

LA DIMENSIONE FUNZIONALE DEL PROCEDIMENTO

Edoardo Chiti

pubblicato in Aa. Vv., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*,
Milano, Giuffrè, 2008, p. 211 ss.

SOMMARIO: 1. Il problema. 2. La diversificazione della posizione degli amministratori. 3. Oltre la discrezionalità. 4. I limiti alla procedimentalizzazione dell'attività. 5. Conclusioni.

1. *Il problema*

Il procedimento «è il modo di svolgersi dell'attività (potestà) discrezionale, o la forma della funzione amministrativa». «Il decidente, e anche le altre parti del procedimento in un procedimento complesso si muovono in una rete di interessi pubblici, collettivi, diffusi e privati. Quanto più la rete degli interessi è complessa, tanto più il legislatore dovrebbe avere cura di congegnare le fasi del procedimento in modo da permettere una valutazione consapevole degli interessi compresenti: il procedimento amministrativo, sotto l'aspetto funzionale, è uno strumento per disciplinare la “compresenza degli interessi”»¹.

Così, nel 1993, Massimo Severo Giannini richiama i profili essenziali di quella ricostruzione funzionale del procedimento amministrativo che più di ogni altro, nella seconda metà del XX secolo, ha contribuito ad elaborare².

Il procedimento amministrativo, dunque, è il meccanismo attraverso il quale trova concreto svolgimento il potere discrezionale: se il potere amministrativo consiste nella ponderazione degli interessi al fine dell'adozione della soluzione più idonea ed

¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993, vol. II, rispettivamente alle pp. 155-156 ed a p. 160.

² A partire dalle *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 261 ss.; si vedano comunque le anticipazioni contenute in *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 78 ss. Lo sviluppo dell'indagine funzionale sul procedimento alla metà del XX secolo si deve, come noto, anche agli studi di Feliciano Benvenuti; tra questi, in particolare, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 118 ss. Nei decenni successivi, la dimensione funzionale del procedimento è stata al centro soprattutto della riflessione di Mario Nigro: si vedano, in particolare, il volume *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, ed il saggio del 1980 *Il nodo della partecipazione*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1412 ss. La genesi della ricostruzione funzionale del procedimento ed i suoi rapporti con la concezione formale, elaborata, come noto, agli inizi degli anni quaranta da Aldo M. Sandulli ne *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, sono esaminati da A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, II, Milano, Giuffrè, II ed., 2003, p. 1035 ss., p. 1044 ss.

adeguata, è il procedimento a rappresentare l'ambito nel quale la pubblica amministrazione, a seguito di un atto di iniziativa, procede alla verifica dei fatti, all'acquisizione di tutti gli interessi ed alla ponderazione di questi ultimi. Il procedimento amministrativo, poi, assoggetta l'azione dei pubblici poteri a regole e doveri, a garanzia sia dei privati che possono essere pregiudicati dalla decisione, sia della collettività nel suo complesso.

Le parole di Giannini, naturalmente, sono il portato di una riflessione che si è consolidata in un momento ben precedente al 1993 ed ha influenzato profondamente la scienza del diritto amministrativo in tutta la seconda metà del XX secolo. Senza timore di esagerarne il senso, si può ritenere che esse facciano riferimento a dei veri e propri assiomi della teoria del procedimento. Se quest'ultimo è venuto assumendo un'importanza sempre maggiore negli studi di diritto amministrativo³, sino a divenire uno dei temi di ricerca più battuti, la trama funzionale richiamata ha costituito, per così dire, lo spazio ed il sostrato della riflessione sul procedimento.

Ciò che ci si propone nel presente saggio è di valutare se le trasformazioni del procedimento intervenute negli ultimi due decenni suggeriscano l'opportunità di un ripensamento di questo punto di vista consolidato.

Gli sviluppi principali, frutto di forze diverse, sono almeno tre. Per un verso, per effetto della codificazione dei principi del procedimento amministrativo operata dalla legge n. 241 del 1990, ma anche della maturazione del diritto amministrativo ultrastatale, vengono notevolmente complicandosi le finalità dell'intervento degli interessati nel procedimento. Per altro verso, in connessione con la diversificazione degli assetti degli interessi sottesi all'esercizio delle funzioni amministrative, si consolidano discipline procedurali sostanzialmente diverse dal paradigma procedimentale proprio delle funzioni che implicano l'esercizio di poteri genuinamente discrezionali. Per altro verso ancora, si registra la tendenza, dovuta soprattutto all'influenza del diritto europeo e globale, alla messa a punto di meccanismi di azione amministrativa che prescindono del tutto dalla procedimentalizzazione dell'attività.

In quale misura queste trasformazioni del procedimento amministrativo modificano il paradigma ricostruttivo tradizionale? Rappresentano delle evoluzioni e delle torsioni, anche assai incisive, degli elementi essenziali di tale paradigma? Oppure si tratta di

³ M. D'Alberti, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 1293 ss., p. 1301.

fenomeni giuridici ad esso non pienamente riconducibili, che richiedono una diversa spiegazione complessiva? E quale interpretazione ha fornito la scienza del diritto amministrativo di tali sviluppi?

Per iniziare a fornire alcuni elementi di risposta a tali domande, si ricostruiranno i profili essenziali degli sviluppi richiamati: dapprima, la diversificazione della posizione degli interessati (§ 2); quindi, il processo di differenziazione delle discipline procedurali rispetto al paradigma procedurale proprio delle tradizionali funzioni amministrative, esaminato attraverso l'esempio della disciplina procedurale della funzione regolativa (§ 3); poi, la previsione di tecniche di azione amministrativa che prescindono dalla procedimentalizzazione dell'attività (§ 4). Nelle conclusioni, si tenterà di valutare la rilevanza e le implicazioni di questi sviluppi rispetto alla teoria funzionale del procedimento nel suo complesso (§ 5).

2. La diversificazione della posizione degli interessati

La funzione dell'intervento degli interessati nel procedimento, come noto, è stata scolpita da Sabino Cassese all'inizio degli anni Settanta del XX secolo⁴.

In base a questa ricostruzione, l'intervento non risponde ad una esigenza di generica «partecipazione». Lungi dal presentarsi in maniera monolitica, esso acquista, a seconda dei casi, diverse finalità. L'intervento dell'amministrato nel procedimento, in particolare, può assolvere ad un triplice obiettivo: di partecipazione, quando risponde ad un'esigenza democratica; di collaborazione, quando opera in funzione dell'efficienza dell'azione amministrativa; di difesa, quando opera in chiave garantista⁵.

⁴ Il riferimento, evidentemente, è a S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.

⁵ Tale tripartizione, come noto, ha esercitato una influenza profonda sulla successiva riflessione in materia. La bibliografia sulla partecipazione è troppo ampia per essere qui ricordata esaustivamente. Si vedano, comunque, tra i contributi meno lontani nel tempo, M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 1 ss.; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 1137 ss.; *Procedimento amministrativo e partecipazione*, a cura di A. Crosetti e F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2002; A. Zito, *I profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, p. 159 ss.; U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 779 ss.; *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, a cura di A. Massera, Napoli, Jovene, 2007. Tra gli scritti meno recenti, G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 779 ss.; M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977; F. Levi, *Partecipazione e organizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1713

La fecondità di un simile approccio, incentrato sul riconoscimento della pluralità delle possibili finalità dell'intervento, ed attento ad evitare *reductiones ad unum* che rischierebbero di rivelarsi artificiali ed infondate, è stata confermata dagli sviluppi degli ultimi due decenni.

In questo periodo, si è avviata, nel diritto amministrativo, una «rivoluzione dei diritti»⁶ che ha implicato, tra l'altro, un significativo rafforzamento delle garanzie procedurali degli amministrati.

