

SCRITTI IN RICORDO
DI
FRANCESCO PUGLIESE

a cura di

ENRICO FOLLIERI e LUCIO IANNOTTA



Edizioni Scientifiche Italiane

N.B.
ALFREDO CONTIERI

Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese

Fra i tanti contributi di Franco Pugliese alla scienza del diritto amministrativo vorrei ricordare quella sua originale visione dinamica del procedimento amministrativo, racchiusa nella definizione di *procedimento aperto*.

Si tratta di un'immagine, di una sintesi verbale, con la quale Franco intendeva rappresentare che la funzione non si esaurisce con e nel procedimento e l'atto terminale o finale dello stesso, il provvedimento amministrativo, non può affatto considerarsi finale o terminale anche rispetto alla funzione. Con il provvedimento non si estingue la funzione (come non si estingue la posizione di interesse legittimo).

E se il procedimento è forma della funzione ed anzi in essa si identifica, neanche il procedimento deve considerarsi chiuso e definito, ma deve ammettersene l'apertura ad interessi successivamente introdotti, perché non considerati o inadeguatamente considerati in quella sede, sia attraverso l'intervento del giudice, sia in sede di autotutela. In ciò ammettendosi che il procedimento consenta alla funzione di trasformare il potere non solo, in atto, secondo la nota definizione di Benvenuti, ma in atti, tutti quegli atti che esprimono la medesima funzione, anche per successivi e progressivi aggiustamenti: di qui il concetto di procedimento aperto¹.

Il tema è affrontato nella monografia sul controinteressato, a proposito degli innovativi sviluppi del processo cautelare nel corso di un attento esame di casi giurisprudenziali che Franco affronta senza apriorismi dogmatici, ma con l'occhio attento al fatto, alla pagina di vita sottoposta all'attenzione del giudice.

Le sospensive propulsive, spesso nella forma dell'invito all'Amministrazione a riesaminare il provvedimento impugnato o, anche la sospensiva a termine costituiscono il momento della garanzia per interessi non adeguatamente presi in considerazione nel procedimento, di cui spesso l'amministrazione viene a conoscenza per la prima volta proprio dinanzi al giudice amministrativo ed in particolare nella fase cautelare, in un rapporto di integrazione tra processo e attività amministrativa.

Certamente è di grande suggestione l'idea che il danno che viene lamentato dal ricorrente è idoneo a rappresentare non solo la lesione del-

¹ F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, p. 299.

l'interesse materiale, ma anche la violazione della *regola iuris*, dell'obbligo cioè di presa in considerazione della posizione del destinatario dell'atto, divenendo così la prospettiva del danno, essa stessa, motivo di ricorso².

Questa intuizione del procedimento aperto, che è al tempo stesso un'immagine, una sintesi verbale, ma anche una nuova dimensione del rapporto tra funzione e procedimento non è solo riferibile al ruolo svolto dal processo, di integrazione del procedimento, poiché secondo Franco è applicabile anche ai procedimenti di riesame.

Il procedimento aperto discende dall'inesauribilità del potere, dal carattere tendenzialmente non definitivo dell'assetto degli interessi disposto con il provvedimento e dalla sua modificabilità nell'esercizio della funzione. In questo senso 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.

Il procedimento aperto è, dunque, strettamente collegato al riesame, inteso come attività di controllo dei risultati e di rivalutazione degli interessi, che si salda con l'attività precedentemente compiuta, potendo modificarne o integrarne gli esiti.

Il procedimento aperto è una nozione alla quale sono particolarmente affezionato, perché ha costituito un punto di riferimento costante nell'elaborazione di un mio lavoro sul riesame del provvedimento, visto, appunto come forma di riesercizio della funzione, in virtù dell'appartenenza dei provvedimenti di secondo grado al medesimo potere esercitato originariamente³.

È opportuno sottolineare che Franco non solo rimette in discussione il rapporto funzione-procedimento, ma anche il rapporto funzione-provvedimento, attribuendo a quest'ultimo carattere provvisorio e non definitivo, non punto di arrivo, ma esito temporaneo suscettibile di successivi aggiustamenti e rivalutazioni.

Del resto, il suo pensiero si è spesso rivolto verso una rivisitazione critica del procedimento, contestandone una visione eccessivamente formalistica.

Già nel libro sulla occupazione aveva dimostrato come sia possibile prescindere dall'atto terminale senza che il procedimento venga meno alla sua doppia funzione di efficienza e garanzia «*risolvendosi con la occupazione la funzione e il procedimento espropriativo anche senza il provvedimento di espropriazione*»⁴. È il diritto positivo che consente «*di superare la meravi-*

² IDEM, *op. cit.*, p. 297.

³ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1998, p. 37. Lavoro al quale Franco ha contribuito elargendomi preziosi consigli e dedicando buona parte del suo tempo a indimenticabili discussioni.

⁴ F. PUGLIESE, *L'occupazione preliminare nel procedimento di espropriazione*, Napoli, 1984.

glia che un atto di contenuto decisorio possa intervenire mentre ancora la fase istruttoria si vada svolgendo per completarsi soltanto dopo che l'atto stesso sia stato già eseguito»⁵. L'occupazione è da sola idonea a produrre gli effetti giuridici voluti dall'ordinamento per consentire il legale perseguimento dell'interesse pubblico ed allora prende posto a pieno titolo nella fase costitutiva del procedimento espropriativo. Pertanto, sia l'occupazione che l'espropriazione esplicano la funzione dell'atto finale, con la conseguenza che il procedimento espropriativo può (poteva) legittimamente concludersi in assenza della seconda in base al principio del raggiungimento dello scopo, essendo la prima già strumento idoneo alla realizzazione del risultato.

