

*L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo**

(Luisa Torchia)

1. Premessa.

Il legislatore è intervenuto due volte in tempi ravvicinati, nel 2005, sulla legge sul procedimento amministrativo, introducendo nuove norme, sia di carattere generale, sia di carattere specifico. Su queste norme si è concentrato uno sforzo esegetico imponente – non si contano i convegni, gli *instant books* e i commenti dedicati alle nuove disposizioni – mentre si registra, per ora, un atteggiamento cauto da parte della giurisprudenza amministrativa¹.

L'esegesi non è mai, di per sé, esercizio di particolare interesse, mentre, per altro verso, uno sforzo ricostruttivo e sistematico impone sia un'attenta considerazione della storia e del contesto nel quale le norme si inseriscono, sia una scrupolosa ricognizione degli effetti e delle conseguenze sul piano della realtà giuridica. Questa seconda operazione richiede, come è ovvio, un ambito temporale di riferimento ragionevole e certo più ampio dell'anno scarso trascorso dall'approvazione delle nuove norme ad oggi.

Mancando le condizioni per uno sforzo ricostruttivo in materia, può essere comunque utile verificare, in termini generali, come le nuove disposizioni si innestino sul tessuto normativo preesistente (quale interpretato e applicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza), indagare le possibili ragioni giustificatrici delle

* Il testo riprende la lezione tenuta alla Spisa il 17 febbraio 2006, con l'aggiunta di pochi riferimenti bibliografici, limitati ai contributi più recenti.

¹ Da una ricognizione effettuata dalla fine di gennaio 2006 risultavano soltanto tre sentenze nelle quali si fa riferimento all'articolo 1, comma 1 bis e al richiamo al diritto privato, pronunce più frequenti sul preavviso di rigetto disciplinato dall'articolo 10bis, mentre si contavano già alcune decine di pronunce sulle materie coperte dagli articoli 21 septies e octies (annullabilità e nullità). Per la raccolta della giurisprudenza ringrazio la dott.ssa Emanuela Rotolo.

modifiche e, infine, prospettare alcuni possibili effetti e conseguenze, sul piano del funzionamento pratico degli istituti, come sul piano più generale dei rapporti fra legge, diritto e amministrazione.

Conviene cominciare, come sempre, con un po' di storia.

2. Dall'atto al procedimento: la legge n.241 del 1990

Sulla opportunità e utilità di una legge in materia di procedimento amministrativo sono state espresse, sino ancora agli anni ottanta, autorevoli opinioni negative da parte dei maggiori studiosi del diritto amministrativo dell'epoca².

Persino Massimo Severo Giannini, al quale è dovuta la prima ricostruzione sistematica della tipologia dei procedimenti amministrativi, riteneva che una legge non fosse necessaria e, anzi, rischiasse di cristallizzare un fenomeno che richiedeva flessibilità e capacità di evoluzione fuori dalle maglie strette di una specifica disciplina normativa.

All'elaborazione di una legge sul procedimento si arrivò solo alla fine degli anni ottanta, nel quadro di un più ampio tentativo di riforma dell'amministrazione, che prevedeva anche significativi interventi, solo in parte per la verità realizzati, sul versante organizzativo. Sul tema lavorò la Commissione presieduta da Mario Nigro, che, tenendo conto anche delle esperienze di altri paesi senza però aderirvi pedissequamente, produsse un articolato molto innovativo, solo parzialmente trasfuso nel testo di quella che, il 7 agosto 1990, un Parlamento forse un po' distratto approvò come la legge n. 241.

Il risultato fu una legge di principi a maglie larghe, che non strutturava il procedimento definendone la sequenza, ma ne governava lo svolgimento assicurando alcune garanzie e alcune certezze ai partecipanti e ai destinatari. Si trattava di garanzie in parte già sviluppate e consolidate nella giurisprudenza amministrativa: basti pensare all'obbligo di motivazione, incombente sulle

² V. la recente ricostruzione di A. Sandulli, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?* in *Giornale di diritto amministrativo*, n.6, 2006, pp. 686 ss., ove sono riportati i giudizi negativi di Sandulli e Giannini sull'opportunità di una legge sul procedimento.

amministrazioni ben prima dell'articolo 3 della legge n. 241/1990. Furono introdotte, però, anche vere e proprie innovazioni, quali la certezza del termine, l'individuazione di un responsabile, l'obbligo della comunicazione di avvio, il diritto di accesso: tutte regole che non potevano essere introdotte per via giurisprudenziale e che denotavano la consapevolezza riformatrice di quel legislatore.

