscritto da entrambi i contraenti, da cui possa desumersi la sistemazione del rapporto con le indispensabili determinazioni in ordine alle prestazioni da eseguirsi e al compenso da corrispondersi; nè, peraltro, per la conclusione del contratto ha rilevanza la sottoscrizione in calce alla *‘delibera per accettazione’* da parte del privato, non potendosi ravvisare in detto atto gli estremi di una pro-

va, nella quale il digitale è in grado di assicurare un grado di certezza superiore a quello che può essere garantito dall'amministrazione tradizionale.

Si tratta di un obbligo di aderire alle forme digitali che grava indistintamente in capo all'amministrazione e al privato, e quindi agli operatori economici; emerge un'equivalenza tra forme, un requisito infungibile per il perfezionarsi del modello di amministrazione digitale.

Il rischio di letture pretorie che, al fine di adeguare l'attività amministrativa agli sviluppi tecnologici, comportano una indebita sovrapposizione tra giurisprudenza e legislatore è estremamente concreto.

A tal proposito, si osserva che la più recente rappresentazione offerta dalla giustizia amministrativa – ma si ha modo di credere che il rapido evolversi della tecnologia imporrà altre soluzioni interpretative simili – ha equiparato, come noto, l'algoritmo, cui l'amministrazione affida il proprio processo decisionale ad un atto amministrativo informatico¹². Si tratta di una fuga in avanti che presenta diverse criticità, perché si pone ben al di là dell'equiparazione delle forme, è un conferimento di potere amministrativo operato, però, da una pronuncia giurisprudenziale.

Il tema della decisione algoritmica non è oggetto di specifica trattazione in questa sede, ma ci si limita ad avvertire del pericolo di tale impostazione, nella quale la conoscibilità e la trasparenza possono surrogare il principio di legalità, ossia il conferimento del potere, e si accetta, neppure tacitamente, l'idea di una devoluzione compiuta dell'agire pubblico, unilaterale e imperativo, a uno strumento di intelligenza artificiale¹³, peraltro ben lontano dall'essere imperfettibile, che conduce ad accogliere come modello “la più tremenda delle autorità pensabili, cioè quella che può disporre in via esclusiva di verità rivelate¹⁴”, quelle algoritmiche, per l'appunto.

posta contrattuale. Pertanto, il contratto privo della forma richiesta ‘*ad substantiam*’ è nullo ed insuscettibile di qualsiasi forma di sanatoria.

¹² Si fa riferimento alla nota Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, 11, III, 606.

¹³ Si v. A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1738 ss.

¹⁴ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 470; M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo*, cit., 9 ss., 11, che osserva l'esistenza di una palese contraddizione tra una propensione alla centralità del pubblico da un lato, quale fattore primario della tenuta dei sistemi di diritti, e una serie di interventi diretti a marginalizzare l'operato dell'amministrazione dall'altro, marginalizzazione che, in alcuni settori, è lucidamente perseguita. L'Autore osserva che “non manca anche all'interno della stessa amministra-

Non si intende palesare una preclusione assoluta nei confronti dell'ausilio che tali strumenti possono offrire – ci si augura comunque che non si pervenga, almeno non nei termini attuali, alla sostituzione soggettiva integrale – ma i pericoli e le criticità avvertite, ad oggi, non sono bilanciate da alcun apprezzabile vantaggio in termini di buon andamento complessivo dell'attività¹⁵.

Si assiste, rispetto a tale surrogazione soggettiva dell'amministrazione, alla rinuncia consapevole alla legalità e alla forma per accedere a incerti, ma ad oggi irrealizzati, vantaggi in termini di efficienza amministrativa¹⁶.

2. Amministrazione, ICTs e nuove forme di comunicazione istituzionale

L'equiparazione della forma cartacea alla forma digitale, in termini di

zione una diffusa impostazione culturale antitetica rispetto a quanto sarebbe necessario, figlia di una concezione ossificata del dualismo pubblico/privato che scambia per terzietà l'estraniamento dalla realtà circostante e che al posto di una impegnativa cooperazione legata alla capacità di sapere riconoscere e sapersi rapportare agli attori in gioco senza ovviamente restarne succubi preferisce il più pragmatico e autoprotettivo *limen* rispetto a interessi collocati all'esterno, in uno spazio che comincia dove l'amministrazione finisce". L'indagine palesa che è in atto un processo, un'illusione, amministrare senza amministrazione, che rende complessa anche l'operazione di ricerca di un regime giuridico unitario e, di converso, formalità prescritte e note al soggetto agente; una lettura interessante sul tema è offerta di recente da Cass., sez. un., 20 luglio 2021, n. 20691, in *Giust. Civ.*, 2021.

¹⁵ In termini generali, si deve far riferimento al tema della razionalità delle decisioni, carattere che dovrebbe essere immanente per i provvedimenti adottati con il supporto di strumenti elettronici, come osserva F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 315, per la quale la razionalità integra un principio di metodo, che, come tale, non persegue obiettivi sostanziali e rinvia spazio applicativo, sia in sede amministrativa, sia in sede giurisdizionale, anche in assenza di specificazione del contenuto in apposito precetto. In questi termini, il rapporto che si instaura tra razionalità e giustizia sostanziale consente di rifuggire dal rischio che i principi di metodo insidino il principio di legalità. Non si tratta, in ogni caso, di un'attività di tipo compensativo che grava sull'amministrazione, ma di un'integrazione necessaria, ancillare rispetto ai doveri che sulla stessa gravano; sulla concretizzazione di tali momenti in assenza di specifica indicazione normativa; sempre per una lettura di teoria generale, A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove aut.*, 2022, 1, 87 ss.

¹⁶ Si v., sulla difficoltà di rinvenire equilibri stabili sui termini del discorso, l'editoriale di J.-B. AUBY, *La decisione tra scienza e crisi*, in *Ist. fed.*, 2021, 4, 920.

produzione degli effetti e dei regimi giuridici applicabili, rappresenta uno dei segni più rilevanti di innovazione nei rapporti tra amministrazione e cittadino¹⁷. Si è imposto il superamento della concezione della forma cartacea come ordinaria modalità di esternazione della decisione pubblica¹⁸.

Lo studio della forma dell'atto amministrativo “è stato, almeno all'origine, sempre inteso – e oggi si direbbe confuso – con il problema della forma scritta, quasi come se si trattasse di due aspetti tra loro coesenziali da non poter essere distinti¹⁹”.

¹⁷ Il tema ovviamente riguarda anche gli atti processuali, non oggetto di specifica trattazione in questa sede, come rilevato da Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 817, in *Foro amm.*, 2018, 2, 185, “nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 156, c.p.c., la notifica di un ricorso redatto e sottoscritto in forma cartacea non è nulla, ma eventualmente caratterizzata da irregolarità sicché, se il ricorso e il deposito non sono assistiti, il primo dalla forma e dalla sottoscrizione digitale e il secondo dalla modalità telematica prescritte dalle regole sul processo amministrativo telematico, si configura una irregolarità e di conseguenza il Collegio giudicante, una volta accertata, ai sensi dell'art. 44, c.p.a., deve, sempre e comunque, fissare al ricorrente un termine per la regolarizzazione; peraltro, in effetti, il ricorso non redatto o, comunque, non sottoscritto in forma digitale, benché non conforme alle prescrizioni di legge, non può essere considerato inesistente perché non diverge in modo radicale dallo schema normativo di riferimento tanto da doversi configurare, anche alla luce del principio di strumentalità delle forme processuali, in termini di non atto”.

¹⁸ F. PINTO, *La forma dell'atto amministrativo al tempo di internet: spunti a margine di uno strano apparentamento elettorale*, in *Giustamm*, 2021, 9, 2, osserva che “la tesi era nota: l'atto amministrativo ha per principio la forma scritta come ordinaria forma di esternazione della volontà dell'amministrazione”, “non poteva che essere così in un contesto che conosceva solo l'espressione cartacea o quella dei comportamenti a cui associare – in entrambi i casi – una inequivoca manifestazione di volontà”. L'Autore fa riferimento a una procedura di apparentamento elettorale e alla relativa lettura del tribunale amministrativo che, richiamando un precedente del Consiglio di Stato, osserva che la forma scritta è l'unica modalità che integra il perfezionarsi di questo tipo di atti; sul tema, cfr. B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi*, 2019, 1, 2.

¹⁹ F. PINTO, *La forma*, cit., 5, “è noto come l'approccio più risalente vedeva nella forma scritta un elemento da cui non si poteva prescindere per costruire un serio sistema delle garanzie individuali. L'espressione della sovranità, quale quella originaria del potere pubblico, mal tollerava qualsiasi forma di limitazione che, in qualche modo, ne condizionasse l'esercizio. In questo senso, la necessità che l'atto si esprimesse necessariamente attraverso la forma scritta diveniva il primo momento con cui si regolamentava l'esercizio di un potere altrimenti del tutto libero e privo finanche della (utile) sedimentazione che è tipica della espressione che si manifesta attraverso la forma scritta. In questa prospettiva, la necessità

Ci si deve interrogare, a questo punto, sul ruolo, indubbiamente primario, che le nuove modalità di comunicazione e interazione – si pensi al ruolo sempre crescente delle piattaforme digitali quali Google²⁰ e Amazon, o ai *social network* – possono svolgere nel rapporto tra amministrazione e privati e quali forme debbano e possano essere imposte.

Si anticipa che, sul tema, al contrario di quanto accaduto in tema di attività amministrativa algoritmica, si registra una tendenziale, e per alcuni aspetti immotivata, resistenza da parte della giustizia amministrativa nei confronti del nuovo.

Il tema involge innumerevoli profili ed è ragionevole ritenere che nell'immediato futuro – se non, per alcuni aspetti, già nel presente – la stessa tenuta dello stato di diritto dipenda da tali fattori, diversamente combinati tra loro²¹. Si tratta, infatti, di valutare il potere delle multinazionali che gravitano o appartengono al mondo digitale, il condizionamento subito dal potere pubblico, le traiettorie della globalizzazione nella prospettiva del rapporto amministrativo e quindi del provvedimento; e di tutto ciò, ovviamente, ne risentono, in maniera particolarmente avvertita, le forme²².

Sia consentito operare una breve rassegna di sentenze dei tribunali amministrativi sul tema delle comunicazioni istituzionali perfezionate via *social network*, al fine di poter ricavare elementi utili ad un'identificazione, anche di massima, della forma in tali modalità di interazione²³.

della forma scritta, e soprattutto il fatto che venisse considerata elemento essenziale dell'atto, salvo che la legge non disponga esplicitamente in modo diverso, rappresentava un elemento di modernità che gli autori, agli inizi dello scorso secolo, sistematizzano e articolano all'interno di un sistema di garanzie che inizia a strutturarsi in via definitiva"; di recente, A. DE SIANO, *Le forme della decisione della p.a.*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 4, 940 ss., "in merito alla forma dell'atto è opinione comune che non esista una regola generale. Per ciò, fatti salvi i casi contemplati dalle disposizioni speciali, in virtù del principio di libertà delle forme la esternazione avviene in forma scritta per gli atti degli organi individuali e in forma orale per le deliberazioni degli organi collegiali, le quali vengono successivamente trasfuse nel verbale della seduta che funge da manifestazione del deliberato. La forma scritta – si sostiene altrettanto comunemente – si farebbe preferire per tradizione, ma pure per ragioni di certezza, per esigenze dettate dalla necessità di adempiere all'obbligo di motivazione, nonché per la natura e la finalità di ciascun singolo atto".

²⁰ Cfr. L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, 1111 ss.; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 739 ss.

²¹ A. VON BODGANDY, *La condizione attuale*, cit., 1010.

²² Cfr. S. ROSSA, *L'impiego dei social network nella pubblica amministrazione: quid iuris?*, in *Riv. dir. media*, 2020, 1, 201 ss.

²³ Si v. P. PIRAS, *Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social*

Si può citare, a tal proposito, una nota vicenda, relativa alla comunicazione operata da un Ministero, via *Twitter*, rispetto ai lavori di ristrutturazione di un centro storico, *tweet* impugnato in via incidentale, considerato dalla ricorrente “un anomalo e illegittimo intervento nella procedura”.

La resistenza del Consiglio di Stato²⁴, la cui argomentazione palesa un certo disprezzo nei confronti di tali modalità di esternazione, è evidente allorché lo stesso rileva che “gli atti dell’Autorità politica (...) devono pur sempre concretarsi nella forma tipica dell’attività della pubblica amministrazione anche, e a maggior ragione, nell’attuale epoca di comunicazioni di massa, non potendo consistere, dunque, in messaggi, cinguettii, seguiti e altro, dovuti alle nuove tecnologie e alle nuove e dilaganti modalità di comunicare l’attività politica²⁵”; pare che l’utilizzo dei *social* possa minare l’autorevolezza e la credibilità dell’espressione della pubblica autorità.

Si tratta in ogni caso di atti pubblici, adottati nella forma più adeguata al tempo presente, che, tuttavia, sono relegati a un regime di irrilevanza giuridica²⁶.

Emerge un sentimento di rifiuto nei confronti delle nuove, e sicuramente più utilizzate forme di comunicazione che, nel caso di specie, non appare ragionevole, soprattutto qualora se ne faccia una questione di

media per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?, in *Dir. econ.*, 2020, 2, 241 ss. (spec. par. § 6) si tratta di riflettere sulla reale capacità delle amministrazioni di transitare, in modo sostanziale e non formale, dalla comunicazione statica per il tramite dei siti istituzionali a quella globale e dinamica attraverso i *social media*. Ciò impone una riflessione sul percorso seguito, sull’esistenza di una buona organizzazione per l’esercizio della funzione, sulla presenza o meno di risorse qualificate con competenze a tal fine mirate e sul grado di accettazione della tecnologia.

²⁴ Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769, in *Guida al diritto*, 2015, 12, 86; G. SGUEO, *La comunicazione di un Ministro attraverso un “social network” integra gli estremi di un atto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 4, 523 ss.; sul tema, cfr. Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5241, che equipara, per una mancanza di una norma sulla tipicità delle forme, i comunicati stampa alle comunicazioni tramite *social network*.

²⁵ S. UNGARO, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla comunicazione istituzionale via tweet: attenzione ai cinguettii inopportuni*, in *Forum PA*, 2015, 2.

²⁶ F. PINTO, *La forma*, cit., 3, osserva che l’incontro delle volontà ormai avviene in forma elettronica, con sistemi che affidano la certezza del loro contenuto al controllo sociale piuttosto che a forme tradizionali che, da sempre, si è soliti utilizzare. Emerge “la sensazione che la forma tradizionale dell’atto come atto scritto sembra, ormai, avere solo il baluardo del diritto amministrativo, nel suo (perdente) tentativo di restare ancorato a vecchie tradizioni e antiche certezze”.

conoscibilità e certezza dell'atto²⁷; è più probabile infatti che un cittadino acceda a *Twitter*, o ad altro *social network*, che acceda ad altra fonte di informazione, di carattere 'tradizionale'.

Per altro verso, la certezza della titolarità dei profili *social*, soprattutto delle istituzioni, è salvaguardato da sistemi e modalità informatiche particolarmente avanzate e sofisticate²⁸.

Nella stessa direzione, su tema differente, si è espressa una recente pronuncia del Consiglio di Stato²⁹, per la quale, "non può costituire causa di astensione l'aver il magistrato 'ritwittato' alcuni *post* pubblicati nel profilo di un'associazione animalista, nell'ipotesi in cui questa assuma veste di parte del processo in cui il magistrato è chiamato a decidere. Difatti, l'atto del *retweet*, cioè il pubblicare il *post* pubblicato da un altro soggetto nel proprio profilo, non necessariamente implica adesione al contenuto del *post*, ben potendo avere il diverso obiettivo di far conoscere detto *post* ai propri *followers*, anche allo scopo di criticarlo o magari di stigmatizzarlo". Ad avviso del Consiglio di Stato, "le eventuali dichiarazioni del giudice non sono sintomatiche dell'esistenza di rapporti di inimicizia con una parte del processo né possono essere considerate manifestazioni di simpatia nei confronti di un'altra. Trattasi, piuttosto, di espressioni di libertà di opinione, costituzionalmente tutelata³⁰".

²⁷ Nella prospettiva del privato, ma in una questione legata all'irrogazione di una sanzione, si v. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 12 dicembre 2016, n. 562, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 12, "Facebook implica una possibile diffusione del materiale pubblicato su un profilo dell'utente a un numero imprecisato e non prevedibile di soggetti e quindi va considerato, sia pure con alcuni limiti, come un sito pubblico. È lecita, perciò, la sanzione disciplinare inflitta al militare che vi ha postato numerose foto sulle condizioni talvolta precarie in cui svolgeva la sorveglianza all'EXPO corredate da 'fakes': ha violato i doveri di riservatezza sottesi alla sua professione"; Cons. St., sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 364; di recente, sul tema della piena conoscibilità dell'atto amministrativo, Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 758; sul tema dell'affidabilità delle *fake news* in rete e del ruolo dei pubblici poteri, si v. S. FOÀ, *Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l'effettività dei diritti aletici*, in *Federalismi* (Focus - L'Agorà digitale), 2021, 11, 248 ss.

²⁸ Peraltro, come notato da S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 65 ss., il dialogo attraverso i *social* potrebbe costituire una nuova, e per certi versi necessaria, forma di partecipazione della comunità all'operato delle amministrazioni; rispetto a un profilo specifico, H. CAROLI CASAVOLA, *L'integrazione nella società pluralista e i migranti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 2, 388, osserva che parte dell'attuale democratizzazione del potere passa da *internet*, dai *social network* e dalle altre tecnologie della società 4.0.

²⁹ Cons. St., sez., III, 27 ottobre 2020, n. 7508, in *Guida al diritto*, 2021, 3.

³⁰ Cfr. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network tra nuovi spazi pubblici e poteri privati. Spunti di comparazione*, in *Riv. dir. media*, 2021, 2, 67 ss.

La soluzione impone una riflessione critica, anche alla luce della delibera 25 marzo 2021, n. 40, adottata dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, avente ad oggetto l'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social media* da parte dei magistrati amministrativi³¹, dalla quale emerge che devono essere evitate tutte le manifestazioni, ivi comprese quelle pubblicate su *social network*, che “possano incidere sull'immagine di imparzialità della magistratura amministrativa”. Si tratta di una delibera, priva come tale dell'apposito valore precettivo, dalla quale si può agevolmente osservare che la forma di comunicazione digitale, tramite *social*, è equiparabile, in linea di massima, alle manifestazioni del pensiero di carattere ‘tradizionale’. Al di là del merito della delibera, non si può non notare con favore – ma ciò sarebbe dovuto accadere un decennio fa – la presa di coscienza di tali questioni da parte dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa; la forma delle comunicazioni avviene anche, se non principalmente, tramite piattaforme *social*.

La soluzione del Consiglio di Stato, al contrario, rischia di relegare a una condizione di tendenziale irrilevanza una circostanza che invece indurrebbe ad integrare, con il necessario formalizzarsi di apposito atto, l'astensione, al fine di preservare il canone di indipendenza dell'organo giudicante e porlo al riparo anche da sospetti circa eventuali condizionamenti; è, infatti, quanto mai inopportuno che un magistrato interagisca, in tal modo, con una delle parti, al di là del contenuto dell'interazione stessa.

Si segnala un'altra recente vicenda, inerente l'impugnazione di una graduatoria di un concorso per la presunta sussistenza di una causa di incompatibilità tra esaminatore e candidato, in considerazione dell'accertata esistenza di foto che li ritraggono insieme, pubblicate su un *social network*.

Il T.A.R.³², con una decisione confermata dalla sentenza d'appello, osserva che “le cosiddette ‘amicizie’ su *Facebook* sono del tutto irrilevanti poiché lo stesso funzionamento del *social network* consente di entrare in contatto con persone che nella vita quotidiana sono del tutto sconosciute. (...) Gli scatti fotografici postati sui *social media* rappresentano singoli episodi e non invece una situazione di abitudine”. Emerge una lettura

³¹ Cfr. G.M. RICCIO, *Giudici e social network: a proposito della recente delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*, in *Riv. dir. media*, 2021, 4.

³² T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 maggio, 2017, n. 281.

forse troppo tradizionale rispetto a circostanze che potrebbero costituire indici da valutare ai fini dell'incompatibilità di un membro della commissione, specie se supportate da elementi indiziari, e che, invece, sono considerate non rilevanti dalle Corti, come se il digitale, in questi casi, non possa costituire una raffigurazione e una rappresentazione affidabile del reale.

Anche per l'attualità della questione, merita di essere segnalata un ultimo caso, legato alla somministrazione del vaccino in occasione della recente pandemia *Covid-19*. È impugnata la decisione di differire, di diversi giorni, la dose del vaccino, poiché la stessa non sarebbe preceduta da alcuna analisi di carattere scientifico.

Secondo i ricorrenti, in base a ciò che emerge dal foglietto illustrativo e, per quanto di interesse in questa analisi, in base ad un *'tweet'* pubblicato da un noto virologo, il differimento della somministrazione sarebbe illegittimo. Il T.A.R.³³ osserva che le opinioni pubblicate su *social network*, anche se provenienti da autorevoli studiosi, "non possono entrare a far parte del necessario bagaglio tecnico e scientifico da porre alla base di taluni dossier amministrativi, manifestando a tal fine un ruolo sostanzialmente irrilevante".

In tale vicenda, si condivide l'approccio del tribunale che non conferisce apposito valore indiziario ad una comunicazione, peraltro proveniente da un *account* privato e non istituzionale³⁴, priva degli appositi riscontri scientifici, necessari per la vicenda dedotta in giudizio³⁵.

Possono trarsi alcune conclusioni.

La resistenza della giurisprudenza amministrativa ad equiparare le manifestazioni pubblicate sui *social network* agli atti tradizionali potrebbe spiegarsi in base al rischio che ciò possa costituire un tradimento della funzione di garanzia che la forma stessa tende ad assicurare, ma tale argomentazione appare assai poco convincente.

Si osserva un'evidente controtendenza rispetto all'approccio che la

³³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2021, n. 6599, in *Rass. Dir. farm.*, 2021, 4, 987; il tribunale riprende, per alcuni aspetti, l'impostazione di Cons. St., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1334, che esclude che le informazioni fornite sui *social network* dalle aziende farmaceutiche possono costituire atti formalmente equiparabili ad atti di telemedicina.

³⁴ Sulle comunicazioni istituzionali 'via *Twitter*', si v. M. MALVICINI, G. LAURI, *Basta un 'tweet'? Il potere informativo-conoscitivo della Presidenza della Repubblica, tra comunicazione istituzionale e nuovi media*, in *Forum Costituzionale*, 2019, 7, 2.

³⁵ Cfr. sulle differenze che intercorrono tra comunicazione istituzionale e privata di un membro appartenente a un'istituzione, E. CELESTE, S. ROSSA, *A colpi di tweet: social network, pubblica amministrazione e politica*, in *Ist. fed.*, 2020, 1, 121 ss.

giustizia amministrativa ha assunto in altre vicende recenti, molto più pervasive nei confronti dell'amministrato – per tutte, si può citare nuovamente l'ormai nota questione dell'utilizzabilità degli algoritmi – nelle quali si è assistito a interpretazioni estensive della forma e della legalità.

È evidente che si rendono necessarie forme più rigorose in vicende che possono incidere sull'attività professionale, e di conseguenza sulla vita degli amministrati, proprio come accaduto per la gestione algoritmica del trasferimento del personale docente, questione ben più delicata rispetto ad un *'tweet'* con il quale un'amministrazione comunale decide di rimuovere determinate piante da una piazza³⁶.

“L'utilizzo dei moderni sistemi con cui si manifesta la volontà nel mondo contemporaneo si colorano, dunque, di nuove suggestioni e assumono un valore nuovo nello snodo tra vecchio e nuovo sistema delle relazioni giuridicamente rilevanti³⁷”.

Si deve registrare una cultura nuova, già affermata compiutamente, anche per ciò che concerne l'utilizzo dei *social network*, da parte di amministrazioni e cittadini; gli approcci tradizionalisti risultano perdenti in partenza, destinati ad essere superati dalle prassi, mentre, per altro verso, l'accoglimento senza riserve del nuovo può ingenerare giustificate preoccupazioni.

