

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE
n. 1 - 2021

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

STORIA DELLA DOTTRINA

Comitato Scientifico

Vincenzo	Barba
Monica	Bergo
Chiara	Bergonzini
Gianluigi	Bizioli
Guido	Calabresi
Ignacio	Calatyud Prats
Francesco	Capalbo
Elisa	Cavasino
Aldo	Carosi
Carlo	Colapietro
Giovanna	Colombini
Barbara	Cortese
Giacomo	D'Angelo
Marcello	Degni
Francesco	Fimmanò
Nicola	Lupo
Vanessa	Manzetti
Simone	Mezzacapo
Vittorio	Occorsio
Giuseppe	Palmisano
Barbara	Pezzini
Eugenio	Picozza
Guido	Rivosecchi
Antonio	Saitta
Gino	Scaccia
Vincenzo	Sforza
Riccardo	Ursi
Giuseppe	Verde

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttore

Francesco Sucameli

Responsabili di redazione

Giovanni Guida

Francesca Dimita

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it
Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018
CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale a cura di Giovanna Colombinip.4

DOTTRINA

L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali
di *Marcello Cecchetti*p.14

Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema
di *Ines Ciolli*..... p.51

La decisione di bilancio e la contabilità pubblica tra Unione Europea, Stato e Autonomie territoriali
di *Guido Rivosecchi*..... p.71

Le azioni ed omissioni nella responsabilità erariale
di *Gabriele Bottino*..... p.86

Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico
di *Omar Chessa* p.95

Principi, regole e clausole generali del diritto costituzionale del bilancio
di *Simone Pajno* p.123

ATTUALITÀ E GIURISPRUDENZA

La responsabilità amministrativa da assenza o inadeguatezza del sistema di controllo interno negli enti locali
di *Marco Scognamiglio* p.162

Sui confini esterni della giurisdizione contabile: il caso dei derivati finanziari per la gestione del debito sovrano (Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 2021, n. 2157)
di *Sonia Caldarelli* p.173

Le cd "Pensioni d'oro" tra il "raffreddamento" della rivalutazione e il contributo di solidarietà (considerazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale 234 del 2020)
di *Eleonora Canale*.....p.195

Il caso della copertura di disavanzi di consorzi, aziende speciali e istituzioni quale ipotesi di riconoscimento di debito fuori bilancio
di *Laura Alesiani*.....p.203

I conflitti di competenza tra procure contabili nei procedimenti che coinvolgono un magistrato tra tutela del diritto all'azione e principio di imparzialità
di *Raffaele Cangiano*p.212

La giurisdizione esclusiva della Corte dei conti nelle procedure di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali e il c.d. blocco di materie
di *Mariagrazia Cartabellotta*p.221

STORIA DELLA DOTTRINA

Funzione amministrativa, procedimento e processo
di *F. Benvenuti* p.244

FUNZIONE AMMINISTRATIVA, PROCEDIMENTO, PROCESSO (*)

Di Feliciano Benvenuti
Prof. Straord. Univ. di Padova

Articolo pubblicato in "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico" 1952, p.118 e seguenti
Si ringrazia per la collaborazione alla riedizione il dott. Luca Bartolucchi della LUISS

1. Concetto di funzione.

Di funzione si parla, nel diritto pubblico, con vari significati. Dico subito che si usa spesso chiamare funzione il rapporto tra una serie, più o meno definita, di atti e il risultato pratico che essi ottengono. In questo senso si parla, nel linguaggio comune, ad esempio, di funzione economica delle banche per intendere il risultato che si ottiene per l'azione di questi istituti nel campo economico.

Io ritengo però che in questo significato empirico l'espressione non meriti di essere accolta nel campo giuridico se non si voglia con essa designare appunto un concetto empirico. E in questo senso si può allora, ma senza pretesa di precisione (meglio sarebbe usare invece la parola « azione »⁽¹⁾, parlare ad es. di funzioni dei Comuni per indicare i compiti che spettano a questi Enti e al risultato che ottengono con la loro attività⁽²⁾.

