

Presentazione

La legislazione tendenzialmente generale sulla *Azione della amministrazione*, iniziata con la versione originaria della legge 7 agosto 1990, n. 241, tante volte rimaneggiata da successivi interventi legislativi, trova ora l'espressione, al momento ultima, nella legge 7 agosto 2015, n. 124.

Il giurista di diritto positivo, in questi anni, nell'adempimento del suo compito di ricostruire le regole strutturali e funzionali che le amministrazioni dovrebbero osservare, deve fare i conti con le incessanti, inflazionate e disordinate modificazioni, talvolta qualificate come riforme epocali. Modificazioni che hanno investito tali amministrazioni un po' sotto tutti i profili. E, in particolare, appunto, sulle loro attività; un esempio per tutti: le martoriante norme su quella che in un italiano quanto meno inappropriato, è detta la *Conferenza di servizi*.

Il giurista dovrebbe offrire una rappresentazione, sempre aggiornata in tempi ragionevoli, anche di quelle regole più recentemente diventate vigenti. Il che significa: dovrebbe integrarle con accettabile continuità, nel corpo delle linee portanti del diritto amministrativo; linee portanti che, in quanto tali, sono meno soggette a repentine modificazioni. Però, questo suo ruolo gli diventa sempre più difficile: perché i nuovi interventi legislativi, anche quando la loro effettiva portata normativa non si riveli poi trascendentale, sono formulati tecnicamente in termini che rendono complicata la loro riconduzione a sistema. E quel giurista, inoltre, è pure scoraggiato ad operare in questo senso: perché sono proprie le leggi più recenti quelle che appaiono più a rischio di ulteriori modificazioni. Sembrano quasi esercitazioni di un legislatore che si rivela sempre inesperto pur nell'alternarsi delle persone che si avvicendano presentandosi sempre ammantati con questa mitica figura. Da un legislatore che, ritenendo urgenti i suoi interventi – talvolta a ragione, talaltra solo a torto –, appare incapace di normazioni che non siano per così dire solo sperimentali, e quindi effimere. Che già nella loro prima applicazione risultano presto inadatte, che richiedono perciò nuove correzioni. Colpisce il contrasto con le leggi di decenni precedenti, o addirittura dell'800: che erano ben più meditate; e, quindi, soggette solo alle inevitabili, ma più lente evoluzioni dei contesti e delle effettive esigenze: sociali, economiche, politiche, ecc.

Tuttavia, le nostre descrizioni del diritto comunque diventato vigente, non possono non tenere conto via via delle sopravvenienze normative; e senza porre in mezzo troppo distacco temporale. Tanto più quando riguardano un tema di rilevanza così centrale per gli amministrativisti come *L'azione delle amministrazioni*. Gli autori di questo volume, quindi, si sono risolti a delineare la relativa disciplina, allo stato degli atti al momento in cui lo hanno potuto mandare in composizione. Quindi, come si è detto, alla luce anche della legge 124/2015, l'ultima emanata in materia: nella speranza che il libro possa fare a tempo a uscire, quando sia ancora rimasta tale. Ma non per questo hanno inteso proporre una sorta di *instant book*: perché a quelle loro ricostruzioni hanno voluto dare carattere scientifico, e radici non superficiali. Perciò, è parso loro che la qualifica di tali contributi più aderente ai loro caratteri, sia quella di *Saggi*. Che, peraltro, sono frutto di una pluralità di voci. Di una pluralità di voci che, per un verso, dovrebbero dare maggior valore alla trattazione: per una maggiore ricchezza dei punti di vista dai quali è sviluppata. Ma che,

d'altra parte, pone problemi di sua completezza, di rischio di sovrapposizioni e di omissioni, e di esigenza di raccordo dei suoi contenuti. La molteplicità degli autori, quindi, ha richiesto la necessità di un coordinamento interno al gruppo. Che però è risultato relativamente agevole: perché tutti hanno una impostazione scientifica comune. Perciò, tali autori credono di poter aggettivare i loro *Saggi* come *sistematici*; nel senso: ricondotti per quanto è possibile a *Sistema*.