Si tratta di compiti e di temi dall'indubbia e centrale importanza, in cui l'amministrazione deve confrontarsi con il moderno, esattamente come moderno è il fenomeno da regolamentare.

Si potrebbe discutere, a tal proposito, dei compiti che sono affidati, in tema di controllo sui *social network*, alle preposte e già esistenti autorità indipendenti, o si potrebbe valorizzare il ruolo delle strutture ministeriali che potrebbero essere autonomamente capaci di indirizzare le condotte in maniera determinante.

Molti aspetti dell'amministrazione prendono infatti consistenza nella realtà solo attraverso immagini del pensiero o mediante la suggestione di simboli, come notato da autorevole dottrina³⁸ e il tempo presente è contrassegnato da simboli dematerializzati.

³⁶ T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 3 gennaio 2019, n. 11.

³⁷ F. PINTO, *La forma*, cit., 6.

³⁸ G. BERTI, *Il 'casuale' nell'amministrazione pubblica*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992, 123, “se si guarda a fondo queste cose poggiano spesso nel vuoto: eppure tengono finché si è d'accordo nel conservarle nelle dimensioni o nelle figurazioni adottate all'inizio, ad usare cioè le matrici originarie”.

L'unica conclusione di cui non pare possa dubitarsi è che l'atteggiamento conservatore della giurisprudenza amministrativa non serve ad inibire una prassi che va sempre di più imponendosi come forma ordinaria di espressione e di comunicazione, anche da parte della pubblica amministrazione.

3. *Attività conoscitiva e dati*

Un tema che svela una sua propria e, si avverte, ad oggi irrisolta, problematicità riguarda l'utilizzo di dati³⁹ e informazioni in forma aggregata e immateriale da parte della pubblica amministrazione.

I dati rappresentano il bene primario sulla base del quale parametrare e orientare le traiettorie d'indagine, forse non solo per la pubblica amministrazione, ma per quasi tutte le questioni relative ai pubblici poteri.

Il ricorso alle *ICTs*, intesi quali strumenti operativi utilizzabili dalla pubblica amministrazione, non assicura che si pervenga a una soluzione esatta o esattamente prevedibile – che non può, e non deve essere, l'obiettivo utopistico cui aspirare – ma, di converso, è necessario si approdi a una soluzione sia 'giustificabile'⁴⁰ in termini di legittimazione e di legittimità.

L'opzione di studio eletta in questo paragrafo propende per l'esame di una fase strutturalmente cruciale per l'adozione del provvedimento, ossia l'attività conoscitiva, affinché sia possibile valutare le criticità di un modello amministrativo che deve riferirsi, in maniera sempre più avvertita, a quante più conoscenze e dati possibili.

Si anticipa che, fino ad ora, l'impatto che le *ICTs* hanno apportato, o avrebbero dovuto apportare, in termini migliorativi alla fase conoscitiva, è limitato e spesso oggetto di letture pericolosamente semplicistiche⁴¹, poiché emerge l'attuale iniquità di un'impostazione che predilige l'efficienza a tutti i costi, talvolta anche a discapito della forma.

³⁹ Sull'importanza dell'interoperabilità dei dati, cfr. A. SANDULLI, *Lo 'Stato digitale'. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 514.

⁴⁰ G. TEÜBNER, *Il trilemma regolativo*, cit., 1, 85 ss., 95, "occorre rafforzare le risorse cognitive, organizzative e di potere in modo che il diritto possa assolvere ai suoi compiti di orientamento", affinché il diritto pubblico possa fungere da tecnica sociale di tipo compensativo.

⁴¹ Sul tema, A.F. SPAGNUOLO, E. SORRENTINO, *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, in *Federalismi*, 2021, 2021, 8, 275 ss., che rilevano l'inadeguatezza delle misure finora adottate e quanto sia distante dal compimento il modello di amministrazione digitale previsto dagli innumerevoli interventi legislativi, interni ed europei.

L'attività conoscitiva dell'amministrazione deve oggi fare con i conti con i dati in forma aggregata, destrutturati e immateriali – i c.d. *Big Data*⁴², definiti in un illuminato studio del 1965 ‘gigantesca massa di informazioni’⁴³ – che comportano l'emersione di fasi di rottura e di discontinuità con i principi generali, intesi quali vincoli e garanzie⁴⁴, e si intende dimostrare come tali fattori di sviluppo digitale, ad oggi, rischino di integrare ipotesi di cattiva amministrazione⁴⁵.

Nel 1967, in una celebre – e per innumerevoli aspetti insuperata – opera⁴⁶, si avverte che nell'attività di acquisizione delle informazioni

⁴² Sull'incertezza definitoria, si v. A. PERRUCCI, *Dai Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *An. Giur. econ.*, 2019, 1, 69; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 799 ss.

⁴³ Si v. G. CATALDI, *Le informazioni come oggetto*, cit., 283.

⁴⁴ In tema di digitalizzazione, cfr. I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016, “il processo di digitalizzazione non è asettico, le tecnologie e le decisioni pubbliche di sfruttamento delle stesse non sono neutre; l'instaurazione delle tecnologie Nell'amministrazione può avere conseguenze negative, se il diritto non assicura il mantenimento delle garanzie giuridiche necessarie per la protezione dei diritti dei cittadini”, “la sfida giuridica consiste nello stabilire tali esigenze di garanzia (adattarle in alcuni casi, crearle in altri) nel contesto delle nuove tecnologie e determinare il regime giuridico della sua applicazione, senza porre ostacoli inutili e ingiustificati allo sviluppo della tecnologia in ambito giuridico”.

⁴⁵ Cfr. M. LA TORRE, *L'evoluzione del diritto e 'la pretesa di progresso'. Per una modesta filosofia della storia del diritto*, in *Ragion pratica*, 2017, 1, 197 ss., 201, 209.

⁴⁶ Si fa riferimento alla nota opera di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967 (rist. anast., Torino, Giappichelli, 2018) 25, osserva, tra l'altro, che in taluni casi, già il semplice conseguimento di una conoscenza approfondita del reale è un risultato apprezzabile. L'Autore fa riferimento anche ai “contatti informali” tra amministrazione e cittadini (27). L'attività conoscitiva dell'amministrazione può articolarsi tanto in operazioni essenzialmente intellettuali quanto in azioni esterne [F. LEDDA, *In memoriam. Ricordo di Aldo Piras e Franco Levi*, in *Jus*, 1998, 2, 627, nello spiegare la ragione della scelta del titolo del libro di Levi, “Alcuni miei colleghi gli chiesero perché (Levi, nda) avesse parlato di attività conoscitiva e non di attività istruttoria dell'amministrazione. Domanda del tutto fuor di luogo, poiché, accanto alla parola attività, il vocabolo istruttoria sa quasi di gergo burocratico, significa raccolta, mentre l'attività di conoscenza è anche e soprattutto attività creativa, che stabilisce collegamenti e promuove transazioni nella realtà osservata; e Franco Levi, lo so bene, aveva letto molto attentamente Dewey”; F. BENVENUTI, *Franco Levi: una testimonianza*].

funzionali all'esercizio della propria attività, l'amministrazione deve garantire il canone della specializzazione dell'istruttoria, la calcolabilità degli effetti e l'opportunità di acquisire dati e informazioni sia per il procedimento specifico, sia per la detenzione futura nell'ambito del patrimonio conoscitivo pubblico complessivamente considerato⁴⁷.

Tale impostazione – che preserva, intaccata, la propria attualità – deve essere vagliata alla luce della transizione digitale avvenuta e in corso, per verificare vantaggi, criticità e valutare in che modo la forma dell'istruttoria e della conoscenza digitale possa costituire oggetto di esercizio di potere amministrativo di controllo e, eventualmente, di integrazione⁴⁸. La dimensione digitale impone di riferirsi a informazioni e istruttorie destrutturate, aggregate in dati, che divengono aspetti ineludibili dell'analisi.

*za sul metodo nel diritto, in Riflessioni sulle Regioni. Atti del Convegno in memoria di Franco Levi. Torino. 15 maggio 1981, Milano, Giuffrè, 1983, viii, il conoscere, per Levi, equivale ad affrontare i temi della gnoseologia più delicati]; pochi anni prima, il tema è oggetto di un'accurata analisi, operata da S. PUGLIATTI, *Conoscenza ad vocem*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1964, 46, “la parola conoscenza è ambivalente, poiché designa l'atto e il risultato del conoscere: il primo esprime un rapporto; il secondo indica, per via di astrazione il termine soggettivo del rapporto medesimo”, “la conoscenza non va intesa nel senso staccato e riflesso di ragione puramente teorica, bensì, concretamente come lavoro di vita e inerente alla vita: solo in questo senso e come tale essa è regolativa dello slancio pratico” (47).*

⁴⁷ Il tema involge il complesso rapporto tra aderenza alla verità storica e conoscenza amministrativa, come osservato da E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011, 61 ss. (spec. cap. § 2) per il quale è necessario mantenere un ancoraggio all'idea di verità storica, non assoluta, ma che mantenga un grado minimo di oggettività. “Se l'idea di verità (ove assolutizzata) è pericolosa, anche l'idea di poterne fare a meno appare foriera di rischi” (62). Si deve, in altri termini, cercare di recuperare il collegamento tra realtà e rappresentazione all'esito di un attento processo conoscitivo, poiché il fondamento non può trovarsi unicamente nell'esercizio di autorità, ma si rende necessaria una declinazione procedimentale della verità.

⁴⁸ Di recente, si v. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle 'decisioni algoritmiche')*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 4, 813 ss., 828, l'attività conoscitiva è strumentale alla realizzazione dell'azione amministrativa, ma bisogna tener conto dello sviluppo scientifico di tale premessa: ossia che l'attività conoscitiva che precede la decisione si debba concretare nell'acquisizione di fatti che devono essere distinti in significativi e probatori, “la cui doverosità di selezione esclude che l'amministrazione possa predeterminare quali fatti giudicherà rilevanti in vista della concretizzazione e realizzazione dell'interesse pubblico specifico; e ciò perché la significanza o valore indiziario dei fatti sono fissati dalle norme attributive del potere”.

Due notazioni di apertura, tra di loro collegate.

In primo luogo, si avverte che il profilo legato al rapporto tra dati e tutela della *privacy* – che non costituisce oggetto di riflessione in questa sede – fa registrare, soprattutto sul fronte istituzionale, una buona dose di demagogia⁴⁹.

In secondo luogo, si deve prendere consapevolezza che, ad oggi, la gestione, la conservazione e la rielaborazione dei dati detenuti dal settore pubblico non può prescindere dalle risorse e dagli strumenti elaborati e detenuti dal settore privato⁵⁰, e dalle multinazionali nello specifico, anche alla luce dei rilievi operati *supra*, cap. § 5. Ignorare tale aspetto equivale ad approcciare il tema con una visione distorta, finanche ipocrita, e, implicitamente rinunciare alla tutela pubblica di tali informazioni contenute nel *cloud*⁵¹.

Si ritiene che la percepibile e necessaria trasformazione delle modalità di acquisizione di conoscenze e dati, non finalizzati a un singolo episodio di

⁴⁹ Ci si limita a segnalare, anche rispetto all'articolata vicenda dell'utilizzo dei *social network* analizzata in questo capitolo, T.A.R. Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, 260, in *Foro amm.*, 2020, 1, 99, "la pre-attivazione della piattaforma *Facebook* (vale a dire la preselezione delle opzioni a disposizione) non solo non comporta alcuna trasmissione dei dati degli utenti dalla piattaforma a quella di soggetti terzi, ma è seguita da una ulteriore serie di passaggi necessitati, in cui l'utente è chiamato a decidere se e quali dei suoi dati intende condividere al fine di consentire l'integrazione tra le piattaforme. Pertanto, l'affermazione dell'A.G.C.M. secondo cui la piattaforma di *Facebook* era automaticamente attivata con validità autorizzativa generale non risulta corretta, avendo di converso dimostrato il professionista che la piattaforma non rappresenta un mezzo attraverso cui gli utenti forniscono il consenso al trasferimento dei dati, dal momento che ciò avviene in un momento successivo, su base granulare per ogni singola app/sito web"; P. TANDA, *I nuovi orizzonti della nozione di privacy e la patrimonializzazione dei dati personali da parte dei social network*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 3, 731 ss.

⁵⁰ F. DE LEONARDIS, 'Big data', decisioni amministrative e povertà di risorse della pubblica amministrazione, in *Munus*, 2020, 2, 367 ss.; in termini generali, M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 1, 73, che osserva che la conoscibilità dei dati non è sufficiente ed è necessaria la spiegabilità degli stessi.

⁵¹ G. GALLONE, *Blockchain e big data nel settore pubblico: spunti in tema di G.D.P.R. compliance*, in *Federalismi*, 2022, 14, 68, osserva che il modello largamente dominante di gestione e conservazione dei dati delle pubbliche amministrazioni è ancora il c.d. *data silos*; si v., in tema di *blockchain*, M. PROTTO, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti*, in *Giur. it.*, 2022, 6, 1507 ss.; sul tema del *cloud*, A. VINELLA, L.F. MINERVINI, *Il ruolo dei comuni nella transizione digitale*, in M. DEgni (a cura di), *IV° Rapporto Ca' Foscari sui comuni*, Castelveccchi, Roma, 2021, 498 ss., 504, il passaggio integrale al *cloud* dovrebbe consentire di far transitare tutta la gestione dei servizi nei *data center* delle amministrazioni.

esercizio del potere, ma diretti allo sviluppo e all'incremento complessivo del patrimonio conoscitivo pubblico⁵², ha riposto una fiducia eccessiva nel digitale; un processo che infatti non si è ancora perfezionato, in un mondo in cui i *Big Data* costituiscono l'*asset* più ambito, l'amministrazione, affannosamente, pretende e chiede documenti cartacei, dei quali spesso è già in possesso, in violazione continua e impunita di diverse disposizioni di legge⁵³.

Non si intende, come chiarito in diversi passaggi del lavoro, preservare l'impianto strutturale dell'istruttoria tradizionale, fatto di faldoni, timbri, documenti smarriti, pratiche dimenticate, ma, imporre all'amministrazione di transitare in una dimensione digitale delle conoscenze che la stessa acquisisce, detiene e dovrebbe riutilizzare comporta criticità che non sono in alcun modo compensate dai, pur limitati, vantaggi che si registrano, come chiarito anche dal Consiglio di Stato⁵⁴.

⁵² Su tale distinzione, F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 2, 483, che rileva l'esistenza di una "tensione che si è realizzata tra le esigenze conoscitive strumentali alla decisione amministrativa e quelle collegate alla più generale funzione conoscitiva, di per sé rilevante. Se poste in rapporto alla cura di interessi generali assunti dall'ordinamento (funzioni amministrative), le attività conoscitive e tecniche rivelano sempre una relazione strumentale con la funzione, in due modi: a) come fondamento tecnico-conoscitivo di singole decisioni pubbliche (normative e amministrative) (una strumentalità 'stretta'); b) come contributo più generale alla conoscenza della realtà (dei fenomeni naturali ed economico-sociali) (una strumentalità 'larga'), cui corrisponde un dovere della Repubblica di promuovere e organizzare una più adeguata (e sempre aggiornata) conoscenza della realtà (un dovere di ricerca della verità)"; sul tema, si v. anche M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996, 82, "Il dibattito ha risentito della mancata focalizzazione di due diverse prospettive di analisi da cui il tema generale dell'attività dell'organizzazione amministrativa per l'informazione può essere riguardato. L'una – che è venuta precisandosi con lo studio dell'istruttoria procedimentale – riferentesi all'attività di acquisizione di elementi conoscitivi in quanto finalizzata all'emanazione di questo o quello specifico provvedimento, o al compimento di una singola attività amministrativa, e dunque attinente al ruolo da assegnare all'attività di conoscenza del fatto nel complesso processo di applicazione della legge al caso concreto. L'altra – solo sporadicamente affiorata, fino alla fase più recente, all'attenzione della scienza amministrativistica – avente riguardo alle informazioni raccolte *ab initio* per una pluralità indefinita di processi decisionali, o, meglio per essere organizzate e conservate come 'patrimonio informativo' della pubblica amministrazione per l'esercizio in generale della funzione amministrativa"

⁵³ Si tratta di una rivoluzione, almeno nei propositi, come osservato da D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 2019, 2, 4 ss.

⁵⁴ Proprio con riferimento al parere reso in occasione dell'emanazione del Codice

Il flusso⁵⁵, continuo e ininterrotto, di dati e di conoscenze detenute dalla pubblica amministrazione, la riorganizzazione complessiva dell'attività istruttoria, la ricollocazione e il ripensamento critico delle funzioni del responsabile unico del procedimento (o, eventualmente, del provvedimento)⁵⁶, l'obsolescenza e l'auspicabile abrogazione della conferenza di servizi⁵⁷ (quantomeno nella sua attuale e controversa struttura),

dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) Cons. St., parere 7 febbraio 2005, n. 11995, in *Giustizia Amministrativa*, 2005, si osserva che “la presenza di nuovi mezzi di svolgimento dell'attività amministrativa impone, quando le innovazioni lo consentono, il compimento di operazioni di adattamento dei vecchi istituti alle nuove situazioni”, operazione che, al netto di sporadici interventi legislativi, raramente contestualizzati in prospettive di lungo termine, sembra non essere stata condotta. Appare evidente, inoltre, il contenimento dei costi di una istruttoria realizzata in modalità digitale, in considerazione del rilievo economico dell'acquisizione di informazioni e dati da parte dell'amministrazione e di converso sull'impatto in tema di programmazione dell'assetto decisionale.

⁵⁵ Sul tema si v. il rapporto curato dall'Agenzia per l'Italia Digitale, *Flussi documentali e protocollo informatico*, in *agid.gov.it*, 2020; il termine è utilizzato, proprio con riferimento al rilievo della completa istruttoria, da G. CATALDI, *Le informazioni come oggetto di attività amministrativa*, in *Scritti in memoria di Guido Zanobini*, I, 1965, 283, “si pone in evidenza la sempre più crescente esigenza di cultura ed in particolare di cognizioni tecniche, ma non si pone nella dovuta luce l'assoluta necessità, per il lavoro intellettuale, di poter disporre dell'aumentato flusso informazioni ed i relativi strumenti e mezzi di documentazione. Il reperimento la diffusione e l'ordinamento della documentazione e dell'informazione non possono più essere effettuati con i tradizionali mezzi e vanno affidati ai numerosi e molto più efficienti altri moderni strumenti di comunicazione del pensiero”.

⁵⁶ In termini ottimistici, si v. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, 88 ss. (spec. par. § 2) la quale rileva come il funzionario responsabile del procedimento potrebbe rappresentare la figura chiave per tentare di colmare il c.d. *digital divide*, che sussiste tra amministrazione e cittadini; D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2005, 209 ss.; di recente, sulle differenziazione regionale, cfr. E. CARLONI, *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 4, 698 ss.

⁵⁷ In tema di impatto della digitalizzazione sulla conferenza di servizi, si v. G. DUNI, *Il procedimento amministrativo tra conferenza di servizi, multimedialità e teleamministrazione*, in *Foro amm.*, 1995, 2-3, 226 ss., il quale pone il problema in termini di ricerca di un punto di sintesi, al fine di rendere compatibile la digitalizzazione, quale progetto unitario in divenire, con la conferenza di servizi.

si rivelano, ad oggi, obiettivi illusori e lontani dall'essere attuati; l'amministrazione della conoscenza, l'uso allargato e tendenzialmente illimitato delle informazioni hanno trovato nella digitalizzazione una fonte di complicazione, foriera di ulteriore incertezza, e il dibattito legato alla gestione dei dati durante la pandemia⁵⁸ rappresenta l'apice, evidentemente patologico, di tale proposito⁵⁹.

Si osserva, nella prospettiva dell'amministrazione, che emerge un problema legato all'attendibilità e all'affidabilità dei dati detenuti in forma aggregata e destrutturata; ci si deve, infatti, interrogare, nell'ottica di un patrimonio conoscitivo interamente digitalizzato, di quale (marginale) ruolo sia titolare l'amministrazione che debba integrare, correggere, o disattendere, con propria attività, il dato aggregato che ricava dal patrimonio pubblico complessivo⁶⁰, istruito complessivamente in altre sedi e per altri fini.

I problemi che si pongono sono molteplici, ed è evidente che la circostanza che vi sia contemporaneamente un modello di istruttoria cartacea, si potrebbe dire tradizionale, e che vi sia la presenza di una conoscenza per larga parte dematerializzata diviene fattore di ulteriore disorientamento. L'impianto legislativo complessivo palesa, infatti, la coesistenza, da un lato, di un'irrealizzata amministrazione digitale, onnisciente, rispettosa dei termini perentori e foriera di decisioni inattuabili poiché basate su un impianto cognitivo illimitato⁶¹ costantemente aggiornato, e, dall'altro, di un modello di amministrazione reale, cartacea, con responsabili del procedimento (*uomini del fare, raffigurati come un Brambilla affannato e sudaticcio*⁶²) che stentatamente esigono documenti (di cui spes-

⁵⁸ Cfr. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 285 ss.

⁵⁹ Il rapporto non è stato costantemente negletto, anche se caratterizzato da evidenti e persistenti criticità, come dimostrato, sempre in tema di politiche pubbliche in ambito sanitario, da M. FALCONE, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della 'rivoluzione dei dati': il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Ist. fed.*, 2017, 2, 421 ss.

⁶⁰ Si osserva che i dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni non sono classificati, infatti, in base all'istruttoria condotta, ma in base alla modalità di acquisizione degli stessi.

⁶¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. (ci si riferisce a Milano, Giuffrè, 1970) 59, "le pubbliche amministrazioni sono spaventose per potenza e insieme inermi, sopraffanno ma si lasciano puerilmente gabbare, hanno ricchezze immense e vivono lesinando".

⁶² Sul punto, si v. la emblematica analisi di F. SALVIA, *Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza dei servizi e dintorni (Psicoanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile")*, in *Dir. econ.*, 2018, 1, 319 ss.

so l'amministrazione è già in possesso, con continue violazioni di una delle norme più profanate del panorama amministrativo) cui consegue un travaglio conoscitivo decisionale totalmente alieno dalla dimensione digitale delineata da un legislatore troppo distante dalla realtà⁶³.

La mancanza di coordinamento tra i due testi di legge, la l. 241 e il C.A.D. – reso necessario dalla circostanza che l'amministrazione digitale non è configurata come un modello organizzativo in sé, ma come un processo dinamico nell'ambito del quale le tecnologie disponibili imporrebbero profili di rimodulazione organizzativa e di modelli di gestione⁶⁴ – rende non cogenti le disposizioni legate all'utilizzo dei dati e tantomeno tangibili i miglioramenti che questi possono apportare all'attività nel suo complesso.

L'insussistenza di un obbligo specifico in capo al responsabile unico del procedimento di supportare il corredo istruttorio con i *Big Data*, di cui la stessa amministrazione è – o dovrebbe essere – in possesso, rende l'ampliamento quantitativo dell'*asset* cognitivo un mero esercizio di stile, non suscettibile di apportare alcun miglioramento apprezzabile alla cura dell'interesse pubblico.

Muta la società, mutano gli assetti conoscitivi sulla base dei quali assumere e adottare decisioni e l'amministrazione deve adeguarsi necessariamente a ciò, senza smarrire l'identità di azione necessaria, che permane anche quando evolvono gli elementi contingenti.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si ritiene che gli ambiti di ricerca e analisi che si impongono nel rapporto tra *Big Data* e pubblica amministrazione siano i seguenti.

In primo luogo, ben oltre le note carenze strutturali e organizzative⁶⁵, e a tacere delle eventuali, ma non remote, ipotesi di malfunzionamento

⁶³ F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, Padova, Cedam, 2014, 7, “una digitalizzazione di facciata che ha semplicemente trasferito fogli di carta dentro i *computer*”; proprio con riferimento ai delicati equilibri indagati in questo scritto, E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir pubbl.*, 2, 363 ss., 368, osserva che la letteratura, anche non strettamente giuridica, segnala, da tempo, sotto il profilo organizzativo, che il rapporto tra rivoluzione digitale, disponibilità dei big data e rivoluzione manageriale richiede figure dotate di competenza, per rendere le *data-driven decisions* più consapevoli.