Vi è però un diverso uso dell'espressione. Uso entrato così nella familiarità dei giuspubblicisti che quasi se ne è persa la consapevolezza del valore. Quando si parla infatti di funzione legislativa e quando si parla di funzione giurisdizionale, certo non si vuol indicare un particolare risultato dell'attività legislativa o di quella giurisdizionale⁽³⁾. Non si usa cioè dell'espressione funzione nel suo senso empirico ma in un senso tecnico⁽⁴⁾.

* È questo il testo della prolusione al corso di diritto amministrativo tenuta il 3 dicembre 1951 alla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Padova. Ho ommesso le parole di circostanza ed aggiunte le note. Mi sia soltanto concesso di ripetere qui l'espressione del mio grato animo e della mia devozione al mio Maestro, il Prof. Enrico Guicciardi.

¹ V. così ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1951, pag. 1.

² In questo senso v. ad es. il noto lavoro di BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato di ORLANDO*, 1915 II, 2, p. 4 e 269 e segg. Molti usano invece della parola « funzione » per esprimere un concetto sociologico, ma attribuendogli rilevanza giuridica: così, ad es., in linea generale, POSADA, *Les fonctions sociales de l'Etat*, Paris, 1929, p. 136 e segg.; e, in linea applicativa, CROSA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 1951, p. 457 e seg. Per la distinzione v. però già G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1919, p. 213 e seg. che sospinge questo concetto di funzione fuori della scienza giuridica (Di questo Autore v. però anche la *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1929, spec. p. 509 e segg.). Altra volta invece l'espressione « funzione » è usata per indicare l'attività svolta da chi agisce in base ad un dovere (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce: *Poteri, potestà*, p. 179) noto però che anche in questo senso è usata come attività posta in essere nell'interesse pratico di un soggetto diverso da quello che agisce e quindi, ancora, per designare una serie di atti in relazione al loro risultato. Meglio è usare, in tal senso, l'espressione « ufficio ».

³ Né si intende indicare che esse sono attività poste in essere nell'interesse di terzi, perché ciò sarebbe evidentemente inesatto quanto alla legislazione (così invece CODACCI-PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946, p. 4 e seg.; ma già v. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p. 162); e quanto alla giurisdizione, anche se si acceda alla tesi che in essa ratto statutale « sentenza » soddisfa l'interesse dei destinatari (v. infra p. 136), tuttavia questo interesse non è un interesse pratico ma giuridico e, quale si sia la sua configurazione positiva, rappresenta sempre uno dei capi del rapporto giuridico processuale, come ragione della necessità della sentenza.

⁴ Ciò appare nella dottrina dominante, sebbene non sempre con uguale chiarezza. È infatti da notare che quanto più si passa da una considerazione sociologica del fenomeno giuridico ad una più propriamente giuridica, tanto più si passa dal concepire la funzione secondo un valore empirico teleologico al concepirla secondo un valore più tecnico. Così, rispetto alla legislazione, si va ad esempio dalla concezione di JELLINEK (cit. alla nota (2)), a quella di TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung*, in *Arch. öff. Recht*, 1920, p. 472, a quella, infine, di KELSEN *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1949, p. 270 (« per "legislazione" come funzione non possiamo concepire altro che la creazione di norme giuridiche generali »; per questa tesi,

Ora qual è il concetto che si vuole esprimere parlando di funzione legislativa o di funzione giurisdizionale? Elementarmente, e rovesciando la derivazione logica ed etimologica per cui « funzionario » deriva da « funzione » (non senza però un fondamento di ragione perché ciò è giustificato dal dato di esperienza pratica secondo cui si vede prima il concreto che l'astratto), credo di poter dire che parlando di funzione si intende designare semplicemente ciò che fa il funzionario (⁵): onde parlando di funzione legislativa e di funzione giurisdizionale, si intende ciò che fa colui che può fare le leggi, ciò che fa colui che può fare le sentenze. Fare le leggi e fare le sentenze è dunque (ripeto: «elementarmente») ciò che si vuol indicare con la parola funzione.