È facile profezia che anche la normazione qui ricostruita pure alla luce degli interventi legislativi ad oggi più recenti, sarà presto sostituita da altri interventi attualmente neppure ipotizzabili. E, anzitutto, da quelli che la legge n. 124/2015 viceversa già prevede: i decreti legislativi per la sua attuazione. Avremmo potuto indugiare ancora: ma con quale costrutto? Ma nell'aspettativa di quale altra cosa? Perché non c'è stato anno dal 1990 della originaria legge n. 241, nel quale non siano intervenute sue modificazioni; o almeno non siano state preannunciate, e addirittura date come imminenti. È per questo che agli autori e all'editore è parso opportuno procedere senza ulteriori esitazioni. Ma anche con la pre-costituzione di un canale di comunicazione informatica in grado di consentire un continuo e sollecito aggiornamento del volume.

L'acquirente, infatti, avrà a disposizione una sezione dedicata del sito "Giappichelli", cui potrà accedere tramite una *password* fornita dall'editore, e nella quale potrà trovare già i testi legislativi che verranno adottati in attuazione delle deleghe contenute nella legge n. 124/2015 (il cui Capo I è integralmente riportato in Appendice), nonché i primi saggi di commento.

Roma, 10 dicembre 2015

ALBERTO ROMANO

Autori

Alberto Romano: Professore emerito di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

Alessandro Cioffi: Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università del Molise

Fulvio Costantino: Assegnista di Ricerca e Professore a contratto di diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

Francesco de Leonardis: Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

Maria Grazia Della Scala: Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

Paolo Lazzara: Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Tre"

Maria Laura Maddalena: Consigliere T.a.r., in servizio presso il T.a.r. Lazio

Federico Mazzella: Avvocato del Foro di Roma

Anna Romano: Avvocato del Foro di Roma e Professore a contratto di diritto e legislazione dei lavori pubblici presso l'Università di Roma "Tre"

Maria Chiara Romano: Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

Elisa Scotti: Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

CAPO I

Principi

Articolo 1

Principi generali dell'attività amministrativa

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

I principi generali dell'azione amministrativa di Francesco de Leonardis

SOMMARIO: Sezione I. *La nozione di procedimento.* – I.1. La struttura dell'art. 1. – I.2. Il titolo della legge n. 241/1990. – I.3. La nozione di procedimento. – I.4. L'atto giuridico singolo: il provvedimento come "contratto dimezzato". – I.5. L'atto complessivo: il collegamento tra atti e l'apporto paritario dei soggetti. – I.6. L'atto complesso in senso stretto. – I.7. Dall'atto complesso al procedimento. – I.8. La nozione formale e sostanziale di procedimento. – I.9. I subprocedimenti. – Sezione II. *Il principio di legalità.* – II.1. La legalità e la legittimità. – II.2. Il principio di preferenza della legge, il principio di legalità in senso formale e in senso sostanziale. – II.3. Il principio di legalità tra provvedimenti favorevoli e sfavorevoli. – II.4. I "venti" corollari del principio di legalità. – II.5. Le ordinanze contingibili e urgenti e il principio di legalità. – II.6. Le sanzioni e il principio di legalità. – II.7. I principi di tipicità e nominatività. – II.8. Il concetto di legge. – II.9. I rapporti con le normative speciali (rinvio). – Sezione III. *L'attività amministrativa.* – III.1. Il concetto. – III.2. Il contenuto generale della nozione. – III.3. I provvedimenti. – III.4. Gli altri atti amministrativi. – III.5. I comportamenti. – III.6. Gli atti di diritto privato. – Sezione IV. *I principi presupposti.* – IV.1. I principi in generale. – IV.2. Il principio di funzionalità e i suoi "otto" corollari. – IV.3. Il principio di ragionevolezza. – IV.4. Il principio di buon andamento. – Sezione V. *I principi espressi.* – V.1. Il principio di economicità. – V.2. Il principio di efficacia. – V.3. Il principio di imparzialità. – V.4. Il principio di pub-