⁶⁴ Cfr. F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2015, 2, 228.

⁶⁵ Si segnala l'interessante soluzione prospettata da P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona amministra-*

mento dei sistemi informatici, in relazione ai quali, in assenza di un procedimento di conservazione sostitutiva, si determinerebbe il tradimento del proposito della *datafication*, appare palese l'esistenza di un sistema normativo e organizzativo, tutt'altro che improntato al rispetto delle forme.

La pubblica amministrazione può infatti accedere ai dati senza limiti, considerati risorse di sistema, per poterli porre a supporto o come base unica della propria istruttoria, in virtù del presupposto, tutt'altro che scontato, dell'affidabilità di tale patrimonio cognitivo. Il soggetto agente, anche nell'ipotesi irreal e utopistica di una struttura organizzativa digitalmente adeguata, non può essere in grado, da un punto di vista tecnico e cognitivo, di valutare il contenuto del dato, al fine di poter rilevare eventuali errori e inesattezze che si sono verificate nel corso dell'elaborazione – si pensi all'inserimento di un dato inesatto o non aggiornato che condiziona l'intera programmazione – e deve, pertanto, affidarsi, in maniera quasi mistica e sicuramente acritica, ad un'istruttoria condotta attraverso sistemi di automazione, assumendosi, però, la responsabilità⁶⁶, che emerge in sede di adozione della decisione finale, di negligenze ed errori generati altrove⁶⁷.

zione, 2019, 1, 253, 254, “e anche diffusa l'idea che, per un verso, il diritto amministrativo non sia ancora adeguato alla *data science*, e per altro che la pubblica amministrazione non sia attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari, che potrebbero essere all'altezza solo se venissero addestrati ed orientati alle conoscenze che sarebbero necessarie, e se le organizzazioni amministrative venissero dotate di *data scientists*”. “Si intende dire che mentre è già solida la percezione della necessità di attrezzare la pubblica amministrazione con competenze – e dunque persone, oltre che tecnologie – in grado di lavorare in termini di cultura del dato, occorre anche considerare la possibilità di operare in senso contrario, ovvero versare nella cultura del dato le cognizioni e le secolari conoscenze sviluppate negli ambiti giuridici, ed in particolar modo nel diritto amministrativo, il quale ha piena contezza, e per qualche verso è figlio, di molto di ciò che gli ambiti della *data science* stanno affrontando”.

⁶⁶ Sul tema, in senso ampio, in merito ad un aspetto prossimo a quello indagato, si v. L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 748 ss. (spec. par. § 5); J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo*, cit., 633, “vi è la questione della possibile responsabilità amministrativa per decisioni prese sulla base di algoritmi distorti, mal progettati, fonte di errori. L'accertamento di tale responsabilità può essere difficile, se non altro perché la dimostrazione dei difetti dell'algoritmo può essere complicata, ma ovviamente non può essere esclusa”.

⁶⁷ In senso pienamente conforme, cfr. F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere*, cit. (spec. par. § 7) “seguire la predizione risultante dai *big data* esonererebbe da responsabili-

Il coraggio di amministrare cui si è fatto cenno si trasformerebbe in vera e propria incoscienza⁶⁸. L'amministrazione precedente, infatti, sarebbe tenuta, tramite apposito e allargato onere motivazionale a disattendere il contenuto conoscitivo e istruttorio dei dati, attraverso l'istituto delle elaborazioni aggiuntive, regolato dall'art. 50, comma 2, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, il Codice dell'Amministrazione Digitale.

In secondo luogo, la interoperabilità delle banche dati sembra ad oggi un obiettivo irrealizzabile, quantomeno nel breve periodo, circostanza che rappresenta un ostacolo insormontabile per la fruizione allargata dell'attività conoscitiva⁶⁹.

In terzo luogo, ci si deve interrogare sul vizio che colpisce il singolo provvedimento nelle ipotesi di errore generato in sede di elaborazione originaria del dato, non corretto o adeguato dall'amministrazione precedente.

Una nota di chiusura, che autorizza un pur velato e misurato ottimismo sulla digitalizzazione dell'attività conoscitiva, proviene dalla giurisprudenza amministrativa, in relazione alla possibilità di utilizzare i rilievi offerti da *Google Earth* per fornire prove relative alla commissione di un abuso edilizio.

Si passa, infatti, in pochi anni, dalla considerazione per la quale “i rilievi tratti da *Google Earth* non possono costituire di per sé documenti atti a provare la realizzazione dell'abuso⁷⁰” al rilievo secondo il

tà l'amministrazione che agisse come suggerito dagli elaboratori (il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso, per riecheggiare una formula nota), dall'altro un mancato adeguamento condannerebbe quasi senza scampo l'amministrazione ad essere ritenuta responsabile dei pregiudizi prodotti”.

⁶⁸ Sul tema, F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 359 ss., 374, osserva che al di là della grandezza dell'amministrazione, non si ha un adeguato livello di conoscenza dei fenomeni da governare, a partire proprio dalle ICT.

⁶⁹ Di recente, A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1, nell'ambito dell'attuazione del PNRR, si è posto l'obiettivo di realizzare forme di coordinamento trasversale del processo di digitalizzazione nelle pubbliche amministrazioni, con un accento specifico sull'iniziativa di rafforzare l'interoperabilità delle banche dati pubbliche, anche nell'ottica di un passaggio al cloud; G. CARULLO, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. merc.*, 2016, 1, 181 ss.; di per sé la nozione giuridica di banca dati pubblica appare non agevole, stretta tra spinte europee, profili oggettivi e profili soggettivi, come osservato da F. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in *Dir. inf.*, 2002, 2, 321 ss.

⁷⁰ T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 27 novembre 2014, n. 6118, in *Foro amm.*,

quale gli stessi dati provenienti dalla nota piattaforma “pur non assicurando di per sé soli con certezza la data del rilevamento, assumono tuttavia un valore quantomeno indiziario, che, insieme ad altri elementi, possono assurgere a vera e propria prova del fatto ignoto⁷¹”.

In conclusione, la fase conoscitiva, qualificata come variabile dipendente del modo in cui si configurano i rapporti tra amministrazione e amministrati⁷², sta transitando in una dimensione asettica, ascrivibile a codici binari e a calcoli di automazione, come se la miglior definizione della cura del pubblico interesse possa dipendere solo dalla celerità della procedura o dalla dimensione quantitativa dell'istruttoria, momenti amministrativi dei quali, in ogni caso, non si nega l'utilità, solo se corredati da un adeguato e rinnovato contesto culturale.

4. *La rappresentazione digitale delle gare pubbliche*

Uno dei campi di applicazione elettivi per le forme digitali è rappresentato dai contratti pubblici, poiché gli stessi, in considerazione del ruolo strategico che rivestono nella vita economica, amministrativa e giudiziaria del paese, ben si prestano a fungere da laboratorio per la tenuta e la sperimentazione di soluzioni innovative⁷³.

Anche in tema di contratti pubblici in forma digitale si devono ripensare i tratti originali dell'esercizio del potere, anche se si avverte che

2014, 11, 2951, sulla base della genericità delle informazioni relative ai metodi di esecuzione del rilevamento medesimo. A tale riguardo il Collegio osserva, peraltro, che le immagini depositate in giudizio risultano essere tratte dalla versione ‘base’ del *software* e non da quelle più evolute predisposte per scopi commerciali.

⁷¹ T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 8 ottobre 2019, n. 779, in *Foro amm.*, 2019, 10, 1767; si v. anche C.G.A. Sicilia, sez. giur., 8 aprile 2022, n. 440, che, nell'ambito di un giudizio su un provvedimento edilizio, fa riferimento alla possibilità di acquisire le misurazioni ricavate con l'ausilio dell'applicazione satellitare *Google Earth Pro*.

⁷² G. CATALDI, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milano, Giuffrè, 1967, 13, il profilo sostanziale del procedimento si pone all'esito della manifestazione della funzione, la c.d. forma funzionale.

⁷³ Si osserva, Cons. St., atti norm., parere 26 novembre 2020, n. 1940, in *Foro amm.*, 2020, 11, 2132, che, rispetto alla modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, si può demandare al sistema telematico solo lo svolgimento di compiti prettamente aritmetici, ossia vincolati. Tale lettura rappresenta un argine apprezzabile alle cessioni indebite di legalità cui si è fatto cenno.

non si tratta di potere autoritativo in senso stretto, e verificare che veste debba assumere la cultura del consenso, e controllare che non si trasformi in quella che autorevole dottrina definisce la mitologia del consenso⁷⁴, proprio attraverso la complicità della dematerializzazione.

Il tema che offre i più interessanti spunti di analisi, anche in questo settore, riguarda la possibilità di fruizione allargata e condivisa dei dati – fermo restando quanto detto in precedenza sull’attuale limitata percorribilità di questa strada a causa della diffusa inaffidabilità dell’elemento di partenza, il dato – durante l’intero ciclo di vita del contratto pubblico⁷⁵, con specifico riferimento alle infrastrutture⁷⁶. Se tale modello fosse già vigente, forse si sarebbe potuta evitare la tragedia del ponte Morandi⁷⁷, attraverso un monitoraggio costante delle strutture dell’opera, in collaborazione tra soggetto pubblico e privato; ma si sa, con i forse non si cambia la storia.

Per apprezzare quanto centrale sia l’aspetto digitale nell’odierna gestione delle gare pubbliche, in un recente arresto, il Consiglio di Stato discorre espressamente di “forme digitali⁷⁸”, come obbligo che grava in

⁷⁴ Ci si riferisce a F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 43 ss., 50, in un dialogo, ideale, con Ledda.

⁷⁵ Cfr. G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l’evoluzione digitale della ‘funzione appalti’ nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 2, 190, “la transizione digitale, anche della funzione appalti, richiede capacità strumentali e professionali che muovano dalla rilevazione dei fabbisogni fino al completamento dell’esecuzione”, “La digitalizzazione delle procedure avrebbe potuto, ed in futuro potrebbe, permettere di svolgere specifiche analisi di mercato per valorizzare e accompagnare alla partecipazione sempre più operatori economici capaci di soddisfare tempestivamente le esigenze locali” (192).

⁷⁶ Il tema deve essere anche letto in un’ottica sociale, poiché, come osserva F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Mumus*, 2017, 1, 121 ss., la necessità di realizzare e ammodernare le infrastrutture per garantire i diritti fondamentali deve porsi in relazione con il progresso tecnologico. La digitalizzazione, infatti, può porsi in termini di risposta anche per la riduzione dei costi nella fase di progettazione.

⁷⁷ La stessa riflessione è svolta da R. PICARO, *La modellazione informativa per l’edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 5, 393 ss.

⁷⁸ Cons. St., sez. III, 11 novembre 2021, n. 7507, le questioni che potrebbero porsi, ogniqualvolta si diverga dall’attenersi con diligenza a quanto previsto in ordine alle forme digitali da utilizzarsi, potrebbero essere così varie e molteplici, tali da frustrare le potenzialità che i sistemi informatico-telematici offrono alle pubbliche amministrazioni di

capo a tutti i partecipanti, intesi quali operatori economici, e in termini di adempimenti da rispettare nel corso della gara e di relativa attribuzione di responsabilità.

Ci si propone di svolgere alcuni rilievi critici a partire dal tema della c.d. modellazione digitale⁷⁹ (BIM, *Building Information Modeling*) che consente all'amministrazione di avvantaggiarsi del supporto strategico offerto dalla possibilità di raffigurazione digitale, nell'ambito delle procedure di gara relative a opere complesse e infrastrutture⁸⁰.

Come osservato dalla Corte dei Conti⁸¹, in termini di vantaggio apportato da tale modello, il progressivo uso di metodi e di strumenti elettronici, che si basano sull'interoperabilità delle banche dati, può anche agevolare il controllo e il miglioramento della capacità di spesa del settore pubblico, tema particolarmente avvertito in tema di infrastrutture.

Non si tratta di un modello predefinito e rigido nella sua applicazio-

pervenire alla certa e rapida individuazione del miglior offerente, senza utilizzare le ormai obsolete e farraginose procedure cartacee; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 26 febbraio 2020, n. 192, in *Foro amm.*, 2020, 2, 282, "la partecipazione alle procedure di gara gestite in forma telematico-informatica comporta la necessità di adempiere, con scrupolo e diligenza, alle prescrizioni di bando e alle norme tecniche rilevanti, come da manuale applicativo e da normativa sul punto vigente, nell'utilizzazione delle forme digitali, le cui regole (di necessaria osservanza, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura) *ex se* integrano *per relationem* la disciplina di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti. Di conseguenza, la mancata pubblicizzazione delle regole tecniche per il proficuo utilizzo della piattaforma telematica rende legittima la decisione di riapertura dei termini per la presentazione delle offerte".

⁷⁹ Si fa riferimento all'art. 23, comma 1, lett. h), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dal quale emerge che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici ed è intesa ad assicurare, tra le altre, la "razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture", si v. M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (building information modeling) nei contratti pubblici*, in *Nuove aut.*, 2019, 3, 429 ss., 431, il modello di contratto pubblico digitale consente di superare il modello tridimensionale in favore di una modellazione tridimensionale parametrica.

⁸⁰ T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 30 maggio 2018, n. 398, definisce il BIM in termini di "metodologia di progettazione utilizzata nell'ambito delle costruzioni basata sull'integrazione dei diversi elementi progettuali, che consente di realizzare digitalmente accurati modelli virtuali dell'edificio da costruire che contengono con altissima precisione la geometria e gli altri dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione della vita utile dell'edificio"

⁸¹ Corte Conti, sez. contr., 21 ottobre 2021, n. 150.

ne, ma di un metodo di lavoro e di rappresentazione digitale dell'opera e dei rapporti tra amministrazioni e imprese e può essere utilizzato per opere già esistenti o progetti in fase di definizione.

Muta, in maniera strutturale, la forma delle informazioni tecniche relative alla singola opera, che assume la veste di dati dematerializzati, come tali, soggetti a continui flussi tra i soggetti coinvolti e agevolmente aggiornabili sulla base delle sopravvenienze.

In altri termini, il ricorso a tali modalità operative condurrebbe – il condizionale è d'obbligo – all'elaborazione di *dataset* relativi alla singola opera, che in ragione della forma dematerializzata possono essere agevolmente condivisi, corretti e aggiornati dai soggetti interessati, ossia stazione appaltante e differenti operatori economici⁸². Le stazioni appaltanti, infatti, per la loro dimensione organizzativa, dovrebbero esser in grado di provvedere a una gestione maggiormente adeguata degli stessi dati, al contrario di ciò che si è rilevato per le amministrazioni 'tradizionali'⁸³.

È una di quelle ipotesi nelle quali il tempo dell'amministrazione deve adeguarsi al tempo del mercato, in quanto le dinamiche del privato condizionano la gestione delle gare pubbliche e quindi una modalità di esercizio del potere⁸⁴.

Il modello in analisi consente la rappresentazione – si potrebbe parlare di trasposizione – digitale delle caratteristiche funzionali, fisiche della infrastruttura, al fine di poter consentire un'analisi complessiva dei singoli requisiti, a partire dalla fase di progettazione e per tutto il ciclo di vita dell'opera.

Si tratta di un cambiamento, soprattutto di carattere culturale, che deve permeare tutta la fase della contrattazione pubblica, poiché si rende necessario il passaggio dai dati geometrico-dimensionali a quelli alfanumerici, al fine di simulare l'opera da progettare; ciò consente un approccio non solo digitale, ma dinamico e flessibile.

⁸² G.M. RACCA, *La modellazione per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 743.

⁸³ Tra le ragioni di tale rinnovata e incrementata capacità operativa, vi è la scelta legislativa sottesa all'aggregazione della domanda pubblica nelle centrali di committenza, come osservato da C. ACOCELLA, *L'aggregazione della domanda e la centralizzazione degli acquisti nel codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, ES, 2017, 115 ss.

⁸⁴ In questi termini, L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione)*, cit., 2486, la interferenzialità ha comportato un ravvicinamento dei sistemi e uno scambio di linguaggi e di principi tra pubblico e privato.

Mutano, in altri termini, le modalità di rappresentazione dell'opera e le modalità di comunicazione tra amministrazione e imprese, traspare una tendenza alla valorizzazione degli aspetti operativi su quelli formali, il ripensamento della tipicità degli atti di gara e di gestione, o quantomeno della tipicità intesa in termini tradizionali.

L'aspetto maggiormente innovativo riguarda, come detto, i dati⁸⁵, che richiedono una metodologia di lavoro comunicativa, tracciabile ed interoperativa, nel contesto dell'intera filiera procedimentale.

Si impone, infatti, uno sforzo di flessibilità e rapidità per la trasformazione in atto⁸⁶, poiché si deve rendere numerico e computabile un fenomeno che sollecita la ridefinizione identitaria dei processi decisionali e che detiene un'importanza strategica in termini di impatto sull'economia.

L'approdo sembra obbligato, in un mondo dominato dallo scambio di dati e informazioni, nel quale anche le infrastrutture possono essere rappresentate attraverso forme dematerializzate, sarebbe assurdo pensare che proprio il settore dei contratti pubblici possa ritirarsi in una sorta di esilio monacale⁸⁷.

Il rischio più avvertito di tale modello è rappresentato dalla mancata, o in ogni caso inadeguata, tutela dei dati delle imprese, che spesso includono *know how* o altri dettagli tecnici tali da poterli considerare tutelati e coperti da segreto industriale.

Il d.m. 1° dicembre 2017, n. 560, a tal proposito, prescrive alle stazioni appaltanti di utilizzare piattaforme a mezzo di formati aperti non

⁸⁵ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 29 maggio 2017, n. 1210, "la base del *BIM* è certamente la rappresentazione tridimensionale ma questo non pregiudica che ogni oggetto debba essere obbligatoriamente rappresentato tridimensionalmente. La cosa importante è che ogni rappresentazione includa tutte le proprietà dell'oggetto, che vanno oltre la semplice rappresentazione grafica; che sia esaustiva riguardo la loro descrizione in funzione dell'obiettivo in cui esso si inserisce".

⁸⁶ Sui modelli per l'innovazione e l'esigenza di flessibilità, cfr. F. GAMBARDELLA, *Gare pubbliche e modelli flessibili: il partenariato per l'innovazione*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, ES, 2017, 141.

⁸⁷ Su tali profili, già G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, 47 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, 228, "da una amministrazione monodimensionale, occorre passare a un'amministrazione pluridimensionale (...) dal punto di vista della pluralità e della complessità politica, economica e tecnica degli interessi e degli strumenti dell'azione amministrativa".

proprietari, al fine di garantire la portabilità degli stessi, con un rischio di fuga e cattura di conoscenze sensibili evidente.

Emerge un quadro complessivo nel quale le piattaforme di gara delle stazioni appaltanti sono solo gestite e utilizzate dalle stesse amministrazioni, poiché si basano, in realtà, su sistemi informatici privati delle originarie aziende fornitrici degli stessi⁸⁸, con evidente rischio per i dati sensibili delle imprese, come noto, i beni più ambiti nel mercato globale⁸⁹.

Sarebbe in tal modo, aggirato il principio di matrice giurisprudenziale, consolidatosi in tema di accesso agli atti, per il quale i segreti tecnici o commerciali sono tutelati con le stesse modalità previste nel Codice della proprietà industriale⁹⁰.

L'idea di fondo potrebbe in realtà essere tradita da un "gioco di reciproche falsificazioni⁹¹", nel quale l'eventuale interoperabilità dei dati porta a una nebulosa sovrapposizione di titolarità concreta degli stessi, in un'operazione complessiva nella quale risulta arduo, ad oggi, ricostruire

⁸⁸ F. PINTO, *L'utilizzo delle piattaforme informatiche da parte della pubblica amministrazione: tra falsi miti e veri rischi*, in *Amministrativamente*, 2018, 1-2, 8; sul tema, una lettura interessante è offerta da T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2017, n. 3742, in *Foro amm.*, 2017, 3, 741, "Il software può essere tutelato ai sensi della disciplina sul diritto di autore, avuto riguardo al modo in cui questo viene sviluppato, organizzato ed elaborato. La creazione dell'opera dell'ingegno implica, poi, l'acquisizione in capo all'autore del diritto allo sfruttamento economico dell'opera e dei diritti morali. Il diritto morale dell'autore, che si sostanzia nel diritto al riconoscimento della paternità dell'opera, è un diritto indisponibile della persona mentre, i diritti all'utilizzazione economica dell'opera possono costituire oggetto di una cessione parziale o totale mediante la stipulazione di appositi contratti per i quali la forma scritta è prevista esclusivamente a fini probatori e trovano la loro disciplina quanto al programma per elaboratore nell'art. 64 bis, l. n. 633 del 1941. In particolare, nel caso di software personalizzato – ossia realizzato per soddisfare esigenze particolari di un cliente – realizzato su commissione, la regolamentazione dei diritti patrimoniali del programma per elaboratore non è predisposta dalla legge ma è rimessa alla libera pattuizione delle parti contrattuali nell'ambito del contratto per lo sviluppo del software"; sul tema si v. F. RUGGERI, *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il Regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione online e i motori di ricerca*, in *Dir. inf.*, 2021, 2, 397 ss.

⁸⁹ Si devono necessariamente analizzare le tendenze del commercio internazionale, che impongono cambiamenti, visibili anche nel settore pubblico, come rileva, L. LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Riv. comm. Int.*, 2021, 3, 676 ss., per il quale l'emersione di un mercato di *data economy* autonomo impone di riflettere sull'operabilità di tali risorse anche nell'ambito delle politiche pubbliche.

⁹⁰ *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 15 febbraio 2022, n. 1872.

⁹¹ G. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 232.

la definizione di un grado appropriato di tutela per gli operatori economici.

Si assiste infatti, anche nel modello analizzato, a una forma procedurale che nella realtà comporta il tradimento della garanzia degli equilibri necessari tra fruizione allargata delle conoscenze e tutela di dati sensibili degli operatori economici.

I vantaggi del ricorso, per ora limitato a opere complesse e infrastrutture strategiche, a modelli basati sui dati, sono evidenti, ma, ad oggi, le criticità impongono un atteggiamento cauto⁹².

È indubbio che le risorse primarie del presente, e si presume dell'immediato futuro, siano i dati e proprio un settore strategico come l'affidamento delle commesse pubbliche deve fare consapevolmente i conti con tale epocale cambiamento, poiché è evidente che in un mondo che viaggia in *cloud*⁹³ non si può restare ancorati alle formalità, queste si di ostacolo, della ceralacca e del nastro adesivo, come emerge da recenti aperture dei tribunali amministrativi regionali⁹⁴.

⁹² Di recente, in termini generali, L. TORCHIA, *Una nuova delega sui contratti pubblici e i problemi di sempre*, in *Astrid*, 2022, 5, 3, osserva che la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica è evocata, dal Codice, in maniera confusa e generica. Sarebbe necessaria una reingegnerizzazione delle procedure e una modificazione profonda dei modelli di gara e delle interazioni fra operatori e stazioni appaltanti.

⁹³ A. NATALINI, *Come il passato*, cit., 110, il *cloud* deve rappresentare una delle soluzioni di coordinamento delle banche dati pubbliche.

⁹⁴ Si fa riferimento, *ex multis*, a T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2019, 771, in tema di formalità per la presentazione della relazione di giustificazione, “tenuto conto della natura e della finalità del procedimento di verifica dell'anomalia, le formalità richieste dalla lettera di invito per la presentazione della relazione di giustificazione (da far pervenire, entro il termine perentorio di quindici giorni dal ricevimento della richiesta scritta dalla stazione appaltante, con plico, sigillato con ceralacca o con nastro adesivo, in modo da impedire che lo stesso possa essere aperto senza che ne resti traccia visibile, e controfirmato su tutti i lembi di chiusura) risultano irragionevoli, perché non sono funzionali al perseguimento di interessi sostanziali e rilevanti dell'Amministrazione. In base all'art. 40 del d.lgs. n. 50/2016 e all'art. 5 bis del d.lgs. n. 82/2005, infatti, è consentito l'invio della relazione giustificativa dell'anomalia per mezzo di posta elettronica certificata”; si tratta, in tal modo, di neutralizzare le condotte puramente dilatorie che si basano su visioni formalistiche delle procedure, nell'accezione negativa più volte citata, come osservato, in termini generali, da C. CACCIAVILLANI, *Il ruolo dell'eccezione di dolo generale nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 613 ss.