Ma questa definizione, seppure esatta, è però talmente poco precisa che mi viene quasi di chiedere scusa per avervi accennato. Eppure proprio qui è, *in nuce*, il concetto di funzione: in questo fare le leggi, in questo fare le sentenze.

Basterà, per accorgersene, che si ripensi un momento a cosa sono le leggi e le sentenze. Atti di potere sovrano, si dice, con una frase nella quale l'astratto (il potere) è usato a specificare la particolare natura del concreto (l'atto). Concretizzazione dunque di quell'entità astratta, obbiettiva, che è il potere: ma concretizzazione cosa vuol dire?

Da un punto di vista obbiettivo, intanto, vuol dire che il potere, e così la modificazione giuridica astrattamente preordinata, assume una effettività reale, si adegua cioè ad una realtà, nei cui confronti diviene operante, trasfondendosi in un atto: il quale è, infatti, l'applicazione puntuale di un potere ad una realtà.

Ora però questo concretarsi del potere in un atto non è mai così istantaneo che tra il potere e l'atto, che ne è espressione, non vi sia almeno uno *jatus*: solo se il potere si trasformasse istantaneamente nell'atto la sua trasformazione non assumerebbe mai una propria reale individualità (⁶).

Ma, quando manca una tale istantaneità tra il potere e l'atto, vi è qualche cosa che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto. Io penso, ad esempio, al potere di legiferare, da un lato; e dall'altro penso alla legge. Essi sono due elementi distinti e in nessun momento è possibile ridurre l'uno all'altro. Ora, quando si fa la legge, quando vi è un disegno di legge, quando vi è una votazione su quel disegno certamente non vi è ancora la legge, ma altrettanto certamente non vi è neppure l'indifferenziato potere di legiferare perché ormai vi è una sua prima concretizzazione. Questo momento del potere, questo differenziarsi del

v. VAN PRAG, *Die Rechtsfunktionen*, Haag, 1932, spec. p. 47 e segg.). Ma anche senza giungere al normativismo puro, v. ad es. THOMA, *Die Funktionen der Staatsgewalt*, in ANSCHUTZ e THOMA, *Handbuch des d. Staatsrechts*, Tübingen, 1932, II, p. 108 e segg.; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928, II, p.152. Rispetto alla giurisdizione, naturalmente, le influenze delle concezioni sociologiche sono meno avvertibili. Anzi, quale si sia la concezione dell'azione che si segua (e a questo proposito soprattutto è dato osservare, com'è noto, l'influsso di concezioni sociologiche o politiche), tuttavia si conserva di solito la concezione più tecnica della funzione giurisdizionale come produzione del provvedimento. Ciò anche quando, dunque, non si concepisce il concetto di azione come concetto correlativo, ma come concetto più ampio di quello di funzione giurisdizionale. Si veda, infatti, pur nella diversità delle tesi circa la natura dell'azione, tra i molti, con particolare precisione, ad es., SCHULZE, *Das d. Konkursrecht*, Berlin, 1880, p. 148; BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, p. 64; e, sostanzialmente conformi, da noi: CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, Napoli, 1923, p. 65 e 291; BETTI, *Diritto Processuale civile*; Roma, 1936, p. 26; CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Padova, I, 1943, p.24. Quando poi si mantenga l'estensione del diritto di azione nei limiti del diritto a provocare l'esercizio del potere giurisdizionale, allora è messo in maggiore evidenza che la funzione giurisdizionale è «l'esercizio effettivo della potestà giurisdizionale»: da ultimo si veda in questo senso LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*; in *Rivista trimestrale di dir. proc. civ.*, 1950, p. 65 e passim; ed esplicitamente richiamandosi, alla mia tesi, pur con un dissenso, non motivato, sulla estensibilità di alcune ipotesi di invalidità per vizio della funzione alla funzione giurisdizionale, v. ANDRIOLI, *Intorno alla frode della legge nel processo*, in *Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI*, Padova, 1950, II, p. 632.

