

IL MAGISTERO SCIENTIFICO
DI
ALDO M. SANDULLI
NEL CENTENARIO DELLA NASCITA

Corte costituzionale 16 aprile 2015

a cura di

Maria Alessandra Sandulli



Collana Esperienze

1. C. FRANCHINI, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Sabino Cassese e i confini del diritto amministrativo*, 2011
2. G. RICCIO, *Sulla riforma dello statuto del pubblico ministero*, 2011
3. P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, 2012
4. G.D. COMPORI (a cura di), *Fabio Merusi: i sentieri di un magistero*, 2012
5. G. CORAGGIO, G. CORSO, M. D'ALBERTI, C. MARZUOLI, G. PALMA, G. PASTORI (a cura di), *Il ruolo dei docenti di diritto nell'Università del domani*, 2013
6. E.M. MARENGHI (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, 2014
7. F. LIGUORI, C. ACOCELLA (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, 2014

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI - 2015

*Il procedimento amministrativo
e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*

I. Sono molto onorato di essere stato invitato a partecipare alla commemorazione di un grande giurista come è stato Aldo M. Sandulli, nel centenario della sua nascita. Per di più, in una cornice istituzionale così alta. Ringrazio in modo assai sentito, perciò, le persone cui debbo questo onore. In particolare, il Presidente della Corte costituzionale. E Maria Alessandra Sandulli, che mi aveva anticipato così amichevolmente questo solenne evento; e che mi aveva subito proposto di parlare de *Il procedimento amministrativo*: il suo capolavoro giovanile, tanto innovativo.

Ho conosciuto presto questo libro del Professor Sandulli — e lui stesso, anche se allora solo attraverso questo suo testo —, forse già quando ero ancora studente; o, al massimo, quando ero appena laureato. Naturalmente, su consiglio del Professor Miele, che me ne indicò il valore formativo. E l'impressione che ho avuta fin da allora dell'autore, è quella di poter apprendere dall'opera di uno studioso eccezionale: per lo spessore intellettuale, per la profondità della cultura, per l'impegno.

Poi, lo conobbi di persona: per merito della sua cortesia, e dell'apertura che sempre ebbe verso i gio-

vani. Ricordo molto vivamente quando mi ricevette per la prima volta; allora, ancora nella sua bella casa di via Chiatamone. E le tante altre volte; poi, nell'altra sua bella casa di Corso Vittorio. E i tanti incontri che ebbi con lui in occasioni accademiche. Mi aiutò molto a progredire: nella mia formazione di studioso; certo, ma non solo. Gliene sono sempre assai grato.

Devo molto ai suoi libri. Al suo fortunatissimo *Manuale di diritto amministrativo*, dalle tante edizioni —, che potei adottare come libro di testo quando divenni responsabile di corsi universitari —. E a *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (del 1964). E, naturalmente, alle altre monografie, agli infiniti altri suoi scritti di una intera, intensa vita di studi. Ma, soprattutto, a *Il procedimento...* È lì che ho avuto con lui gli incontri più numerosi. Perché, si sa bene, di un grande libro innovativo come sicuramente è stato questo, nessuna lettura è esauriente. Non certo la prima: che può solo introdurre nel quadro dei concetti di cui ci apre la prospettiva; e neppure le successive: anche dall'ennesima capiamo qualche altro profilo, qualche altra connessione, o distinzione, che pure alla precedente ci era ancora sfuggito.

E credo che la maggiore fortuna che ho avuto, che abbiamo avuto noi studiosi che siamo venuti dopo, è quella di poter essere stati ancora allievi di Maestri di questa statura.

2. Mi pare che due dati siano essenziali per la comprensione della portata del libro.

Anzitutto, l'età che l'autore aveva quando lo scrisse: 25 anni. Si era laureato da tre anni. E questo lasso di tempo va confrontato con la mole di lavoro che questa sua monografia gli deve aver richiesto, come è rivelato dalla ricchezza dell'apparato bibliografico, dallo spessore dei ragionamenti: ricerche sulla letteratura italiana fino ad allora pubblicata, comparazioni con quella straniera; e, naturalmente, tanti tempi, tanti spazi pur sempre di lavoro, dedicati alla riflessione, alle intuizioni embrionali di idee, alla loro progressiva maturazione. È facile immaginare, perciò, dove e come il giovane laureato di allora vivesse: in biblioteca — più plausibilmente: in tante biblioteche, presumibilmente non solo italiane —; a studiare e a riflettere. *Il procedimento...* è il libro di uno studioso. Nel senso: è un libro di studi. Nel senso: non di esperienze di vita. Che ancora l'autore non aveva passato: non ne aveva ancora avuto il tempo. Che verranno dopo. Eccome, se dopo verranno.

E l'altro elemento essenziale, è l'anno nel quale il libro fu pubblicato: era il 1940. Questa datazione è essenziale per poterne apprezzare la rilevanza degli esiti con lo stato della letteratura coeva. Ed è da questo confronto che emerge la sua grande innovatività. Ritornero sul punto. Però, mi pare opportuno notare subito il rilievo di questa data: perché è ormai relativamente lontana, specie in relazione alla scarsa profondità temporale che oggi si usa concedere alle ricerche bibliografiche sul tema che si vuole studiare.

Essa, infatti, è assai importante anche per spiegare un fattore che con questa innovatività potrebbe apparire contraddittorio – del tutto erroneamente -. Quando apro questo libro – più esattamente: quando lo riapro –, da un lato, come ho già detto, vi apprendo sempre qualcosa. Però, dall'altro, ormai dopo alcuni decenni dalla sua edizione – adesso dopo tre quarti di secolo –, provo la sensazione dell'ovvio, del risaputo, del *déjà vu*; e credo che sia una sensazione assai comune. Direi che debba essere quella più generalizzata. Cosa ci può essere di più scontato per noi amministrativisti, per esempio, della scansione del procedimento nella fase preparatoria, di quella costitutiva, di quella di integrazione dell'efficacia? Di quella scansione, cioè, che l'autore tanto innovativamente propose già allora? Ma questo significa che gli esiti innovativi di allora, oggi sono diventati patrimonio concettuale comune per tutti i cultori della materia; e questo successo di quel libro, dimostra non solo la sua importanza nel progredire dei nostri studi, ma anche la sua rilevanza nell'influenzarne i successivi sviluppi. È diventato un patrimonio comune a noi tutti, ormai. E così pacificamente acquisito, che non ci ricordiamo neppure più chi ce lo ha fatto acquisire. Tocca in primo luogo agli studiosi accademici, tenere viva la memoria di come, cioè in quali tempi e attraverso quali tappe, cioè per merito di chi, questo nostro patrimonio concettuale si è venuto gradualmente formando e accumulando.