5. *La rinnovata veste della tipicità nel diritto amministrativo e la centralità dei dati: 'l'amministrazione della conoscenza'*

Il filo rosso che caratterizza i rapporti tra forma e amministrazione digitale è la rinnovata visione della tipicità⁹⁵, che muta necessariamente veste, ma non abbandona il rapporto amministrativo.

Dall'analisi condotta potrebbero trapelare, contemporaneamente, momenti di apprezzamento e resistenze ostinate nei confronti della digitalizzazione, questo perché la stessa non rappresenta un fenomeno unitario, ma si compone e si palesa attraverso diverse ipotesi applicative cui devono far seguito analisi differenziate.

Si devono evitare, come riferito in altri passaggi del lavoro, approcci eccessivamente entusiastici, o eccessivamente conservatori, ma la digitalizzazione dovrebbe essere interpretata e letta con uno sguardo volto al miglioramento apprezzabile che apporta all'agire dell'amministrazione, tenendo conto anche della concreta operabilità di tali strumenti, e un altro alle garanzie, e quindi, alle forme.

La destrutturazione e dematerializzazione delle forme dovuta all'imporsi, ancora incerto, del digitale rappresenta una tappa obbligata della trasformazione amministrativa, non ancora perfezionatosi in tanti aspetti, alla quale la stessa amministrazione arriva comunque con decennale ritardo; "diritto come forma e sostanza politica dei fenomeni non possono accordarsi in un ordine accettabile"⁹⁶.

Emergono, riguardo al tema della forma, principalmente due aspetti, tra di loro collegati, ossia la citata visione rinnovata della tipicità e il ruolo primario dei dati, che devono combinarsi, per consentire che la digitalizzazione possa contribuire all'ammodernamento dell'attività, con la tutela che la tipicità garantisce.

In questa prospettiva, in considerazione dell'ammissibilità, ormai acquisita, dell'adozione del provvedimento direttamente in forma digitale, si deve assumere nel canone della tipicità la nozione di dati, così come emerge dai rapporti commerciali transnazionali, poiché la tipicità è il principio che ne assicura il necessario adattamento rispetto all'attività pubblica.

Nella società della conoscenza allargata – anche se si tratta spesso di un miglioramento meramente quantitativo – si deve necessariamente

⁹⁵ Si v. cap. § 1.

⁹⁶ G. BERTI, *Diritto amministrativo, Memorie*, cit., 239 ss.

concepire l'amministrazione della conoscenza⁹⁷, la c.d. *data-driven administration*, non in termini di cattura del potere da parte del digitale⁹⁸, ma con l'obiettivo di legittimare un controllo, da parte dello stesso potere, sulla risorsa del presente, i dati⁹⁹.

Cercare di valorizzare la dimensione dei *Big Data*¹⁰⁰ nell'ambito dell'attività pubblica deve porsi quale sfida per la tipicità, principio all'interno del quale devono essere ricondotte le vicende del mondo contemporaneo.

Si tratta di ragionare a normativa invariata, in attesa di una sistemazione legislativa del tema dei dati, ma appare evidente che deve ricercarsi una chiave di lettura, rispettosa delle garanzie, che consenta all'amministrazione di orientarne l'utilizzo.

L'associazione tra la nozione di potere e tipicità non viene meno per la circostanza che l'amministrazione disponga di una maggiore varietà di

⁹⁷ G. BERTI, *Interpretazione*, cit., 308 (spec. par. § 8) l'autorità deve poter conoscere, per provvedere, i presupposti di fatto su cui la domanda è basata. "Si deve poter sapere come l'autorità conosce la realtà, secondo quali limiti e criteri".

⁹⁸ Cfr. D. MORANA, *Lo Stato digitale, partiti e partecipazione politica nell'era digitale: la prospettiva costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 489 (spec. par. § 3) avverte dei rischi di una vera e propria democrazia informale, "Si tratta di una partecipazione che si sviluppa con modalità del tutto informali, se non addirittura amorfe, e che trova il suo spazio di manifestazione in *social network*, siti, piattaforme e, in genere, nel complessivo strumentario comunicativo e relazionale cui la rete permette di accedere. Ed è nello stesso ambito che, qualora le singole espressioni partecipative fuoriescano dalla dimensione meramente estemporanea, puntiforme e individuale, possono generarsi fenomeni di movimento politico, dal carattere più o meno organizzato e più o meno duraturo" (491). Si avverte che "il carattere e la vocazione quasi naturalmente informali della rete e del suo utilizzo – di cui si è detto – potrebbero rappresentare, se non adeguatamente regolati, fattori di non sufficiente garanzia, quando si tratti di farvi ricorso per svolgere quelle attività partecipative alla vita interna di partiti e movimenti, nelle quali il rispetto di alcuni requisiti non deve mancare" (495); cfr. C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 1, 173 ss., 192, si interroga sulla possibilità di considerare le piattaforme e i *social network* alla stregua di vere e proprie formazioni sociali, ex art. 2 Cost. Si tratterebbe di una modalità per imporre alle stesse norme e modelli di comportamento e non rischiare di relegarle a uno status di non giuridicità.

⁹⁹ Si tratta di giuridicizzare la *datafication* al fine di conferire a tale processo un regime giuridico proprio e una corrispettiva tutela, come riferito da V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della 'datafication' e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 641 ss.

¹⁰⁰ L. MERLA, *Big Data e diritto: una sfida all'effettività*, in *Riv. dir. media*, 2021, 1, 218.

strumenti per l'esercizio della sua attività, proprio perché la tipicità ha una portata più ampia di quella riferita al mero provvedimento¹⁰¹, e diviene la chiave di lettura che si pone a presidio delle forme, senza rinunciare alle opportunità del nuovo¹⁰².

6. *Amministrazione informale e Stato di diritto*

Il tema dell'attività amministrativa informale consente di fornire un ulteriore contributo per lo studio delle trasformazioni dello Stato e quindi del potere¹⁰³, proprio perché l'informalità è alleata della forma e delle garanzie; preservare una quota di informalità nel rapporto tra amministrazione e cittadino sembra, infatti, essere una strada obbligata, al fine di mantenere e garantire equilibri stabili nei rapporti tra i due poli del rapporto¹⁰⁴. L'informale, infatti, a differenza di ciò che si potrebbe pensare, convive con il rispetto delle forme e addirittura, spesso, ne esalta l'importanza¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cfr. A. TRAVI, *Tipicità degli atti*, cit., 533.

¹⁰² Si v. G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, Cedam, 1988, 253, il confronto tra realtà effettuale e tipi può fornire le coordinate necessarie di riferimento capaci di orientare le analisi verso la comprensione coerente e complessiva dei fenomeni sociali e, di converso, giuridici.

¹⁰³ Sul tema dell'agire 'informale', una preliminare lettura è offerta da Pret. Appiano, 23 ottobre 1882, in *Mon. Pret.*, 1882, 399, sulla mancata necessità dell'intestazione della c.d. ammonizione amministrativa, che, pur essendo un provvedimento, non è soggetto a specifiche formalità. È evidente che si tratta di un approdo privo del substrato culturale cui è permeato oggi il termine informale; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*^{IVed}, Bologna, Il Mulino, 2019, 360, 362, sottolinea l'importanza della definizione di uno spazio regolatorio per individuare la evolutiva "mappatura delle relazioni formali e informali" tra apparati e attori istituzionali.

¹⁰⁴ Cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza'*, cit., 12, la modernità impone di valutare tutti i tratti della 'legalità legale', rispetto alla quale l'informalità non è estranea, anzi, supporta la perdita di monoliticità del potere, sempre più frammentato e difficilmente controllabile; qualora i valori del diritto si pongano oltre il dato positivo si può ammettere un grado di informalità, poiché non si creino distorsioni applicative, e i valori, rappresentati dalla forma, potrebbero assumere il rango di principi assoluti, come si osserva in N. IRTI, "Diritto e lex". *Stato di diritto come Stato della legge*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, I, 589 ss.

¹⁰⁵ Cfr. G. PÜTTNER, *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1, 33,

Si è dimostrata, nel corso di tutta la trattazione, la marcata tendenza a ridurre, talvolta a trasformare, e per certi versi superare, il rigore delle forme tipiche nel mondo contemporaneo, talvolta non per rinunciare alle stesse, ma per accedere a una diversa visione dell'attività amministrativa¹⁰⁶. L'affermarsi di forme alternative, lo smarrimento della nozione tradizionale di tipo rappresentano il segno strutturale del cambiamento in atto e non si pongono necessariamente quali elementi contrari alla forma, al contrario, ne garantiscono la sopravvivenza, consentendo alla stessa forma di adattarsi al cambiamento.

L'attività informale è raffigurata, tradizionalmente, con le manifestazioni del potere che non raggiungono la soglia del giuridico-formale¹⁰⁷ e che, come tali, non sono sottoponibili ad apposito sindacato giurisdizionale.

È opportuno chiarire, sin da subito, che l'attività informale può assumere anche un significato negativo, così come accade allorché si analizzino le trattative sindacali in materia di pubblico impiego, che per

“l'agire informale e lo stato di diritto non appaiono cioè he in fin dei conti potrebbero essere e cioè principi o fenomeni giuridici complementari e che si integrano a vicenda, ma subito ed automaticamente vengono piuttosto intesi come alcunché di antitetico ed anzi di reciprocamente incompatibile”; l'informalità si pone, sotto altra prospettiva, come fattore di distribuzione di giustizia sostanziale, come osservato da J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1st ed., 1971) Harvard, Harvard University Press (trad. it. a cura di U. SANTINI, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2008).

¹⁰⁶ G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1, 3 ss., 4, “oggi appare più marcata la tendenza a diminuire il rigore delle forme tipiche, dando spazio ad una certa libertà di conferire apparenza formale ad atti convenzionali o contrattati purché sia garantita la conformità sostanziale dagli atti sia ai fini voluti, sia al rispetto delle libertà e dei diritti altrui”. Emerge, come in tutta la produzione scientifica dell'Autore, la propensione a leggere il diritto pubblico come un sistema di tutele, collettive e individuali, avverso il potere, anche se in una prospettiva diversa; si fa riferimento, in termini di metodo e di diritto informale, quasi esclusivamente, alla tradizione giuridica tedesca, come ad esempio al E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1st ed., 1992) Frankfurt an Mein, Suhrkamp (trad. it. a cura di M. NICOLETTI, O. BRINO, *Stato Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006) 363 ss.

¹⁰⁷ Cfr. G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo*, cit., 579, fa riferimento alle ipotesi di consultazioni informali, negli anni Trenta, tra le amministrazioni; tale lettura non implica il rischio di assenza di potere dissuasivo, poiché come osserva J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, ESI, 1983, 28, l'obbligatorietà dell'atto implica l'omogeneità della comprensione da parte dei destinatari, anche nelle ipotesi di precepto amministrativo non formalizzato.

anni si sono svolte, nelle stanze del potere, ma nella piena informalità¹⁰⁸, circostanza che ha dato luogo anche ad ipotesi di responsabilità erariale per corresponsione di compensi per attività prestate proprio sulla base di accordi informali taciti¹⁰⁹.

Proprio gli accordi sindacali informali, a ben vedere, rappresentano una visione del mondo non più attuale poiché si legano ad un contesto nel quale i partiti politici hanno “addomesticato gli istituti formali dello stato di diritto e li hanno piegati alle loro vicende e alle loro volontà, (...) la partitocrazia come realtà informale ha dominato il formale¹¹⁰”.

¹⁰⁸ Si v., di recente, sul tema, F. CAPORALE, E. FREDIANI, *La Costituzione dimenticata. Dai consigli di gestione alla partecipazione al rischio delle imprese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1, 298; A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *Lav. P.a.*, 2016, 1-2, 15 ss., avverte del pericolo perenne che si sviluppi una nuova stagione di accordi informali con il potere politico; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. P.a.*, 2008, 6, 949 ss., per il quale i confronti preliminari e informali Governo-sindacati ridimensionano il rilievo del procedimento formale; diversa è l'ipotesi della c.d. economia informale, a cui corrispondono le ipotesi di lavoro non dichiarato, che devono essere ricondotte nelle politiche pubbliche occupazionali, come osservato da L. BERTONCELLO, V. CAGNIN, *La transizione dall'economia informale verso l'economia formale nella prospettiva dell'Oil: la nuova Raccomandazione n. 204/2015*, in *Lav. Dir.*, 2015, 4, 603 ss.; si potrebbe ragionare dell'informale come correttivo per le rigidità che sono emerse in tema, come osserva G. DE FINA, *L'erosione del principio dell'atto formale in materia di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1975, 11, V, 193.

¹⁰⁹ Corte Conti, sez. II, 2 novembre 1988, n. 212, in *Riv. Corte Conti*, 1988, 6, 154, “deve essere affermata la responsabilità per danno erariale conseguente alla corresponsione di compensi per attività lavorative non prestate sia dei percettori dei compensi medesimi sia dei soggetti che, pur essendosi obbligati, non abbiano esercitato i poteri di vigilanza loro attribuiti. Si tratta di una fattispecie di personale postale che si sia allontanato dal proprio posto di lavoro in anticipo rispetto all'orario previsto, percependo compensi per lavoro straordinario ed indennità di missione come se avessero portato a termine l'orario d'obbligo, sulla base di accordi informali taciti intervenuti tra le organizzazioni sindacali del settore ed autorità sub-ministeriali non legittimate ed aventi ad oggetto l'instaurazione del lavoro a cottimo”.

¹¹⁰ G. BERTI, *Stato di diritto informale*, cit., 12, 13, “la garanzia per i cittadini è andata così trasferendosi da una legalità della quale dovevano essere presidio le istituzioni formali, ad una sorta di protezione assicurata dalla partitocrazia per mantenersi il consenso popolare. Così il contrasto sociale ha perduto l'antico manto della legalità nobile e si mostra nella nudità dei patteggiamenti e delle convenzioni, i cui risultati si stabilizzano mediante l'assunzione di figure legali”; rispetto al tema dei partiti politici in quanto tali e alla c.d. rappresentanza informale, cfr. D. CASTIGLIONE, *La rappresentanza informale e il sistema della rappresentanza politica*, in *Parolechiave*, 2012, 1, 23 ss.; sul tema, come aspetto di teoria

L'utilizzo della coppia concettuale formale-informale offre criteri di indagine e chiavi di lettura sulla stessa tenuta dello Stato di diritto, che "si salva non solo ripristinando le antiche immagini formali, ma distribuendo sostanza e forma in modo che (...) la forma non sia non sia altro che la veste di una razionalità acquisita attraverso l'azione e il confronto reale con gli interessi¹¹¹".

L'informale della pubblica amministrazione non rappresenta una categoria unitaria o necessariamente si rivolge ad aspetti specifici dell'attività o a determinati settori della stessa ma è una modalità di concepire il rapporto amministrativo. Si tratta di capire il significato, i limiti e quanto possa essere determinante l'attività informale per l'agire delle amministrazioni contemporanee.

Per tali ragioni, si opta per un'analisi che indaghi le diverse ipotesi di informalità, per rimarcarne l'importanza, poiché è evidente che gli ordini di conoscenze e di fatti cui deve provvedere il potere non possono risolversi ed esaurirsi "interamente nel chiuso delle forme giuridiche e delle loro rappresentazioni astratte¹¹²".

generale, è dovuto il rinvio all'analisi svolta da R. ORESTANO, *Realtà, parole, valori nella scienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 5, I, 465 ss., discorre di processi di oggettivizzazione verbale e concettuale, in termini anche critici, poiché mette in guardia dal "pericolo verbalista" a delle limitazioni che da ciò deriverebbero. Inoltre, le operazioni di definizione e classificazione operate dai giuristi sottendono uno sforzo di sintesi dialettica, che tende, non sempre con risultati soddisfacenti a identificare in ogni termine una sola realtà giuridica (469). L'entificazione delle nozioni astratte consente di scomporre la realtà e percepire le "idee fondamentali" di diritto e giustizia.

¹¹¹ G. BERTI, *Stato di diritto informale*, cit., 6, 9 (nota § 2) "mano a mano che cresce, nell'esperienza ma anche nell'osservazione culturale, lo spessore della informalità nel diritto pubblico, viene avvertita in generale, e forse più in superficie che in profondità, una sorta di riduzione o addirittura di annullamento della funzione di garanzia ritenuta fondamentale ed anzi caratterizzante dello Stato di diritto". L'Autore avverte che la stessa coppia formale-informale si usa in modo del tutto relativo, poiché non si traduce in una opposizione in termini astratti, ma si verifica solo nel singolo esercizio di potere; informale non equivale a non normativo, come osservato da L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, Laterza, 2007, 71 (nota § 16) "la normatività consiste nella virtuale divaricazione deontica tra dover essere, tra norme e fatti. Ove questa divaricazione non esistesse perché ciò che è argomento della regola è necessario vivremmo in un mondo deonticamente perfetto".

¹¹² Si v. G. MARONGIU, *L'opera scientifica di Vittorio Bachelet: un profilo generale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, Giuffrè, 1987, xv.

7. Istituti di partecipazione informale e conoscibilità dell'attività amministrativa

La prima ipotesi che deve essere analizzata riguarda il diritto di accesso informale¹¹³, che in realtà è espressione di un'apposita previsione quindi non integra in pieno le ipotesi di compensazione delle forme cui l'informale deve tendere. Si tratta di una modalità di accesso agli atti, di cui all'art. 3, d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352 che configura un procedimento di carattere accelerato, ma sommario, in cui è sufficiente l'insorgere anche di semplici situazioni di oggettiva incertezza a legittimare l'invito a procedere in via formale¹¹⁴.

¹¹³ Il diritto d'accesso può essere configurato come diritto alla partecipazione, che qualora si svolga in termini informali, consente di rinviare a M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale*, Napoli, ES, 2004, 122, il quale osserva che "è noto quanto spesso il modo, la forma, con la quale un'attività viene esercitata può assumere una rilevanza notevole. Istituti potenzialmente innovativi e funzionali al buon andamento dell'amministrazione si sono talora nel tempo palesati inefficaci proprio perché non strutturati con norme adeguate". L'Autore, in riferimento al procedimento, osserva che la dottrina ha palesato che l'istruzione amministrativa si svolga in modo informale, "per addivenire ad un'ideale definizione del problema amministrativo" (123); per una lettura della dottrina tradizionale su tali temi, cfr. S. LESSONA, *La formazione dei provvedimenti amministrativi attraverso il contraddittorio degli interessati*, in *Riv. amm.*, 1954, 609 ss., 613, "bisogna sviluppare la fase non formale del procedimento preliminare di formazione del provvedimento".

¹¹⁴ Cons. St., sez. V, 18 marzo 2004, n. 1417, in *Comuni Italia*, 2004, 4, 128, si perfeziona mediante richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione centrale, competente a formare l'atto conclusivo del procedimento; evidente la critica, per violazione delle garanzie, si v. M. MAZZAMUTO, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto d'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 1, 96 ss., "questa modalità di esercizio del diritto d'accesso è certamente la meno garantista dal punto di vista del controinteressato. L'amministrazione deve verificare se non vi siano dubbi sull'accessibilità – diversamente il richiedente è invitato a presentare istanza formale –, ma attraverso una disamina immediata e senza formalità della richiesta d'accesso: il controinteressato è così messo nelle mani dell'amministrazione che in modo sommario e sbrigativo decide su una materia che, come abbiamo visto, esige invece una estrema ponderazione. L'informalità preclude, peraltro, che la determinazione della p.a. si concreti in un atto espresso e motivato. L'applicazione della legge n. 241/1990 non sembra, tuttavia, qui configurabile, e ciò non tanto perché l'accesso informale non possa considerarsi un procedimento, non essendo le qualificazioni normative vincolanti – il decreto parla di procedimento soltanto per l'accesso formale –, quanto per il fatto che le citate disposizioni del Capo III sulla partecipazione, nonché dell'art. 3 sull'obbligo di motivazione, comporterebbero un aggravio incompatibile con i caratteri di immediatezza e informalità che caratterizzano tale forma d'accesso. Non resta, quindi, che augurarsi una modifica abrogativa e quanto mai celere

La disposizione, come noto, è abrogata con d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, che introduce una diversa modalità di accesso informale, esercitabile in tutte le ipotesi in cui non vi siano controinteressati¹¹⁵.

La normativa in tema di accesso informale, sebbene ancora vigente, sembra aver smarrito parte della sua importanza con l'introduzione della normativa in materia di F.O.I.A.

Una chiave di lettura interessante, anche sulla tenuta del canone di informalità nel diritto d'accesso, si può ricavare da una recente vicenda relativa al rigetto di un'istanza di accesso, "avente ad oggetto i documenti inerenti lo svolgimento delle riunioni della *task force*, avente il compito di coordinare ogni iniziativa relativa al fenomeno del Covid-19 e di fornire supporto al Ministero della salute, fondato sul fatto che l'attività informativa e consultiva svolta da detta *task force* non rientrerebbe in una attività procedimentalizzata e sarebbe svolta nell'ambito di un supporto istruttorio informale¹¹⁶".

A giudizio del T.A.R., che giudica illegittimo il rigetto, per garantire il diritto d'accesso non è necessario che ci si trovi di fronte a provvedimenti o a istruttorie formalizzate, poiché è sufficiente che si tratti di semplici atti "anche interni o non relativi ad uno specifico provvedimento". Tale interpretazione, consolidata nel tempo, si pone a presidio dell'esigenza di conoscibilità dell'attività amministrativa, che non può essere celata o secretata solo in base al dato dell'informalità della sequenza procedimentale.

di questo istituto"; cfr. A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso (Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto d'accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 315, il quale osserva che l'accesso informale ha introdotto due requisiti che confliggono con le prospettive di un accesso diffuso e popolare, ossia la precisione e la specificità della domanda e la possibilità di richiedere all'istante di comprovare la propria legittimazione. Tale secondo aspetto introduce, nell'accesso informale, un elemento di formalità generalmente non consono all'accesso del *quisque de populo*.

¹¹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 5 agosto 2013, n. 7831, in *Foro amm. TAR*, 2003, 7-8, 2343, in materia di procedimenti ad evidenza pubblica, "ai sensi dell'art. 5 d.P.R. n. 184 del 2006, ogni partecipante ad un procedimento di evidenza pubblica può chiedere l'accesso informale a tutti gli atti del procedimento e perciò anche alle domande ed ai relativi documenti allegati, presentati dagli altri concorrenti, non assumendo questi ultimi la veste di controinteressati"; di recente, T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 14 gennaio 2022, n. 33.

¹¹⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 maggio 2021, n. 5346, in *Rass. Dir. farm.*, 2021, 4, 977.

Sempre nell'ottica di conoscibilità dell'azione e di tutela del cittadino – nel caso di specie un lavoratore subordinato¹¹⁷ – l'accesso dello stesso alla propria documentazione contributiva non può limitarsi ai prospetti informali trasmessi dall'Istituto previdenziale (INPS) ma deve estendersi ai documenti avente apposito valore certificativo. In questa ipotesi emerge l'informalità come elemento che qualifica il provvedimento, dietro la quale non può nascondersi l'amministrazione.

Ad analoga conclusione in tema di diritto d'accesso, in base alla qualificazione degli atti del Consiglio Superiore della Magistratura, è pervenuta un'altra sentenza¹¹⁸, dalla quale emerge che “non esiste invero un atto amministrativo informale, inteso come categoria di atti che, pur formati dall'amministrazione pubblica, possono sottrarsi alla disciplina propria degli atti amministrativi”.

Da ultimo, si osserva l'esistenza di modalità di collaborazione informale in alcuni procedimenti istruiti dalle autorità indipendenti, in termini di consultazione con gli operatori economici, i c.d. *stakeholders*, per ridurre i tempi delle stesse e stemperare i tempi imposti dal dato normativo che, talvolta, mal si conciliano con gli interessi in gioco¹¹⁹.