In anni nei quali il procedimento veniva esaltato quale valore in sé, quale strumento di conoscenza e di comparazione degli interessi al fine di pervenire ad una decisione razionale, Franco sottoponeva a revisione critica la procedura, rifiutandosi di considerarla come una forma intangibile, ritenendo necessario salvaguardarla solo se in grado di assicurare la garanzia insieme all'efficienza. In questo ha anticipato la recente tendenza di destrutturazione del procedimento che, però, a differenza dell'opera di Franco, si caratterizza per aver spostato il pendolo dall'azione amministrativa nettamente dalla parte dell'efficienza, a danno della garanzia.

Tornando al procedimento aperto, ritengo che alla sua elaborazione abbiano contribuito non solo l'inesauribilità del potere, la funzionalità dell'attività amministrativa, l'obbligo per l'amministrazione di perseguire costantemente l'interesse pubblico attraverso un continuo adeguamento dell'assetto degli interessi, ma, soprattutto, la fortissima rilevanza che Franco attribuiva alla «forza delle cose», alla necessità che nasce dal fatto.

La forza del fatto, i continui mutamenti della realtà si impongono nei confronti di un'amministrazione che ha l'obbligo di agire razionalmente e la indirizzano verso comportamenti, adeguamenti, ripensamenti che possono assumere carattere di doverosità.

Questi aspetti sono trattati anche nello scritto sulla collaborazione tra enti territoriali⁶ nel quale il tema degli accordi tra amministrazioni viene visto come risultato dell'«intreccio tra i tre principi fondanti dell'ordinamento: pluralismo, autonomia, solidarietà, da cui si evince che la relazione in cui si esprime l'autonomia degli enti pubblici non è affidata solo all'incontro meramente potestativo delle volontà» poiché «l'autonomismo cooperativo è volontario e solidaristico al tempo stesso; esige una nuova responsabilità che traduca concretamente i doveri di solidarietà».

L'autonomia solidale, la collaborazione che deve essere «leale» inducono

⁵ IDEM, *op. ult. cit.*, p. 161.

⁶ *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, in *Scritti recenti sull'amministrazione consensuale: nuove regole, nuove responsabilità*, Napoli, 1996, p. 72.

ad assumere comportamenti ragionevoli sia in sede di adesione all'accordo, sia in sede di risoluzione.

Il contenuto relazionale dell'autonomia ed il profilo obbligante della solidarietà rendono l'accordo uno sbocco naturale e necessitato, poiché i due protagonisti, dice Pugliese citando Berti «*non hanno armi per configgere e definire il loro rapporto attraverso il conflitto, ma solo braccia per unirsi e sono anzi condotti all'abbraccio da una forza ineluttabile*»⁷.

Questa impostazione si ripropone anche allorché viene affrontato il delicato tema della sopravvivenza dell'accordo in presenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico che indurrebbero il singolo ente a recedere dall'accordo, facoltà non riconosciuta, com'è noto, dall'art. 15 l. n. 241/90.

Non a caso, nell'affrontare questo problema, Franco richiama, seppur fugacemente, il concetto di procedimento aperto «*che non chiude definitivamente il gioco degli interessi né con il provvedimento, né ora con l'accordo*»⁸.

Anche in questo caso si tratta di tener conto della forza del fatto o dell'interesse sopravvenuto e, in base al principio del *contrarius actus*, ciò passa attraverso l'*in idem sentire* delle due o più amministrazioni interessate, sia attraverso una possibile rinegoziazione dell'accordo, sia in termini di risoluzione, nella codecisione di modalità, tempi e conseguenze⁹.

Franco sottolinea che l'autonomia e la solidarietà impongono un modello di autonomismo cooperativo nel quale la collaborazione attinge a contenuti di doverosità.

L'interesse sopravvenuto va, dunque, messo a confronto con gli interessi che hanno generato l'accordo. La *denuncia* dell'accordo è allora subordinata all'«*esperimento della revisione dialettica dei contenuti dell'accordo, ai fini dell'eventuale adattamento e conduce alla risoluzione consensuale (ispirato ai medesimi principi collaborativi)*».

A mio parere, procedimento aperto e dovere di rinegoziazione, tentativo di adattamento e risoluzione consensuale dell'accordo presentano fortissime analogie pur differenziandosi per l'ovvia ragione che il primo si sviluppa in ambiente unilaterale e i secondi in un contesto consensuale. Ma, a parte la diversa collocazione, sono espressione della stessa idea ispiratrice che si basa sulla convinzione della forza della realtà fattuale, del suo continuo ed incessante modificarsi, della prevalenza che inevitabilmente assume sul regime degli atti e sull'assetto formalizzato degli interessi.

All'inarrestabile forza delle cose, la pubblica amministrazione deve rispondere con responsabilità, razionalità, flessibilità, adeguatezza, principi che

⁷ G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano 1988, p. 25.

⁸ F. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 79.

⁹ F. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 81.

N.B.

devono costituire linee guida dell'esercizio del potere discrezionale fino al punto da renderlo tendenzialmente privo di possibilità di scelta tra alternative ragionevoli e quindi doveroso.

Mi piace pensare che il rilievo che Franco attribuiva alla inarrestabile dinamica degli interessi e al continuo mutamento della realtà sia dovuto non solo alle sue riflessioni, ma apparteneva al suo modo di essere, alla inesauribile curiosità che lo portava ad interrogarsi su ogni cosa, al desiderio di approfondire fatti ed idee proprie ed altrui con l'intento di superarle, migliorarle, perfezionarle, ponendosi sempre nuovi ostacoli e nuovi obiettivi con l'amore per il dialogo, che, nella forma della conversazione ad un tempo dotta e scherzosa, era sempre un modo generoso di darsi agli altri.