3. Credo che l'angolazione più fertile dalla

quale inquadrare *Il procedimento*... sia quella del rapporto tra il procedimento e il provvedimento. Del rapporto tra l'uno e l'altro; che direi tormentato. E con alterne prevalenze delle prospettive dell'uno e dell'altro: prima di una sua sistemazione in una forse non ancora completamente pacificata consequenzialità. Del rapporto tra la cultura dell'uno e quella della cultura dell'altro: in vista di loro composizione concettuale, forse non ancora compiutamente assestata, in una prospettiva che le unificasse, e che, quindi, le potesse sintetizzare.

In una larga e grossolana periodizzazione, direi che il Maestro ha cominciato a operare nel pieno dell'epoca nella quale negli studi del diritto amministrativo era egemone il rilievo delle nozioni di potere autoritario delle amministrazioni, e degli atti altrettanto autoritari che ne costituiscono l'esercizio. Lo specifico della collocazione e del ruolo dell'amministrazione, delle amministrazioni nel quadro generale dell'ordinamento, allora era visto nella spettanza ad esse di poteri imperativi – allora solo ad esse, almeno in linea di principio –. Di poteri, comunque, di produrre effetti su situazioni giuridiche altrui, indipendentemente dal consenso dei loro titolari. Il cui esercizio, quindi, consistesse nell'adozione di atti giuridici dotati di questo particolare vigore: di provvedimenti, appunto. E queste teorizzazioni poggiavano su solidi fondamenti ideologici: sull'idea che esistesse un interesse generale; della Nazione, soprattutto, almeno allora – ma ve ne sono tracce anche nella Costituzione del 1948, tutt'ora più o meno vi-

gente (all'art. 98, primo comma) —; poi, più anodinamente della comunità, ma di una comunità ancora, seppur più debolmente, pur sempre nazionale —; adesso, del Paese —. E che questo interesse generale fosse definibile, e sia pure attraverso il filtro delle valutazioni politiche che di volta in volta avessero prevalso. Ma quel che ora è sempre meno partecipata, è la convinzione della sua stessa definibilità, la sua stessa percepibilità. Comunque, quell'interesse generale allora, almeno tendenzialmente, veniva impersonato nello Stato. Comunque, allora sembrava naturale che dovesse prevalere sugli interessi individuali, e anche sulle loro aggregazioni: di qui, la piana accettazione che alle strutture pubbliche deputate a perseguirlo, fossero attribuiti poteri imperativi che assicurassero l'effettività della sua prevalenza; e, di conseguenza, la capacità giuridica di quelle strutture stesse di adottare provvedimenti altrettanto imperativi.

Credo che si possa dire che è su queste teorizzazioni che si basavano più o meno esplicitamente, e che comunque presupponevano, le visioni, le rappresentazioni del diritto amministrativo allora più diffuse. Le rappresentazioni di questo diritto come del ramo dell'ordinamento specificamente caratterizzato dai concetti di quei poteri, e, di qui, di quei provvedimenti; fino al punto, mi sembra che si possa dire, che esse assurgevano ad una vera e propria cultura: di questi poteri e di questi provvedimenti. E la specificità della rilevanza degli uni e degli altri, si traduceva — e, nei limiti nei quali tale cultura tutt'ora sopravviva, tutt'ora si traduce —, in primo luogo in una spe-

cifica loro disparità rispetto ai soggetti privati e alla loro capacità negoziale, e ai rapporti che quei privati regolano convenzionalmente con la esplicazione di questa. Rapporti che sono paritari, almeno tendenzialmente. E, da questa loro parità, deriva l'esigenza che per l'espressione di questa loro capacità, in quanto produttiva di dinamiche anche di situazioni giuridiche altrui, fosse necessario il consenso dei titolari di queste — ben s'intende, per i soli effetti derivanti *ex actu*, e non anche per quelli derivanti direttamente *ex lege* —. Ma i soggetti privati dell'ordinamento sono infinitamente più numerosi di quegli altri suoi per contro pubblici; e gli assetti che l'ordinamento stesso imprime ai loro rapporti sono del medesimo ordinamento la sostanza maggiore. Quindi, sono quei principi di parità e di consensualità che nell'intero ordinamento sono più largamente diffusi. Ed è con questi principi così egemoni, allora, che tali poteri, tali atti di tali amministrazioni, si dovevano, si devono tutt'ora confrontare. Ed è con tali principi che essi, in questo confronto, risultano in primo luogo in contrasto. I poteri e i provvedimenti unilaterali delle amministrazioni, dunque, come contrappunti *in primis* alla capacità negoziale e ai contratti dei privati. Di qui, un primo profilo della evoluzione di quella cultura dei poteri e dei conseguenti provvedimenti imperativi: la tendenza ad attenuare la superiorità dei soggetti pubblici, e della autoritarietà dei loro provvedimenti: che, oggi, si preferisce qualificare come più blandamente soltanto unilaterali —. Ma quando si pensi a quanto l'addolcimento, per

così dire, dell'azione amministrativa sia stato realizzato dall'ordinamento attraverso il rafforzamento dei procedimenti attraverso i quali tale azione ormai si deve concretare — basti pensare agli istituti della partecipazione; e degli accordi preparatori o addirittura sostitutivi dei provvedimenti stessi —, a quella che si è definita come la cultura di quei poteri e di quei provvedimenti, è venuta a contrapporsi quella che poi è diventata una cultura uguale e simmetrica, anche se per certi aspetti antitetica: appunto, la cultura di questi procedimenti.