8. *Gare pubbliche informali e salvaguardia del principio di legalità*

Un grado di informalità deve essere garantito anche nell'espletamento di gare pubbliche, anche in base alla previsione di cui all'art. 162, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di contratti secretati, che prevede che per l'affidamento di tali contratti è necessario l'esperimento di una gara informale¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio-Calabria, sez. I, 12 novembre 2018, n. 655, in *Foro amm.*, 2018, 11, 2080, il Collegio ha ritenuto, inoltre, priva di fondamento l'eccezione secondo la quale fornire la documentazione oggetto della richiesta di accesso comporterebbe una laboriosa attività di ricerca ed elaborazione dei dati informatici, incompatibili con la funzionalità degli uffici, proprio alla luce di quanto affermato dallo stesso Inps circa il fatto che è compito precipuo dello stesso porre a confronto le denunce mensili inviate dai datori di lavoro con i relativi versamenti.

¹¹⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 agosto 2020, n. 30410, in *Guida al diritto*, 2010, 38, 96.

¹¹⁹ Sul tema, A. DI MARTINO, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, ES, 2022, 81 ss., 117 (spec. par. § 4).

¹²⁰ Sul tema delle gare pubbliche informali, come ipotesi di procedimento atipico,

Già nell'ambito delle disposizioni d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è prevista una prima fase di gara, definita 'indagine di mercato' a cui deve far seguito una seconda fase nella quale sono richieste forme più rigorose di elaborazione degli atti, poiché "gli assunti sulla libertà assoluta delle forme della procedura scelta vengono meno e si appalesa il vizio procedurale dell'amministrazione, la quale non può scegliere, per ragioni di mera opportunità, di seguire un sentiero garantista a fronte della scelta, effettuata a monte, di procedere all'aggiudicazione con il ricorso a trattativa privata nell'ambito di una gara informale¹²¹".

Come osservato, anche in base a una lettura delle Linee Guida ANAC recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato", la consultazione preliminare di mercato per la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è uno strumento per le stazioni appaltanti, attraverso il quale si può avviare un dialogo con gli operatori di settore. Si tratta di una fase di pre-gara, la cui informalità solleva gli interessati dall'onere di impugnazioni di questi atti¹²².

Il tema è di assoluto interesse e si avverte che l'informalità può essere

tema più volte citato nel corso della trattazione, S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, ESI, 1990.

¹²¹ Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 31 marzo 2006, n. 3304, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, 1078; il previgente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha previsto uno schema specifico di gara informale, che, come chiarito da T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 1 agosto 2012, n. 1444, in *Foro amm. TAR*, 2012, 7-8, 2529, caratterizzato da "amplissima discrezionalità dell'amministrazione nella fissazione delle regole selettive, con conseguente non soggezione alle regole interne e comunitarie dell'evidenza pubblica, ferma restando la sola necessità del rispetto dei principi di logicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione tra i concorrenti, garantita attraverso idonea pubblicità delle procedure selettive e valutazione comparativa di più offerte. La procedura si caratterizza, inoltre, per una maggiore speditezza e semplificazione procedimentale e il grado di pubblicità della selezione deve necessariamente essere commisurato all'entità della concessione in relazione alla sua rilevanza economica".

¹²² *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 20 novembre 2020, n. 7239, in *Foro amm.*, 2020, 11, 2118, "l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi". La vicenda è relativa all'acquisto di velivoli da parte del Corpo dei Vigili del Fuoco.

intesa alla stregua del canone di flessibilità, ossia di parametro attraverso il quale, le relazioni tra pubblico e operatore economico consentono uno scambio di informazioni e di dati che dovrebbero limitare i divari di conoscenza sulle caratteristiche del contratto da affidare.

Come notato, l'informalità deve essere parametrata alle caratteristiche proprie delle procedure telematiche, e, in ogni caso fungere da criterio equilibratore tra *favor participationis* alle gare e condotte diligenti degli operatori economici.

Ci si deve interrogare sul se i sistemi telematici siano compatibili con le gare e le modalità di gestione informale, visto che, al momento, la risposta sembra essere negativa.

Si deve, infatti, preservare il necessario canone di flessibilità e di informalità, ma al contempo mantenere intatto un nucleo di attività da svolgere in maniera tradizionale. Tale soluzione sembra poter evitare quella cattura dell'amministrazione da parte della tecnica, e del digitale nello specifico, che sembra rappresentare la reale sfida del tempo presente.

In altri termini, l'informalità può fungere da presidio per tutte quelle attività che non possono essere demandate a calcolatori e algoritmi.

L'informalità può, su altro fronte, concorrere ad integrare in via autonoma il reato di 'Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente', disciplinato dall'art. 353 *bis* c.p., poiché come chiarito dalla Cassazione¹²³, è sufficiente che, in caso di affidamento in ogni caso diretto¹²⁴, sia prevista una 'gara informale', cioè un segmento valutativo concorrenziale.

9. *Pratiche di urbanistica informale e sussidiarietà orizzontale*

La realtà dei contesti urbani presenta una moltitudine di situazioni nelle quali l'informalità rappresenta una possibile soluzione a un problema o può porsi come fase di avvio di una procedura formalizzata.

¹²³ Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 2018, n. 30730, in *Diritto & giustizia*, 2018, 9.

¹²⁴ Come osservato da T.A.R. Campania, sez. V, 18 aprile 2020, n. 1391, in *Foro amm.*, 2020, 4, 898, proprio l'affidamento diretto si pone come "procedura in deroga rispetto ai principi della concorrenza, non discriminazione e similari che implicano sempre e comunque una procedura competitiva sia pure informale. Si tratta di una procedura ultra – semplificata, nella quale la speditezza dell'acquisizione deve prevalere sul rigido formalismo".

Si tratta di soluzioni che si legano a diversi fattori, tra i quali riveste un'importanza rilevante, la progressiva riduzione delle risorse finanziarie – si tratterà, infatti, di valutare se l'informalità si renderà compatibile con il PNRR e in che modo – o l'incapacità o, talvolta l'indifferenza, delle autorità di governo¹²⁵.

Al di là di tali cause, vi è la convinzione che debba sussistere uno spazio per forme plurali di azione che si basino sull'informalità dell'iniziativa che possono mettere finanche in crisi l'assetto istituzionale formalizzato¹²⁶.

Nei contesti urbani, tali fattori comportano il rischio di perdita significativa del valore di uso pubblico di numerosi spazi e beni con correlati effetti di degrado complessivo¹²⁷.

Si sviluppano così reazioni di contrasto alternative da parte della stessa comunità – resistendo alle catture e alle mire di privatizzazione – che non seguono procedure formalizzate, ma che si presentano come esperienze di carattere sociale, generando una situazione nella quale dinamiche che sarebbero irrilevanti per l'ordinamento acquisiscono, invece, una propria autonoma valenza e qualificazione¹²⁸.

¹²⁵ La risposta ordinamentale rispetto alla “rottura dell'unità” si pone quale esigenza imprescindibile, come rilevato da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 60, 68, 70, l'inesplorata singolarità dei rapporti rischia di essere ingabbiata in forme che limitano l'esercizio dei diritti poiché il diritto informale rinviene nella gerarchia delle fonti un adeguato strumento di compensazione.

¹²⁶ Cfr. M. CAMMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio, 2012, 342; di recente, si v. P. URBANI, *Ripensare la città o la città contemporanea? Note a margine*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 4, 831 ss.

¹²⁷ Sul tema, di recente, A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 2, 440 ss., 443, osserva che la rigenerazione urbana ha arricchito il diritto delle città di una nuova e inedita fonte, cioè il diritto creato dagli abitanti stessi delle città, dalle comunità di quartiere, dall'associazionismo; un'esperienza di perequazione con aspetti informali è analizzata da A. IACOPINO, *La perequazione urbanistica nell'esperienza regionale calabrese*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 1-2, 71 ss.

¹²⁸ F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 1, 7, “L'ordine costituito dalle regole formali e dal complesso delle autorità pubbliche chiamate ad applicarle è sollecitato a riscoprire così la sua complessità, fissando le radici della sua stessa esistenza nell'organizzazione sociale di cui l'ordinamento giuridico non è che la manifestazione più complessa”. A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica “reticolare”*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 3, 267 ss.

La saldatura tra formale e informale è da rintracciarsi nell'art. 118, comma 4, della Costituzione, che esprime il principio di sussidiarietà orizzontale. L'amministrazione, infatti, può riconoscere le azioni coerenti con i fini generali, anche se svolte in un contesto informale, per conferire loro una giuridicità piena.

Si possono, oggi, individuare – anche se potrebbe apparire un paradosso elencare ipotesi informali, quindi non predeterminate – quattro modelli differenti di urbanistica informale, che sono accumulate dal porsi quali reazioni a vuoti e assenze delle autorità e dell'amministrazione¹²⁹.

Il primo modello, nel quale l'informalità confina pericolosamente con illegalità, si verifica nelle ipotesi nelle quali l'amministrazione 'tollererà' l'esperienza sociale, che può però confluire in situazioni in cui lo stesso potere rinuncia ad essere presente. Si possono, a tal proposito, citare le ipotesi di occupazioni di immobili, tollerate appunto, dal potere, poiché non vi è alcuna verifica da parte dell'amministrazione, ad esempio, circa i requisiti di agibilità e abitabilità degli immobili occupati, a voler tacere degli altri problemi che sorgono.

Tali operazioni possono confluire in progetti sociali – comunque informali – e possono essere stigmatizzate dall'autorità amministrativa o giurisdizionale, al fine di ripristinare la legalità formale.

Si deve osservare che un punto di equilibrio non è agevole da rinvenire, così come dimostrato da una sentenza del T.A.R.¹³⁰ che ha annullato un'ordinanza avente ad oggetto il divieto di provvedere all'immediato sgombero per motivi di sicurezza pubblica legate all'accoglimento dei migranti, poiché l'amministrazione non può "ledere la dignità umana, discriminando un essere umano rispetto ad un altro per nessun motivo". In ogni caso, fin quando non si perfeziona l'esercizio del potere, si tratta, a tutti gli effetti, di esperienze urbanistiche informali tollerate.

Il secondo modello si concretizza nel riconoscimento, in via transitoria, da parte dell'amministrazione, di esperienze urbanistiche informali, senza la definizione puntuale di tutti gli aspetti, in una sorta di legalità debole.

Il terzo modello consiste nella qualificazione formale, da parte dell'amministrazione, di beni ad uso civico urbano, affidati come tali a

¹²⁹ Si rilegge, con ampliamento e aggiornamento delle ipotesi, la suddivisione operata da F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale*, cit., 8 ss. (spec. par. § 3).

¹³⁰ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 6 agosto 2018, n. 1671, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 6, I, 1605.

comitati di cittadini, a condizione di garantire la fruizione collettiva. Si tratta di forme di autogestione collettiva, in cui l'amministrazione diviene garante.

Il quarto modello è rappresentato dai patti di collaborazione, attraverso la preventiva approvazione di regolamenti per la gestione dei beni comuni urbani. Si tratta, a tutti gli effetti, di accordi dal punto di vista formale, che consentono di perseguire soluzioni non predefinite, né standardizzate per la gestione del patrimonio urbano.

Emerge, dai modelli prospettati, la necessità di garantire un'area di informalità nella gestione degli spazi urbani, un ordine senza legge in senso formale¹³¹, che ha richiesto un cambiamento culturale da parte dell'amministrazione, che prende consapevolezza di dover aderire a tale impostazione.

Si impone, in altri termini, una combinazione modulare tra formalità e informalità, che possono essere ricondotte in ogni caso alla forma in un momento successivo, con l'esercizio del potere da parte dell'autorità.

È interessante notare che le culture giuridiche che sono più attente a occuparsi di diritto informale individuano nelle prassi collaborative un vero e proprio campo d'elezione di questo tipo di relazioni¹³², e non le assumono solo come soluzioni residuali rispetto a fallimenti dell'amministrazione.

La città diviene laboratorio per sperimentare soluzioni tendenti alla sperimentazione di spazi di informalità¹³³, non solo per valutare la compatibilità delle stesse con il principio di legalità, ma anche per ragionare, su ampia scala, di equilibri tra forma e informale nei poteri statali in quanto tali¹³⁴.

¹³¹ Cfr. R.J. ELLICKSON, *Order without law* (1st ed., 1991) Londra, Harvard University Press.

¹³² P. BADURA, *Agire amministrativo informale*, cit., 35, si afferma un nuovo ordine anche per ciò che riguarda la protezione e la garanzia di diritti individuali; si tratta di esperienze sperimentate in tutti gli ordinamenti, come ad esempio, in Argentina, rispetto alla quale si v. F. FERLICCA, *Housing informality in Buenos Aires*, in *Equilibri*, 2020, sp. iss., 197, anche rispetto all'emergere di istanze sociali particolarmente avvertite e urgenti; si v., nella prospettiva di sistemazione postuma da parte dell'amministrazione F. BARTOLINI, *Classificare l'abitare informale*, in *Memoria e ricerca*, 2020, 1, 133 ss.

¹³³ F. GIGLIONI, *La città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 2018, 1, 29 ss., i modelli sono differenziati e potrebbero condurre finanche a situazioni in cui le relazioni informali si stabiliscono all'interno di procedure iperformalizzate con la potenziale capacità di condizionare la conclusione di queste seconde.

¹³⁴ Cfr. C. MARI, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolu-*

10. *L'informalità negli strumenti alternativi per la risoluzione di controversie tra amministrazione e privati*

L'informalità che caratterizza le modalità alternative alla giurisdizione per la risoluzione di controversie nel campo pubblicistico è un aspetto funzionale all'efficienza ordinamentale, attraverso la deflazione del contenzioso amministrativo, ma anche di rafforzamento di tutela del privato¹³⁵.

Si tratta di un elemento che integra i cambiamenti che interessano l'amministrazione e la sua giurisdizione e che palesa la necessità di garantire la medesima tutela alle parti, ma in un luogo diverso dai tribunali¹³⁶.

Il carattere richiamato assume un'importanza centrale proprio per garantire l'attrattività di tali strumenti, che dovrebbero garantire semplicità ed elasticità della procedura, di per sé corollari della celerità nel decidere e quindi definire la controversia¹³⁷.

Si tratta di modelli in cui si garantisce un luogo di incontro informale, con applicazione di schemi di non rigidi, né predeterminati, aspetti funzionali alla duttilità di tali istituti¹³⁸.

I rimedi alternativi, in diritto amministrativo, sono parte integrante di un sistema legale inteso come *network*, animato da indici dialogici, maggiormente partecipato e informale del sistema giurisdizionale tradizionale¹³⁹.

tivi, vantaggi e criticità, in *Federalismi*, 2021, 27, osserva che nel contesto europeo vi sono diverse ipotesi di pratiche di rigenerazione creativa attuate dal basso, fondate su gratuità, partecipazione, solidarietà e reciprocità.

¹³⁵ Si deve, necessariamente, riferire dell'approccio della dottrina tedesca al tema, come P. BADURA, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 1, 104 ss., 111, si deve provvedere a un alleggerimento del contenzioso giurisdizionale, i cui tempi possono andare a detrimento di tutte le parti processuali e, di conseguenza, sul sistema ordinamentale; per un riferimento di diritto comparato sulla questione, si v. A. MASSERA, *'Giustizia nell'amministrazione' e 'ingiustizie amministrative' tra passato e presente*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 33 ss. (spec. par. § 4).

¹³⁶ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1, 117 ss.

¹³⁷ F. MARTINES, *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, 118 ss.

¹³⁸ Per riprendere la dottrina processualcivilistica, cfr. F.C. ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1283 ss., che riporta la genesi informale di tali strumenti nel diritto nordamericano e osserva che la tutela è in ogni caso garantita da ideali di *informal* o di *better justice*; S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 447 ss.

¹³⁹ Cfr. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*,

Al fine di preservare l'impianto tradizionale della conciliazione, la stessa non deve essere resa obbligatoria, infatti "la conciliazione conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in vana formalità¹⁴⁰".

Altra questione problematica riguarda l'individuazione del soggetto deputato a presiedere l'esperimento del rimedio alternativo, poiché per la spiccata tecnicità delle questioni potrebbe essere selezionato un soggetto istituzionalmente interessato alla decisione.

Si rende necessario il ricorso a una sede di risoluzione diversa da quella giurisdizionale, soprattutto per quelle fattispecie complesse per ragioni legate all'economia e alla tecnica, al cospetto delle quali non sono più adeguate e sufficienti le tradizionali forme.

Anche in tali ipotesi, l'attività informale si sostanzia in una serie di atti e di condotte reciproche tra amministrazione, privati e parte terza che non sono solo preordinate a una determinazione finale, ma hanno una valenza più ampia.

Il concetto di informale assume – come in tutte le ipotesi analizzate – un connotato spiccatamente relazionale, poiché si tratta sempre di preservare uno scambio, un significato di correlatività tra comportamento dell'amministrazione e quello del privato.

Da un lato non vi è, in diritto pubblico, un'elencazione tassativa, un *numerus clausus* delle forme dell'attività amministrativa, né vi è un divieto o una preclusione di instaurazione di relazioni informali tra amministrazione e privati.

In conclusione, dalla rassegna brevemente operata, si può agevolmente osservare che l'amministrazione informale rappresenti un aspetto che è in grado di conciliare le esigenze sottese all'attività amministrativa tradizionale e quelle di giustizia sostanziale¹⁴¹.

in *Dir. amm.*, 2014, 1, 19 ss., 21; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi*, 2017, 10, 23, osserva che in alcune ipotesi, l'urgenza della pretesa rende inaccessibile, perché lenta e complessa e, quindi, inutile, la tutela giurisdizionale e si rende necessario valorizzare l'aspetto dell'informalità e della semplicità delle procedure alternative. L'informalità, inoltre, contribuisce a ridurre la sperequazione tra parte forte e parte debole della controversia.

¹⁴⁰ Si tratta della relazione di G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia. Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, Giuffrè, 2004, 5.

¹⁴¹ Cf. M. PROTTO, *L'amministrazione informale*, in *Scritti in memoria di Roberto Marama*, II, Napoli, ES, 2012, 841 ss., 849, osserva che la dottrina italiana più attenta alle

L'informale rappresenta il passaggio verso modalità necessitate di attività e la reazione adeguata avverso le condotte amministrative che nascondono lo spirito del predominio e della sopraffazione e consentono allo spirito della forma che ha permeato questo studio di divenire alleato di una sostanza giuridica di valori e di libertà¹⁴².

In altri termini, le ipotesi di potere informale divengono un ulteriore ausilio per individuare il posto della stessa amministrazione nella società odierna, per provvedere a vie di fuga consensuali di esercizio del potere, per ridurre la tendenza della stessa amministrazione a dislocarsi e a smarrire la sua originaria identità.

Si tratta di rendere compatibile, nelle ipotesi in cui la forma non può farlo o non conviene farlo attraverso la stessa, l'evoluzione degli istituti con le vicissitudini della storia e ciò è possibile sono con un profondo rinnovamento culturale del tempo presente¹⁴³.

riflessioni degli studiosi tedeschi ha posto in rilievo che l'immedesimazione tra società e amministrazione non è posta o presupposta una volta per tutte ma è un processo che impone di tesserne, ogni volta, le trame; M. SCHRAMM, *Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht* (1st ed., 2016) Tübingen, Mohr, Siebäeck.

¹⁴² G. BERTI, *Stato di diritto informale*, cit., 29, 31; sempre con riferimento al diritto amministrativo tedesco, si v. S. ROSE-ACKERMAN, *Il diritto amministrativo americano è sotto assedio: la Germania può fornire un modello?*, in *Probl. Amm. pubbl.* (Formez), 1995, 3, 341 ss., 377, "la necessità delle deleghe e l'aumento del ricorso agli esperti privati e alle procedure informali dovrebbero far emergere chiaramente i rischi di un potere amministrativo senza limiti. I procedimenti informali, non documentati e mal compresi (...) suggeriscono i tipi di problemi che potrebbero nascere". L'Autrice palesa le perplessità di applicare il modello di amministrazione informale del diritto tedesco in altri ordinamenti, poiché, ad esempio gli accordi informali con determinati operatori economici non sono né giuridicamente vincolanti, né sono resi di dominio pubblico, ma costituiscono una garanzia sufficiente per l'amministrazione tedesca, nell'ambito di un modello non proponibile altrove, almeno non senza correttivi.

¹⁴³ Conclusivo possono essere le riflessioni della dottrina tedesca e nello specifico di P. BADURA, *Die Methoden der neuen Allgemeinen Staatslehre* (1st ed., 1959) Erlangen, Palm & Enke (trad. it. a cura di F. FARDELLA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, V&P, 1998) la forma è espressione del tipo che, come tale, deve mantenere contatto con tutta la varietà di fenomeni concreti ad esso relativi, ma non consente di essere precisato con eccessivo rigore, mediante "forme definitorie e finte classificazioni" (29).