⁵ Non nel senso della teoria che vede nello Stato l'insieme dei funzionari (v. infatti in relazione al problema DUGUIT, *Traité*, cit., p 153), ma nel senso di THOMA, *Die Funktionen*, cit., p. 108, nota (2). Mette in rilievo la derivazione logica, invece, MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, Wien, 1937, p. 9.

⁶ Benché non si potrebbe negargliene almeno una logica.

potere, questo farsi dell'atto, che ha già dunque una sua precisa individualità giuridica oltre che logica e reale io la chiamo funzione ⁽⁷⁾.

Sotto il profilo obbiettivo, dunque, la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto: momento di cui è appena da sottolineare qui la sostanziale unitarietà ⁽⁸⁾.

Ho voluto far precedere la considerazione obbiettiva della funzione a quella soggettiva, proprio perché, per essere più inconsueta, mi è sembrata più adatta a dimostrare la inconsapevolezza con cui dai giuspubblicisti si usa del concetto.

Dal punto di vista soggettivo, infatti, tutto ciò che ora ho detto assume un tono di minore novità. Se anzi io ripeto la definizione che ora ho enunciata dandole per soggetto non più la stessa funzione e cioè il suo oggetto (nel che si risolve ogni considerazione obbiettiva di un fenomeno) ma il soggetto al quale la funzione va imputata e che ne è, dunque, l'autore, io devo dire che si intende per funzione non più il farsi dell'atto ma il fare l'atto, non più il differenziarsi del potere ma il differenziare un potere; e finisco dunque col dire che funzione è: fare la legge; è: fare la sentenza.

Finisco cioè a quel concetto elementare di funzione dal quale ho preso le mosse e che nella sua semplicità (della quale però solo ora, dopo la considerazione obbiettiva, siamo in grado di misurare l'implicita complessità) non saprebbe essere rifiutato da alcuno ⁽⁹⁾.

Senonché questo concetto di funzione, se ha trovato cittadinanza nel campo della legislazione ⁽¹⁰⁾ e in quello della giurisdizione, ma pressoché inusitato nel campo dell'amministrazione. Qui si parla bensì di funzione esecutiva, o anche amministrativa, ma non si intende con ciò riferirsi a ciò che fa l'amministrazione nel concretare il potere di una norma in un atto o questo stesso concretarsi del potere nel singolo atto: ci si riferisce invece

⁷ V. già il mio *Eccesso di potere per vizio di funzione*, in rassegna di diritto pubblico, 1950, p.1 e segg. Con questo spero di aver chiarito che la funzione è un elemento sostanziale, e non formale, pur rimanendo un elemento estrinseco e non intrinseco all'atto (per il dubbio v. CANNADA-BARTOLI *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 188 e segg.). Vorrei poi chiarire che se la funzione è « esercizio del potere » per un atto (anche secondo la derivazione etimologica: *fungor* vuol dire appunto *compio*, onde funzione è il compiere l'atto: e così v. THOMA, *Die Funktionen*, cit., p. 108, nota (2): « *Hier ist die Frage wie die Staatsorgane ... der Rechtsordnung fungieren* »), tuttavia non è esatto che essa « si risolva nel potere e nella volontà necessaria per il relativo esercizio » (CANNADA-BARTOLI, op. loc. cit., p.189); sono il potere e la volontà che semmai si risolvono nella funzione e non viceversa: onde appunto la necessità di considerare la funzione come elemento autonomo (diverso da potere e volontà) rispetto all'atto, ed elemento sostanziale e non formale. Elemento formale e autonomo rispetto alla funzione, e a maggior ragione rispetto all'atto (sebbene in esso, come la funzione, si rifletta e per esso venga in evidenza) è invece, come dirò, il procedimento. Ma, fin d'ora, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 36.