blicità. – V.5. Il principio di trasparenza. – Sezione VI. *I principi del diritto europeo*. – VI.1. I principi comunitari (*rectius* di diritto europeo). – VI.2. Il principio del contraddittorio. – VI.3. Il principio di proporzionalità. – VI.4. Il principio di legittimo affidamento. – VI.5. Il principio di precauzione. – Sezione VII. *L'autoritatività e il diritto privato (comma 1 bis)*. – VII.1. Le ragioni della norma. – VII.2. L'autoritatività come potere amministrativo. – VII.3. L'autoritatività come unilateralità. – VII.4. L'autoritatività come discrezionalità. – Sezione VIII. *I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (comma 1 ter)*. – VIII.1. L'amministrazione come sistema integrato pubblico-privato. – VIII.2. La "preposizione" dall'esterno dei soggetti privati. – VIII.3. Il regime giuridico applicabile. – VIII.4. Il sindacato sugli atti dei soggetti privati. – Sezione IX. *Il principio del procedimento minimo*. – IX.1. Il divieto di aggravamento del procedimento.

SEZIONE I

1.1. La versione originaria dell'art. 1, quella contenuta nella prima formulazione della legge 7 agosto 1990 n. 241, prevedeva solo due commi: nel primo si stabiliva che «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti*» e nel secondo che «*la Pubblica Amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria*»¹.

¹ Sono ormai numerosi i commenti a tale articolo presenti nei vari commentari alla legge generale sull'azione amministrativa: tra i principali si possono citare M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011 che per il rilievo e la complessità della norma ne ha diviso il commento tra G. Corso (*Il principio di legalità*, pp. 3-22), A. Massera (*I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, pp. 22-83), M. Spasiano (*I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, pp. 83-95), G. Della Cananea (*Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, pp. 95-110), D. Urania Galetta (*Il principio di proporzionalità*, pp. 110-130), M. Gigante (*Il principio di tutela del legittimo affidamento*, pp. 130-148), B. Marchetti (*Il principio di precauzione*, pp. 149-162), M. Gola (*L'applicazione delle norme di diritto privato*, pp. 162-176); R. Di Pace (*I privati e il procedimento amministrativo*, pp. 176-206); C. Marzuoli (*Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, pp. 206-224); A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel diritto, 2010 (che divide il commento dell'articolo per commi; pp. 79-104); F. CARINGELLA (a cura di), *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010 (che riporta anche la legislazione regionale in materia); S. COGLIANI, *Commento all'art. 1 principi generali dell'attività amministrativa*, in A. BOT-

La norma è stata modificata una prima volta nel 2005, con l'aggiunta dei due commi centrali (1 *bis* e 1 *ter*)², e una seconda volta nel 2009, fondamentalmente con l'inclusione del principio di imparzialità³.

TIGLIERI-S. COGLIANI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, II ed., Padova, 2007, 1-46; R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, 2007 che dedica un capitolo ai principi generali dell'azione amministrativa; V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005 che scompone il commento dell'articolo in base ai vari commi con commenti dello stesso V. ITALIA, di G. BOTTINO e di M. BASSANI (pp. 51-117); I. FRANCO, *Commento all'art. 1 principi*, in I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, III ed., Bologna, 1995, 49-58. Tra le opere generali si possono segnalare A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; ID., *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006.

² In particolare, la legge 11 febbraio 2005, n. 15 recante modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 concernente norme generali sull'azione amministrativa (d'ora in poi legge n. 15/2005) ha inserito: l'epigrafe dell'articolo («*principi generali dell'azione amministrativa*»); il riferimento al principio di trasparenza e ai principi dell'ordinamento comunitario; il comma 1 *bis* che contiene la c.d. clausola di preferenza per il diritto privato; il comma 1 *ter* che prevede il regime giuridico a cui devono essere assoggettati i soggetti privati cui viene imposto il dovere di curare concretamente l'interesse generale. Sul punto cfr. ad es. N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005; G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.

³ La legge 18 giugno 2009, n. 69, poi, ha inserito il principio di imparzialità tra i principi espressamente menzionati e ha previsto che l'attività dei soggetti privati esercenti attività amministrativa deve essere ispirata, non solo ai principi, ma anche ai criteri indicati nel comma 1. Su tali modifiche v. ad es. F. CARINGELLA-M.

Attualmente la norma, rubricata “*Principi generali dell'attività amministrativa*” contiene quattro commi, oltre al primo e al secondo, sono stati infatti inseriti il comma 1 *bis* e il comma 1 *ter*⁴.