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. (a cura di), *Tutti all'opera. Dalla programmazione all'esecuzione: la corsa a ostacoli per realizzare le opere pubbliche* (Rapporto ItaliaDecide 2021), Bologna, Il Mulino, 2022
- ACOCELLA C., *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale*, in *Federalismi*, 2018, 23
- ACOCELLA C., *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 2
- ACOCELLA G., *Capograssi e l'insegnamento di Silvio Spaventa*, in F. MERCADANTE (a cura di), *Atti. Due convegni su Giuseppe Capograssi* (Roma – Sulmona 1986), Milano, Giuffrè, 1990
- ALLEGRETTI U., *Centocinquant'anni di storia costituzionale italiana*, in *Jus*, 2012, 1
- ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipata*, Milano, Giuffrè, 2009
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965
- ALLEGRETTI U., *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 3
- ALLEGRETTI U., *Legge generale sui procedimenti amministrativi e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 7-8, V
- ALLEN A., CAPANTINI M. (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 2 (sp. iss., approfondimento monografico)
- ALPA G., *Diritto privato 'e' diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, Giuffrè, 1998
- AMOROSINO S., *Feliciano Benvenuti e i problemi giuridici della salvaguardia di Venezia*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 2
- AMOROSINO S., *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche invasioni di campo*, in *Dir. amm.*, 2006, 1
- ANDREANI A., *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/1990 (quaranta anni dopo la promulgazione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4
- ANGIOLINI V., *Il diritto dell'individuo (regole senza autorità)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005

- ANGIULI A., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, Cacucci, 1988
- APPENDINO C., *Sistema di diritto amministrativo scientifico*, Roma, Tipografia Agostiniana, 1931
- ARCOLEO G., *I bilanci dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, Jovene, 1880
- ARCURI A., *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2
- ASCARELLI T., *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1
- ASTONE F., *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale, a proposito della ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giur. cost.*, 2020, 4
- AUBY J.-B., *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 3
- AUBY J.-B., *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, 57 *Actualité juridique* 922 (2001)
- AUBY J.-B., *La decisione tra scienza e crisi*, in *Ist. fed.*, 2021, 4
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989
- AZZARITI G., *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, Cedam, 1988
- AZZARITI G., *Tecnica, politica e Costituzione, Perché non solo la politica ma anche la tecnica dee essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, ES, 2018
- BACHELET V., *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Giuffrè, Milano, 1977
- BADURA P., *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 1
- BADURA P., *Die Methoden der neuen Allgemeinen Staatslehre* (1st ed., 1959) Erlangen, Palm & Enke (trad. it. a cura di F. FARDELLA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, V&P, 1998)
- BADURA P., *Il procedimento amministrativo*, in A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, Napoli, Formez, 1979
- BADURA P., *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 1
- BALBONI E., *Bachelet studioso dell'amministrazione di una società complessa*, in *V&P*, 1982, 4
- BALDASSARRE A., *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005

- BARBATI C., *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 1
- BARONE A., *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 2
- BARONE A., *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006
- BARTOLINI A., PIOGGIA A., *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016
- BARTOLINI F., *Classificare l'abitare informale*, in *Memoria e ricerca*, 2020, 1
- BARTOLOMEI F., *L'atto amministrativo nella letteratura giuridica della Repubblica Federale Tedesca*, in *Studi in onore di Luigi Galateria*, Milano, Giuffrè, 1987
- BARTOLOMEI F., *Lo 'Stato di diritto' nel rapporto di tensione esistente tra legge e diritto*, in *Dir. soc.*, 1997, 2
- BARTOLOMEI F., *Sulla tipologia dell'atto amministrativo nella letteratura tedesca: cenni*, in *Scritti giuridici. Dall'età albare 1956 all'età del crepuscolo 2003*, Milano, Giuffrè, 2004
- BASSI F., *'Conformità' alle leggi e 'legittimità' dell'atto amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988
- BASSI F., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3
- BASSI F., *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 4
- BASSI F., *La norma interna. I lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963
- BASSI F., *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995
- BASSI F., *Relazione di sintesi*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 21-23 settembre 2000*, Milano, Giuffrè, 2002
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001
- BASSINI M., *Libertà di espressione e social network tra nuovi spazi pubblici e poteri privati. Spunti di comparazione*, in *Riv. dir. media*, 2021, 2
- BELL J., *The Anatomy of Administrative Law* (1st ed., 2020) Oxford, Oxford Pr.
- BENETAZZO C., *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in *Federalismi*, 2021, 29
- BENVENUTI F., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici* (XLIX 1978-1979), Milano, Giuffrè, 1980, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006

- BENVENUTI F., *Aspetti legislativi e amministrativi del problema di Venezia*, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Caso e incertezza nel diritto*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988
- BENVENUTI F., *Franco Levi: una testimonianza sul metodo nel diritto*, in *Riflessioni sulle Regioni. Atti del Convegno in memoria di Franco Levi*. Torino, 15 maggio 1981, Milano, Giuffrè, 1983
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Panorama degli studi sulla pubblica amministrazione in Italia*, II, Milano, s.e., 1962, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti del Convegno Regionale di Studi giuridici* (Trento, 1957), ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *La funzione (teoria generale)* ad vocem, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1988, ora anche in *Scritti giuridici*, V, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa italiana e i suoi protagonisti. Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1969, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Note in tema di legislazione e di pianificazione urbanistica veneziana*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Per una storia critica delle leggi speciali per Venezia*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI F., *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1957, 2
- BENVENUTI F., *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 1
- BENVENUTI F., *Silvio Trentin giurista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 4, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, V&P, 2006
- BENVENUTI L., *Giurisprudenza e metagiurisprudenza della prospettiva del sincretismo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, Mucchi, 1996
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002
- BENVENUTI L., *Le dottrine del diritto amministrativo. Profili metodologici e linguaggio*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, Cedam, 2007

- BENVENUTI L., *Legge, parità e potere nell'amministrazione della complessità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4
- BENVENUTI M., *Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra giuspubblicistica nazionale*, in *Riv. it. sc. Giur.*, 2019, 10
- BERGONZINI G., *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, II, Padova, Cedam, 2007
- BERLINGÒ V., *Il fenomeno della 'datafication' e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3
- BERTI G., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 1970
- BERTI G., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008
- BERTI G., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1979
- BERTI G., *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, ora anche in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 2018
- BERTI G., *Il 'casuale' nell'amministrazione pubblica*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992
- BERTI G., *Il 'rapporto amministrativo' nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, Giuffrè, 1978
- BERTI G., *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Mucchi, Modena, 1996
- BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987
- BERTI G., *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1
- BERTI G., *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, in *Studi economico-giuridici* (Volume LIX 2001-2002). *In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004
- BERTI G., *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 1, ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018
- BERTI G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 3
- BERTI G., *Le antinomie nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 2
- BERTI G., *Le radici culturali e morali di un diritto amministrativo diverso*, in *Jus*, 2008, 1
- BERTI G., *Legalità nelle istituzioni*, in *Jus*, 1991, 1, ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018

- BERTI G., *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona*, in *Jus*, 1985, 3
- BERTI G., *Ordinamento amministrativo e ristrutturazione comunale*, in *Le Reg.*, 1979, 4
- BERTI G., *Per ricordare Franco Ledda. Strutture amministrative e garanzie per il cittadino*, in *Jus*, 2005, 1-2
- BERTI G., *Rileggendo Donato Donati*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1967, 6, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018
- BERTI G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1
- BERTI G., *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991
- BERTOLISSI M., *Il diritto pubblico nella 'centesimus annus'*, in *Dir. soc.*, 1992, 3
- BERTOLISSI M., *Riformare la pubblica amministrazione, acqui està el busilis; Dios non valga!*, in *Federalismi*, 2021, 26
- BERTONCELLO L., CAGNIN V., *La transizione dall'economia informale verso l'economia formale nella prospettiva dell'Oil: la nuova Raccomandazione n. 204/2015*, in *Lav. Dir.*, 2015, 4
- BETTI E., *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma, Città nuova, 1987
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, Giuffrè, 1955
- BETZU M., *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *La proposta nel diritto pubblico*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936
- BITONTI A. et al., *Chi detta l'agenda? Le dichiarazioni pubbliche dei gruppi di interesse nel Recovery Fund*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2021, 3
- BOBBIO N., *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, Cedam, 1974
- BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora anche in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994
- BOBBIO N., *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 4
- BÖCKENFÖRDE E.-W., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1st ed., 1992) Frankfurt an Mein, Suhrkamp (trad. it. a cura di M. NICOLETTI, O. BRINO, *Stato Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006)
- BODDA P., *Aspetti del diritto amministrativo odierno*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, I
- BODDA P., *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, Giuffrè, 1935

- BORDA C., *Manuale dizionario di amministrazione municipale, provinciale delle opere pie*, II, Torino, Sebastian Franco e figli Edit., 1863
- BORSI U., *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1931, IV
- BORSI U., *L'atto amministrativo complesso (Contributo alla teoria degli atti amministrativi)*, ora anche in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1976
- BRECCIA U., *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 3
- BRONDI V., *L'atto complesso nel diritto pubblico*, Torino, UTET, 1898, ora anche in *Scritti minori*, Torino, Regia Università, 1934
- BUOSO E., *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *PA Persona amministrazione*, 2021, 1
- BURKE J.P., *Conciliare la pubblica amministrazione e la democrazia: il ruolo dell'amministrazione responsabile*, in *Probl. Amm. pubbl. (Formez)*, 1990, 2
- BUSCEMA S., *Bilancio dello Stato ad vocem*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959
- BUTERA F., *Amministrazione da reinventare*, in *Il Mulino*, 1999, 6
- CACCIAVILLANI C., *Completezza dell'istruttoria documentale e sentenza in forma semplificata*, in *Giur. it.*, 2012, 5
- CACCIAVILLANI C., *Il ruolo dell'eccezione di dolo generale nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3
- CACCIAVILLANI C., *Incertezza delle regole e processo amministrativo*, in *Annuario AIPDA. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, ES, 2015
- CAFAGNO M., *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012
- CAIANI L., *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1
- CAIANIELLO V., *L'impronta del civilista nelle tecniche argomentative delle decisioni redatte da Luigi Mengoni in tema di diritto pubblico*, in *Jus*, 2002, 1
- CAIANIELLO V., *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 4
- CAIANIELLO V., *Problemi dell'amministrazione nello stato unitario (1859-1865)*, in *Dir. soc.*, 1990, 3
- CAIO F., *Lo Stato del digitale*, Padova, Cedam, 2014
- CALABRÒ M., *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi*, 2017, 10

- CALABRÒ M., *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso proconcorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5
- CALABRÒ M., *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale*, Napoli, ES, 2004
- CALAMANDREI P., *La relatività del concetto di azione*, ora anche in *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1947
- CALANDRA P., *Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez) (L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza)* 1981, 1
- CALASSO F., *Diritto (le basi storiche delle partizioni)* ad vocem, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964
- CAMMARATA A.E., *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, Giuffrè, 1963
- CAMMARATA A.E., *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Univ. Macerata*, Padova, Cedam, 1929
- CAMMARATA G., *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, I, Roma, Treves, 1925
- CAMMELLI M., *Amministrare senza amministrazione*, in *Il Mulino*, 2016, 4
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005
- CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 1
- CAMMELLI M., *Gli studi giuridici tra istituzioni e garanzie*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990
- CAMMELLI M., *Governo delle città: profili istituzionali*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio, 2012
- CAMMELLI M., *Unità e pluralismo culturale*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, VI, Firenze, Firenze University Press, 2016
- CAMMEO F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, Vallardi, s.d. (ma 1911)
- CAMMEO F., *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Società editrice libraria, 1907
- CAMMEO F., *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, III
- CAMMEO F., *La prescrizione in diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1922, IV

- CAMPUS D., *L'eredità di Herbert Simon tra psicologia cognitiva e scienza politica*, in *Riv. it. sc. Pol.*, 2001, 2
- CANNADA BARTOLI E., *Di alcuni aspetti del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, II, Milano, Giuffrè, 1965
- CANNADA BARTOLI E., *Diritto amministrativo rivelato?*, in *Foro amm.*, 1971, III
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo) ad vocem*, in *Enc. giur.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972
- CANNADA BARTOLI E., *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV
- CAPACCIOLI E., *Evoluzioni recenti della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*^{11ed}, Padova, Cedam, 1983
- CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune*, ora anche in *Opere*, II, Milano, Giuffrè, 1959
- CAPOGRASSI G., *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 4,
- CAPONI R., *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1
- CAPORALE F., FREDIANI E., *La Costituzione dimenticata. Dai consigli di gestione alla partecipazione al rischio delle imprese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1
- CAPOTOSTI P.A., *Tendenze alla negoziazione degli interessi tra amministrazione e privati e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, Giuffrè, 1992
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Scelte di finanza pubblica e risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004
- CARAVITA B., *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi*, 2019, 1
- CARDARELLI F., *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2015, 2
- CARDARELLI F., *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in *Dir. inf.*, 2002, 2
- CARDI E., *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, Maggioli, 1983
- CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. P.a.*, 2008, 6
- CARLONI E., *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2
- CARLONI E., *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 4

- CARLONI E., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011
- CARNELUTTI F., *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Casa ed. Giuseppe Principato, 1931
- CARNELUTTI F., *L'antinomia del diritto naturale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 2, ora anche in *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, Cedam, 1961
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, Cedam, 1938
- CARNEVALI F., *I motivi del diritto amministrativo volgarizzati*, Fermo, Tip. Bacher, 1883
- CAROLI CASAVOLA H., *L'integrazione nella società pluralista e i migranti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 2
- CARULLO G., *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. merc.*, 2016, 1
- CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 2
- CASSETTA E., *Il sistema del diritto amministrativo*, in *Amministrare*, 2001, 3
- CASSETTA E., *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli comunali*. Atti del XXII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 23-25 settembre 1976, Milano, Giuffrè, 1977
- CASSETTA E., *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir amm.*, 1993, 1
- CASINI L., *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 201
- CASSESE S., *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 2
- CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971
- CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim., dir. pubbl.*, 2006, 3
- CASSESE S., *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2
- CASSESE S., *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, I, Bologna University Press, Bologna, 2018
- CASTIGLIONE D., *La rappresentanza informale e il sistema della rappresentanza politica*, in *Parolechiave*, 2012, 1
- CATALDI G., *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milano, Giuffrè, 1967
- CATALDI G., *Le informazioni come oggetto di attività amministrativa*, in *Scritti in memoria di Guido Zanobini*, I, 1965

- CATELANI A., *Il diritto come struttura e come forma*, Torino, Giappichelli, 1998
- CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova, Cedam, 1993.
- CAVALLO PERIN R., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 4
- CECERE A.M., *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione. Dalle restrizioni alle coercizioni nei confronti dei privati*, Napoli, ES, 2012
- CELESTE E., ROSSA S., *A colpi di tweet: social network, pubblica amministrazione e politica*, in *Ist. fed.*, 2020, 1
- CERULLI IRELLI V., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, I, Milano, Giuffrè, 1998
- CERULLI IRELLI V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1
- CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2205 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005
- CHAPUS R., *Droit administratif général* (15th ed., 2001), I, Parigi, Montchrestien ed.
- CHEVALLIER J., *L'État de droit*, (1st ed., 1992), Parigi, Montchrestien ed.
- CHEVALLIER J., LOSCHAK D., *Science administrative* (1st ed., 1978) II, Parigi, s.e.
- CHIARLONI S. *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, Jovene, 1933
- CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, ora anche in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, Zanichelli, 1904
- CHIRULLI P., *'The Anatomy of Administrative Law': suggestioni da una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3
- CHITI M.P., *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, ES, 2020
- CHITI M.P., *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso problema?*, in M.P. CHITI (a cura di), *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003
- CHITI M.P., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini Editore, 1976
- CHITTOLINI G., *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, in G. CHITTOLINI, A. MOLHO, P. SCHIERA (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale*, Bologna, Il Mulino, 1994
- CIMINI S., *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettive dell'oralità*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002

- CIOFFI A., *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (A proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. amm.*, 2009, 3
- CIOFFI A., *Il fattore decisivo del provvedimento e la motivazione*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli, ES, 2017
- CIOFFI A., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4
- CIOFFI A., *Sulla norma interna e sull'autonomia della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, I, Napoli, ESI, 2015
- CIOFFI A., *Volontà e interesse nell'interpretazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, ES, 2020
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *L'identità delle scienze giuridiche nel mondo giuridico 'plurale'. 'Questa è l'acqua'*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 2
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 1
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 4
- CIVITARESE MATTEUCCI S., TORCHIA L., *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*^{IVed}, Bologna, Il Mulino, 2019
- CLARICH M., RAMAJOLI M., *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, Edizioni ETS, 2021
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Il ruolo del giurista nel processo di modernizzazione della p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3
- CODACCI PISANELLI A., *Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale, e che sia la scienza dell'amministrazione*, Milano, s.e. (ma Vallardi), 1887
- COGNETTI S., *Normative sul procedimento. Regole di garanzia ed efficienze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 1
- COLOMBINI G., *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi*, 2021, 8
- COMPORTE G.D., *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, ES, 2020
- COMPORTE G.D., *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3

- COMPORTE G.D., *Il metodo morelliano di Fabio Merusi e i suoi possibili sviluppi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1
- COMPORTE G.D., *L'atto complesso di Umberto Borsi e il coordinamento procedimentale: ovvero il nome e la cosa*, in *Dir. amm.*, 2005, 2
- COMPORTE G.D., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, ES, 2017
- COMPORTE G.D., *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2
- CONTE A.G., *Ricerca d'un paradosso deontico*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1974, 4, ora anche in *Nove studi sul linguaggio normativo*, Torino, Giappichelli, 1985
- CONTIERI A., *Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010
- CONTIERI A., *La censura: profili evolutivi di un istituto che ha da sempre segnato la vita del cinema. Dalla revisione alla classificazione dei film*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, I, Napoli, ES, 2022
- CONTIERI A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, ES, 2000
- CORREALE G., *La motivation de l'acte administratif et son controle*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 2
- CORSO G., *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in L. NIVARRA, A. PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2018
- CORSO G., *Franco Ledda: metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017,
- CORSO G., *I principi generali del diritto amministrativo. Una riflessione*, in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2019
- CORSO G., *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2011, 1
- CORSO G., *Principio di legalità e trasformazioni dell'amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, ESI
- CORSO G., *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1
- CORSO G., *Validità (diritto amministrativo) ad vocem*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993

- COSSALTER P., *L'internalizzazione del diritto amministrativo: un punto di vista francese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4
- COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1
- COSTANTINO F., *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 2017, 4
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*^{IVed}, Milano, Società editrice libraria, 1929
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008
- CUGURRA G., *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1
- D'ALBERTI M., *L'effettività e il diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, ES, 2011
- D'ANGELOSANTE M., *Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e dei percorsi di completamento immaginabili*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4
- D'ARIENZO M., *Dimensione organizzative e modelli culturali in sanità: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Federalismi*, 2021, 1
- D'ORSOGNA D., *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e storia*, 2010, 6
- D'ORSOGNA D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, ES, 2005
- D'ORSOGNA D., *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004
- D'ORSOGNA M., *Annullabilità del provvedimento (sub articolo 21 octies, comma 1)*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2205 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005
- D'ORSOGNA M., *Le strutture organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*^{VIIed}, Torino, Giappichelli, 2021
- D'ORSOGNA M., *Teoria dell'invalidità e risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004
- DE FINA G., *La teleologia degli atti nel rapporto autorità-libertà*, Padova, Cedam, 1974
- DE FINA G., *L'erosione del principio dell'atto formale in materia di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1975, 11, V

- DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Corso di diritto pubblico amministrativo professato nella Regia Università di Pisa*, VI, Firenze, Tipografia Editrice dell'Associazione, 1877
- DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Nuovo diritto amministrativo d'Italia, informato al carattere nazionale e necessità di emanciparne la spozizione teorica dalle influenze prevalenti de' metodi stranieri*, Pavia, Tip. in ditta Eredi Bizzoni, 1864
- DE GIORGI CEZZI G., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4
- DE GIORGI CEZZI G., *I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, ES, 2020
- DE GIORGI CEZZI G., *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3
- DE LEONARDIS F., *'Big data', decisioni amministrative e povertà di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, 2
- DE LUCIA L., *A proposito di «Verwaltungsrechtliche dogmatik» di Eberhard Schmidt-Aßmann. Il diritto amministrativo tedesco e il rinnovamento della dogmatica giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1
- DE NITTO S., *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 3
- DE PRETIS D., *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in *Annuario AIPDA. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale. Bari, 30 settembre-1° ottobre 2011*, Napoli, ES, 2012
- DE SANTIS V., *Corte costituzionale, sent. n. 168/2020: un percorso tra norme di emergenza, esigenze di celerità e quesiti aperti*, in *Forum quad. cost.*, 2021, 3
- DE SIANO A., *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, ESI, 2018
- DE SIANO A., *Le forme della decisione della p.a.*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 4
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenäum, 1916 (rist. anast., Padova, Cedam 1986)
- DEBARY M., *Le voie da fait en droit administratif* (1st ed., 1960), Parigi, R. Pichon et Durand-Auzias
- DELGADO I.M., *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016
- DELL'ACQUA C., *La validità giuridica tra forma e integrazione*, in *Dir. soc.*, 1994, 4
- DELLA CANANEA G., *Diritto letteratura e filosofia negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, II, Napoli, ES, 2018

- DELLE DONNE M., *Per una revisione delle prime nozioni del diritto pubblico (contributo alla sistematica del diritto pubblico)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti nel XXXV° anno di insegnamento*, I, Padova, Cedam, 1931
- DELVECCHIO G., *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, Milano, Zanichelli, 1905, ora anche in *Presupposti, concetto e principio del diritto. Trilogia*, Milano, Giuffrè, 1959
- DELVOLVÉ P., *Voie de fait: limitation et fondements*, in *Ius Publicum*, 2013
- DENTE B., *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1995
- DENTE B., *Politiche pubbliche e pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini, 1989
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992
- DI GASPARE G., *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2,
- DI GASPARE G., *Poteri privati e Corporation nella globalizzazione*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3,
- DI GIOVANNI A., *La concezione della pubblica amministrazione nei lavori della prima commissione Forti*, in *Jus*, 1984, 1-2
- DI LASCIO F., *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3
- DI MAJO A., *Termine (dir. priv.) ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992
- DI MARTINO A., *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove aut.*, 2017, 3
- DI MARTINO A., *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, ES, 2022
- DIPACE R., *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4
- DIPACE R., *L'inerzia e il silenzio della pubblica amministrazione nelle opere di Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, ES, 2020
- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1903, 1
- DONATI D., *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2005
- DONATI D., *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*^{IIIed}, Padova, Cedam, 1932
- DOSI C., *Venezia e la tragedia dei beni comuni*, in *Equilibri*, 1999, 1
- DREWRY G., *Il diritto pubblico*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez)*, 1996, 3
- DUCROCQ T., *Cours de droit administratif et de législation française des finances* (1st ed., 1898) III, Parigi, Ancienne Librairie Thorin et fils

- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996
- DUNI G., *Anniversari dell'informatica amministrativa. Origini, evoluzione e prospettive*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3
- DUNI G., *Il procedimento amministrativo tra conferenza di servizi, multimedialità e teleamministrazione*, in *Foro amm.*, 1995, 2-3
- DUNI G., *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.*, 1978, 6
- ELICKSON R.J., *Order without law* (1st ed., 1991) Londra, Harvard University Press
- ENGEL C., *Gli effetti del diritto comunitario sul diritto amministrativo tedesco*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez)*, 1993, 4
- ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1934
- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, ESI, 1983
- FALCONE M., *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della 'rivoluzione dei dati': il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Ist. fed.*, 2017, 2
- FALZEA A., *Fatto giuridico ad vocem, ora anche in Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970
- FALZEA A., *Manifestazione (teoria gen.) ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè
- FALZEA A., *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 1
- FALZEA A., *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1994
- FANTIGROSSI U., *Perché è così difficile digitalizzare la P.A.*, in *Giustizia Amministrativa*, 2018, 11
- FAVALE R., *Il processo di deformalizzazione dei contratti di investimento immobiliare. 'Das Richterrecht bleibt unser Schicksal'*, in *Rass. Dir. civ.*, 2019, 3
- FELIZIANI C., *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2019, 1
- FERLICCA F., *Housing informality in Buenos Aires*, in *Equilibri*, 2020, sp. iss
- FERRAJOLI L., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1
- FERRAJOLI L., *Il futuro della democrazia in Europa*, in *Parolechiave*, 2012, 1
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, Laterza, 2007
- FERRAJOLI L., *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1982, 1
- FERRARA L., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3 (suppl.)