Sul piano interno, la più evidente manifestazione del fenomeno è rappresentata dalla codificazione dei principi del procedimento amministrativo operata dalla legge n. 241 del 1990. Ma un contributo importante allo sviluppo dei meccanismi di intervento nel procedimento è offerto anche dalle discipline speciali, nazionali e regionali, esemplificate dalla legislazione regionale in materia urbanistica⁷.

Sul piano ultrastatale, una forte spinta all'ampliamento ed all'approfondimento delle garanzie nei procedimenti di fronte ai pubblici poteri viene dal diritto europeo. Quest'ultimo ha progressivamente definito una serie di istituti e regole, abitualmente ricondotti al principio di buona amministrazione, i quali, per un verso, garantiscono al singolo la possibilità di una tutela procedurale anche nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dal diritto interno, per l'altro, rendono talora più incisive le già esistenti garanzie del contraddittorio tra singolo e potere pubblico⁸. In tal modo, dunque,

ss. Un particolare rilievo va attribuito ai contributi di Mario Nigro, tra cui i due saggi del 1980 dedicati, rispettivamente, a *Il nodo della partecipazione*, cit., ed a *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1426 ss. Specificamente sulla distinzione tra partecipazione in contraddittorio e partecipazione collaborativa, A. Pubusa, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 260 ss.; sui diritti della difesa, A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁶ Così S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 901 ss., p. 910 ss.

⁷ Si veda, sul punto, L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 62 ss.

⁸ Tali regole ed istituti rilevano non solo nei confronti delle amministrazioni europee, ma anche rispetto alle amministrazioni nazionali. Ciò in base all'orientamento assunto dalla Corte di giustizia, la quale ha espressamente stabilito che il rispetto dei principi generali del diritto europeo si impone ad ogni autorità nazionale che agisca in funzione comunitaria, in base al modello della esecuzione indiretta o nelle ipotesi di esercizio congiunto, da parte di uffici interni ed europei, delle funzioni comunitarie. Con riferimento ai casi dell'esecuzione indiretta, si veda *Hautzpollant Hamburg-Jonas e Krücken*, causa 316/86, in *Racc.* [1988] 2213. Con riferimento ai casi di esecuzione congiunta delle funzioni comunitarie, si veda la sentenza *La Conquête Scea c. Commissione*, causa C-151/01 P, in *Racc.*, [2002] I, 1179 ss. A seguito della riforma del 2005, peraltro, è la stessa legge nazionale sul procedimento a rinviare ai «principi dell'ordinamento comunitario», così confermando che principi elaborati con riferimento all'azione amministrativa europea «diventano applicabili anche in riferimento all'azione amministrativa delle

l'organismo ultrastatale gioca «un ruolo di tutela del cittadino, collocandosi, per così dire, dalla sua parte»⁹ nel rapporto con l'autorità. Il rafforzamento delle garanzie procedurali degli amministratori, peraltro, deriva anche dallo sviluppo della regolazione globale. Pur con una grande varietà di applicazioni, che riguardano sia i titolari dei diritti sia i soggetti nei confronti dei quali le garanzie procedurali sono garantite, l'emergente diritto globale promuove l'intervento degli interessati nei procedimenti di fronte ai pubblici poteri¹⁰. Si pensi, ad esempio, alla Convenzione di Aarhus sull'accesso all'informazione, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, al Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza annesso alla Convenzione di Montreal sulla biodiversità ed alle Linee guida per una valutazione congiunta sulla strategia di riduzione della povertà della Banca Mondiale.

Il processo richiamato, naturalmente, non può essere rappresentato nei termini di un lineare e progressivo potenziamento della posizione degli interessati. Al contrario, esso si presenta come un gioco di forze articolato, nel quale la messa a punto di nuovi o più incisivi meccanismi di intervento nel procedimento si confronta con opposizioni, resistenze e reazioni. Ad esempio, la legge n. 241 del 1990, pur costituendo «una delle più importanti innovazioni nella storia della disciplina legislativa dell'amministrazione», è «una legge carente, debole, superata»¹¹. La giurisprudenza si è mostrata incline a valorizzarne alcuni istituti, ma ne ha applicati altri in maniera molto restrittiva. Le pubbliche amministrazioni hanno dato attuazione in modo diseguale agli adempimenti normativi previsti da varie sue disposizioni¹². Ed il «proceduralismo globale», per quanto promettente, è ancora «ad uno stadio elementare»¹³.

pubbliche amministrazioni italiane»: così V. Cerulli Irelli, *I principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. Clemente di San Luca, Torino, Giappichelli, 2005, p. 17, p. 19.

⁹ In tal senso S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1132 ss., p. 1134, che si riferisce, comunque, alle ipotesi di relazioni triangolari Unione-Stati-cittadini.

¹⁰ S. Cassese, *Globalizzazione e «rule of law»*. Esiste uno «Stato di diritto» oltre lo Stato?, in Id., *La crisi dello Stato*, cit., p. 109 ss., p. 112 ss.

¹¹ Il giudizio è di S. Cassese, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 5 ss.

¹² Per una indagine quantitativa, si veda B.G. Mattarella, *I procedimenti*, in *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2008, § 3.2.

¹³ Così S. Cassese, *Un giusto procedimento globale?*, in Id., *La crisi dello Stato*, cit., p. 120 ss., p. 174.

Ai fini che qui interessano, tuttavia, il graduale arricchimento di garanzie procedurali conferma la varietà delle possibili funzioni dell'intervento degli interessati nel procedimento.

Si può dire, anzi, che i mutamenti intervenuti diano luogo ad una realtà giuridica sempre più complessa, là dove innescano una scomposizione ed una articolazione della categoria degli amministratori - il polo tradizionalmente unitario della «libertà» - in più categorie di amministratori, il cui intervento nel procedimento risponde ad esigenze non sempre riconducibili alla tripartizione consolidata.

Di questa complicazione delle finalità dell'intervento nel procedimento sarebbe prematuro tentare una ricostruzione sistematica.

Se ne possono offrire, però, alcuni esempi.

Un primo esempio è rappresentato dalle ipotesi nelle quali la posizione dei soggetti privati è quella di una libertà che è divenuta o può divenire, a determinate condizioni, «potere» privato, che rileva in quanto capace di incidere su altre libertà.

Il caso più evidente è quello della libertà di impresa, che può divenire potere di mercato o abuso di potere di mercato¹⁴.

In questo tipo di situazione, l'intervento del soggetto privato nel procedimento non è semplicemente volto a rappresentare un interesse o una situazione in funzione di collaborazione o di difesa. Esso assolve, piuttosto, alla ben più complessa funzione di «giustificazione» di un potere privato che, in quanto tale, è privo di una legittimità corrispondente a quella del potere pubblico.

Nel settore della pubblicità ingannevole e della pubblicità comparativa illecita, ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può richiedere all'operatore pubblicitario, in considerazione della sua posizione di potere in grado di prevaricare sulla posizione del consumatore, per la «asimmetria informativa» che normalmente caratterizza il mercato, di intervenire nel procedimento per fornire prove sull'esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità, in mancanza delle quali tali dati di fatto devono essere considerati inesatti.

Un secondo esempio della complicazione delle finalità dell'intervento nel procedimento è offerto dal ruolo che le amministrazioni giocano nei procedimenti composti ultrastatali.

¹⁴ G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 8 ss.