Veniva in rilievo, così, non più soltanto o soprattutto l'atto o il provvedimento, bensì l'attività amministrativa in quanto attività procedimentalizzata, con due importanti conseguenze.

Si inverava, sotto un primo profilo, l'affermazione ricorrente nei manuali di diritto amministrativo più moderni, secondo la quale criterio fondamentale di distinzione fra pubblico e privato è da trovarsi nella diversa rilevanza che la formazione della volontà assume rispetto alla decisione. I modi di formazione della volontà privata sono, infatti, irrilevanti (salvi naturalmente i casi di vizi derivanti da coercizione), mentre, al contrario, la volontà pubblica si forma mediante un procedimento che assume rilevanza nella sua interezza. Di qui traggono fondamento anche una diversa configurazione del regime di invalidità e i numerosi criteri di esercizio della discrezionalità, che non hanno ragion d'essere per l'esercizio dell'autonomia e della libertà privata. Solo se si assume il procedimento come "sede" decisionale ci si può porre il problema di garantire che quella decisione sia tempestiva, idonea, efficace, partecipata.

La disciplina dell'attività amministrativa in quanto attività procedimentalizzata consentiva, poi, sotto un secondo e diverso profilo, di intervenire sulla stessa attività a fini di semplificazione e di razionalizzazione. Tutte le misure di semplificazione amministrativa succedutesi negli ultimi 15 anni³ hanno avuto ad oggetto, non a caso, i procedimenti amministrativi: la loro durata, il numero delle fasi, lo svolgimento dell'istruttoria, la selezione degli interessi pubblici e privati chiamati a partecipare. Senza il procedimento amministrativo viene a mancare

³ Per un bilancio e una ricognizione degli ultimi sviluppi (o involuzioni) v. A. Natalini, *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2006 e G. Vesperini (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 2006.

l'oggetto proprio della semplificazione amministrativa: persino quando essa si trasforma in liberalizzazione, è sempre della soppressione di un procedimento amministrativo che si tratta.

La legge 241/1990 era, quindi, una legge solo in parte rivolta ai giudici – in quanto dettava regole che questi avrebbero dovuto applicare nelle controversie – e primariamente rivolta alle amministrazioni e ai cittadini, imponendo obblighi alle prime e garantendo diritti ai secondi.

La legge non determinava, peraltro, un numero chiuso di principi del procedimento, ma offriva una intelaiatura flessibile, sulla quale continuavano ad operare principi risalenti, come l'imparzialità e si innestavano principi nuovi, come la proporzionalità. Il legislatore degli anni novanta era, quindi, consapevole dei limiti che lo strumento legislativo inevitabilmente incontra nella disciplina di un fenomeno così ricco e complesso come il procedimento amministrativo e non ha preteso né di dettarne una struttura necessaria, né di esaurirne la varietà, né di definirne gli elementi essenziali.

Allo stesso tempo, quel legislatore era deciso a regolare – per principi e in via generale – lo svolgimento dell'attività amministrativa nella sua dimensione fisiologica ed ordinaria, magari resa più efficiente e trasparente, mentre aveva lasciato fuori dal suo orizzonte la patologia, che emerge di solito nel corso del processo amministrativo.

Vediamo ora se e in quale misura sussiste continuità fra la legge degli anni novanta e le modifiche apportate quindi anni dopo.

3. Quindici anni dopo

Colpiscono, innanzitutto, l'ampiezza e la frequenza degli interventi legislativi. Nell'arco di pochi mesi, fra gennaio e giugno del 2005, si sono succedute due novelle, parzialmente sovrapposte.

E' difficile trovare una giustificazione razionale a tale comportamento, che sembra soprattutto ispirato dalla tendenza ad usare la legge non tanto come un veicolo di regole, quanto come uno strumento mediatico, la cui utilità si esaurisce con l'annuncio. La capacità decisionale e di governo si arresta all'adozione di testi

legislativi, spesso di pessima fattura, mentre cosa accada, poi, nella (eventuale) fase di attuazione non interessa più, rinunciandosi così ad ogni vera azione di razionalizzazione e riforma amministrativa.