L'attuale formulazione letterale della norma, a seguito di tali modifiche, può essere conseguentemente scomposta nei seguenti punti: i principi dell'azione amministrativa e il concetto di attività amministrativa (comma 1), la c.d. preferenza per il diritto privato (comma 1 *bis*), l'esercizio di azione amministrativa attraverso soggetti privati (comma 1 *ter*) e il principio del procedimento “minimo” (comma 2).

Dato che la considerazione del principio di legalità precede logicamente e sistematicamente i vari principi dell'azione amministrativa (e il concetto stesso di attività amministrativa) e che il principio del procedimento minimo non è altro che una manifestazione del principio di economicità dal punto di vista dei mezzi procedurali, si procederà all'analisi della norma, dopo una breve introduzione sulla nozione di procedimento, sulla base delle seguenti partizioni: principio di legalità; attività amministrativa; principi del diritto nazionale; principi dell'ordinamento europeo; preferenza per il diritto privato; soggettività privata e azione amministrativa; principio del procedimento minimo.

1.2. Può osservarsi innanzitutto che il titolo della legge n. 241/1990 ha subito nel tempo alcune modificazioni: la formulazione originaria del titolo della legge (quello del 1990) era «*nuove norme in materia di procedimento*

amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi» e limitava, quindi, i riferimenti a soli due istituti chiave dell'azione amministrativa, quello di procedimento e quello di accesso.

Il legislatore del 2005 ha utilizzato il diverso titolo “*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa*”, evidenziando che non si tratta più soltanto di una legge che si riferisce esclusivamente alla disciplina degli istituti del procedimento e dell'accesso, quanto, invece, di una legge generale sull'azione amministrativa.

Ed, infatti, mentre il testo originario si occupava solo di procedimento e di accesso, quello risultante dalle modifiche del 2005 contiene anche la disciplina dell'efficacia e della validità del provvedimento.

L'articolato della legge sull'azione amministrativa può essere, quindi, oggi suddiviso nelle seguenti tre partizioni: disciplina del procedimento, disciplina del provvedimento e disciplina dell'accesso. Dato che le nozioni di provvedimento e di accesso verranno analizzate in dettaglio nelle parti ad esse relative, ci si soffermerà, di seguito e preliminarmente, sulla nozione di procedimento.

1.3. Il procedimento viene tradizionalmente definito come una serie di atti (istanze, pareri, valutazioni tecniche) e di operazioni (notifiche, pubblicazioni) posti in essere da un unico o da diversi agenti, solitamente culminanti in un provvedimento, e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obiettivo avuto di mira, e perciò appunto coordinati in procedimento⁵.

PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo (commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69 di modifica della legge n. 241/90)*, Roma, 2009.

⁴ La legge 6 novembre 2012 n. 190 ha modificato il comma 1 *ter* che nella sua formulazione originale era «*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*». È stata quindi aggiunta la parte per la quale i soggetti privati esercenti attività amministrativa nel rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1 assicurano «*un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le p.a. in forza di disposizioni di cui alla presente legge*».

⁵ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 622. Trattandosi della nozione centrale del diritto amministrativo sarebbe impossibile citare tutta la bibliografia sul punto: ci si limita a rinviare a A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1 e ss. e ID., voce *Procedimento (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 4510 e ss. e a ricordare che di tale nozione si occupano tutti i principali manuali come (limitandosi a citare i più recenti): M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II ed.,

La previa emanazione di una serie di atti, costituenti nel loro insieme, appunto, un procedimento è divenuta oggettivamente il modo e lo strumento normale che l'amministrazione deve adottare per la formazione dei suoi provvedimenti e per la stipulazione dei suoi atti consensuali. Si dice, infatti, che l'amministrazione agisce per procedimenti prima ancora che per provvedimenti⁶, al punto che il procedimento può essere definito il metodo con cui l'amministrazione perviene alla decisione finale⁷.

Come è stato esattamente rilevato «*la complessa vicenda che precede l'atto (che va sotto il nome di procedimento amministrativo) rappresenta in realtà il cuore dell'attività amministrativa e come tale non può non essere giuridicizzata attraverso l'individuazione di regole che ne disciplinano lo svolgimento e garantiscano il rispetto dei valori civili della nostra società*»⁸.