Nell'ordinamento europeo, che costituisce un esempio particolarmente chiaro delle dinamiche in atto, le amministrazioni nazionali occupano una doppia posizione¹⁵. La prima è quella di decisore, quando partecipano attraverso propri «rappresentanti» al collegio eventualmente responsabile dell'adozione della misura che chiude il procedimento. La seconda è quella di parte, che rappresenta e fa valere gli interessi statali in una posizione non dissimile da quella assunta dai privati. L'esempio più ovvio è quello dei procedimenti concernenti gli aiuti di Stato, nei quali l'amministrazione nazionale interviene come interessato, al pari delle imprese beneficiarie, ed è eventualmente destinataria di un'ingiunzione o di un ordine della Commissione¹⁶. Ma ci si potrebbe chiedere, rispetto a molti procedimenti composti, se un'amministrazione nazionale partecipi in effetti in qualità di co-amministratore o di amministrato. Si pensi, ad esempio, all'intervento con il quale il regolatore nazionale presenta le proprie osservazioni, insieme al gestore, nel procedimento che la Commissione può avviare, in base alla recente proposta di direttiva in materia di gas, per valutare la compatibilità con la regolazione europea di una certificazione di un gestore di sistema di trasmissione adottata dallo stesso regolatore nazionale¹⁷.

Nei procedimenti composti europei, dunque, intervengono, quali amministrati, non solo i privati, ma anche le amministrazioni nazionali.

Il loro intervento nel procedimento, però, risponde ad esigenze almeno in parte diverse rispetto a quelle dell'intervento dei privati. L'intervento non è estraneo alle ragioni della collaborazione e della difesa ben note nel diritto interno. Collaborazione e difesa, tuttavia, acquistano connotati specifici, là dove l'intervento serve talora a favorire il coordinamento tra le amministrazioni nazionali e tra queste e quelle comunitarie, talaltra a consentire lo svolgimento di una negoziazione, talaltra ancora a svolgere un controllo sui propri omologhi di altri paesi membri o a rappresentare il proprio punto di vista rispetto ad un controllo svolto da un organismo europeo. Un esempio del primo caso è quello delle misure relative alla sicurezza dei servizi nei confronti di un prestatore stabilito in uno Stato membro, che l'amministrazione di un secondo Stato membro può adottare al termine di una procedura di «mutua assistenza»

¹⁵ Si veda S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 35 ss., p. 43 ss.

¹⁶ Sul punto, *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 58 ss.

¹⁷ COM (2007) 529.

regolata dalla direttiva n. 123 del 2006. Un esempio del secondo è fornito dal procedimento di autorizzazione alla immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, nel quale le obiezioni di altri Stati possono essere superate con un accordo. La terza situazione è esemplificata dalla possibilità che i regolatori nazionali esprimano le proprie osservazioni su un progetto di misura predisposto da una autorità nazionale, secondo la disciplina posta dalle direttive di seconda generazione in materia di comunicazioni elettroniche.

Gli esempi richiamati, evidentemente, non consentono di trarre indicazioni sufficientemente articolate, per le quali occorrerebbe un approfondimento diverso ed un'indagine condotta con tecniche meno rudimentali di quelle qui utilizzate. E tuttavia, le rapide osservazioni svolte nelle pagine precedenti non solo confermano la varietà delle funzioni dell'intervento degli interessati nel procedimento e la necessità di un approccio pluralista nel loro studio. Esse mostrano anche la tendenza ad una loro complicazione oltre la triade consolidata della partecipazione democratica, della collaborazione efficientistica e della difesa. Alla scomposizione ed alla articolazione del polo della libertà corrisponde una più variegata gamma di funzioni dell'intervento.

3. *Oltre la discrezionalità*

Le funzioni amministrative hanno subito, negli ultimi venticinque anni, numerose trasformazioni.

Sull'autorità dello Stato si è innestata in maniera sempre più incisiva quella di numerosi organismi ultrastatali, tra cui l'Unione europea, così che la regolazione delle finalità e dei modi di esercizio di un crescente numero di funzioni, incluse quelle di ordine, tradizionalmente legate alla sovranità statale, si è progressivamente spostata nell'Unione e in numerosi altri sistemi regolatori ultrastatali¹⁸.

Le funzioni pubbliche hanno acquisito nuovi contenuti, esemplificati dagli sviluppi nel governo dell'economia, dove allo Stato imprenditore si è sostituito lo Stato

¹⁸ Si vedano gli studi di Sabino Cassese raccolti nei volumi *La crisi dello Stato*, *Lo spazio giuridico globale* e *Oltre lo Stato*, editi a Roma-Bari da Laterza, rispettivamente nel 2002, 2003 e 2006, nonché le osservazioni contenute in S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 169 ss. La «internazionalizzazione delle funzioni statali» era stata osservata da questo Studioso già nell'opera *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 1983, p. 93 ss.

regolatore ed al controllo pubblico diretto, di tipo direttivo, un controllo pubblico indiretto, di tipo condizionale o conforme al mercato¹⁹.

Su un piano più generale, sono profondamente mutate le domande sociali rispetto alle pubbliche amministrazioni, innescando un processo di modificazione delle attività svolte e dei servizi prestati, particolarmente evidente nell'ambito delle prestazioni sociali²⁰.

Simili trasformazioni hanno portato con sé anche una diversificazione degli assetti degli interessi sottesi all'esercizio delle funzioni amministrative.

L'esempio più interessante è fornito dalla regolazione, il cui studio nel diritto amministrativo italiano è stato avviato da Sabino Cassese alla fine degli anni Ottanta del XX secolo e che può essere intesa come funzione amministrativa caratterizzata dalla dimensione trilaterale dei rapporti tra potere pubblico e situazioni soggettive private (ad esempio, quelli tra erogatori di servizi pubblici, utenti ed autorità di regolazione) e dal carattere neutrale e non finalizzato del «diritto amministrativo condizionale»²¹.

Tale funzione si sviluppa per ragioni interne all'ordinamento nazionale ma trova un propulsore formidabile nel diritto europeo, che privilegia la regolazione rispetto ad altri possibili tipi di funzioni e coinvolge nel suo esercizio le amministrazioni nazionali, direttamente o nel contesto di sistemi comuni settoriali.

Nell'ipotesi della regolazione, come noto, l'autorità non è chiamata a ponderare l'interesse pubblico ad essa riferito con altri interessi pubblici secondari e con interessi privati, secondo il disegno abituale della discrezionalità. Piuttosto, è volta alla realizzazione di un interesse riferibile ad una pluralità di soggetti privati, mentre

¹⁹ Così, da ultimo, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, cit., p. 291 ss.

²⁰ M. Conticelli, in *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*, a cura di L. Torchia, cit., *passim*.

²¹ Si vedano, in particolare, i saggi *Dal mercato guidato al mercato regolato*, in *Bancaria*, 1986, n. 2, p. 5 ss., pubblicato anche in S. Cassese, *E' ancora attuale la legge bancaria del 1936?*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1987, p. 164 ss.; *Stato e mercato dopo privatizzazioni e "deregulation"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, p. 378 ss.; e S. Cassese, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1998, p. 233 ss., pubblicato anche in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, II, p. 89 ss.; tra gli scritti successivi dello stesso Autore, si veda, in particolare, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, p. 11 ss. Questa linea di ricerca è stata sviluppata dagli studi di L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, e di G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1993, e ripresa, più avanti, da G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001. Tra gli altri contributi allo studio della funzione regolativa, si vedano S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; e E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, Giuffrè, 2006.

l'interesse pubblico si identifica nel mantenimento dell'equilibrio tra diverse situazioni soggettive private²². Di un simile disegno, naturalmente, è opportuno evitare ricostruzioni rigide, che costringano la varietà dei fenomeni giuridici in rappresentazioni artificialmente unitarie. Ma tali cautele non dovrebbero occultare le peculiarità ed i tratti autenticamente distintivi rispetto all'assetto degli interessi che fonda lo svolgimento della tradizionale attività discrezionale²³.

Dell'originale assetto degli interessi che contraddistingue la regolazione sono state studiate soprattutto le implicazioni organizzative, relative ai caratteri distintivi del modello di «autorità indipendente» ed alla loro posizione di terzietà²⁴.