È a questo decisivo punto di snodo che si colloca il capolavoro giovanile del prof. Sandulli. Le accennate nozioni di potere e del conseguente provvedimento unilaterale, imperativo, e anzitutto la prospettiva ideologica di fondo nelle quali si iscrivevano, non potevano non essere la — necessaria — cornice della sua monografia. Sarebbe antistorico stupirsi perché egli vi si adeguò, almeno nelle sue grandi linee. Perciò, senza che egli vi si ponesse poi in contraddizione, quando successivamente sviluppò con tanta ricchezza di motivi il suo esplicitato liberalismo: al riguardo, parole significative le ha già dette Maria Alessandra, nella sua bella relazione introduttiva. Un suo liberalismo, peraltro, tutt'altro che disgiunto dalla percezione di quell'interesse generale. Un suo liberalismo così connotato, che non si è limitato a proclamare: lo ha anche difeso concretamente, in particolare nelle istituzioni di cui ha fatto parte, dalla Corte costituzionale al Parlamento, in particolare nella sua intensa attività pubblicistica. Se

potessi azzardare, direi in un ideale ricongiungimento, ma anche prosecuzione, dell'opera dei liberali che fecero l'unificazione nazionale: di liberali sì, ma che la volevano concretare nella formazione di uno Stato peraltro forte — sia detto a prescindere dai risultati che poi allora effettivamente conseguirono —.

4. Il giovane prof. Sandulli, dunque, si avviò nei suoi percorsi scientifici nel pieno della cultura del potere, e, quindi, del provvedimento. Tuttavia, non del tutto linearmente. Per una ragione di cui, per una più fedele loro comprensione, bisogna tenere conto. Per una lacuna nel linguaggio della letteratura di allora, che oggi è immediatamente percepibile. Per una lacuna di quel linguaggio di quella letteratura che perciò oggi potrebbe apparire incomprensibile: perché è pur sempre quella cultura che esso doveva rappresentare. Per una lacuna che emerge anche in un semplice dato grafico, di per sé estrinseco e superficiale, ma già di per sé assai significativo, e che si rileva alla prima scorsa dei libri di diritto amministrativo di quegli anni: il *provvedimento* non è un lemma che si ritrovi nei loro indici analitici. Dove si richiamano solo, genericamente, gli atti amministrativi, e sia pure con varie distinzioni all'interno di questa categoria così onnicomprensiva, e con le conseguenti classificazioni —, tra le quali, peraltro, al *provvedimento* non veniva attribuito un particolare rilievo; semmai, si parlava di *dichiarazioni di volontà* —. Quel rilievo le cui basi proprio questa monografia sul *procedimento* avrebbe così tanto approfondito, e sistematicamente

delineato; seppur solo in filigrana. Né tale lemma si ritrova, in generale, nella dottrina coeva: nella quale ugualmente si parlava di *Atto amministrativo*, di *Dichiarazioni di volontà*, nel modo generico che si è detto. Anzitutto, nella manualistica: così anche nei *Corsi di Santi Romano*, la cui terza e ultima edizione, era arrivata al 1937. In ogni caso, il termine di *provvedimento*, nella letteratura amministrativistica di allora, non emergeva proprio. Come, viceversa, vi emerge oggi. Ma anche già ieri: come testimonia lo stesso *Manuale* del prof. Sandulli, nelle sue tante fortunate edizioni. Strano: eppure, già quasi un secolo prima il termine era stato impiegato dal legislatore; dal legislatore dell'Allegato E.

Certo, già nella dottrina degli anni '30 — ma anche in quella dei decenni precedenti —, il concetto di *provvedimento* come di un tipo particolare di atto amministrativo era percepito, lievitava, spingeva per venire alla luce; anche se raramente veniva denominato col termine che poi gli si riconobbe come il più appropriato: quasi come una nozione, una categoria che... *n'ose pas dire son nom* —. L'ulteriore ed esplicito sviluppo, avverrà nella letteratura del dopo-guerra; anzitutto, per merito del prof. Giannini. Certamente, c'erano forti ragioni sistematiche di diritto amministrativo anche sostanziale che imponevano la sua nascita. Ma le urgenze maggiori erano di giustizia amministrativa: i ricorsi giurisdizionali amministrativi, oltre che quelli semplicemente amministrativi, erano e sono proponibili solo contro atti lesivi di interessi del ricorrente, giuridicamente protetti già sul piano

sostanziale. *Id est*, contro atti che abbiano prodotto illegittimamente effetti giuridici lesivi, di quelle situazioni soggettive sostanziali. Che ne abbiano disposto sfavorevolmente e illegittimamente. Di interessi legittimi, cioè, oppositivi o pretensivi che siano: nelle concettualizzazioni e nel lessico più comuni — preferirei: di diritti soggettivi già acquisiti, o di aspettative di loro acquisizione —. Quei ricorsi erano e sono proponibili solo contro atti amministrativi particolari, quindi. Perché non tutti gli atti della categoria hanno queste potenzialità di produzione di effetti così incisivi su rapporti e situazioni giuridiche: con proiezioni intersoggettive, cioè. Di questo era certamente, anche se non chiaramente consapevole già il legislatore del 1889, il legislatore che istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato: il quale, infatti, riprese il termine di *provvedimenti* del 1865. Solo anche, però: perché nella incertezza sul fattore che distinguesse i *provvedimenti* dagli altri atti amministrativi — poi, più inequivocabilmente qualificati come *meri* —, preferì richiamarli entrambi; e entrambi in una unica proposizione. Quel legislatore, allora, sicuramente ebbe la percezione che i *provvedimenti*, anche se potessero essere fatti rientrare in una onnicomprensiva nozione di *atti amministrativi*, presentavano delle particolarità tali che ne esaltano una loro propria individualità. Per un verso, però, ciò nonostante ammassò gli uni con gli altri; se ne possono capire le ragioni, peraltro condivisibilissime: nell'incertezza di quali fossero i precisi contorni che potessero specificare gli uni rispetto agli altri, in un articolo dalla fon-

damentale portata normativa della definizione dell'oggetto del sindacato di legittimità affidato a tale IV Sezione, preferì togliere ogni equivoco terminologico sulla base del quale la sua estensione potesse venire limitata con una operazione puramente eseguitica; di qui, l'endiadi. Ma, dall'altro, non rilevò la problematicità, che ormai doveva aver acquisito, di un simile indifferenziato accostamento in essa di tali atti peraltro così eterogenei: fino ad obliterare quella specificità degli effetti dei *provvedimenti*, rispetto a quelli dei *meri atti amministrativi*; quella specificità di effetti per la quale, su questa distinzione sostanziale, la letteratura successiva finì col sovrapporre, almeno tendenzialmente, quella di atti impugnabili e non impugnabili; direttamente o non direttamente, almeno.