⁸ L'intuizione della unitarietà del fenomeno è evidente nella costruzione del FORTI («Atto» e «Procedimento» amministrativo, ora in *Studi di dir. pubblico*, 1937, I, spec. p. 462 e seg.), soprattutto perché in essa si potrebbe dire, è attribuito al procedimento ciò che è proprio della funzione (per la critica v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 29 e 32); allo stesso modo si v. anche, naturalmente con presupposti diversi, MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., 174; WEYR, *La notion de « processus juridique » dans la théorie pure du droit*, in *Studi filosofico-giuridici* per G. DEL VECCHIO, II, Modena, 1931, p. 414 e segg.

⁹ È appena da notare che quando si parla di funzione legislativa (o giurisdizionale o amministrativa) si compie necessariamente un'astrazione: si parla cioè della « funzione » come della categoria generale cui si può pervenire risalendo dalla serie di funzioni reali con cui il Potere (legislativo, giudiziario o amministrativo) pone in essere i propri atti. Ciò giustifica, sotto un profilo diverso da quello sottolineato nel testo, il fatto che sia più difficile rendersi conto rispetto all'amministrazione della autonomia della funzione: perché nell'amministrazione il tipo di atti, e perciò di funzioni, e il loro rilievo pratico è maggiore e più vario di quanto non sia nella legislazione e nella giurisdizione; v. anche *infra* nota ⁽¹¹⁾

¹⁰ Non è fuori di luogo ricordare anche la teoria sviluppata negli Stati Uniti di America sui limiti sostanziali al potere legislativo e incentrata nell'interpretazione giurisprudenziale della formula costituzionale del « due process of law ». La quale formula fu tratta proprio ad indicare la legittimità delle trasformazioni del potere in un atto legislativo. Sul punto si v., quanto allo sviluppo storico del concetto, E. S. CORWIN, *Liberty against Government*, Baton Rouge, 1948, spec. p. 84 e segg.; per le applicazioni, invece, v. RAVÀ, *Rassegna dei recenti sviluppi del diritto costituzionale americano*, in *Rassegna di dir. pubbl.* 1945, spec. p. 222; e per una valutazione teoretica nel senso qui sottolineato, PITAMIC, *Zur Lehre von der richterlichen Funktion*, in *Festschrift H. Kelsen*, Wien, 1931, p. 305.

alla serie degli atti emanati da un soggetto o da un organo di amministrazione, in relazione al loro fine o al loro risultato; ovvero anche ci si riferisce alla capacità di quel soggetto o alla competenza di quell'organo in relazione agli atti e quindi al loro risultato: Si accetta cioè il significato empirico dell'espressione « funzione » e vi si attribuisce ora un valore oggettivo, ora anche un valore soggettivo.

La indiscutibile confusione di linguaggio che si viene con ciò a creare sarebbe del tutto ingiustificata, pur restando ingiustificabile, se la stessa diversità del rilievo che compete all'azione rispetto alla legislazione e alla giurisdizione da un lato e all'amministrazione dall'altro non fosse ragione, ripeto, non valida ma di fatto sufficiente a spiegare il perché del diverso uso dell'espressione.

Nell'amministrazione, infatti, più che negli altri due campi, viene in rilievo l'azione e cioè il risultato dell'attività in relazione ai suoi fini e in essa quindi l'azione sembra essere l'aspetto predominante e degno di maggiore interesse ⁽¹¹⁾.

Per vero, oggi l'indirizzo degli studiosi ha riportato l'attenzione più sull'attività e quindi sugli atti che sull'azione; ma ciononostante, il concetto di funzione è rimasto nell'ombra. Eppure esso non è estraneo nemmeno all'amministrazione ⁽¹²⁾. Basterebbe pensare d'altronde ai termini così generali che ho usato per definirlo, per rendersi conto, se non si voglia negare che l'atto amministrativo sia concretizzazione di un potere, che anche l'atto amministrativo è funzione di un potere e che quindi la funzione, in quanto modo di essere dello svolgersi di un potere, quale si sia la sua più intrinseca natura, esiste anche rispetto all'amministrazione.