Esso si traduce, però, anche in una peculiare disciplina procedurale.

Sotto il profilo formale, la disciplina procedurale della regolazione non si differenzia da quella propria delle funzioni amministrative tradizionali, giacché essa deriva dall'applicazione dei normali criteri dei rapporti tra le fonti e risulta dal combinato disposto della legge n. 241 del 1990, dei principi generali validi per tutti i settori dell'azione amministrativa e delle disposizioni settoriali, comunitarie e nazionali. Nonostante un primo orientamento di segno diverso²⁵, in particolare, la riflessione scientifica si è progressivamente orientata, anche sulla scorta della produzione

²² S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 265 ss., p. 267, pubblicato anche in Id., *Lo spazio giuridico globale*, cit., p. 124 ss. Le autorità preposte all'esercizio della funzione regolativa, dunque, «curano interessi pubblici solo in modo mediato, in quanto debbono esclusivamente prendersi carico del conflitto tra gli utenti e gli erogatori dei servizi. In altre parole curano un interesse di secondo grado, quello a risolvere conflitti e a dare giustizia»: così S. Cassese, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 236. Sulla natura dell'attività di composizione policentrica degli interessi, G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 657 ss. In termini più generali, R. Perez, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, p. 115 ss.; e G. Amato, *Le autorità indipendenti*, in *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Utet, 1998, p. 369 ss.

²³ Sull'assetto degli interessi come tratto autenticamente distintivo della regolazione si vedano soprattutto L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., p. 441 ss.; e G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, cit., p. 266 ss.

²⁴ La letteratura sul tema è troppo ampia per poter essere qui utilmente richiamata; tra i numerosi contributi, comunque, si vedano in particolare gli studi di Fabio Merusi, tra cui *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, e *Autorità indipendenti*, con M. Passaro, in *Enciclopedia del diritto*, VI aggiornamento, Milano, Giuffrè, 2002, *ad vocem*; *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, con M. Passaro, Bologna, Il Mulino, 2003; in una prospettiva di scienza politica, A. La Spina e S. Cavatorto, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008.

²⁵ Ci si riferisce alla tesi secondo la quale la legge n. 241 del 1990, riferita ad una realtà amministrativa di stampo tradizionale, risulterebbe del tutto inadatta a disciplinare l'attività delle autorità, caratterizzata dall'intervento difensivo, piuttosto che collaborativo, degli interessati e dalla mancanza di una vera e propria discrezionalità amministrativa. Per una affermazione netta di questa posizione, C. Malinconico, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, e C. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, entrambi in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, Il Mulino, 1996, rispettivamente 49 ss. e 108 ss.

giurisprudenziale²⁶, nel senso della compatibilità tra la legge n. 241 del 1990 ed i procedimenti delle autorità indipendenti. In ragione della specificità della funzione svolta dalle autorità e della natura complessa delle loro attribuzioni, si esclude la meccanica applicazione delle disposizioni della legge generale sul procedimento²⁷. Ma questa opera quale legge di principio, là dove impone ai regolamenti sui procedimenti di fronte alle autorità il rispetto dei principi desumibili dalle proprie disposizioni²⁸.

E tuttavia, se è vero che la disciplina procedurale della regolazione non sfugge ai normali criteri dei rapporti tra le fonti, un'indagine più nettamente orientata sui caratteri della funzione mostra come l'applicazione di questi criteri non implichi la messa a punto di una disciplina procedurale equivalente a quella della normale attività amministrativa proceduralizzata.

La disciplina procedurale della regolazione, in particolare, risulta incentrata in parte su istituti non previsti dalla legge n. 241 del 1990, in parte su istituti considerati sul piano generale ma reinterpretati alla luce delle specifiche caratteristiche della regolazione.

La prima ipotesi si realizza riguardo all'attività che si conclude con l'adozione di atti generali. Al di là delle ovvie differenze tra i diversi settori riconducibili alla funzione di regolazione, e nonostante l'ancora incerto grado di consolidamento, le varie discipline

²⁶ La giurisprudenza, come noto, ha in più circostanze confermato l'applicabilità della legge n. 241 del 1990 alle autorità indipendenti; lo si riscontri, ad esempio, in Tar Lazio, sez. I, 1° agosto 1995, n. 1474, in *Foro amm.*, 1996, 1017 ss.

²⁷ S. Cassese, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli, 1999, p. 37 ss., p. 38; R. Perez, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit.

²⁸ F. Merusi e M. Passaro, *Autorità indipendenti*, cit., p. 181 ss.; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, Firenze, Passigli, 1997, vol. I, p. 145 ss., p. 224 ss. Ciò vale anche con riferimento ai procedimenti che si concludono con atti generali. Per essi valgono alcune espresse limitazioni all'applicazione delle disposizioni della legge sul procedimento, la quale, come noto, esonera gli atti amministrativi aventi contenuto ed effetti generali dall'obbligo di motivazione e dispensa le relative procedure dalla applicazione delle disposizioni in materia di «partecipazione» e di accesso ai documenti. La rilevanza delle deroghe, però, è limitata, giacché le restrizioni rispondono non tanto alla esigenza di sottrarre i procedimenti generali ai principi minimi della legge sul procedimento, quanto a quella di operare opportune diversificazioni in funzione dei caratteri dell'azione amministrativa. Su questo aspetto, A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 1149; in senso analogo, G. Corso e F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti amministrativi*, Rimini, 1991, p. 39 ss. L'impostazione seguita nel testo non è smentita dalla introduzione, con la legge n. 15 del 2005, del rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario: i quali, come è stato osservato, «ormai indiscutibilmente vengono recepiti nell'ordinamento nazionale come principi di rango costituzionale», ma risultano, in definitiva, scarsamente innovativi rispetto ai principi nazionali, data la «tendenziale coincidenza sul punto dei due ordinamenti»; così V. Cerulli Irelli, *I principi dell'azione amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. Clemente di San Luca, Torino, Giappichelli, 2006, p. 17 ss.

settoriali tendono a convergere intorno ad una identica direzione. I procedimenti generali, in effetti, sono sempre più chiaramente strutturati in una maniera tale da garantire, da un lato, che tutti i dati fattuali e gli interessi rilevanti siano identificati e valutati, dall'altro, che tale attività istruttoria sia svolta con il contributo diretto delle parti interessate, acquisito secondo le specifiche modalità della «consultazione»²⁹. Pur non previsto dalla legge sul procedimento, l'emergente istituto della consultazione potrebbe essere ritenuto una tipica espressione del principio generale di partecipazione da questa desumibile, operando in funzione sia propriamente partecipativa, sia di difesa, sia di collaborazione. A ben vedere, però, esso risponde ad una *ratio* diversa da quella del principio partecipativo sancito dalla legge n. 241 del 1990. Per un verso, l'intervento del privato nel procedimento è realizzato in una maniera specifica, che presuppone la instaurazione di un processo fondato sull'argomentazione razionale da parte dei soggetti interessati e delle autorità competenti, volto alla elaborazione di una soluzione condivisibile dai vari partecipanti e dal pubblico sotto il profilo della coerenza e della qualità, al fine di razionalizzare le interazioni tra regolatori e regolati e di limitare gli effetti negativi dei «giochi con le regole»³⁰. Per altro verso, la consultazione risponde anche ad obiettivi non riconducibili a quelli propri del principio di partecipazione, là dove la sua funzione essenziale può essere ravvisata, come osservato in precedenza, nel mantenimento dell'attività precettiva dell'autorità nei limiti di un processo neutrale di specificazione e di interpretazione dei parametri fissati dal legislatore ai fini della garanzia degli interessi che caratterizzano il sistema di regolazione.