Ed è per le precisazioni e per gli approfondimenti di questa distinzione, che la monografia del prof. Sandulli ci ha dato apporti decisivi, e fondamentali progressi rispetto allo stato della dogmatica coeva.

5. Ma prima ancora delle fini analisi che il prof. Sandulli poi svolse delle varie componenti del procedimento amministrativo fu di decisivo rilievo il chiarimento che Egli ci diede sulla effettiva natura giuridica di questo. L'idea che poi pose come fondamento e quindi come premessa a quelle analisi, che perciò espone dimostrandone la fondatezza già nelle prime pagine della sua monografia, e che è stato già di per sé un grande progresso concettuale rispetto alla dottrina dell'epoca: il procedimento amministra-

tivo non è un atto amministrativo complesso, un atto amministrativo addirittura composto da tanti altri amministrativi, che vi si fondino unitariamente, per concorrere, appunto unitariamente, alla realizzazione di un effetto altrettanto unitario. Il procedimento amministrativo, è sì costituito da una serie di atti, di atti ovviamente amministrativi. Ma, nel procedimento amministrativo, ciascuno di questi mantiene la propria individualità; ciascuno di questi produce i suoi effetti, differenziati e specifici. Anzitutto, acquistano rilievo gli atti variamente preparatori, ma anche quelli c.d. integrativi dell'efficacia: che producono effetti fondamentalmente endo-processuali; e sia pure con una particolare proiezione all'esterno: perché, come si vedrà, i loro vizi, o la loro addirittura mancanza, si riverbera sulla validità ed efficacia del provvedimento. E, d'altra parte, tali atti preparatori non producono gli effetti che siano specifici di altri atti amministrativi, pur del medesimo procedimento: in particolare, gli effetti tipici dei provvedimenti amministrativi; effetti che, viceversa, sono direttamente incisivi su situazioni soggettive e rapporti intersoggettivi.

È sulla base di questa innovativa concezione del procedimento, che il prof. Sandulli poté poi procedere a quelle sue sottili analisi. E diventa subito evidente, allora, la centralità che nel suo pensiero aveva acquistato il rapporto tra atto e suo effetto. Sembra, peraltro, secondo lo schema allora generalmente accettato. Secondo lo schema: norma dell'ordinamento statale – fatto giuridico – effetto giuri-

dico che ne deriva. Secondo lo schema per il quale è quella norma di quell'ordinamento statale, che stabilisce che da quel fatto deriva un effetto giuridico – da quel fatto, che diventa così giuridico –; e che definisce in che cosa questo effetto giuridico consista. Allora, l'atto, di per sé sicuramente ascrivibile alla generica categoria dei fatti giuridici, dei fatti dai quali l'ordinamento statale fa derivare effetti giuridici, vi rileva giuridicamente solo come uno di tutti questi. Come un qualsiasi fatto appunto giuridico: nel senso che produce effetti giuridici solo e in quanto quell'ordinamento li preveda, definendoli; senza che nel quadro dei fatti giuridici, da questo punto di vista gli atti giuridici spicchino per una loro particolare caratterizzazione. È, questa, una visione prettamente monistica; nel senso: prettamente statalista. Nel senso che è sempre e solo una norma dell'ordinamento statale, che produce giuridicamente effetti giuridici: che li fa derivare comunque da fatti giuridici, siano questi ascrivibili alla sola categoria che così solo genericamente possa essere delineata, o assumano essi quella più specifica caratterizzazione per la quale possano definirsi come atti. Viene in mente l'elaborazione di queste connessioni poi sviluppata, soprattutto a partire dal dopoguerra, dai civilisti dell'orientamento dominante. In particolare, della scuola di Messina; peraltro, non scevra di venature e ragioni ideologiche. Si pensi a *I fatti giuridici*, di Salvatore Pugliatti, pubblicato nel 1945, e, rieditato nel 1996 "con revisione e aggiornamento" di Angelo Falzea. E anche all'opera di

questo, nella quale, tuttavia, emerge di più la rilevanza dei valori.

D'altra parte, non sembra che il prof. Sandulli abbia dato particolare spazio, almeno allora, – perché allora la dogmatica *mainstream* davvero non glielo offriva –, ad una visione viceversa pluralistica: quella che sarebbe stata più consona, peraltro, alla sua concezione liberale, ben ricordata dalla Maria Alessandra nella sua bella Relazione introduttiva; che, d'altra parte, maturò, e che comunque emerse successivamente. Che abbia dato un particolare spazio, cioè, al diverso e più articolato schema: norma dell'ordinamento statale, che non è direttamente produttiva di effetti sulla singola situazione giuridica o sul singolo rapporto, perché è di solo riconoscimento di capacità negoziale privata, o solo di attribuzione di potere unilaterale amministrativo, solo con la cui esplicazione si produrranno quegli effetti, solo con la cui esplicazione sarà quel o quei privati, o quella amministrazione a produrli; negozio o contratto privatistico, o provvedimento amministrativo che di questa capacità e di questo potere costituisca esplicazione – effetti conseguenti dall'uno o dall'altro. Va sottolineato: effetti conseguenti non *ex lege*, ma *ex actu*: *ex actu* come da norma autonoma per il singolo rapporto – norma di tale rapporto che l'ordinamento riconosce come tale: come esplicazione di autonomia, privata o pubblica che sia. D'altra parte, Santi Romano aveva dato le definizioni più articolate di *Autonomia* – che di queste prospettive concettuali, appunto, è l'insostituibile matrice –, solo nei *Fram-*

menti di un dizionario giuridico (*ad vocem*), che sono del 1947; anche se ne aveva già anticipato tratti essenziali in vari suoi precedenti scritti, già dall'*Italienisches Staats-Recht* – la cui versione originale è del 1914, allora rimasta inedita per lo scoppio della prima guerra mondiale, e pubblicata postuma nel 1988 –, fino, e soprattutto, a *L'ordinamento giuridico*, nelle due edizioni del 1917 e del 1946. Ed è soprattutto a partire dagli anni '50 che Salvatore Romano ha progressivamente costruito, in numerosi suoi scritti, il concetto di *Autonomia privata*.