Quanto all'estensione, risultano modificati, con grado diverso d'intensità, numerosi articoli della legge sul procedimento e inserito un intero nuovo complesso di norme sull'invalidità dell'atto.

Le stesse dimensioni delle modifiche apportate impediscono, in questa sede, un esame dettagliato, del resto affidato ad altre lezioni nell'ambito di questo corso. Ci si limiterà, invece, allo svolgimento di alcune considerazioni generali sul quadro complessivo determinato dall'intervento legislativo.

Occorre chiedersi, innanzitutto, se si sia trattato di un intervento innovativo e quindi se al suo interno abbiano trovato posto quegli istituti che già la Commissione Nigro aveva individuato come elementi importanti di modernizzazione, o le tematiche emerse con più forza negli ultimi anni. Per fare solo qualche esempio, si pensi all'inchiesta pubblica, alle procedure di notice and comment, a nuove regole sugli atti amministrativi generali, specialmente quelli a valenza regolatoria.

Nessuno di questi istituti è stato, però, a quanto risulta dagli atti preparatori, neanche considerato dal legislatore.

Sono rilevabili, invece, alcuni interventi che depotenziano il carattere innovativo della legge sul procedimento. Fra questi spiccano la disciplina decisamente più restrittiva rispetto al passato in materia di diritto d'accesso, la possibilità concessa all'amministrazione di integrare la motivazione dell'atto nel corso del processo, l'estensione da trenta a novanta giorni del termine minimo di conclusione del procedimento, la dequotazione di alcuni elementi di invalidità ad elementi di irregolarità. E, ancora, la previsione di interventi di autotutela anche nei casi di denuncia di inizio di attività, se pur con la previsione, certo necessaria, di misure di indennizzo, o, contraddittoriamente rispetto al *favor* per il diritto privato enunciato nell'articolo 1, comma 1bis, la prescrizione di una previa delibera per la stipula degli accordi disciplinati dall'articolo 11, che implica la negazione della fungibilità fra atto non autoritativo e atto negoziale.

Questione a parte è la disciplina della conferenza dei servizi, che costituisce la prova palmare della necessità di mantenere alle norme almeno un grado minimo di generalità ed astrattezza. Per rispondere alla varietà di questioni e di problemi emersi dall'esperienza, si è dettata una disciplina così articolata e contorta da essere di difficile percezione persino alla semplice lettura e che provocherà, con ogni probabilità, nuovi numerosi problemi applicativi.

Si tratta, nel complesso, di interventi che mancano di organicità e di coerenza e che introducono elementi atti a caratterizzare la legge più come una disciplina dell'amministrazione davanti al giudice e meno come una disciplina dell'amministrazione davanti al cittadino.

La mancanza di organicità, e su alcuni punti anche di coerenza, non significa, però, che non sia possibile cogliere, dal complesso delle modifiche, alcune idee ispiratrici generali, fra le quali spiccano il richiamo al diritto privato come strumento di azione dell'amministrazione, la riduzione dell'area dei vizi di legittimità a fini contenitivi del contenzioso, l'equazione positivistica fra diritto e legge, fra regola e norma, che spinge alla legificazione di regole ed istituti.

4. Diritto privato e diritto amministrativo: plus ça change....

Il richiamo al diritto privato è operato con l'articolo 1, comma 1bis, secondo il quale *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*.

Non si tratta, come si vede, di una norma particolarmente innovativa, come del resto è stato subito osservato da molti commentatori. Che la pubblica amministrazione possa agire utilizzando il diritto privato non è certo una novità, né vi era bisogno di una norma che lo statuisse. La distinzione fra atti autoritativi e atti non autoritativi risale al riconoscimento di un'attività di gestione separata da quella d'imperio, secondo la più tradizionale dottrina ed è alla base della famosa pronuncia del Consiglio di Stato sugli atti paritetici, ma è appunto rilevante soprattutto ai fini del sindacato su quegli atti in un sistema a giurisdizione dualista qual è quello italiano. E, comunque, è da supporre che un atto non autoritativo sia

cosa diversa da un negozio - per il quale vale, appunto, la capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici – e debba quindi essere sempre adottato nel rispetto del principio di legalità, che vale per tutti gli atti amministrativi, quale che sia il loro grado di autoritatività⁴.