²⁹ Per una ricostruzione analitica dei caratteri di questo istituto del procedimento sia consentito rinviare a E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 679 ss., p. 693 ss. Si può qui osservare solo come la disciplina in corso di sviluppo richiede che le autorità di regolazione, nei procedimenti volti all'adozione di atti amministrativi generali, comunichino l'avvio del processo di adozione di un atto generale e pubblicino un documento relativo all'intervento previsto, ai suoi obiettivi, all'impatto presunto, alle modalità specifiche della consultazione ed alle aspettative ad essa connesse. Le modalità della consultazione possono spaziare dall'audizione alla redazione di commenti scritti, ma occorre che la consultazione sia aperta, in principio, a tutti coloro che possano rappresentare fatti ed interessi utili ai fini dell'istruttoria e che il tempo concesso agli interessati sia adeguato alla complessità delle questioni trattate dal documento. Le finalità della consultazione, poi, impongono che la misura adottata sia accompagnata da una relazione che illustra l'esito della consultazione ed esplicita le scelte effettuate in relazione ai commenti ricevuti. Sui rischi di «ossificazione» dei procedimenti di regolazione, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 113 ss.

³⁰ Si noti che la dimensione argomentativa del processo di consultazione emerge anche dalle descrizioni che del fenomeno fanno i regolati; in questo senso, è assai istruttiva la lettura del rapporto di Assonime, *Autorità indipendenti: le garanzie procedurali*, Roma, 2003, 27 ss. Sui «giochi con le regole», restano illuminanti le osservazioni di S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.

La seconda ipotesi si realizza riguardo all'attività individuale posta in essere dalle autorità di regolazione. Nei procedimenti attraverso i quali si svolge tale attività tendono a prevalere istituti di stampo processuale, ispirati ad un modello istruttorio fondato sul contraddittorio, volti a garantire che l'attività individuale di controllo sia effettuata nel rispetto della regola della neutralità dell'autorità. L'esempio più chiaro è offerto dalla disciplina procedimentale relativa all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, risultante dalle disposizioni della normativa e dagli orientamenti emersi nella prassi e nella giurisprudenza³¹. Essa mira a garantire che l'attività individuale di controllo sia effettuata nel rispetto della regola della neutralità dell'autorità, essenziale ai fini dell'esercizio della funzione regolativa. Questo obiettivo è perseguito attraverso la instaurazione di un confronto strutturato tra esercenti ed utenti denunciati e la previsione di un nucleo fondamentale di diritti della difesa, i quali consentono quel gioco dialettico tra le parti che tende a salvaguardare l'equidistanza dell'autorità dagli interessi in gioco sia nel meccanismo di accertamento degli elementi di fatto e di diritto sia nella formulazione del giudizio sulla condotta del privato. In aggiunta a ciò, l'assetto procedurale serve a rendere possibile una più ampia discussione tra parti private anche esterne al rapporto controverso, chiamate ad incrociare le proprie argomentazioni ed informazioni di fronte al potere pubblico e ad agevolare non solo una decisione di questo che sia idonea a risolvere il caso concreto, ma anche l'acquisizione di dati utili a garantire l'efficacia complessiva della disciplina del settore³². Si tratta, evidentemente, di un modello nettamente distinto dalla impostazione della legge n. 241 del 1990. Questa prevede l'intervento degli interessati «in vista del provvedimento finale, ma non in funzione di difesa o di contraddittorio, bensì in funzione di trasparenza»³³.

³¹ La disciplina normativa è posta dal D.P.R. 9 maggio 2001, n. 244, recante regolamento governativo per la disciplina delle procedure istruttorie dell'Aeeg, a norma dell'articolo 2, co. 24, lettera a), della legge 14 novembre 1995, n. 481; per un commento al regolamento, P. Lazzara, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 361 ss.; per un inquadramento complessivo della materia, G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, *Diritto amministrativo speciale*, tomo III, p. 2189 ss.

³² A questo obiettivo rispondono le regole che consentono, a determinate condizioni, l'apertura del procedimento a soggetti diversi dalle parti del rapporto sostanziale fatto valere.

³³ Così G. Amato, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 97 ss., p. 100; in senso analogo, M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2004, p. 59 ss. Per una diversa impostazione, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 167 ss., secondo il quale il principio del contraddittorio, tratto dal processo (art. 111 Cost.), è esteso al procedimento amministrativo dalla l. n. 241/1990. Sembra condividere quest'ultima prospettiva P. Benvenuti, *Le dottrine del diritto amministrativo. Profili*

L'esperienza settoriale, invece, trova il proprio centro e fondamento nella parità delle armi tra i soggetti coinvolti e tra questi ed il regolatore, dando luogo ad una disciplina procedurale che «non soltanto avvalora istituti scarsamente considerati sul piano generale, ma li colloca in una prospettiva completamente diversa»³⁴, volta a garantire le specifiche esigenze del contraddittorio³⁵. Le regole del contraddittorio, in particolare, orientano lo svolgimento dell'attività di controllo al rispetto del criterio di neutralità, essenziale ai fini del corretto esercizio della funzione regolativa³⁶.

La funzione di regolazione, in definitiva, è soggetta ad una disciplina procedurale che è sostanzialmente diversa da quella propria delle funzioni che implicano l'esercizio di poteri genuinamente discrezionali. Essa presuppone, con riferimento tanto ai procedimenti generali quanto a quelli 'singolari', la messa a punto di istituti ad un tempo più incisivi e qualitativamente distinti rispetto a quelli che sono sufficienti per garantire l'osservanza dei principi desumibili dalla legge generale sul procedimento. La disciplina dei procedimenti di fronte alle autorità di regolazione non può risultare in contrasto con l'impianto inderogabile della legge n. 241 del 1990. Ma si sviluppa intorno ad istituti volti a governare non tanto un'attività di ponderazione degli interessi nella sequenza procedimentale, come avviene per le normali funzioni amministrative, quanto piuttosto un'attività di controllo neutrale ed estranea agli interessi in gioco. A venire in primo piano sono la neutralità nei confronti delle situazioni oggetto della disciplina in luogo del temperamento dei vari interessi, le regole di secondo grado in luogo della ponderazione.

4. I limiti alla procedimentalizzazione dell'attività

Gli ultimi venticinque anni hanno forse celebrato il «trionfo» del procedimento amministrativo. Per effetto degli interventi normativi nazionali ed ultrastatali, degli indirizzi giurisprudenziali e dell'azione degli stessi privati, la disciplina procedurale si è

metodologici e linguaggio, in *Ordine giuridico e ordine politico. Esperienze lessico prospettive*, a cura di P. Carta e F. Cortese, Padova, Cedam, 2008, p. 191 ss., che ritiene «fittizia» la contrapposizione con l'amministrazione tradizionale, «di cui si offre un figurino che non appare corrispondente alle più recenti concezioni dell'istituto partecipativo e del principio del contraddittorio procedimentale» (p. 202).

³⁴ P. Lazzara, *Partecipazione e contraddittorio*, cit., p. 364.

³⁵ Rispetto a tali esigenze, poi, alcune previsioni della legge n. 241 del 1990 paiono addirittura incompatibili e non possono, dunque, integrare la disciplina speciale. E' quanto avviene, ad esempio, per le disposizioni che limitano il diritto alla partecipazione nelle ipotesi di particolari esigenze di celerità

³⁶ Per un'analisi più dettagliata di quella che è possibile svolgere qui si veda E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., p. 707 ss.

venuta approfondendo in misura inedita³⁷. Allo stesso tempo, si è gradualmente estesa ben oltre i tradizionali confini soggettivi ed oggettivi³⁸. Basti pensare, sul piano soggettivo, all'art. 1, co. 1-ter, della legge generale sul procedimento, che prevede che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi stabiliti dallo stesso articolo; sul piano oggettivo, alla procedimentalizzazione di molte attività tecniche e specialistiche, come le prestazioni mediche, dove si sviluppano, ad esempio, procedure volte a garantire il consenso informato del paziente.