6. È sulla base del rapporto atto – effetto, comunque, che il giovane professor Sandulli comincia ad indagare. Ad analizzare le diverse connessioni tra i vari *atti amministrativi*, la cui adozione da parte delle amministrazioni concreta lo sviluppo del procedimento – ma sempre nella visione della persistenza di una loro indipendente individualità –, e i diversi, specifici effetti che ciascuno di essi produce. Che produce... in che cosa? Apparentemente, nella formazione, appunto, di quel che viene gradualmente a emergere come il provvedimento; senza, peraltro, che l'autore abbia messo una particolare enfasi nella qualificazione di questo atto particolare. Ma è qui che la prospettiva innovativa del prof. Sandulli manifesta tutta la sua originalità. Perché Egli precisa che questi atti fanno sì parte del procedimento; ma che provvedimenti non sono, sono solo il contesto giuridico del provvedimento: perché il provvedimento costituisce un atto separato da essi. Quindi, l'autore precisa la

collocazione che ciascun atto del procedimento vi deve occupare; sfatata l'idea che sia l'intero procedimento a porsi, in quanto atto complesso, come un provvedimento, viene smentito pure che questo sia necessariamente l'ultimo atto della serie: anche se è l'atto intorno al quale, e in funzione del quale, per così dire, si pongono tutti gli altri – e che, perciò, asurge all'atto che nel e del procedimento è il principale. Quindi, l'autore scevera il diverso ruolo che ciascun atto del procedimento vi svolge, e che quindi esercita ai fini della formazione dell'atto principale. Soprattutto – ed è un altro risultato di grande importanza –, individua quali diverse conseguenze derivino dalla mancanza o dalla invalidità di ciascun atto del procedimento che non costituisca quello che poi sarà comunemente qualificato provvedimento, relativamente alla perfezione, validità ed efficacia di questo.

E il prof. Sandulli procede nelle distinzioni con una straordinaria capacità dialettica. Un esempio per tutti: la finezza con la quale risolve la contrapposizione rispetto all'atto-presupposto – che il procedimento precede, e che comunque rispetto al procedimento rimane estrinseco –, dall'atto preparatorio – che del procedimento fa parte, che del procedimento è intrinseco; che dà addirittura sostanza ad una sua fase essenziale.

Il prof. Sandulli approfondisce tenendo in gran conto la letteratura di lingua tedesca dell'epoca. Ma, per contro, anche da essa prendeva le distanze. Az-zardo ancora un accostamento. Leggendo le sue pa-

gine, il pensiero è corso alla ricerca identitaria di Vittorio Emanuele Orlando e della sua scuola – Santi Romano, anzitutto –; del Vittorio Emanuele Orlando dell'impresa del *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*. Ad una ricerca identitaria, peraltro, ben giustificata. Ho sempre avuto l'impressione di un nostro maggiore realismo, di una nostra più fedele aderenza alla *Natura delle cose*. A cominciare da un netto rifiuto di ogni parallelismo, di ogni avvicinamento della funzione amministrativa a quella giurisdizionale; cui, viceversa, indulge la dottrina di questa parte dell'Oltralpe, almeno per qualche aspetto. L'attività amministrativa – quando si estrinsechi in procedimenti e in provvedimenti –, è un'attività giuridica realizzata da alcuni soggetti particolari, i soggetti pubblici, di un ordinamento generale comunque unitario, nel senso che è onnicomprensivo: anche e anzitutto della miriade di soggetti privati –, cui è deputato il perseguimento di concreti fini pubblici. La nostra dottrina tradizionale è stata largamente attenta a finalizzare l'attività amministrativa al raggiungimento di precisi scopi, che è a tali soggetti pubblici che è demandato istituzionalmente il raggiungimento. E sembra fuori dalla concretezza di questo nostro mondo, ridurre tali attività ad una mera attuazione della legge, di una qualche legge. Certo, è la legge che attribuisce all'amministrazione i suoi poteri istituzionali. Con una attribuzione di tali poteri che non può contestualmente definire, senza contestualmente limitarli. E, limitandoli, viene a proteggere sul piano sostanziale contrapposti diritti

individuali. A tutela processuale dei quali, il legislatore del 1865 estese felicemente la giurisdizione dei giudici civili – conquista liberale del nostro ordinamento, la cui portata non è sempre apprezzata tanto quanto dovrebbe esserla –.

Certo, sono altre norme, del resto ormai sempre spesso anche formalmente solo secondarie – penso alla moltiplicazione, e anzi addirittura all'inflazione di disposizioni regolamentari che si è verificata in questi decenni –, quelle che disciplinano l'esercizio da parte delle amministrazioni dei poteri unilaterali che l'ordinamento ha così attribuito loro; esercizio che sarebbe lasciato altrimenti e residualmente solo discrezionale. Certo, anche queste altre norme, pur quando non siano primarie, comunque costituiscono pur sempre diritto obiettivo; e le amministrazioni nell'esercizio dei poteri loro attribuiti, vi sono ugualmente vincolate. Ma queste altre norme, in realtà, consumano la discrezionalità che altrimenti sarebbe stata esplicitata caso per caso dai vari organi emananti, quando concretino quell'esercizio. La sostituiscono sì con regole. Ma con regole basate su valutazioni *ex ante* e in via generale – peraltro non meno discrezionali –, dell'esercizio di quei medesimi poteri, che in una proiezione futura dovrebbe risultare il più funzionale – almeno tendenzialmente –. Il più funzionale, è ovvio, rispetto a quei fini pubblici che dell'attribuzione da parte dell'ordinamento di quei poteri a quelle amministrazioni, sono stati causa. Perciò, la moltiplicazione di quelle norme di diritto obiettivo che vanno oltre la limitazione di