Non bisogna dimenticare, però, che la norma in esame è il precipitato di un lungo processo di gestazione, che ha visto succedersi numerose e diverse formulazioni, da quella discussa nella Commissione bicamerale per le riforme istituzionali nella formulazione dell'articolo 106, a quelle via via succedutesi nel dibattito parlamentare sul disegno di legge di riforma della legge sul procedimento, iniziato già due legislature fa e conclusosi, appunto, nel 2005.

La questione, al di là della attuale formulazione della norma, trae origine dalla convinzione di una parte della dottrina – e della classe politica – che il diritto amministrativo sia (esclusivamente) il diritto delle prerogative speciali dell'amministrazione e attribuisca (sempre) ad essa una posizione di sovraordinazione, mentre il cittadino si trova relegato in una posizione di soggezione.

Al fine di riequilibrare le rispettive posizioni dell'amministrazione e del cittadino non basta, allora, introdurre garanzie nel diritto, e nel procedimento, amministrativo, ma si deve abbandonarlo, a favore del diritto privato – o, secondo alcuni, diritto comune - che assicurerebbe parità, *rectius* pari libertà, a tutti i soggetti, pubblici o privati che siano.

Si tratta, come si vede, di una questione di carattere generalissimo, che richiama direttamente le fondamenta stesse del diritto amministrativo e riprende la distinzione fra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* sulla quale si è costruita tanta parte della riflessione giuridica dell'ultimo secolo, in Italia come in altri paesi europei⁵.

⁴ F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano* e Id., *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2006, pp.273 ss.

⁵ S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, tomo I, pp. 1 ss.

Se il *continental divide*⁶ fra i paesi a diritto amministrativo e i paesi “senza” diritto amministrativo esista ancora, o se sia mai esistito nei termini divenuti correnti, è questione ancora discussa, i cui termini certo trascendono l’interpretazione dell’articolo 1, comma 1bis e che ha trovato, come si vedrà fra breve, nuovi sviluppi a seguito del processo di integrazione comunitaria, dal quale non può più prescindere nello sforzo ricostruttivo e sistematico.

Senza volere, né potere toccare qui i termini della questione generale, si può però osservare che tanto lo stereotipo del diritto privato quale diritto della parità, quanto quello del diritto amministrativo come diritto del privilegio e della supremazia del soggetto pubblico, trovano costanti smentite nell’esperienza giuridica contemporanea. Basti pensare, per fare solo cenno a due esempi rilevanti, al diritto della concorrenza, con le imposizioni sempre più stringenti che da esso derivano alla libertà dei privati e ai vincoli costituzionali, legislativi e procedimentali, di dimensione nazionale, europea e globale che la decisione amministrativa deve rispettare per essere legittima

Prova di questa evoluzione sta, del resto, nella lettura dell’articolo 1, comma 1bis subito avanzata secondo la quale la norma non si riferisce all’attività privata dell’amministrazione, ma all’attività amministrativa svolta con strumenti di diritto privato, con l’evidente conseguenza che essa vada qualificata come attività funzionalizzata e quindi sottoposta ai principi e ai controlli propri dell’azione amministrativa, e che debbano garantirsi, per essa, gli stessi rimedi di tutela dei terzi attivabili per qualsiasi decisione amministrativa⁷.

L’eventuale portata innovativa del richiamo al diritto privato risulta fortemente ridimensionata anche dalle prime pronunce giurisprudenziali, che tendono a equiparare gli atti non autoritativi agli atti paritetici a fini di individuazione della giurisdizione competente (Tar Friuli Venezia Giulia, n. 1074/2005), a utilizzare

⁶ J. Alison, *A Continental Distinction in Common Law. An Historical and Comparative Perspective in English Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

⁷ S. Giacchetti, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall’art.1, c.1bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzone e A. Saturno, Padova, Cedam, 2006pp.113 ss.; v. anche, per una diversa lettura, G. Napolitano, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.5, 2005, pp. 481 ss

l'articolo 1, comma 1 bis per confermare l'applicabilità dei principi del codice civile agli accordi previsti dall'articolo 19 della legge n.241/1990 (Tar Campania, n..../2005), a ribadire che è “*principio pacifico*” quello secondo cui “*l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice può essere perseguito mediante l'uso di moduli di diritto comune qualora siano congrui rispetto agli obiettivi prestabiliti, e cioè è stato ulteriormente confermato dalla recente modifica alla legge sul procedimento*” (Tar Lombardia, n.99/2005⁸).