Questo nuovo elemento giuridico, la cui enucleazione io ho raggiunto qui in via di analisi logica (e intendo dire più in via di analisi logico-giuridica che di analisi giuridico-positiva) non sempre però è egualmente disciplinato dal diritto onde, pur conservando una sua esistenza, oltre che logica, reale, non sempre assume un uguale rilievo giuridico ⁽¹³⁾.

Io ho tuttavia altra volta tentato di dimostrare ⁽¹⁴⁾ attraverso un esame del vizio di eccesso di potere, l'esistenza giuridica della funzione nel campo del diritto amministrativo, mettendone in luce appunto l'importanza nel piano sostanziale.

¹¹ Si veda su tutti OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, 1924, I, p. 1 e segg. che parla soltanto di azione amministrativa; e su ciò i rilievi di MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., p. 2 e segg. e dello stesso THOMA, *Die Funktionen*, cit., p. 109 e seg. (del quale v. però la critica al MERKL, *ivi* nota (4)). E da noi v. ROMANO, *Principi di dir. amm. it.*, Milano, 1912, p. 2, e *Corso di dir. amm.*, Padova, 1932, p. 5; ORLANDO, *Principi di dir. amm.*, Firenze, 1915, p. 9 e segg.; e, da ultimo, ALESSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1949, p. 30. e segg.; GIANNINI, *Lezioni di dir. amm.*, Milano, 1950, p. 79 e segg.; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, Napoli, 1952, p. 4. Talora poi si definisce la funzione legislativa e quella giurisdizionale secondo il criterio tecnico-giuridico, e quella amministrativa secondo il criterio empirico sociologico, incorrendo così in un vizio di metodo chiaramente notato già da MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., p. 24.

¹² V. ora le considerazioni di LANGROD, *Procédure administrative et droit administratif*, in *Rev. de droit public*, 1948, p. 551.

¹³ Per queste diversità di rilievo giuridico nei vari tipi di funzioni pubbliche e nelle funzioni degli atti privati v. quanto alle prime, il mio *Eccesso di potere*, cit., p. 29 dell'estratto, nota (59) e le note (46), (47), (48); e, quanto alle seconde, *ivi* p. 37 e segg. e note (75) e (78).

¹⁴ Appunto nel citato «Eccesso di potere per vizio della funzione». Ricordo qui, invece la nota concezione della *Rechtslage* di KOHLER (spec. in *Lehrbuch des Bürg. Rechts*, Berlin, 1906, p. 152 e segg.), che mi pare concorrere con la mia enucleazione della « funzione » in quanto rileva la esistenza di momenti del potere assumenti una loro individualità e perciò creativi della situazione giuridica: vorrei dire cioè che in KOHLER il fenomeno è avvertito nelle sue singole manifestazioni e quindi analiticamente, più che nella sua essenza e quindi sinteticamente; ometto invece di ricordare come più lontane, seppure non indipendenti, dal problema, le costruzioni della dottrina (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 179 e segg., spec. p. 190 e nota 172) sugli atti a formazione successiva (per il richiamo v. CAMMEO, *Corso di dir. amm.*, Padova, s.d., II, p. 1085, II, p. 1805; MIELE, *Alcune osservazioni sulla nazione di procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, III, 376; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 7, nota (3)).

Vorrei, oggi invece, osservarne il rilievo sul piano formale, studiandone i diversi modi di manifestazione ⁽¹⁵⁾.