- FERRARA L., *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3
- FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal 'terzo'*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4,
- FERRARA R., *Interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 1
- FERRARA R., *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4
- FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2
- FERRARA R., *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla 'specialità' amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 2
- FERRARESE M.R., *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3
- FERRARINI G., *La forma degli atti giuridici*, in *Note di diritto civile*, Modena, s.e., 1989
- FERRERO F., *Le forme scritte degli atti amministrativi*, Perugia, Tip. Guerriero Guerra, 1934
- FIORAVANTI M., *Un frammento di storia della cultura dell'Ottocento tedesco*, in *Quad. fior.*, 1978
- FIORITTO A., *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 2009
- FOÀ S., *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 1
- FOÀ S., *Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l'effettività dei diritti aletici*, in *Federalismi (Focus - L'Agorà digitale)*, 2021, 11
- FOIS S., *Legalità (principio di)* ad vocem, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1973
- FOLLIERI E., *Rilettura di Lorenzo Meucci*, in *Dir. amm.*, 2010, 3
- FORSTHOFF E., *La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 3
- FORTE P., *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, ES, 2020
- FORTE P., *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona amministrazione*, 2019, 1
- FORTE P., *Pubblica amministrazione ed eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Ist. fed.*, 2021, 4
- FORTI U., *Forma scritta e nullità di atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1933, III
- FORTI U., *I motivi e la causa negli atti amministrativi*. Estratto da 'Il Foro Italiano' (Vol. LVII), Roma (ma Città di Castello), Soc. Ed. de 'Il Foro Italiano' (ma Tip. Unioni Arti Grafiche) 1932

- FORTI U., *Il realismo nel diritto pubblico (a proposito di un libro recente)*, Camerino, Tip. Savini, 1903
- FOSCHINI A., *Criteri differenziatori tra locazione di cose e concessione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1946, II
- FRACCHIA F., *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 2
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Annullabilità del provvedimento (sub articolo 21 octies, comma 2)*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2205 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005
- FRACCHIA F., *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 3-4
- FRAGOLA U., *Atti e comportamenti amministrativi equivalenti*, in *Foro amm.*, 1937, I
- FRAGOLA U., *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano, Giuffrè, 1942
- FRAGOLA U., *Teoria generale del diritto e diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, II
- FRANCARIO F., *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi*, 2017, 8
- FRANCHINI C., *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5
- FRANCHINI C., *La realizzazione di grandi opere tra centro e periferia*, in *Giustamm*, 2015, 1
- FRANCHINI C., *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle 'interferenze' tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 1
- FRANCHINI F., *Atti amministrativi condizionati ad accordi fra privati?*, in *Foro amm.*, 1957, I
- FREDIANI E., *Il diritto amministrativo 'reticolare' e la 'natura delle cose': rileggendo la gestione di affari di Enzo Capaccioli*, in *Dir. amm.*, 2009, 4
- FREDIANI E., *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*, in *Dir. soc.*, 2017, 4
- FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. amm.*, 2005, 4
- FREMONT M., *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez)*, 1989, 3
- GALATERIA L., *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950
- GALETTA D.U., CORVALÁN J.G., *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 2019, 2
- GALETTA D.U., *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN,

- D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020
- GALETTA D.U., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, Giuffrè, 2002
- GALGANO F., 'Pubblico' e 'privato' nella qualificazione della persona giuridica, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, Cedam, 1972
- GALLO C.E., *Un nuovo cittadino: utopia o realtà*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3
- GALLONE G., *Blockchain e big data nel settore pubblico: spunti in tema di G.D.P.R. compliance*, in *Federalismi*, 2022, 14
- GAMBARDELLA F., *Gare pubbliche e modelli flessibili: il partenariato per l'innovazione*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, ES, 2017
- GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi*, 2017, 1
- GARILLI A., *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *Lav. P.a.*, 2016, 1-2
- GASPARRI W., *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 3
- GERBER C.F., *Gründzüge des deutschen Staatsrecht* (3rd ed., 1880) Lipsia, Verlag Von Bernhard Tauchnitz
- GIANI L., *Affidamento del privato tra certezza della decisione ed (in)esauribilità del potere. Spunti sulla (ir)rilevanza dell'errore*, in A. BARTOLINI (a cura di), *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Torino, Giappichelli, 2021
- GIANI L., *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, ES, 2018
- GIANI L., *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 3
- GIANI L., *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, 2020
- GIANI L., *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017
- GIANI L., *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove aut.*, 2021, 3
- GIANI L., *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove aut.*, 2012, 2
- GIANI L., *La presunta configurazione privatistica degli interventi di ricostruzione in caso*

- di calamità naturali e la deroga alla disciplina del codice dei contratti. Alcuni spunti di riflessione tratti dall'esperienza aquilana*, in *Riv. amm. app.*, 2012, 3
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Messina - Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982
- GIANNINI M.S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 1
- GIANNINI M.S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 2-3
- GIANNINI M.S., *In tema di verbalizzazioni*, in *Foro amm.*, 1960, I
- GIANNINI M.S., *Intervento*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1981, 2
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981
- GIANNINI M.S., *Itinerario delle qualificazioni giuridiche*, in *Dir. soc.*, 1984, 3-4
- GIANNINI M.S., *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 2,
- GIANNINI M.S., *Persone giuridiche pubbliche e private*, Roma, Studium Urbis, 1940
- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Estratto da *Studi Sassaressi*, XVII (1940), ora anche in *Quad. fior.*, 1973
- GIANNINI M.S., *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, Giuffrè, 1996
- GIGLIONI F., *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 1
- GIGLIONI F., *La città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 2018, 1
- GIGLIONI F., *Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale*, in *Dir. econ.*, 2018, 2
- GIORGIANI M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 2
- GIUSTI A., *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 2
- GIUSTI A., *Urban law, emergency and reconstruction. An essay from L'Aquila experience*, in *It. J. Pub. L.*, 2019, 2
- GORDILLO A., *Access to justice, legal certainty and economic rationality*, in *Dir. econ.*, 2014, 1
- GRECO G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4
- GRECO G., *Interesse strumentale e interesse finale*, in S. LICCIARDELLO, S. PE-

- RONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019
- GROSSI P., *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. fior.*, 2016
- GROSSI P., *Sulla odierna 'incertezza del diritto'*, in *Annuario AIPDA. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, ES, 2015
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994
- GUASTINI R., *'Un soggetto, un diritto, un giudice'. I fondamenti teorici di una giustizia non-amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1
- GUASTINI R., *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3
- GUASTINI R., *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 6, II
- GUELI V., *Pluralità degli ordinamenti e condizioni della loro coesistenza*, Milano, Giuffrè, 1949
- GUELI V., *Realtà e logica nel diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 2
- GUERRA M.P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996
- GUICCIARDI E., *Atti di collegi amministrativi e sottoscrizione del verbale*, in *Giur. it.*, 1964, III
- HARTWIG R., *Razionalità e problemi di teoria amministrativa*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez)*, 1979, 2
- HAURIOU M., *De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII*, 1 *Revue générale d'administration* 26 (1892)
- HAURIOU M., *La science sociale traditionnelle* (1st ed., 1929) Parigi, Larose
- HAURIOU M., *Precis de droit administratif* (10th ed., 1921) Parigi, s.e.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques* (5th ed., 1903) Parigi, Larose
- HELLER H., *Gesammelte Schriften* (1st ed., 1971) Leiden, Martin Drath et al. ed. (trad. it. a cura di P. PASQUINO, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1987)
- HENNIS W., *Verfassung und Verfassungswirklichkeit (ein deutsches Problem)* (1st ed., 1968) Tübingen, Mohr Siebeck
- IACOPINO A., *La perequazione urbanistica nell'esperienza regionale calabrese*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 1-2
- IANNOTTA L., *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 1
- IANNOTTA L., *Il modo di far diritto di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010
- IANNOTTA L., *L'uomo nel diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, Mucchi, 1996

- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1
- IANNOTTA L., *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 2
- IMMORDINO M., *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004
- IMMORDINO M., *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza e incertezza*, in *Annuario AIPDA. L'incertezza delle regole*. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, ES, 2015
- INGROSSO G., *Il diritto amministrativo italiano nella scienza e nella realtà dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I
- INGROSSO G., *Le forme in diritto amministrativo. A proposito di deliberazioni a porte chiuse, di processi verbali, e di approvazioni incondizionate*, in *Giur. it.*, 1908, IV
- IRRERA M., *Il Decreto Anticorruzione e l'amministratore di nomina prefettizia: una complessa sfida interpretativa*, in *Riv. soc.*, 2018, 4
- IRTI N., *"Diritto e lex". Stato di diritto come Stato della legge*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, I
- IRTI N., *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3
- IRTI N., *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 1
- IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1985
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007
- IRTI N., *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quad. fior.*, 1978
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, 4
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979
- IRTI N., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1
- IRTI N., *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, Jovene, 1973
- IRTI N., *La scuola di Messina in un libro sui fatti giuridici*, in *Jus*, 1995, 3
- IRTI N., *Occasioni novecentesche. Sul cammino del diritto*, Napoli, ES, 2012
- IRTI N., *Per una lettura critica di Santi Romano*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1
- IRTI N., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2020
- IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, Cedam, 2007
- IRTI N., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, La nave di Teseo, 2021
- JHERING R., *Geist des römischen rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung* (1st ed., 1907) I, Lipsia, Aalen
- KOSTORIS R.E., *Per un diritto che si sviluppa dalla società. L'avventura scientifica di Paolo Grossi*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1

- LA TORRE M., *L'evoluzione del diritto e 'la pretesa di progresso'. Per una modesta filosofia della storia del diritto*, in *Ragion pratica*, 2017, 1
- LANGROD G., *La codificazione del procedimento amministrativo non contenzioso nella repubblica federale tedesca*, in *Probl. Amm. Pubbl. (Formez)*, 1978, 2
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1st ed., 1960) Berlino, Springer-Verlag (trad. it. a cura di S. VENTURA, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966)
- LAZZARA P., *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, 2
- LE BOT O., *Maintenir la voie de fait ou la supprimer? Considérations juridiques et d'opportunité*, 24 RDLF 33 (2012)
- LEDDA F., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, Mucchi, 1996, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Alla ricerca della lingua perduta del diritto*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 11-12, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 4, 1273 ss, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*. Atti convegno Messina, 15-16 aprile 1988, Milano, Giuffrè, 1993, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 9-10, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964 (ed. provvisoria) ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964
- LEDDA F., *In memoriam. Ricordo di Aldo Piras e Franco Levi*, in *Jus*, 1998, 2
- LEDDA F., *Intervento*, in *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*. Atti del seminario di studio - Roma, 27 gennaio 1995, Milano, Giuffrè, 1997
- LEDDA F., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*. Atti del XXX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 20-22 settembre 1984, Milano, Giuffrè, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *La concezione dell'atto amministrativo*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bi-*

- lancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 3, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Nuove note sugli accordi 'di diritto pubblico' e su alcuni temi contigui*, in *Giur. it.*, 1998, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Potere tecnico e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002,
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Qualificazioni giuridiche ed esperienze nelle figure di coordinamento*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di V. Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002
- LEDDA F., *Teoria e metodo in Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 1
- LEONE G., *La vicenda autostrade: un caso 'all'italiana'*, in *Foro amm.*, 2021, 2
- LESSONA S., *Interesse privato e dovere di abrogazione di provvedimenti successivamente inefficaci*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1
- LESSONA S., *Introduzione al diritto amministrativo e alle sue strutture fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1960
- LESSONA S., *La formazione dei provvedimenti amministrativi attraverso il contraddittorio degli interessati*, in *Riv. amm.*, 1954
- LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Napoli, ESI, 1950
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967 (rist. anast., Torino, Giappichelli, 2018)
- LEVI F., *Legittimità ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974
- LEVI F., *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 4
- LIGUORI F., *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 5
- LIGUORI F., *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, ES, 2021
- LIGUORI F., *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, 2017, 1
- LIGUORI F., *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria 'a tempo'*, in *Nomos*, 2022, 1
- LIGUORI F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4

- LIGUORI F., *Liberalizzazioni, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, ES, 2019
- LIGUORI F., *Presentazione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, ES, 2021, 9
- LIGUORI F., *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1
- LIONELLO L., *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Riv. comm. Int.*, 2021, 3
- LIPARI M., *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*. Atti del XLVIII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 19-21 settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003
- LIPARI N., *Elogio della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2021
- LIPARI N., *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3,
- LIPARI N., *Per un tentativo di definizione del 'diritto'*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, Giuffrè, 1995
- LIPARI N., *Per un tentativo di definizione del 'diritto'*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995
- LISERRE A., *Forma degli atti ad vocem*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1988
- LOLLO A., *Libertà di manifestazione del pensiero e uso dei social da parte dei magistrati (a proposito di una recente delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa)*, in *Giustizia amministrativa*, 2022, 6
- LONGOBARDI N., *Grandi disegni o vere riforme? A proposito di una innovazione istituzionale e pubblica amministrazione*, in *Studi economico-giuridici* (Volume LIX 2001-2002). In memoria di Franco Ledda, I, Torino, Giappichelli, 2004
- LUCATELLO G., *Sul nesso sistemazione-integrazione nell'indagine giuridica*, in *Dir. soc.*, 1989, 4
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 2014, 3
- LUCIFREDI R., *Forma scritta e prova testimoniale in materia di atti amministrativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 2, III
- LUCIFREDI R., *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, Giuffrè, 1941 (rist. inal., Milano, Giuffrè, 1963)
- LUHMANN N., *L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, 1
- LUHMANN N., *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung* (5th ed., 2007) Berlino, Verlag
- LUPU N., *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 2022, 1

- MAEZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 4
- MALVICINI M., LAURI G., *Basta un 'tweet'? Il potere informativo-conoscitivo della Presidenza della Repubblica, tra comunicazione istituzionale e nuovi media*, in *Forum Costituzionale*, 2019, 7
- MANFRELOTTI R., *La causa negli atti di diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, 2021, 4
- MANGANARO F., *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 2
- MANGANARO F., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017
- MANNA G., *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza e alle leggi dell'amministrazione pubblica*^{11ed}, Napoli, Stabilimento tipografico del Cav. Gaetano Nobile, 1860
- MANNORI L., *Uno Stato per Romagnosi*, I, Milano, Giuffrè, 1984
- MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 3
- MANZETTI V., *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti*, in *Munus*, 2018, 5
- MARCHEGIANI G., *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi*, 2019, 2
- MARCHETTI B., RENNA M. *I processi di giuridificazione. Soggetti, tecniche, limiti*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, III, Firenze, Firenze University Press, 2016
- MARI C., *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi e criticità*, in *Federalismi*, 2021, 27
- MARINO I.M., *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali* (Parte I), in *Dir. soc.*, 1990, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Napoli, ESI, 2015
- MARINO I.M., *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Dir. soc.*, 2010, 1
- MARONGIU G., *Funzione ad vocem*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1988, 2, ora anche in *La democrazia come problema*, I, t. 2, Bologna, Il Mulino, 1994
- MARONGIU G., *L'opera scientifica di Vittorio Bachelet: un profilo generale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, Giuffrè, 1987
- MARONGIU G., *La democrazia come problema*, in *Orient. Soc.*, 1989, 2, ora anche in *La democrazia come problema*, I, t. 2, Bologna, Il Mulino, 1994
- MARONGIU G., *Scienze sociali e amministrazione pubblica: un approccio multidisciplinare*, ora in *La democrazia come problema*, I, t. 2, Bologna, Il Mulino, 1994
- MARRAMA D., *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 2

- MARRAMA R., *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*^{led}, I, Napoli, ES, 1979
- MARTINES F., *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017
- MARZUOLI C., *Il problema amministrativo tra discrezionalità e tecnica (il contributo di Antonio Romano Tassone)*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1
- MARZUOLI C., *Un diritto "non amministrativo"?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1
- MASSERA A., *'Giustizia nell'amministrazione' e 'ingiustizie amministrative' tra passato e presente*, in *Dir. amm.*, 2020, 1
- MASSERA A., *I principi generali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*^{led}, I, Milano, Giuffrè, 2007
- MASSERA A., *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 4
- MASSERA A., MERLONI F., *L'eterno cantiere dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2
- MASTRODONATO G., *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4
- MASUCCI A., *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993
- MASUCCI A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli, 2011
- MASUCCI A., *Teoria del documento e documento informatico*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005
- MATTARELLA B.G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1
- MATTARELLA B.G., *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6
- MATTARELLA B.G., *Pubblica amministrazione e interessi*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008
- MATTEUCCI N., *Il liberismo in un mondo in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1972, 1
- MATTEUCCI N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 3
- MAZZAMUTO M., *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, 2
- MAZZAMUTO M., *Gian Domenico Romagnosi. Inventore del diritto amministrativo?*, in *Dir. soc.*, 2016, 4

- MAZZAMUTO M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2
- MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 4
- MAZZAMUTO M., *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, 3
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000
- MAZZAMUTO M., *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto d'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 1
- MELIS G., *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2
- MELIS G., *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo generale*^{11ed}, I, Milano, Giuffrè, 2003
- MELIS G., *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2
- MELIS G., TOSATTI G., *La riforma amministrativa 1918-1992: gli studi e le proposte*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1994
- MENEGHELLI R., *Di alcune applicazioni del concetto di validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Dir. soc.*, 1991, 3
- MENEGHELLI R., *Rileggendo alcune pagine del dizionario giuridico di Santi Romano*, in *Dir. soc.*, 1993, 1-2
- MENEGHELLI R., *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Dir. soc.*, 1991, 1
- MENGGONI L., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1
- MENNA E., *Le deliberazioni comunali e la loro approvazione condizionata da parte della Giunta prov. amm.*, in *Riv. amm.*, 1910, 2
- MENNA E., *Se alle amministrazioni comunali e provinciali possa esser consentita la forma del contratto verbale*, in *Boll. Op. pie*, 1912, 2
- MERLA L., *Big Data e diritto: una sfida all'effettività*, in *Riv. dir. media*, 2021, 1
- MERLIN P.A., *Acte administratif*, 1 Repertoire universel et raisonné de jurisprudence (1910), I, Parigi, 1910
- MERLONI F., *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. amm.*, 2022, 2
- MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 2
- MERUSI F., *A proposito di «Verwaltungsrechtliche dogmatik» di Eberhard Schmidt-Aßmann. Divagazioni su di una pretesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1
- MERUSI F., *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4
- MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4

- MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970
- MERUSI F., *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior.*, 1993
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4
- MERUSI F., *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012
- MERUSI F., *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009, 4
- MERUSI F., *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, 4
- MERUSI F., SORACE D. (a cura di), *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo di Enzo Capaccioli*, Padova, Cedam, 1995
- MEUCCI L., *Il sistema elementare del diritto*, Roma, Tipografia Fratelli Pallotta, 1873
- MEUCCI L., *Instituzioni di diritto amministrativo*^{IVed}, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1909
- MEYER F., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo nella repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 3
- MEYER O., *Deutsches Verwaltungstrecht* (1st ed., 1924, rist. inal. 1960) I, München, Duncker & Humblot
- MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, II, Milano, Giuffrè, 1943
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931
- MIELE G., *La pubblica amministrazione e la sfera di efficacia dell'art. 1341 del codice civile*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, UTET, 1960
- MIELE G., *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987
- MIELE G., *Umanesimo giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1987
- MIGLIORINI L., *La funzione amministrativa e il procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Mucchi, Modena, 1996
- MIGNONE C., *Gli elementi dell'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI et al. (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 1993
- MIRAGLIA L., *La scienza dell'amministrazione e il diritto amministrativo*, in *Il Filangieri*, 1881

- MODICA M., FAGGIAN A., ALOISIO R., *The Post-Earthquake reconstruction in L'Aquila: some reflections*, in *Sc. Reg.*, 2019, 3
- MODUGNO F., *Annullabilità e annullamento (diritto pubblico) ad vocem*, in *Enc. giur.*, II, Roma, Treccani, 1988
- MODUGNO F., *Funzione ad vocem*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969
- MODUGNO F., *Pluralità degli ordinamenti ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè
- MODUGNO F., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, ES, 2009
- MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande 'inammissibili' o 'manifestamente infondate'*, in *Dir. amm.*, 2010, 1
- MORANA D., *Lo Stato digitale, partiti e partecipazione politica nell'era digitale: la prospettiva costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2
- MORBIDELLI G., *Invalità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003
- MORBIDELLI G., *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999
- MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3
- MORBIDELLI G., *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, Giuffrè, 1992
- MORRONE A., *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 2
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, Vallardi, 1908
- MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940
- MORTATI C., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, ora anche in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, II, Milano, Giuffrè, 1972
- MOYRAND A., *Le droit administratif* (1st ed., 1992) I, Lione, L'Hermès ed.
- MUFFATO N., *Osservazioni in margine a Giovanni Tarello su frastico e neustico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007
- NATALINI A., *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1
- NEGRI A., *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, Cedam, 1962
- NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Milano, Giuffrè, 1989, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni*

- dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*. Atti del Convegno Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè, 1990
- NIGRO M., *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 3
- NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 4
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 1, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996
- NIGRO M., *Il segreto di Gerber*, in *Quad. fior.*, 1973
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri*, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*^{II ed}, Bologna, Il Mulino, 1986, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 2, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996
- NIGRO M., *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quad. fior.*, 1988, 274
- NIGRO M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996
- NIGRO N., *Costituzione ed effettività costituzionale*, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996
- NIZARD L., *Le dinamiche contraddittorie in atto nell'amministrazione francese: un tentativo di spiegazione teorica*, in *Probl. Ammm. Pubbl.* (Formez), 1981, 2
- ORESTANO R., *Realtà, parole, valori nella scienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 5, I
- ORESTANO R., *Savigny 'pubblicista'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 1
- ORLANDO V.E., *Ancora nel metodo nel diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940
- ORLANDO V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena, Pubbl. della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925
- OROFINO A.G., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, Cacucci, 2008
- OROFINO A.G., GALLONE G., *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, 7
- OROFINO A.G., *L'esternazione informatica degli atti amministrativi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinate da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*. Studi, IV, Firenze, Firenze University Press, 2016

- ORSI BATTAGLINI A., *'L'astratta e l'infecunda idea'. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990
- ORSI BATTAGLINI A., *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3
- ORSI BATTAGLINI A., *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, Giuffrè, 1991
- ORSI BATTAGLINI A., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione* (con C. Marzuoli), ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007
- ORSONI G., D'ORLANDO E., *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, 3
- PAGLIANTINI S., *La forma nei principi aquis del diritto comunitario dei contratti: text-form, forme di protezione e struttura del contratto*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2009
- PAGLIARO G., *Il tempo e le forme*, in *Nuova ant.*, 1971, 7,
- PAJNO A., *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 5-6
- PAJNO A., *La cabala delle leggi*, in *Rass. Parl.*, 2009, 1
- PAJNO A., *Legge n. 241/1990, corpi tecnici e attività consultiva*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021
- PALAZZO M., *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi*, in *Studi senesi*, 2021, 1
- PALMA G., *Il lungo itinerario giuridico-costituzionale in virtù del quale l'apparato pubblica amministrazione statale ha assunto l'attuale 'identità' istituzionale 'distinta' dal potere governativo. Una prospettazione del tema della angolazione della scienza amministrativistica*, in *Federalismi*, 2019, 5
- PALMA G., *Lo sviluppo prospettico delle attuali coordinate induce a segnare più confini ricostruttivi della nozione di 'conformità alla legge' del provvedimento amministrativo con ripercussioni sul sindacato giurisdizionale di legittimità*, in *Federalismi*, 2019, 21
- PALMIRANI M., *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 1
- PAOLANTONIO N., *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle 'decisioni algoritmiche')*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 4
- PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 3

- PAOLANTONIO N., *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, in *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*. Atti del seminario di studio - Roma, 27 gennaio 1995, Milano, Giuffrè, 1997
- PAOLANTONIO N., *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, ES, 2018
- PASSARIN D'ENTREVES A., *'Legalità' e 'legittimità'*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Milano, Giuffrè, 1960
- PASTORI G., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 2-3
- PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987
- PASTORI G., *Interesse pubblico e interessi privati, tra accordo, procedimento e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, III, Milano, Giuffrè, 1994
- PASTORI G., *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, ES, 2012
- PASTORI G., *L'insegnamento di un maestro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1
- PASTORI G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1989
- PASTORI G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 18-20 settembre 1986, Milano, Giuffrè, 1989
- PASTORI G., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 3-4
- PASTORI G., *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, ora anche in *Scritti scelti*, I, Napoli, Jovene, 2010
- PASTORI G., *La pubblica amministrazione*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, Bologna, Il Mulino, 1984
- PATRONI GRIFFI F., *Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*, in *Federalismi*, 2015, 5
- PATRONI GRIFFI F., *La l. 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III

- PATRONI GRIFFI F., *Principio di legalità ed effettività della tutela nel pensiero di A.M. Sandulli: spunti per una riflessione*, in *Dir. soc.*, 2017, 4
- PATTARO E., *Validità o verificabilità del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 3
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 3
- PERFETTI L.R., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1
- PERICU G., *Aspettative e tradimenti*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021
- PERICU G., *Brevi note in tema di efficienza e doverosità dell'azione amministrativa*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, II, Milano, Giuffrè, 2002
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, ESI, 1987
- PERLINGIERI P., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. Dir. civ.*, 1999, 4
- PERONGINI S., *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di F.G. Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019
- PERONGINI S., *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, ESI, 1990
- PERONGINI S., *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004
- PERONGINI S., *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Atti del convegno. Salerno, 14-15 novembre 2015, Torino, Giappichelli, 2017
- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016
- PERRUCCI A., *Dai Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *An. Giur. econ.*, 2019, 1
- PICARO R., *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. giur. edil.*, 2018,
- PICOZZA E., *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, Napoli, ESI, 2011
- PIGA F., *Diritto pubblico*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982
- PINELLI C., *Diritto e politica costituzionale nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. soc.*, 2016, 1
- PINTO F., BRIGANTE V., *Centralizzazione delle committenze pubbliche, trasparenza*

- e gruppi di pressione nel sistema regionale campano per la sanità: prime evidenze empiriche*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4
- PINTO F., *Giudice e amministrazione nel sindacato nella discrezionalità tecnica: l'età dell'incertezza*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, III, Napoli, ESI, 2019
- PINTO F., *L'utilizzo delle piattaforme informatiche da parte della pubblica amministrazione: tra falsi miti e veri rischi*, in *Amministrativamente*, 2018, 1-2
- PINTO F., *La disciplina del procedimento amministrativo a quasi trent'anni dall'approvazione della Legge n. 241 del 1990*, in *Amministrativamente*, 2017, 11-12
- PINTO F., *La forma dell'atto amministrativo al tempo di internet: spunti a margine di uno strano apparentamento elettorale*, in *Giustamm*, 2021, 9
- PINTORE A., *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996
- PIOGGIA A., *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1
- PIOGGIA A., *Il potere pubblico e il suo diritto nella regolazione dei farmaci: storia di un arretramento verso una regolazione senza diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3
- PIRAS P., *Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?*, in *Dir. econ.*, 2020, 2
- PIRAS P., *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inf.*, 2020, 1
- PIRAS P., *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ.*, 2022, 2
- PISANELLI G., *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia. Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, Giuffrè, 2004
- PIVA G., SPANTIGATI F., *Introduzione agli studi giuridici*, Roma, Bulzoni, 1982
- POGGI A., *Le occasioni perse per riformare la pubblica amministrazione e quelle da non perdere*, in G.D. MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia. Atti della Giornata di studi per il ventennale del Centro Vittorio Ba-chelet*, Padova, Cedam, 2013
- POLI G., *Pianificazione urbanistica e commissariamento nella legislazione dell'emergenza: utilità o inefficienza della sostituzione degli enti territoriali con commissari?*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6
- POLICE A., *Amministrazione di 'risultati' e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004
- POLICE A., *Autorità e libertà: riflessioni marine su un conflitto antico*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004