Questa tendenza all'approfondimento ed alla estensione della disciplina procedurale, però, è meno assoluta di quanto non sia comunemente riconosciuto. Essa coesiste, in effetti, con una tendenza di segno opposto, relativa alla messa a punto di tecniche di azione amministrativa che prescindono dalla procedimentalizzazione dell'attività.

Lo sviluppo di simili tecniche rappresenta un aspetto di un processo più generale, di ricerca di nuovi modi di intervento amministrativo, che trova la propria spinta propulsiva soprattutto nella regolazione europea e globale. Tra i vari esempi, si possono richiamare, sul versante globale, la regolazione informale, priva di carattere vincolante ma assai rilevante in concreto, posta in essere da numerose amministrazioni composite transnazionali in numerosi settori³⁹; sul versante europeo, il metodo aperto di coordinamento, incentrato sulla fissazione di obiettivi, sul monitoraggio e sull'apprendimento reciproco.

Si tratta di meccanismi dell'azione amministrativa che contribuiscono, nella maggior parte dei casi, al rafforzamento della disciplina del procedimento. Essi si affidano in misura decisiva alla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, sfruttando la capacità ordinatrice del procedimento, che rende possibile la gestione dei conflitti tra

³⁷ Per una ricostruzione complessiva di questi sviluppi, S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, p. 27 ss., specie a p. 35, nonché Id., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, cit., p. 911; in precedenza, dello stesso Autore, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 1015 ss.

³⁸ Segnala la tendenza espansiva della disciplina del procedimento, da ultimo, B.G. Mattarella, *I procedimenti*, cit., § 3.5.

³⁹ L'esame delle tecniche regolatorie del diritto amministrativo globale è stato avviato e sviluppato da Sabino Cassese; si vedano, in particolare, i saggi *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale*, in Id., *Oltre lo Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 6 ss., p. 15 ss., e *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, *ibidem*, p. 68 ss., p. 73 ss. Specificamente sullo sviluppo di una «amministrazione informale» come uno dei tratti caratteristici dello spazio giuridico globale, R.B. Stewart, B. Kingsbury e N. Krisch, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 3-4/2005, p. 15 ss., nonché R.B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, *ibidem*, p. 63 ss., p. 65.

più interessi e l'azione ordinata di più soggetti in uno spazio giuridico articolato e composito come quello che risulta dai rapporti tra ordinamento nazionale, europeo e globale. Il metodo aperto di coordinamento, ad esempio, dà luogo ad una complessa architettura di procedimenti composti, alle quali concorrono autorità nazionali ed autorità ultrastatali⁴⁰. Analogamente, la regolazione informale viene spesso assoggettata a principi ed istituti che tendono a riprodurre alcuni aspetti della disciplina procedurale propria della tradizione amministrativa nazionale⁴¹.

E tuttavia, la messa a punto di nuovi modi di intervento amministrativo implica, in alcuni casi, la scelta di rinunciare alla procedimentalizzazione dell'attività dei pubblici poteri.

Un esempio di ciò è offerto dalla istituzione di sistemi comuni europei che potremmo definire, usando il linguaggio del diritto amministrativo americano, dove simili fenomeni sono ben conosciuti, di «governo a distanza»⁴².

E' il caso, in particolare, dei sistemi comuni europei preposti alla produzione di informazione in un determinato settore, tra cui quelli della protezione ambientale, della formazione professionale, delle condizioni di vita e di lavoro, delle droghe e delle tossicodipendenze, della tutela dei diritti fondamentali.

La produzione di informazione da parte di questi sistemi comuni europei si rivolge ad autorità comunitarie e nazionali titolari di potestà decisionali, ai fini di una migliore elaborazione degli indirizzi politici e di una più adeguata scelta degli strumenti per la loro attuazione. Nel caso del sistema comune europeo per l'informazione ambientale, ad esempio, i dati raccolti, trattati e pubblicati dall'Agenzia europea per l'ambiente, che coordina il sistema comune europeo denominato Eionet, sono funzionali, da un lato, all'esercizio delle attribuzioni della Commissione nella fase di elaborazione e di

⁴⁰ Per la definizione dei procedimenti composti come procedure nelle quali concorrono, seppure in forme assai diversificate, autorità nazionali ed autorità ultrastatali, si veda S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 35 ss., p. 44, che distingue i procedimenti in senso proprio composti sia da quelli dove gli Stati sono coinvolti come meri destinatari dell'azione ultrastatale, sia da quelli ai quali i due livelli, nazionale ed ultrastatale, «non concorrono, ma che si innestano, unendosi per poi dividersi» (p. 44).

⁴¹ Per una riflessione articolata su questo aspetto, S. Cassese, *Un giusto procedimento globale?*, in Id., *La crisi dello Stato*, cit., p. 120 ss., il quale, peraltro, conclude che « il “proceduralismo globale” è [...] ad uno stadio elementare » (p. 174). Pongono in luce i limiti di un approccio *bottom-up*, volto a riprodurre sul piano globale gli istituti procedurali propri della tradizione nazionale, R.B. Stewart, B. Kingsbury e N. Krisch, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit., p. 55 ss.

⁴² R.B. Stewart, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 16 ss.

attuazione del diritto comunitario, dall'altro lato, all'azione normativa degli Stati membri nei limiti della loro competenza nell'ambito del riparto di attribuzioni con l'organismo ultrastatale⁴³.

D'altra parte, però, l'informazione prodotta non è esclusivamente volta a rendere più efficace l'esercizio del potere di scelta delle amministrazioni competenti, ma può anche essere utilizzata direttamente in funzione della collettività, sia per consentirle una valutazione dell'azione dei pubblici poteri, sia, soprattutto, per incoraggiare o scoraggiare un determinato comportamento di taluni soggetti, dunque quale strumento di controllo e di persuasione. Si pensi, per quest'ultima ipotesi, ai casi in cui la raccolta ed il trattamento dei dati raccolti dalla rete Eionet per l'informazione ambientale siano finalizzati ad individuare le maggiori fonti di inquinamento in un territorio circoscritto. In tal caso, l'informazione prodotta e pubblicata non serve tanto ad individuare uno *standard* tecnico in relazione al quale valutare se l'azione dei privati è conforme ai comandi fissati dalla disciplina comunitaria, quanto ad orientare i soggetti privati verso una determinata condotta.

Non diversamente da quanto avviene in alcuni sviluppi recenti della regolazione amministrativa statunitense, che si allontanano molto dal tradizionale modello imperativo, dunque, l'amministrazione orienta la condotta dei privati operando su di essi una pressione informale, utilizzata per perseguire obiettivi di tutela ambientale, di salute pubblica, di regolazione sociale.

In questo caso, i rapporti tra amministrazione ed amministrati sono indiretti e non si svolgono sul terreno del procedimento. Il diritto europeo può strutturare attraverso il procedimento specifici aspetti dei rapporti tra privati ed amministrazione che si svolgono nelle materie nelle quali i sistemi comuni europei di informazione. Ad esempio, il regolamento n. 1367/2006 ha applicato agli organismi comunitari le disposizioni della Convenzione di Aarhus, relative, tra l'altro, all'accesso alle informazioni ambientali ed alla partecipazione del pubblico ai piani ed ai programmi ambientali. Ma l'attività di produzione di informazione, in quanto tale, sfugge a qualunque procedimentalizzazione e la partecipazione dei privati, quando è prevista, si svolge su un terreno essenzialmente organizzativo. E' quanto avviene, ad esempio, nel caso dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, la cui

⁴³ Regolamento n. 1210/90, rispettivamente ed art. 2, punti ii) e iii) ed art. 1/2, primo trattino.

organizzazione interna include un «gruppo permanente di parti» composto da esperti che rappresentano dei soggetti interessati, quali l'industria delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, le organizzazioni dei consumatori e gli esperti universitari in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione.