La scarsa rilevanza del richiamo al diritto privato nella legge sul procedimento trova una ulteriore conferma, infine, nel processo di integrazione comunitaria, che incide profondamente sul nostro ordinamento, nel quale ormai abbondano i richiami espressi al diritto europeo, sia di rango costituzionale (articolo 117.1 Cost.), sia nella legislazione ordinaria, ivi compreso lo stesso articolo 1 della legge n.241 novellata.

Il processo di integrazione comunitaria procede prevalentemente mediante l'armonizzazione e la messa in coerenza dei diritti amministrativi nazionali ed è neutrale quanto alla natura, pubblica o privata, delle regole da applicare⁹. Dal diritto europeo derivano, invece, obblighi - volti ad assicurare l'effettività delle disposizioni del Trattato in materia di libertà di circolazione, tutela della concorrenza, divieto di discriminazione in base alla nazionalità – che si impongono indistintamente a soggetti pubblici e privati e che costituiscono un limite significativo alla c.d. privatizzazione formale, molto praticata nell'ordinamento italiano (e non solo). Le regole sull'organismo di diritto pubblico sono l'esempio più evidente di tale tendenza, che viene spesso interpretata, peraltro, dai giudici italiani, amministrativi e ordinari, come una licenza a qualificare in termini pubblicistici i soggetti e le attività rispetto ai quali il diritto europeo impone obblighi finalizzati, in effetti, a garantire la concorrenza e l'accesso al mercato.

⁸ E' da segnalare che la sentenza è intervenuta prima della pubblicazione in Gazzetta ufficiale della novella legislativa, a conferma della superfluità della norma in questione.

⁹ A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, n.4, 2005, pp. 707 ss.

Si finisce, così, paradossalmente, per estendere il campo d'azione del diritto amministrativo ad aree almeno formalmente disciplinate dal diritto privato, intrecciando regole, rimedi e tutele in assetti che a volte divengono intrinsecamente contraddittori: basti pensare al regime delle responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica, quale emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte di cassazione¹⁰.

A questa estensione contribuisce, sotto altro profilo, la stessa novella della legge sul procedimento, prevedendo, all'articolo 1, comma 1 ter, che i “*soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*” debbano assicurare il rispetto dei principi dell'azione amministrativa. Qui è il diritto amministrativo, e non più il diritto privato, ad essere ritenuto lo strumento migliore di garanzia per i cittadini, pur nei confronti di soggetti privati, in ragione della natura amministrativa dell'attività svolta. La parità non è evidentemente parsa sufficiente, al legislatore, a garantire per queste ipotesi un soddisfacente livello di tutela, apparendo più consoni allo scopo i principi di diritto amministrativo, che non sono sempre, quindi, strumenti di privilegio e di supremazia.

5. Dal procedimento all'atto: i vizi di legittimità e il regime dell'invalidità

Il legislatore del 2005 ha ritenuto necessario anche introdurre nella legge sul procedimento una serie di disposizioni che hanno ad oggetto il provvedimento, ridefinendo l'area dei vizi di legittimità e disciplinando (enunciando, sarebbe più esatto dire) gli elementi della nullità¹¹.

Si tratta di misure eterogenee, che per alcuni aspetti “legificano” orientamenti giurisprudenziali ormai prevalenti, ad esempio in ordine alle circostanze nelle quali la mancata comunicazione di avvio del procedimento non si riflette in un vizio del provvedimento. In altri casi si superano, invece, orientamenti del giudice

¹⁰ L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, n.2, 2006, pp. 223 ss.

¹¹ R. Chieppa. *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it

altrettanto consolidati, ad esempio rendendo ammissibile l'integrazione della motivazione nel corso del processo per fatti sopravvenuti, sinora sempre negata.

Vengono enunciate legislativamente, inoltre, le fattispecie dell'annullabilità e della nullità, richiamando nel primo caso i tradizionali vizi di legittimità e, nel secondo caso, l'assenza degli elementi essenziali dell'atto, peraltro non identificati dalla norma, il difetto assoluto di attribuzione e la violazione o l'elusione del giudicato. La rilevanza e la coerenza di queste disposizioni è oggetto di un dibattito appena agli inizi, nel quale non si può qui entrare, ma interessa rilevare come le norme in questione siano prova, da una parte, della centralità che il provvedimento riguadagna rispetto al procedimento nell'equilibrio complessivo della legge e, per altra parte, della convinzione del legislatore che fosse se non necessario almeno utile fissare in norma il regime dell'invalidità, quasi che senza una enunciazione espressa quel regime non avesse consistenza ed effettività.