- POLICE A., *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021
- POLICE A., *L'attività amministrativa tra legalità e responsabilità*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012
- POLICE A., *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, ES, 2018
- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997
- POLICE A., *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*^{VIIed}, Torino, Giappichelli, 2021
- POLICE A., *Unity and fragmentation: the Italian public Administration*, in D. SORACE, L. FERRARA, I. PIAZZA (eds.), *The Changing administration law of an EU Member State. The Italian case*, Torino, Giappichelli, 2021
- PORRINI R., *Atto amministrativo ad vocem*, in *Dig. It.*, IV, Torino, UTET, 1893-1899
- PORTALURI P.L., *Corte Costituzionale e atto complesso*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, II, Napoli, ES, 2007
- PORTALURI P.L., *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2021
- PORTALURI P.L., *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2
- POSTERARO N., *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del 'nuovo' art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, 4
- POTOTSCHNIG U., *Per un nuovo rapporto tra pubblico e privato*, in *Il Mulino*, 1987, 6
- PRESUTTI E., *Dei provvedimenti emanati dai Commissari Prefettizi*, in *Foro amm.*, 1926, II
- PROTTO M., *Il diritto debole*, Torino, Giappichelli, 2019
- PROTTO M., *L'amministrazione informale*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012
- PROTTO M., *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti*, in *Giur. it.*, 2022, 6
- PUBUSA A., *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21octies della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 2
- PUBUSA A., *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993

- PUBUSA A., *Metodo e teoria in Franco Ledda e Antonio Romano Tassone. Un Maestro comune e un Amico speciale*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017
- PUBUSA A., *Ricordo di Franco Ledda. La 'sardità' di Franco Ledda*, in *Jus*, 2005, 1-2
- PUBUSA F., *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2022
- PUGLIATTI S., *Animus ad vocem*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958
- PUGLIATTI S., *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà: spunti metodologici*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 1
- PUGLIATTI S., *Autonomia ad vocem*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè 1959
- PUGLIATTI S., *Continuo e discontinuo nel diritto*, ora anche in *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e privato ad vocem*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964
- PUGLIATTI S., *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1935, 2
- PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *In memoria di Giacomo Venezian* (a cura del comitato messinese della Dante Alighieri) Messina, La Sicilia, 1934
- PUGLIESE F., *Per 'amministrare' la felicità: dalla lex al nomos*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, Mucchi, 1996
- PUGLIESE F., *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, 1
- PUGLIESE F., *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole nuove responsabilità*, Napoli, ES, 2013
- PÜTTNER G., *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1
- QUAGLIONE D., POZZI C., *Economia dei big data: lineamenti del dibattito in corso e alcune riflessioni di policy*, in *L'industria*, 2018, 1
- RACCA G.M., *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della 'funzione appalti' nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 2
- RACCA G.M., *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020, 4
- RACCA G.M., *La modellazione per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, 2019, 3
- RAGGI L., *Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. it. sc. Giur.*, 1915
- RAGGI L., *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917

- RAGNISCO L., *Forma e impugnativa di alcuni atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, II
- RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016
- RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3
- RAMAJOLI M., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2
- RAMAJOLI M., *Quale cultura per la pubblica amministrazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2
- RAMAJOLI M., *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 1
- RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1
- RANELLETTI O., *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Riv. sc. Giur.*, 1892, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894)*, in *Giur. it.*, 1894, IV, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Facoltà create delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1895-1896)*, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992
- RAWLS J., *A Theory of Justice* (1st ed., 1971) Harvard, Harvard University Press (trad. it. a cura di U. SANTINI, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2008)
- REBUFFA G., *Il diritto amministrativo fra dottrine generali e metodo giuridico. Profili di giuspubblicisti preorlandiani: Giovanni De Gioannis Gianquinto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 2
- REINACH A., *Zur Phänomologie des Rechts: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* (1st ed., 1913) Halle, Verlag von Max Niemeyer, 1922 (trad. it. a cura di D. FALCIONI, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1990)
- RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998
- RESCIGNO U., *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3
- RESTA R., *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV
- RICCIO G.M., *Giudici e social network: a proposito della recente delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*, in *Riv. dir. media*, 2021, 4

- RIVERO J., *Le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*, 4 LGDJ (M.M. Waline) (1974)
- ROEHRSSSEN C., *Il diritto pubblico verso la 'teoria generale'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, 4
- ROEHRSSSEN C., *L'anarchismo nello stato moderno*, Milano, Giuffrè, 1974
- ROEHRSSSEN G., *L'appalto-concorso*, in *Arb. Contr.*, 1970, 1-2
- ROLLAND F., *L'orientation de l'action administrative en question: pour une critique théorique des directives administratives*, 4 Rev. Jur. Ouest (2004)
- ROMAGNOSI G.D., *Instituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Stamperia Malatesta, 1814
- ROMAGNOSI G.D., *Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico*^{led}, Firenze, Stamperia Patti, 1840
- ROMAGNOSI G.D., *Principj fondamentali di diritto amministrativo. Dell'amministrazione pubblica dietro ciò che può essere* (Libro I), in P. LIBERATORE (a cura di), *Della amministrazione pubblica considerata ne' suoi principj e nella loro applicazione*, Napoli, Tipografia della Sirena, 1836
- ROMAGNOSI G.D., *Principj fondamentali di diritto amministrativo. Onde tesserne le istituzioni*, Firenze, Stamperia Piatti, 1844
- ROMANELLI V.M., *Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1942, 2
- ROMANGOSI G.D., *Opere*, in A. DE GIORGI (riord. ill.), Milano, Perelli e Mariani Editore, 1846
- ROMANO A., «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 2
- ROMANO A., *Autonomia nel diritto pubblico ad vocem*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987 (rist. inal., UTET, 1994)
- ROMANO B., *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008
- ROMANO B., *Forma del diritto e genesi dell'utile*, in L. AVITABILE (a cura di), *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, ES, 2011
- ROMANO B., *Ragione giuridica e ragione procedurale*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 2002
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953 (ma 1947) ora anche in *L' "ultimo" Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*^{led}, Firenze, Sansoni, 1951, ora anche in *L' "ultimo" Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013
- ROMANO S., *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, ora anche in *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. inal., Milano, Giuffrè, 1990)
- ROMANO S., *Principj di diritto amministrativo*^{led}, Milano, Società editrice libraria, 1901

- ROMANO SALV., *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1958
- ROMANO SALV., *Osservazioni sulle qualifiche 'di fatto' e 'di diritto'*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova, Cedam, 1940
- ROMANO TASSONE A., *A chi serve il diritto d'accesso (Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto d'accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, 3,
- ROMANO TASSONE A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione 'di risultato' e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004
- ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e 'amministrazione di risultato'*, in *Dir. amm.*, 2007, 1
- ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1993
- ROMANO TASSONE A., *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione? (In margine al recente convegno dell'AIPDA)*, in *Dir. amm.*, 2011, 4
- ROMANO TASSONE A., *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1993
- ROMANO TASSONE A., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 1
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987
- ROMANO TASSONE A., *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, Cedam, 2007
- ROMANO TASSONE A., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, 1
- ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993
- ROMEO A., *'Certeza del diritto e amministrazione di risultato' alla prova della trasformazione digitale*, in *Scritti per Maria Immordino*, IV, Napoli, ES, 2022
- ROMEO A., *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 3
- ROSE-ACKERMAN S., *Il diritto amministrativo americano è sotto assedio: la Germania può fornire un modello?*, in *Probl. Amm. pubbl. (Formez)*, 1995, 3
- ROSSA S., *L'impiego dei social network nella pubblica amministrazione: quid iuris?*, in *Riv. dir. media*, 2020, 1

- ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3
- ROSSI G., *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1
- ROSSI G., *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1
- ROSSI G., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011
- RUGGERI F., *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il Regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione online e i motori di ricerca*, in *Dir. inf.*, 2021, 2
- RULLANI E., *Venezia*, in *Il Mulino*, 2017, 6
- RUSSO F., *Le forme negli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1963, 23
- SALVIA F., *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Dir. soc.*, 2004, 4
- SALVIA F., *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici* (Volume LIX 2001-2002). *In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004
- SALVIA F., *La semplificazione amministrativa: scorciatoie e semplicismi mediatici*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, ES, 2012
- SALVIA F., *Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza dei servizi e dintorni (Psicoanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile")*, in *Dir. econ.*, 2018, 1
- SANDULLI A., *Administrative law scholarship in Italy (1800-2010) (1)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 4
- SANDULLI A., *Lo 'Stato digitale'. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2
- SANDULLI A., *Scienza del diritto amministrativo e giurisprudenza: l'uso della giurisprudenza da parte del giurista*, in *Le carte e la storia*, 2004, 2
- SANDULLI A., *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2016, 3
- SANDULLI A.M., *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto*, 1941, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990
- SANDULLI A.M., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, I, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990
- SANDULLI A.M., *Procedimento amministrativo ad vocem*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, UTET, 1966, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990
- SANDULLI A.M., *Sulla impugnabilità giurisdizionale di atti amministrativi non scritti*, Modena, s.e., 1941
- SANDULLI M.A., *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. soc.*, 2020, 2

- SARTORI G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957
- SASSEN S., *La città nell'economia globale*, Bologna, Il Mulino, 2010
- SATTA F., *Aiutare l'Italia. Legge e semplificazione o semplificazione e legge?*, in *Aper-
taContrada*, 2019, 1
- SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir.
amm.*, 2010, 2
- SATTA F., *Il problema dell'amministrazione* (parte I), in *Studi economico-giuridici
(1971-1972)*, Milano, Giuffrè, 1973
- SATTA F., *La singolare storia di una legge di grande rilievo, la legge 7 agosto 1990, n.
241 e la sua vita*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, ES, 2020
- SATTA F., *Lo sviluppo della nozione di funzione pubblica*, in *Atti del Convegno di
studi in ricordo di Giovanni Marongiu*. Roma, 10 novembre 1994, Milano,
Giuffrè, 1997
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Pa-
dova, Cedam, 1969
- SATTA S. *Azione in generale ad vocem*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959
- SCARMAN L., *Evoluzione del diritto amministrativo: ostacoli e opportunità*, in *Probl.
Amm. Pubbl.* (Formez), 1991, 4
- SCARPELLI U., *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*, in *Jus*, 1953, 3
- SCARPELLI U., *La definizione nel diritto*, in *Jus*, 1959, 4
- SCHEFOLD D., *Teoria sociale e teoria statutale della democrazia in Hermann Heller*, in
Quad. cost., 2003, 1
- SCHIAVONE M., *Il pensiero di Ludwig Wittgenstein alla luce del Tractatus logico-
philosophicus*, in *Riv. fil. neo-sc.*, 1955, 3 (vol. 47)
- SCHMIDT-ABMANN E., *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del
procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 3
- SCHMIDT-ABMANN E., *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco
sulla riforma ("La nuova scienza del diritto amministrativo")*, in *Dir. amm.*, 2015,
2
- SCHNÜR R., *Privilegio dei giuristi nell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,
1977, 1
- SCHRAMM M., *Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht* (1st
ed., 2016) Tübingen, Mohr Siebaeck
- SCIORTINO A., *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno
all'indirizzo politico 'normativo'?*, in *Federalismi*, 2021, 18
- SCNAPP F.F., *Pubblica amministrazione e attività nelle forme di diritto privato*, in
Probl. Amm. Pubbl. (Formez), 1992, 2
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa ad vocem*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano,
Giuffrè, 2002

- SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3
- SCOCA F.G., *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2004*, Milano, Giuffrè, 2005
- SCOCA F.G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia (ma Città di Castello), Arti grafiche, 1979
- SCOCA F.G., *I programmi di attuazione degli strumenti urbanistici*, in *Dir. soc.*, 1980, 3
- SCOCA F.G., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1
- SCOCA F.G., *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017
- SCOCA F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003
- SCOCA F.G., *Santi Romano: La produzione giovanile e i principii di diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2018, 2
- SCOCA F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica, storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, III, Padova, Cedam, 2003
- SELLERI B., *Gli atti amministrativi 'in forma elettronica'*, in *Dir. soc.*, 1982, 1
- SERRA T., *Angelo Ermanno Cammarata e Giuseppe Capograssi di fronte al formalismo*, in F. MERCADANTE (a cura di), *Atti. Due convegni su Giuseppe Capograssi (Roma – Sulmona 1986)*, Milano, Giuffrè, 1990
- SERVILI P., *La Legge 443/01 ha raggiunto il suo obiettivo? Il programma delle Grandi Opere attraverso le delibere CIPE di attuazione, gli esiti del controllo e la pianificazione UE*, in *Foro Europa*, 2015
- SEVERINI G., *L'interesse legittimo nella realtà attuale della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3
- SEVERINI G., *La sicurezza giuridica e la razionalità amministrativa*, in *Federalismi*, 2019, 23
- SGUEO G., *La comunicazione di un Ministro attraverso un "social network" integra gli estremi di un atto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 4

- SGUEO G., *Trasparenza e incompatibilità nella disciplina dei gruppi di pressione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2
- SIMON H.A., *Administrative Behavior* (2nd ed., 1957) New York, MacMillan (trad. it. a cura di S. CIMMINO, *Il comportamento amministrativo*^{led}, Bologna, Il Mulino, 1967)
- SIMON H.A., *Reasons in human affairs* (1st ed., 1984) Stanford, Stanford University Press (trad. it. a cura di G.P. DEL MISTRAL, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, Il Mulino, 1984)
- SIMONATI A., *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 3
- SORACE D., *Come rifare la pubblica amministrazione e il suo diritto? (Discutendo con Bruno Dente e Carlo Marzuoli)*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 2
- SORACE D., *Il compito del giurista secondo Mario Nigro*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 1
- SORACE D., *Il diritto delle amministrazioni pubbliche*^{led}, Bologna, Il Mulino, 2002
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2
- SORACE D., *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1
- SORACE D., *La 'legificazione' delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 3
- SORACE D., ORSI BATTAGLINI A., RUFFILLI R., *Diritto pubblico e introduzione allo studio del diritto*, Firenze, Le Monnier, 1983 (rist. inal.)
- SORACE D., *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1
- SORDI B., *Alle origini della grande dicotomia: 'Le droit public' di Jean Domat*, in G. DILCHER (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico*, III, Bologna, Il Mulino, 2011
- SORDI B., *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 2
- SORDI B., *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo*, in *Dir. amm.*, 2015, 4
- SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, 1
- SORDI B., *La dicotomia alla prova. Pubblico e privato nell'itinerario scientifico di Giovanni Miele*, in *Dir. amm.*, 2022, 1
- SORDI B., *Nodi cruciali nel processo della scienza amministrativa*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, ES, 2012
- SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 3
- SORDI B., *Statualità e pluralità nella teoria dell'ordinamento giuridico*, in R. CAVAL-

- LO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*. Pisa, 14-15 giugno 2018, Napoli, ES, 2019
- SORDI B., *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fior.*, 2016
- SORO DELITALIA C., *Il problema amministrativo e il problema politico in Italia*, in *Circ. giur.*, 1879
- SORRENTINO G., *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/90*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, Monduzzi, 2007
- SPAGNUOLO A.F., SORRENTINO E., *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, in *Federalismi*, 2021, 2021, 8
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi*, 2017, 17
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Semplificazione e sostituzione dalla legge 'Madia' al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale*, in *Munus*, 2020, 2
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, ora anche in *Opere giuridiche*, I, Napoli, ES, 2001
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Norme generali sull'azione amministrativa*, in *Rass. Parl.*, 1961, 3, ora anche in *Opere giuridiche*, III, Napoli, ES, 2001
- SPANTIGATI F., *Atti del potere pubblico e diritto del privato*, in *Foro amm.*, 1971, III
- SPANTIGATI F., *Il rapporto tra le funzioni*, in *Pol. dir.*, 2002, 2
- SPANTIGATI F., *La tendenza del nostro tempo per la commercializzazione del diritto pubblico e la soggettività del diritto privato*, in *Jus*, 1995, 3
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003
- SPASIANO M.R., *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 2
- SPASIANO M.R., *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2
- SPASIANO M.R., *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, 2021, 2
- SPASIANO M.R., *Riflessioni sparse sul binomio autorità-libertà nel pensiero di Saverio Scolari, Massimo Severo Giannini e Franco Gaetano Scoca: ovvero dalla contrapposizione alla giustapposizione*, in *Nuove aut.*, 2022, 1
- SPASIANO M.R., *Una riflessione su Giambattista Vico e il diritto amministrativo*, in *Nuove aut.*, 2021, 1
- STAIANO S., *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2015, 4

- STAMMATI S., *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma, e 97, 1° comma, della Costituzione)*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988
- STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970
- STICCHI DAMIANI E., *Forma e motivi nella licenza edilizia*, in *Amm. it.*, 1975, 9
- STRAZZA G., *Il 'tempo' del procedimento nell'emergenza Covid-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, in *Dir. econ.*, 2020, 2
- TANDA P., *I nuovi orizzonti della nozione di privacy e la patrimonializzazione dei dati personali da parte dei social network*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 3
- TARELLO G., *Formalismo ad vocem*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, UTET, 1965
- TARULLO S., *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica (Parte I)*, in *Dir. amm.*, 2012, 4
- TERRASI M., *Procedimento amministrativo e tutela del privato. Tendenze della legislazione francese*, in *Foro amm.*, 1987, 12, II
- TESAURO A., *L'atto riferibile allo Stato. Contributo allo studio della manifestazione di volontà dello Stato*, Napoli, Tip. F. Sangiovanni e Figlio, 1927
- TEÜBNER G., *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, 1
- TIBERII M., *L'uso degli strumenti elettronici specifici (building information modeling) nei contratti pubblici*, in *Nuove aut.*, 2019, 3
- TIVARONI C., *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1939
- TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3
- TORCHIA L., *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1
- TORCHIA L., *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in *Astrid*, 2006, 6
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1
- TORCHIA L., *Una nuova delega sui contratti pubblici e i problemi di sempre*, in *Astrid*, 2022, 5
- TRAVI A., *Giuseppe Pericu, Scritti Scelti*, Milano, Giuffrè, 2009, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2
- TRAVI A., *Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*. Pisa, 14-15 giugno 2018, Napoli, ES, 2019
- TRAVI A., *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3
- TRAVI A., *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1

- TRAVI A. *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1983
- TRAVI A., *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2020, 2-3
- TRENTIN S., *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, Atheneum, 1915
- TREVES G., *Atto amministrativo, gratuità e determinazioni accessorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 2
- TREVES G., *Diritto amministrativo e diritto civile*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975
- TREVES G., *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 1
- TREVES R., *La dottrina dello Stato di H. Heller*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 1
- TRIMARCHI BANFI F., *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2
- TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988*, Milano, Giuffrè, 1990
- TRIMARCHI M. (a cura di), *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2017
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, ES, 2018
- TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013
- TROPEA G., *Considerazioni su cittadinanza e amministrazione nello spazio (frammentato) e nel tempo (individuato) della globalizzazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, Giuffrè, 2005
- TROPEA G., *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, 2
- TROPEA G., *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in *Nuove aut.*, 2021, 3
- TROPEA G., *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 4
- TROPEA G., *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2022, 1
- TUCCARI F.F., *La semplificazione delle decisioni contenziose: tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2002
- TUCCILLO S., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, ES, 2016
- TUCCILLO S., *Potere di riesame, amministrazione semplificata e 'paura di amministrare'*, in *Nuove aut.*, 2020, 2

- ULLOA F.C., *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4
- UNGARO S., *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla comunicazione istituzionale via tweet: attenzione ai cinguettii inopportuni*, in *Forum PA*, 2015, 2
- URBANI P., *Ripensare la città o la città contemporanea? Note a margine*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 4
- VACCHELLI G., *Accordi tra pubbliche amministrazioni e contratti di diritto pubblico*, in *Foro it.*, 1926, I
- VAIANO D., *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012
- VANDELLI L., *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, Il Mulino, 2006
- VASSALLI F., *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, Giuffrè, 1951
- VERNILE S., *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, ES, 2017
- VETTORI G., *I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità*, in *Ars interpretandi*, 2021, 2
- VIDETTA C., *Manna, Giaquinto e Meucci: la riflessione giuspubblicistica tra Romagna e Orlando*, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del pubblico in Italia*, Padova, Cedam, 1998
- VIGNA L., ALIBERTI V., *Regolamenti ad vocem*, in L.VIGNA, V. ALIBERTI (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, V, Torino, 1852, Tipografia G. Favale e Comp.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*^{11ed}, Milano, Giuffrè, 2017
- VINCENT F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives* (1st ed., 1966) Parigi, R. Pichon et R. Durand-Auzias
- VINELLA A., MINERVINI L.F., *Il ruolo dei comuni nella transizione digitale*, in M. DEGNI (a cura di), *IV^o Rapporto Ca' Foscari sui comuni*, Castelvecchi, Roma, 2021
- VON ARNAULD A., *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts* (1st ed., 2006) Tübingen, Mohr Siebeck
- VON BOGDANDY A., *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4
- VON HUMBOLDT W., *Ideen eines Versuchs, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1st ed., 1851) Breslau, Eduart Trewendt (trad. it. a cura di G. PERTICONE, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1965)
- WIEACKER F., *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV, Milano, Giuffrè, 1978

- WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus* (1st ed., 1961) Londra, Routledge and Kegan Paul, 1961 (trad. it. a cura di A.G. CONTE, *Tractatus logico-philosophicus* e *Quaderni 1914-1916* (a cura di A.G. CONTE), Torino, Einaudi, 2009
- WROBLEWSKI J., *Tre concetti di validità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 2
- ZACCARIA G., *Note sulla rilevanza e tipologie delle forme nel diritto amministrativo*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*. Anno XXII. 1953-1954, Milano, Giuffrè, 1955
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Giappichelli, 1992
- ZANOBINI G., *Caratteri particolari dell'autonomia*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*^{Ved}, V, Milano, Giuffrè, 1950
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996
- ZITO A., *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove aut.*, 2022, 1
- ZUDDAS P., *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 1

CONTRIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

FRANCO GAETANO SCOCA, GUIDO CORSO
MARINA D'ORSOGNA, LOREDANA GIANI, MARIA IMMORDINO, ARISTIDE POLICE,
MARIA ALESSANDRA SANDULLI, MARIO SPASIANO

Sezione Studi e Monografie

1. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, 2017
2. A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, 2017
3. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, 2017
4. A. Giannelli, *Concessione di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, 2017
5. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo, l'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, 2017
6. M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, 2018
7. C. Miccichè, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, 2018
8. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, 2018
9. C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, 2018
10. G. Pesce, *Digital First. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, 2018
11. V. Berlingò, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, 2018
12. C. Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, 2018
13. N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, 2018
14. A. Areddu, *Contributo allo studio degli itinerari culturali*, 2019
15. G. Strazza, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, 2020
16. A. Paire, *Contributo allo studio degli usi civici*, 2020
17. E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, 2020
18. G. Iacovone, *Decisioni cautelari amministrative*, 2020
19. G. Terracciano, A.M. Colarusso, *L'indizio nella decisione amministrativa*, 2021
20. S. Tranquilli, *Il malum discordiae del potere amministrativo*, 2022

Sezione Classici e Nuove Prospettive

1. L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, 2017
2. L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza all'emergenza del rischio*, 2018
3. G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, A. Police (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*, 2018