Il procedimento, peraltro, non assolve più neppure ad una funzione organizzativa, di strutturazione dell'intervento delle varie amministrazioni competenti, nazionali, sovranazionali e miste. L'effetto della loro «integrazione» in un sistema amministrativo unitario, infatti, è realizzato con modalità non procedurali, ma organizzative.

Un esempio è fornito dal sistema comune europeo per l'informazione ambientale. Questo si presenta come un'amministrazione composta dall'architettura assai complessa. Ne fanno parte diverse centinaia di apparati, nazionali, comunitari e misti, individuati non solo dal regolamento comunitario che la istituisce, ma anche dalla stessa Agenzia europea per l'ambiente, in relazione alle esigenze del buon funzionamento del sistema⁴⁴. A fronte di tale complessità, sarebbe legittimo attendersi, dal legislatore europeo, la scelta per una tecnica procedurale di integrazione amministrativa. In linea con gli sviluppi di molti altri settori del diritto europeo, in particolare, l'effetto dell'integrazione potrebbe essere perseguito articolando la funzione in sequenze procedimentali comunitarie, ma caratterizzate dalla partecipazione di uffici sovranazionali, misti ed interni, tra i quali sono stabilite numerose relazioni organizzative di varia natura⁴⁵. Nel caso del sistema comune europeo per l'informazione ambientale, invece, la tecnica utilizzata è peculiare e prescinde dalla procedimentalizzazione della funzione. In questa ipotesi, la normativa comunitaria conferisce all'Agenzia europea per l'ambiente, da un lato, compiti di coordinamento dei diversi apparati competenti, dei quali la normativa comunitaria si limita a definire i tendenziali ruoli funzionali, dall'altro, compiti di programmazione dell'attività di tutti i soggetti che compongono l'organizzazione complessa. Ai fini dell'esercizio delle attribuzioni di coordinamento e di programmazione, poi, sono previsti strumenti

⁴⁴ Per un'analisi dettagliata dell'organizzazione del sistema Eionet, si rinvia a E. Chiti, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, p. 270 ss.

⁴⁵ Su questo sviluppo, si veda la ricostruzione complessiva di S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami e S. Cassese, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 1, Milano, 2004, p. 31 ss. Non è forse superfluo ricordare che la formula della «integrazione amministrativa» ha valore essenzialmente descrittivo, come osservato da S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1135 ss.

giuridici non vincolanti, volti alla stabilizzazione non coercitiva delle aspettative di comportamento dei diversi apparati competenti: si tratta dei programmi di lavoro dell'ente comunitario, che possono avere carattere pluriennale o annuale e traducono il generico compito di produrre informazione di qualità in una serie di progetti dettagliati, cui è data attuazione dalla rete Eionet, con un coinvolgimento delle singole parti che varia da caso a caso ed è specificato dagli stessi programmi.

La messa a punto di tecniche di azione amministrativa che prescindono dalla procedimentalizzazione dell'attività, in ogni caso, non si registra solo nel contesto dei nuovi modi dell'intervento pubblico elaborati dalla regolazione ultrastatale e meno familiari alla tradizione amministrativa del nostro paese.

Essa caratterizza anche lo svolgimento di attività tradizionali, le quali, però, assumono una inedita complessità a causa della crescente e sempre più incisiva influenza della regolazione ultrastatale.

Un esempio è offerto dallo svolgimento delle missioni militari internazionali cui partecipano le nostre forze armate.

Si tratta di operazioni che coinvolgono una pluralità di autorità aventi diversa natura giuridica ed appartenenti a sistemi giuridici differenti, congiuntamente responsabili dell'attuazione della decisione politica. Nel caso di autorizzazione delle Nazioni Unite all'uso della forza da parte di organismi regionali, ad esempio, le attribuzioni necessarie all'esercizio della funzione sono ripartite tra il Consiglio di sicurezza delle stesse Nazioni Unite, le autorità dell'organismo regionale interessato, quale la Nato o l'Unione europea, e le amministrazioni degli Stati che agiscono nell'ambito degli apparati multinazionali delle organizzazioni di cui sono membri.

Queste ipotesi confermano una tendenza consolidata del diritto amministrativo globale, quella alla messa a punto di processi esecutivi nei quali il «livello» dell'amministrazione nazionale ed il «livello» dell'amministrazione ultrastatale, ben lungi dall'essere ispirati al principio della separazione, «dipendono l'uno dall'altro», dando luogo ad una «mistura di globale e nazionale» talora «particolarmente forte e complessa»⁴⁶.

⁴⁶ S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in Id., *Oltre lo Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 42 ss., p. 53 e p. 54.

Nel caso in esame, tuttavia, la reciproca dipendenza delle amministrazioni nazionali ed ultrastatali è realizzata in un modo peculiare.

Nelle ipotesi più note e studiate del diritto amministrativo globale, in effetti, il processo esecutivo inizia in sede ultrastatale e si conclude in sede nazionale, con una decisione che deriva dall'istruttoria svolta dall'organismo ultrastatale o con l'esecuzione di una decisione assunta da quest'ultimo⁴⁷, secondo una sequenza che dà normalmente luogo ad un procedimento composito.

L'azione congiunta delle varie autorità coinvolte nelle missioni militari internazionali, invece, presuppone l'individuazione di diversi livelli di responsabilità (politica, strategica, operativa e tattica), a ciascuno dei quali si svolge, in modi non procedimentalizzati, un'attività di istruzione e di decisione. Tali livelli sono tra loro interdipendenti, nel senso che l'esecuzione delle decisioni assunte ad un determinato livello dipende dal livello inferiore. Ed i vari uffici tra i quali sono distribuiti i diversi livelli di responsabilità sono ordinati in base a rapporti di sovraordinazione, sui quali si innesta l'utilizzazione di numerosi strumenti di coordinamento⁴⁸.

L'articolazione della sequenza nelle fasi istruttoria, decisoria ed esecutiva, dunque, cede il passo ad una «catena di comando e controllo». Alla sequenza lineare, dall'alto verso il basso, ordinata e strutturata dalla disciplina del procedimento, si sostituisce una fitta trama di rinvii tra distinti livelli di responsabilità.

Anche in questo caso, gli esempi richiamati non possono fondare conclusioni generali. Pur con tutte le ovvie cautele, però, essi consentono di osservare come la regolazione ultrastatale riaffermi ed allo stesso tempo circoscriva il ruolo e la funzione del procedimento. Per un verso, il procedimento resta innegabilmente uno strumento fondamentale, del quale si ribadisce l'importanza e si sfruttano le potenzialità. Per altro verso, la regolazione europea e quella globale elaborano alternative alla procedimentalizzazione della funzione. In questo senso, si può certamente affermare che gli ultimi venticinque anni registrano un aumento dell'ambito dell'attività amministrativa che si svolge mediante procedimenti⁴⁹. Ma non si può trascurare la tendenza, ancora poco consolidata ma rilevante sotto il profilo qualitativo, alla messa a

⁴⁷ *Ibidem*, p. 53 ss.

⁴⁸ Per un esame dettagliato di questa tecnica di azione congiunta, sia consentito il rinvio a E. Chiti, *L'amministrazione militare*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 214 ss.

⁴⁹ Così B.G. Mattarella, *I procedimenti*, cit., § 3.5.

punto di tecniche di azione amministrativa che prescindono, in tutto o in parte, dalla disciplina del procedimento.