Nella stessa direzione va la disposizione che esclude l'annullabilità del 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 in concreto diverso da quello in concreto adottato”*. La giustificazione della norma dovrebbe stare nella riduzione del contenzioso, assicurata mediante la dequotazione dei cosiddetti vizi di forma, e cioè di quei vizi che non incidono sulla sostanza della decisione, anche in ragione del fatto che la decisione sarebbe vincolata. La valutazione sull'incidenza del vizio non è, però, rimessa al giudice, in relazione alle concrete circostanze del sindacato sull'atto, ma viene espressa in via generale con norma legislativa, che presenta diversi profili problematici.

Non risulta, in primo luogo, che il legislatore abbia preso in esame alcuno studio o rilevazione sulla incidenza dei c.d. vizi di forma sul contenzioso, quindi è impossibile dire se la misura intervenga su un fenomeno consistente o solo marginale.

Appare evidente, poi, la distorsione provocata dalla maggiore centralità attribuita all'atto rispetto al procedimento¹², che porta a individuare e disciplinare una categoria di provvedimenti a natura vincolata, mentre se si guarda nel suo complesso al processo decisionale dell'amministrazione è facile rilevare che i casi di totale vincolatezza sono assai rari, mentre nella maggior parte dei casi discrezionalità e vincolatezza convivono e si intrecciano.

Risulta difficile, ancora, identificare i casi di violazione di norme sul procedimento che non dovrebbero tradursi in vizio di legittimità. Per fare qualche esempio: rientrano fra essi le violazioni delle norme sulla partecipazione e sull'accesso? O le carenze dell'istruttoria e i difetti della motivazione? Saranno i giudici, naturalmente, a rispondere a questa domanda, ma resta il fatto che l'approccio "sostanzialista" (se la decisione non può che essere quella, che bisogno c'è del rispetto delle forme?) privilegia sicuramente l'amministrazione, mentre non si trova traccia di norme volte a garantire, su di un piano altrettanto sostanziale, la posizione del privato. Se esistono provvedimenti interamente vincolati ne esisteranno, infatti, anche di favorevoli al privato, che potrebbe ben essere sollevato da adempimenti formali (per fare solo esempi di contrappasso: compilazione di uno specifico modulo piuttosto che di una semplice domanda, richiesta all'ufficio competente piuttosto che genericamente all'ente di cui quell'ufficio fa parte) che in fondo non incidono sulla fondatezza del suo buon diritto. Ma il sostanzialismo, nel nostro ordinamento, va quasi sempre a favore dell'amministrazione, e anche per questo il rispetto della forma non andrebbe abbandonato a cuor leggero. La libertà cresce negli interstizi della procedura, secondo la famosa affermazione di Maitland e quegli interstizi non dovrebbero essere, quindi, troppo serrati.

6. Conclusioni

Una legge sul procedimento, come già sapevano i maestri del secolo scorso non può rimediare ai problemi di una cattiva organizzazione amministrativa, di

¹² B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.5, 2005, pp.469 ss.

una pessima distribuzione delle funzioni, di un reclutamento poco selettivo, ma può stabilire principi che assicurino garanzie agli amministrati, rendano l'amministrazione più trasparente e inducano processi di modernizzazione.

Il difetto principale delle recenti modifiche alla legge sul procedimento sta nell'averne spostato il centro di gravità, tornando indietro dal procedimento – e quindi dal processo decisionale dell'amministrazione, con la partecipazione degli interessati - verso il provvedimento, e quindi verso il momento finale di esternazione della decisione.

L'attenzione si sposta, così, dalla funzionalità alla patologia, dalle regole per un buon procedimento alle norme sui vizi e quindi sul processo, da una disciplina di principi ad una legificazione di istituti e regole – si pensi all'annullamento e alla revoca, alla rilevanza dei vizi di legittimità, ai casi di nullità – che, contraddittoriamente, prima richiama il diritto privato per correggere la natura asimmetrica del diritto amministrativo e poi si occupa più dell'amministrazione dinanzi al giudice che non dell'amministrazione dinanzi al cittadino.