La *ratio* del procedimento va ricercata nel fatto che l'amministrazione non agisce per interessi propri ma per interessi altrui (si parla per questo di attività funzionalizzata) e che tale azione è soggetta alla legge ma anche alle regole della legittimità amministrativa: mentre

un privato può scegliere gli obiettivi da perseguire e il modo/percorso attraverso il quale perseguirli, la Pubblica Amministrazione deve agire nel rispetto dei confini che le sono assegnati dalla legge (area della liceità su cui v. *infra*) e deve esercitare il proprio potere sempre per il conseguimento del bene collettivo (area della legittimità su cui v. *infra*).

A seconda che la predeterminazione dell'azione dell'amministrazione sia maggiore o minore si possono ricostruire, almeno teoricamente, vari modelli: per un primo modello l'azione della P.A. deve essere predeterminata totalmente dal legislatore (sia, quindi, per ciò che riguarda i fini da perseguire che per i percorsi che possono essere seguiti per conseguire tali obiettivi); per un secondo modello l'azione della P.A. deve essere predeterminata in parte dal legislatore, in parte dall'amministrazione; per un terzo modello l'azione della P.A. deve essere predeterminata totalmente dall'amministrazione.

Il nostro sistema segue sostanzialmente il secondo modello dal momento che la disciplina essenziale del procedimento amministrativo viene stabilita direttamente dal legislatore ma con il riconoscimento di uno spazio di azione per l'amministrazione (si pensi ai termini per la conclusione del procedimento di cui all'art. 2, legge n. 241/1990 o alla predeterminazione dell'azione per la concessione di contributi e sovvenzioni di cui all'art. 12)⁹.

In ogni caso la predeterminazione che viene in concreto effettuata deve rispondere alla finalità di consentire il massimo perseguimento dell'interesse pubblico¹⁰.

Torino, 2013 (che oltre alla parte sulla definizione di procedimento contiene una parte sui principi del diritto amministrativo; pp. 33-65); V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2012 (che contiene la bibliografia essenziale della nozione di procedimento che viene aggiornata di edizione in edizione); G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2013 (vedi specialmente pp. 213-217); M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013 (per la bibliografia di approfondimento sul procedimento v. p. 508); G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2014; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Milano, 2013; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012.

⁶ A. ROMANO, in L. MAZZAROLI ed altri, *Diritto amministrativo*, I, III ed., Bologna, 2001, 10.

⁷ Il procedimento trova la sua giustificazione nella ricostruzione del rapporto autorità-libertà: «*la legge n. 241/90 ha introdotto nell'attività amministrativa del Paese, un elemento di riqualificazione di grande rilievo civile e cioè l'innesto nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale. Pertanto alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse, è subentrato il sistema della democraticità delle decisioni e dell'accessibilità dei documenti amministrativi*»: Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

⁸ G. MORBIDELLI, in L. MAZZAROLI ed altri, *Diritto amministrativo*, II, cit., Bologna, 2001, 1218.

⁹ Sul punto si veda A. ROMANO, *Commento all'art. 26 TU C.d.S.*, in *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 2001, 328 e ss. per il quale le norme di esercizio del potere dovrebbero essere fisiologicamente di livello regolamentare.

¹⁰ «*Il concreto raggiungimento delle finalità per il quale il potere pubblico è attribuito non può postularsi, in un ordinamento democratico, se non attraverso l'osservanza del procedimento in proposito appositamente predisposto. Il rispetto delle regole del procedimento è posto a garanzia dei cittadini che vedano la propria posizione soggettiva toccata dall'esercizio di pubblici poteri e della stessa amministrazione pubblica, le cui finalità possono dirsi in concreto perseguite attraverso un'azione amministrativa che si sia sviluppata nel rispetto delle regole che presidono al suo svolgimento*»: Cons. St., sez. VI, 21 agosto 1993, n. 586.

Alla nozione di procedimento si è pervenuti dopo un percorso storico-sistematico che può essere sintetizzato in quattro tappe fondamentali: 1) atto amministrativo singolarmente considerato; 2) atto complessivo; 3) atto complesso in senso stretto; 4) procedimento.