5. Conclusioni

Nelle pagine precedenti, si sono considerati tre recenti sviluppi del procedimento: la tendenza ad una sempre maggiore complicazione delle finalità dell'intervento degli interessati nel procedimento; la messa a punto di discipline procedurali sostanzialmente diverse dal paradigma procedimentale proprio delle funzioni che implicano l'esercizio di poteri discrezionali; l'elaborazione di meccanismi di azione amministrativa che prescindono del tutto dalla procedimentalizzazione dell'attività.

Questi sviluppi, emersi e consolidatisi negli ultimi due decenni, sono riconducibili a forze diverse, hanno tempi di crescita differenti e presentano un diseguale grado di maturazione. In tutti e tre i casi, comunque, si tratta di processi e tendenze che mettono in dubbio alcuni elementi essenziali della teoria funzionale del procedimento.

Le osservazioni svolte non consentono, evidentemente, una risposta complessiva alle domande poste in apertura. Le tre tendenze segnalate dovrebbero essere sia approfondite, sia completate con l'esame di altre tendenze in atto, in modo da poter fondare una compiuta ed articolata ricostruzione.

Esse segnalano, comunque, che la ricostruzione funzionale, se da un lato mostra una notevole resistenza anche rispetto ad una realtà giuridica decisamente più complessa di quella a partire dalla quale è stata formulata, dall'altro evidenzia una capacità esplicativa ridotta rispetto ad alcuni fenomeni.

Il processo di diversificazione della posizione degli interessati, in particolare, non solo conferma che le regole e gli istituti del procedimento rispondono non tanto ad una generica esigenza di partecipazione dell'interessato quanto ad una varietà di funzioni specifiche, ma suggerisce anche che l'intervento assume sempre più spesso finalità diverse da quelle individuate nella triade consolidata della partecipazione democratica, della collaborazione efficientistica e della difesa.

Quanto al processo di differenziazione delle discipline procedurali rispetto al paradigma procedurale proprio delle tradizionali funzioni amministrative, l'esempio della disciplina procedurale della funzione regolativa non rivela tanto una intrinseca debolezza di tale paradigma, né suggerisce una sua revisione. Essa mostra, piuttosto, la

difficoltà di ricondurre al modello procedurale della normale attività procedimentalizzata un numero crescente di fenomeni giuridici. La regolazione, in altri termini, consente di registrare un processo di differenziazione rispetto agli schemi sinora prevalenti dei modi dell'agire amministrativo e l'attenuazione della tipicità del paradigma procedurale proprio delle tradizionali funzioni amministrative.

La messa a punto di tecniche non procedimentali dell'azione amministrativa, da ultimo, rende meno certo l'affermazione di Massimo Severo Giannini secondo la quale «costituisce un principio del diritto amministrativo contemporaneo» la circostanza che «l'attività amministrativa delle amministrazioni contemporanee si svolge mediante procedimenti amministrativi»⁵⁰.

Degli sviluppi richiamati la scienza giuridica ha sin qui reso conto solo in parte. Il procedimento è divenuto, negli ultimi due decenni, uno dei temi più battuti dagli studi di diritto amministrativo. Ma questi ultimi sono restati, per così dire, all'interno della trama funzionale efficacemente riassunta dalle parole di Massimo Severo Giannini richiamate in apertura. E la ricognizione dei mutamenti e delle dinamiche in atto si deve ad un numero limitato di studiosi, su tutti Sabino Cassese⁵¹.

Le implicazioni di questi sviluppi, peraltro, sono varie.

La principale riguarda il rapporto che intercorre tra funzione e procedimento.

Considerate nel complesso, le tendenze richiamate consentono di avanzare l'ipotesi in base alla quale il procedimento non costituisce una variabile indipendente della funzione, ma reagisce al variare dei caratteri dell'attività amministrativa.

Una simile affermazione potrebbe parere ovvia, dato l'insegnamento in base al quale il procedimento amministrativo costituisce la «forma della funzione amministrativa»⁵².

Come osservato in apertura, però, la procedura amministrativa è abitualmente configurata «come sede deputata all'effettuazione della ponderazione tra interessi, pubblici e privati, coniugando, da un lato, i profili strutturali legati all'articolazione del

⁵⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 100.

⁵¹ La cui opera individuale rappresenta il contributo più ricco e continuo all'indagine delle trasformazioni complessive del diritto amministrativo tra i due secoli; sulla prospettiva di fondo del contributo di questo Studioso, si veda l'affresco di *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, cit..

⁵² Secondo la ricostruzione ascrivibile, come noto, a Feliciano Benvenuti (*Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit.), Massimo Severo Giannini (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 78 ss.; *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 91 ss. e p. 471 ss.) e Mario Nigro (*Il nodo della partecipazione*, cit.; ma questa prospettiva è presente già nell'opera *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.); per una discussione di questa ricostruzione, A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 1042 ss.

procedimento e, dall'altro, quelli sostanziali derivanti dall'esercizio di discrezionalità amministrativa»⁵³. La tradizionale tripartizione delle finalità dell'intervento degli interessati nel procedimento, pur elaborata nel contesto di un approccio volto a cogliere la molteplicità delle esigenze sottese alla «partecipazione» procedurale, viene non di rado intesa in maniera eccessivamente stringente, come griglia alla quale ricondurre l'intera gamma delle possibili posizioni degli amministratori. Ed il procedimento è di solito rappresentato quale unica e necessaria «forma» della funzione amministrativa.

Da questo punto di vista, l'esame degli sviluppi considerati in questo scritto mostra come la complicazione della tipologia dell'attività amministrativa e della posizione degli amministratori ridondi in una più ricca e complessa varietà di principi e di regole procedurali. I principi non sono meno generali di quanto si pretenda nelle ricostruzioni tradizionali. Essi, però, paiono meno omogenei ed assoluti di quanto comunemente riconosciuto, là dove risultano diversamente rilevanti a seconda della funzione interessata e suscettibili di applicazioni differenziate in corrispondenza dello specifico assetto degli interessi che caratterizza tale funzione. Le tendenze richiamate, inoltre, segnalano che il procedimento è solo una delle possibili forme della funzione amministrativa, che può trovare svolgimento attraverso strumenti assai diversi.

L'ipotesi che il procedimento costituisca una variabile dipendente della funzione nel senso che si è indicato, naturalmente, dovrebbe essere approfondita e sviluppata da indagini ben più ampie di quella qui proposta.

Qualora risultasse confermata, comunque, l'individuazione di un simile rapporto tra funzione e procedimento implicherebbe una revisione di molti elementi della teoria del procedimento. Ad esempio, getterebbe una luce problematica sull'attuale classificazione dei procedimenti amministrativi, la quale risulta, per un verso, eccessivamente schiacciata sui provvedimenti, per altro verso, tendenzialmente costruita come classificazione delle possibili declinazioni del solo potere discrezionale, per altro verso ancora, poco attenta alle specifiche finalità dell'intervento degli amministratori nel procedimento.

Al riconoscimento della influenza dei caratteri della funzione amministrativa sui modi del suo esercizio, inoltre, dovrebbe seguire una rinnovata attenzione critica alle scelte operate sul piano normativo o nella prassi amministrativa. Le tecniche non

⁵³ Così A. Sandulli, *Il procedimento*, 1046.

procedurali di esercizio dell'azione amministrativa, ad esempio, hanno una capacità ordinatrice dei rapporti tra amministrazioni pari a quella mostrata dal procedimento? O sono tecniche meno efficaci? Soprattutto, garantiscono una tutela del privato almeno equivalente a quella offerta dal tessuto procedurale? O il passaggio a queste tecniche implica una perdita di tutela rispetto ad un potere pubblico che differenzia la propria azione e sceglie talora la strada dell'intervento informale ed indiretto, ma che non è meno deciso di prima a governare la collettività e ad orientare la condotta dei privati?