questi poteri di queste amministrazioni, ma che le vincolano pure nel loro esercizio, non snaturano il suo carattere sempre a carattere funzionale rispetto a quei concreti fini pubblici: non sostituiscono a questi concreti fini istituzionali il fine della mera applicazione di quelle norme stesse — in simmetria a quello altrettanto istituzionale, ma per così dire neutro, proprio della funzione giurisdizionale —. E la garanzia del rispetto da parte delle amministrazioni anche di queste norme che si diranno funzionali a tali concreti fini pubblici, è stata affidata dal legislatore del 1889 a quella che poi si è consolidata come la giurisdizione amministrativa; quella giurisdizione cui il prof. Sandulli ha dedicato tanti suoi scritti, e, soprattutto, la sua già citata monografia del 1964, molto importante, su *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato...* Con scelta legislativa ugualmente felice. Perché anche questo giudice deve sì applicare queste norme in modo neutro rispetto alle parti e all'oggetto del giudizio sottoposto alla sua cognizione. Ma queste norme sono funzionali. E questa loro funzionalità, nella loro interpretazione si traduce in un più acuto corrispondente problema ricostruttivo della loro *ratio*: che è appunto spiccatamente funzionale rispetto a quei suddetti fini pubblici; che, perciò, richiede quasi una *Interessenjurisprudenz*, e che è radicalmente incompatibile con una *Begriffsjurisprudenz*. E il giudice amministrativo, quella *ratio* la può cogliere meglio: più fedelmente del giudice civile, che ha un'altra storia, un'altra funzione, un'altra esperienza di comprensione e di applicazione di norme

anzitutto codicistiche, di norme che gli impongono *Unicuique suum tribuere*, in base ai principi di *Alterum non laedere*, *Pacta sunt servanda*, ecc.; e che glielo impongono tutt'altro che funzionalmente. Per questo, vedo con molta preoccupazione i progetti di riforma che implicano un diverso inquadramento anche strutturale del ruolo dell'attuale giudice amministrativo; o, comunque, un suo ridimensionamento, o un'attenuazione della sua incisività. Ben s'intende: del ruolo del giudice amministrativo della sola legittimità. Perché quella del ruolo del giudice amministrativo esclusivo, o anche solo del giudice amministrativo del risarcimento del danno, è tutt'altra questione; la cui considerazione, peraltro, esulerebbe qui ancora più ampiamente.

7. *Il procedimento amministrativo...* del prof. Sandulli, anche nel realismo del suo autore, rimane pur sempre un libro di nozioni giuridiche; anzi, più esattamente: sono queste sue teorizzazioni che sono state modellate in funzione di questo suo realismo; sono queste sue teorizzazioni che consentono agli interpreti dei vari sistemi normativi, di rappresentarli realisticamente. Egli, nei confronti dell'attuale dibattito nella letteratura di lingua tedesca, tra la *Alte Dogmatik* e la *Neue Dogmatik*, proprio per questa sua tendenziale aderenza alla realtà, sicuramente non si sarebbe lasciato irretire nel vecchio, e sarebbe stato sensibilissimo al nuovo; ma, mi sentirei di affermare con non minore sicurezza, avrebbe rifiutato ogni ipotesi di rinuncia alle teorizzazioni generali: di rifiuto di ogni

keine Dogmatik. E non si sarebbe accostato neppure ad un certo empirismo che traspare nella letteratura di un altro Oltralpe.

Poi, è il suo stesso realismo che lo porterà, prima, ad una grande attenzione ai dati legislativi: pur rimanendo un giurista delle teorizzazioni; di cui arricchisce anzi la validità: perché anche le ancora solidamente ad essi. E, così, arriverà successivamente, a curare i nostri più completi *Codici della legislazione amministrativa*, in due edizioni edite entrambe dalla *Stamperia Nazionale*: quella in due volumi, s.d., ma aggiornata fino ai primi mesi del 1965; e quella in tre volumi, parimenti s.d., ma aggiornata fino al 1984, fino all'anno della sua morte. E richiamò puntualmente nelle varie edizioni del *Manuale*, le leggi e leggine che da un lato espose sistematicamente in queste raccolte. In raccolte cartacee, dunque. Poi, anche Lui si sarebbe dovuto comunque arrendere alla non arginabile produzione legislativa dei successivi anni e decenni; che, per la sua caoticità e incoerenza, gli sarebbe stato sempre più difficile ricondurre ad un qualche sistema nel *Manuale* stesso. Sono volumi che ci raccontano stratificazioni legislative di altra epoca. Ma che tengo tuttora religiosamente sul mio tavolo; come del resto, altri *Codici*, nella serie delle loro edizioni: da quello del prof. Guicciardi, dopo proseguito dal compianto Leopoldo Mazza-rolli, poi, su su, fino a quello iniziato dal prof. Zanolini. Sono volumi preziosi negli anni nei quali siamo vincolati all'uso delle banche-dati: il cui meccanismo rende difficile risalire a quelle stratificazioni di ieri e

di ieri l'altro, ai pochi che di esse vorrebbero tenere ancora conto; che vorrebbero tenere ancora conto, perché, per una comprensione più compiuta del significato dei testi oggi vigenti, ritengono insufficiente una ricerca che sia circoscritta solo alla analisi di essi, che prescinda dalla considerazione di quelli che li hanno preceduti.

Comunque, resta fermo che *Il procedimento amministrativo...* è un libro di concetti giuridici: di definizione di potenziali contenenti concettuali, di concreti contenuti giuridici sostanziali. La rilevanza di questi anche per il giurista emergerà nei decenni successivi. Nei decenni nei quali si delineeranno più compiutamente i tratti tipici del *provvedimento*: come atto sì amministrativo, ma di tipo negoziale, perché imprime assetti a concreti interessi nelle relazioni tra soggetti di amministrazione e soggetti privati – ma anche tra soggetti privati terzi – ; quei tratti tipici del *provvedimento*, che finalmente ritroverà il suo nome: quello che aveva trovato nel 1865 e nel 1889. E nei decenni nei quali gli amministrativisti hanno posto in risalto i valori sostanziali che danno corpo pure agli altri atti pur non provvedimentali del *procedimento*: si pensi agli atti istruttori, agli accertamenti e alle valutazioni, ecc. Ed è allora che diventerà pal-mare anche l'importanza degli strumenti logici che ci ha offerto il prof. Sandulli: perché sono questi strumenti che ci possono assicurare le qualificazioni giuridiche tanto dei provvedimenti, che di questi atti che possono dirsi procedimentali, e che provvedimenti non sono.