1.4. In origine, per spiegare come avveniva la produzione di effetti giuridici da parte degli atti dell'amministrazione, la dottrina utilizzò lo strumentario del diritto privato. Si può dire che gli istituti del diritto privato vennero, in qualche modo, "forzati" al fine di adeguarli alla diversa situazione. Si ricostruì pertanto il provvedimento come una sorta di contratto "dimezzato": mentre nel contratto la produzione degli effetti giuridici avviene, generalmente, a seguito dell'incontro delle volontà delle parti, allo stesso modo nel diritto amministrativo la produzione di effetti giuridici si ricollega ad un atto, appunto il provvedimento, in cui la produzione degli effetti giuridici viene determinata dalla manifestazione di volontà di un unico soggetto, l'amministrazione.

Gli effetti giuridici di costituzione, modificazione, estinzione di rapporti giuridici, di sostituzione di un nuovo rapporto a un rapporto preesistente o alla qualificazione di una persona, di una cosa o di un altro fatto venivano ricondotti a una fattispecie semplice definita come l'ipotesi in cui un solo fatto veniva ritenuto sufficiente per la produzione di un evento¹¹.

Così come, nel diritto privato, la tutela giurisdizionale viene concepita fondamentalmente con riguardo al contratto, restando indifferenti gli atti che lo hanno preceduto, lo stesso si postulò per il provvedimento amministrativo. E tale conclusione era confortata anche dal fatto che le norme processuali prevedevano l'impugnazione solo dei provvedimenti finali, in quanto solo essi determinano una lesione attuale e concreta delle posizioni dei destinatari¹².

¹¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, 103.

¹² G. MORBIDELLI, in L. MAZZAROLI ed altri, *Diritto amministrativo*, I, IV ed., Bologna, 2005, 538.

Costruendosi il provvedimento sul modello concettuale del contratto non si attribuiva giuridica rilevanza agli atti che avevano preceduto il venire in essere del provvedimento, ossia a quelli che con terminologia attuale sono qualificati come atti preparatori (si affermava così la non lesività degli atti preparatori).

La scena della funzione amministrativa, dunque, era dominata dal provvedimento venendo in evidenza solo il risultato dell'attività in relazione ai suoi fini¹³. Essendo, da una parte, considerato il provvedimento come una sorta di monade isolata e, dall'altra, gli atti, le operazioni o i comportamenti di altre amministrazioni che lo avevano preceduto, alla stregua degli atti che precedono un contratto di diritto privato, si perveniva allora alla conclusione che l'eventuale illegittimità di uno degli atti preparatori non potesse avere alcuna incidenza sul provvedimento finale.

1.5. Fondamentalmente attraverso i contributi della dottrina tedesca (i primi accenni si ritrovano nelle opere di Gierke, Karlowa, Binding e Jellinek e nella prima monografia di Kuntze nel 1892) iniziò a farsi strada l'idea che il provvedimento potesse qualificarsi come atto giuridico alla formazione del quale concorrono più voleri individuali, ossia che in esso potesse ravvisarsi un collegamento di atti di vari soggetti. Un tale tipo di provvedimento venne designato come atto complesso o complessivo (*Gesamtakt*) perché in esso si realizzerebbe, per uno scopo unitario, l'unione di più volontà (*Vereinbarung*)¹⁴.

Si abbandonava così l'idea che l'atto amministrativo fosse necessariamente un atto semplice caratterizzato dalla presenza di un solo agente e di una sola azione volontaria: nell'atto complesso gli effetti venivano ad essere prodotti dal concorso di più volontà.

¹³ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 124.

¹⁴ V. BRONDI, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, Torino, 1898 e S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 47 per cui «gli atti amministrativi possono essere semplici e collettivi a seconda che siano opera di una sola o di più autorità di un medesimo ente».

Venivano conseguentemente qualificati come atti complessi tutti i casi di collaborazione di volontà: in tale ampia nozione di atto, appunto complessivo, si facevano rientrare, ad esempio, quello che risulta dall'insieme di un'autorizzazione e da un atto autorizzato, da un atto e dalla successiva approvazione, da una proposta e dalla deliberazione fatta in seguito alla proposta, da un parere e dalla deliberazione che in base a quel parere è stata emessa.