Si è visto che il prof. Sandulli ha inteso scrivere un libro sul procedimento: come indica il titolo che gli ha voluto dare, è questa la prospettiva nella quale ci ha proposto la densissima materia che ci ha offerto nelle più che quattrocento pagine del volume. Le ragioni di questa preferenza sono comprensibilissime: allora, il problema concettuale cui era più importante e urgente dare soluzione riguardava la struttura stessa del procedimento; e si è detto quale fu quella che Egli preferì, quella che poi è diventata nostro patrimonio concettuale comune: gli atti che lo compongono mantengono ognuno la propria individualità, la specificità dei loro propri effetti, e non si fondono in un unitario atto complesso. Ma mi era già parso di poter notare che, nello sviluppo di queste medesime quattrocento pagine, è emersa gradatamente anche la figura del provvedimento; e sia pure in filigrana. Vorrei ora aggiungere che un lettore, almeno un lettore attento, e che così si volesse fare addirittura anche un po' interprete — le grandi opere fertili di una molteplicità dei loro angoli di lettura, solo simili grandi opere, glielo consentirebbero, anche se comunque limitatamente —, potrebbe focalizzare la sua attenzione invece che sulla scansione del *procedimento* e sull'analisi degli atti che non costituiscono provvedimento, sulla progressiva precisazione dei tratti viceversa di questo; e sarebbe il quadro concettuale del procedimento che allora simmetricamente gli emergerebbe in contropunto: sarebbe questo che allora gli apparirebbe in filigrana. Insomma, il libro del giovane prof. Sandulli è sul *proce-*

dimento o sul *provvedimento*? La risposta mi parrebbe ormai scontata: è su tutti e due; indissolubilmente. È questa ambivalenza, questa doppia valenza dell'opera, che la pone come uno snodo in un momento cruciale della costruzione del nostro quadro concettuale.

8. Sarebbe riduttivo delineare il rapporto tra il libro del prof. Sandulli e la nostra letteratura degli anni '50 sui temi del *procedimento* e del *provvedimento*, solo secondo il fattore meramente cronologico: come meramente successiva al libro del prof. Sandulli. Perché nel frattempo è cambiato il mondo: in particolare, il *nostro* mondo. In mezzo, infatti, c'è stata la guerra guerreggiata, la sconfitta, la ripresa, i nostri mutamenti istituzionali, la guerra fredda, il nostro schieramento internazionale anche in relazione ad essa e pur nelle nostre divisioni interne, l'affievolirsi del nostro euro-centrismo, l'emergere con forza dell'influenza anglosassone — culturale, e anche specificamente sul nostro modo di studiare, rappresentare e insegnare diritto; anzi: diritto e dintorni, e ampi dintorni —; e tanto altro ancora. E, del resto, sarebbe ben difficile delineare come unitario il lungo periodo trascorso da allora, ignorando perfino le cesure nella situazione europea degli ultimi anni '80, e quelle, non casuali, nei nostri assetti politici e quindi istituzionali dei primi anni '90.

È solo in estrema sintesi, peraltro, che si possono richiamare le linee — peraltro notissime —, secondo le quali tali istituti si sono evoluti.

Per quel che riguarda il provvedimento, le tendenze salienti sono nel senso della riduzione delle aree e degli interessi dei quali l'amministrazione può disporre unilateralmente, emanandolo nell'esercizio di suoi poteri c.d. autoritativi. Perché ad essa si sostituisce l'ampliamento della libertà di iniziativa individuale con controlli solo *ex post*, al pubblico il privato, all'autorità il mercato, ai provvedimenti i contratti. Per di più, momenti di consensualità si sono inseriti pure nella formazione del contenuto dei provvedimenti, nei campi nei quali l'amministrazione abbia mantenuto il potere unilaterale di emanarli: è ovvio il richiamo degli accordi c.d. integrativi o sostitutivi di questi, di cui all'art. II della l. 241/90; ma anche il rilievo che *nihil sub sole novum*: erano già stati inventati, più probabilmente a loro volta solo ripresi, dal legislatore del 1865, quello della legge generale sull'espropriazione, allora "... *per causa di utilità pubblica*". Ma sembra opportuno sottolineare che questi non vanno confusi con i contratti. Con i *veri* contratti: che, nella libertà negoziale dei contraenti, danno l'assetto primario al rapporto che così regolano. Nulla di tutto questo per gli accordi suddetti. Questi, più evidentemente nel caso che siano solo integrativi, meno ma pur sempre chiaramente nel caso di quelli addirittura sostitutivi, sono e rimangono nell'area nella quale l'amministrazione potrebbe pur sempre adottare un provvedimento unilaterale; nell'area che è e rimane dominata dal potere imperativo di cui questo costituirebbe esplicazione. Ed è l'attribuzione di questo potere che l'ordina-

mento dispone a favore di quella amministrazione, che plasma l'assetto primario degli interessi — più specificamente: la subordinazione di quelli privati al potere pubblico —; alla cui regolazione possono si eventualmente concorrere gli accordi suddetti: ma solo in quanto si pongano come meramente attuativi, ossia concretamente esecutivi di tale assetto. È un esempio ovvio: fin dal 1865, le parti possono sostituire il decreto di esproprio da un loro accordo che produca, che possa e debba produrre il medesimo effetto traslativo; ma che l'amministrazione procedente possa comunque realizzarlo unilateralmente, non può venire pregiudicato dall'eventualità che tale accordo possa essere pattuito; e meno che meno consente o che esso possa venire pattuito in modo distonico rispetto all'assetto derivante dall'attribuzione di quel potere unilaterale a quella amministrazione. Insomma: Bertoldo potrebbe scegliersi l'albero, appunto come modalità esecutiva della sorte che gli è stata decretata; ma non può cambiarla. Anche i nuovi accordi, e più precisamente i limiti della loro possibile rilevanza, quindi, non si pongono in contraddizione con l'incisività degli effetti costitutivi che almeno potenzialmente, che almeno indirettamente si ricollegano sempre al provvedimento e al potere unilaterale che ne è la matrice: esattamente come era già emerso con nettezza dall'opera giovanile del professor Sandulli.

Per quel che riguarda viceversa il procedimento, le tendenze salienti riguardano i contenuti sostanziali che ne sono oggetto: già la letteratura di

quegli anni, già quella che ha anticipato e preparato culturalmente la legge del 1990, ha fatto gradatamente emergere i fattori reali che vi trovano composizione, e il procedimento medesimo come la sede elettiva di questa. Ma, anche qui, sono i contenuti concettuali che Egli definì nel libro del 1940, che di questa loro sistemazione sono rimasti strumenti insostituibili. È ovvio che sia uno sviluppo altamente positivo la maggiore attenzione che dottrina e giurisprudenza abbiano dato a quei fattori; in particolare, agli interessi di solito contrastanti, tal'altra viceversa in tutto o in parte convergenti, dei soggetti coinvolti: del soggetto di amministrazione deputato al perseguimenti dell'interesse quanto meno collettivo che è stata la causa dell'attribuzione legislativa ad esso dei poteri unilaterali di cui si è trovato così investito, e dei soggetti privati, individuali o corporati che siano. Ed è una nostra consapevolezza ormai saldamente acquisita, che è nel procedimento che si forma tale loro composizione: quella che sarà poi disposta dal provvedimento. Ma, appunto: che sarà poi il provvedimento a disporre. Che il suo contenuto venga progressivamente a determinarsi attraverso i vari passaggi dell'*iter* procedimentale è diventato sempre più evidente: a determinarsi, attraverso vincoli gradatamente più stringenti l'area originariamente devoluta alle scelte dell'amministrazione procedente, riducendo correlativamente i margini della sua discrezionalità; eventualmente fino alla soppressione di questi: anche di quelli che ormai potrebbero manifestarsi nella sola valutazione da parte di tale amministra-

zione, degli elementi così gradualmente acquisiti. Che questi sviluppi dottrinali abbiano portato alla formazione di una vera e propria cultura del *procedimento*, che è venuta ad affiancarsi a quella del *provvedimento* è più che apprezzabile, e comunque è un dato oggettivo incontestabile. Però, il *procedimento* non può sostituirsi al *provvedimento*, né la cultura dell'uno sovrapporsi a quella dell'altro: come talvolta ho avuto l'impressione che ne prendesse piede la tendenza. È per questo che mi è parso di dover qualificare come alterna, la prevalenza dell'una o dell'altra cultura; ma anche di dover rifiutare questa loro alternatività. Perché, per quanto il *procedimento* condizioni strettamente i contenuti del *provvedimento*, e quindi la sua stessa legittimità, sta di fatto che solo il *provvedimento* di un soggetto di amministrazione può incidere giuridicamente su situazioni soggettive altrui, e, se si vuole, regolare così relazioni intersoggettive. Solo questo *provvedimento*: che, perciò, è e resta insostituibile; come ci aveva insegnato il prof. Sandulli, nel suo capolavoro giovanile. Il libro, almeno concettualmente, delinea, anzi cesella anche il *procedimento* nelle sue fasi. Di qui, la sua doppia valenza già accennata. Nonché la lezione che ci dà, sul rapporto tra i due: che è di successione dell'uno rispetto all'altro – di una successione che è logica, che è concettuale, prima che meramente cronologica. E che si sviluppa nella prospettiva di una pari indispensabilità.

9. Nei sensi accennati, il prof. Sandulli, con la sua opera del 1940, ha precorso i tempi. Ma gli anni

dei suoi studi così totalizzanti, hanno anche percorso gli ulteriori e diversi tratti salienti che hanno poi caratterizzato la sua esistenza: da quando è uscito dalle biblioteche, e ha dovuto affrontare la vita.

Che, anzitutto, gli ha presentato il suo volto più drammatico: quello della guerra guerreggiata, quello della successiva durissima prigionia in Russia. E giù in queste circostanze tragiche, Egli mostrò la forza del suo carattere; come gli è stato ufficialmente riconosciuto con la concessione della medaglia d'argento al valore militare.

Poi, però, primo grande segnale positivo: ha potuto costruire la sua famiglia. L'ovvia esigenza di discrezione mi impedisce di dire più di un cenno, per di più del tutto scontato: il prof. Sandulli è stato — anche —, uomo di forti affetti familiari. Ed è intuitivo quanto questi lo abbiano aiutato nella sua perciò più serena vita di studioso. E di molto altro.

Egli, infatti, fondamentalmente, si è mantenuto sempre anzitutto uomo di studio e di accademia. Però, è stato anche pienamente partecipe del suo tempo: sia in questa dimensione universitaria, che ha compreso l'intero diritto pubblico — si pensi alla vastità e all'importanza dei suoi scritti sulle fonti —, sviluppandosi anche in più generali teorizzazioni; che in tutte le altre della sua ricchissima e poliedrica personalità. Ed è diventato un eminente personaggio pubblico. È stato ai vertici della giurisdizione: è stato componente prima dell'Alta Corte della Regione siciliana, e poi, e soprattutto, della Corte costituzionale, di cui è stato pure Presidente. È stato un grande

avvocato, prima e dopo queste sue esperienze giurisdizionali. Ha avuto una grande influenza negli sviluppi di temi giuridicamente e politicamente caldissimi degli anni nei quali ha potuto esplicitare al massimo la sua operosità: è scontato quanto abbia contato nella difesa del c.d. contenuto sostanziale della proprietà, garantito dalla Costituzione anche nei riflessi della determinazione della indennità di espropriazione; quanto abbia contato come giudice costituzionale e come avvocato. È stato parlamentare. È stato Presidente della RAI. È stato articolista influente. E dimentico sicuramente qualcosa.

Il prof. Sandulli ha seguito a operare come accademico, e, quindi, come autore assai prolifico: ne sono evidente prova i sei volumi dei suoi *Scritti giuridici*. Ma il giovane giurista teorico, l'assiduo frequentatore delle biblioteche giuridiche, si è poi trasformato in un protagonista a tutto tondo del suo tempo, anche oltre ogni prevedibilità. E di tutte queste esperienze, si possono leggere frutti in tanti testi di quella sua grande produzione scientifica. Tuttavia, non è ritornato più monograficamente su *Il procedimento*... E, nel rimpianto delle perdite che abbiamo subito per la sua morte prematura, potremmo anche immaginare quali straordinari apporti ci avrebbe dato per lo sviluppo della cultura del *procedimento* in senso sostanziale. Ben s'intende, senza che a questa Lui avrebbe consentito di prevaricare, su quella del *provvedimento*: secondo le linee equilibrate che aveva tracciato già nel suo libro del 1940.