Nella nozione di atto complesso si racchiudeva, quindi, qualsiasi tipo di collegamento tra atti e il concorso dei due soggetti veniva messo sempre sullo stesso piano non essendosi ancora messo a fuoco che l'apporto dei soggetti può essere diverso. Fu proprio tale conclusione che non mancò di suscitare le critiche della dottrina¹⁵.

Ma se non si può non riconoscere la validità di tali critiche, non si può, d'altra parte, non riconoscere alla nozione di atto complesso l'indubbio merito di aver consentito il superamento del riduzionismo per cui il provvedimento era inteso esclusivamente (e restrittivamente) come atto semplice e di aver altresì consentito la prima teorizzazione nel diritto pubblico della nozione di collegamento tra atti che avrebbe aperto la strada a quella di procedimento.

1.6. Fu anche grazie alle critiche innanzi richiamate che dalla nozione di atto complessivo si andarono progressivamente distinguendo, grazie a una successiva raffinazione, due diversi istituti giuridici: da una parte, l'atto complesso in senso stretto (secondo l'accezione con la quale oggi viene comunemente inteso) e, dall'altra, la nozione di procedimento.

Volendo rappresentare graficamente i due istituti, si potrebbe sostenere che l'atto complesso in senso stretto esprime un collegamento orizzontale tra soggetti di amministrazione in cui si ha una vera e propria fusione di volontà (in tal caso si dà luogo ad un atto giuridico unitario come, ad esempio, una deliberazione collegiale o il decreto presidenziale in cui

si uniscono la volontà del Presidente della Repubblica e quella del Ministro proponente e controfirmante) e il procedimento, invece, un collegamento verticale (in cui i singoli atti mantengono una propria autonomia pur essendo collegati funzionalmente)¹⁶.

Nell'atto complesso i vari atti che cooperano a un unico risultato immediato sono uniti tra loro da vincoli tanto intimi che l'ordinamento li considera fusi in un unico atto. L'interdipendenza funzionale dei vari componenti è tanto salda che il difetto di ciascun componente (invalidità) si risolve in difetto dell'atto composto¹⁷. Nell'atto complesso, insomma, i vari elementi che si susseguono nella serie sono privi di un'autonomia giuridica: se uno viene meno, viene meno l'intero atto (*simul stabunt, simul cadent*)¹⁸.

La differenza tra atto complesso e procedimento, sempre per Bracci, sta nel fatto che «nell'atto complesso i singoli atti che lo compongono entrano in considerazione come volontà dirette ad uno stesso fine; nel procedimento invece i singoli atti agiscono in rapporto all'atto finale come fatti, cioè non le volontà si considerano, ma gli effetti che da queste sono prodotti (...)»¹⁹.

¹⁶ Sul punto si v. F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, 40 e ss.

¹⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 638.

¹⁸ Così, per Bracci l'atto complesso amministrativo va definito come «una dichiarazione di volontà amministrativa costituita dalla fusione di più volontà amministrative dirette alla realizzazione di un unico fine»: M. BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo*, 1927, Firenze, 1961, 108.

¹⁹ «I singoli atti del procedimento molte volte non hanno una rilevanza autonoma assoluta in quanto la loro funzione è preparatoria, autorizzativa o esecutiva, ma mirano però ad un unico fine distinto da quello della o delle dichiarazioni principali di volontà e in ordine a questo debbono essere distinte da quello o da quelle. Si tratta insomma di una serie di atti normalmente disposti in catena ciascuno dei quali è la premessa giuridica dell'altro, mentre tutti sono necessari od opportuni perché la volontà ultima possa realizzare il fine. Allora, nei confronti dell'atto principale, questi effetti prodotti da atti accessori, o magari anche da fatti non volontari, hanno il valore di requisiti (...). Si parla di *condicio iuris*, di *presupposti* (...) di circostanze cui è subordinato l'esercizio del potere (...) non sono atti complessi gli atti emanati conseguentemente a istruttoria»: M. BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo*, cit., 109.

¹⁵ U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Parte gen., Napoli, 1950, 92.