2. Procedimento e processo.

Devo partire, a tale scopo, dall'esame del fenomeno « procedimento ». Come fa manifesto lo stesso termine impiegato per designarlo, e come è generalmente noto, il fenomeno che mi interessa consiste in ciò che un atto non raggiunge la sua perfezione, e cioè non è perfettamente compiuto se prima non vi è stata una elaborazione di tutti o di alcuni dei suoi elementi ⁽¹⁶⁾; se, quindi, la sua formazione non è passata attraverso stadi successivi ed anzi spesso non si è giovata di successive cooperazioni. Cooperazioni, in quanto appunto questo procedere nella formazione dell'atto avviene non solo mediante più operazioni ⁽¹⁷⁾, succedentisi ordinatamente nel tempo, e tutte intese alla realizzazione dell'atto; ma spesso mediante operazioni che provengono da organi, e talvolta da perfino da soggetti, diversi da quello cui compete emanare l'atto.

Ora, peraltro, questa caratteristica di essere una serie di operazioni succedentisi nel tempo, come la sola osservazione che alla serie cooperano organi e spesso soggetti diversi da quello che emanerà l'atto, non sono sufficienti a caratterizzare il fenomeno del procedimento né sotto l'aspetto oggettivo né sotto quello soggettivo.

Infatti, il rilevare che il procedimento è la storia causale dell'atto, che esso cioè esprime lo stadio di sviluppo dell'atto, non è darne una qualificazione dal punto di vista oggettivo; ma il rilievo si risolve soltanto in una qualificazione dell'atto, cui conduce il procedimento, secondo il criterio temporale ⁽¹⁸⁾. Appunto perché, secondo il criterio temporale, non può essere qualificato che l'atto in relazione alla sua storia e non la storia in se. La storia è infatti sempre procedimento e ogni procedimento è storia, onde i due termini sono, sostanzialmente, equivalenti.

Ma neppure sotto il profilo soggettivo è sufficiente rilevare che il procedimento consiste nella cooperazione di più organi o soggetti. Questa, infatti, non è una qualificazione, ma solo una classificazione in quanto, permettendo di distinguere il procedimento monopersonale dal procedimento pluripersonale ⁽¹⁹⁾ ne pone in luce una caratteristica che non ne è essenziale e che rimane perciò sempre esterna al fenomeno. Mentre intanto si può parlare di qualificazione di un dato in quanto questo sia guardato da uno dei suoi stessi intrinseci elementi. Onde qualificazione del procedimento dal punto di vista dei soggetti non

¹⁵ A tale scopo dovrei, quindi, esporre in forma sistematica il risultato della mia indagine, e pertanto mettere prima in rilievo i possibili atteggiamenti della funzione e poi collegarli ai modi in cui nel diritto positivo quegli atteggiamenti si manifestano. Tuttavia ho rinunciato a soddisfare questa esigenza di sistema per rendere più viva l'esposizione, seguendo in essa la stessa via percorsa nell'analisi: facendo dunque un'esposizione critica anziché sistematica. Mi è peraltro agevolato il compito da ciò che tra funzione e procedimento non vi è che una differenza di piano, onde anzi nella dottrina si attribuisce spesso al procedimento ciò che è della funzione (vedi *supra* nota (8)). Anche l'esposizione della ricerca critica può perciò agevolmente tramutarsi in esposizione sistematica dei risultati della ricerca stessa.

¹⁶ V. per tutti ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 219. L'affermazione non costituisce una contraddizione con quella dottrina che afferma che il procedimento tende alla produzione di un determinato effetto giuridico (CAMMEO, *Corso di dir. amm.*, cit. II, p. 1083; FORTI, « Atto » e « Procedimento », cit., p. 457; MIELE, *Alcune osservazioni*, cit., p. 379; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 117; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 37) in quanto sostanzialmente essa considera fatto come fattispecie, produttrice di effetti giuridici, il cui realizzarsi dipende naturalmente, e a sua volta come effetto, dagli atti o fatti della serie procedimentale.

¹⁷ V. per l'espressione GIANNINI, *Lezioni di dir. amministrativo*, cit., p. 284. (In senso diverso, considerando il procedimento come una operazione, v. AA. cit. in SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 28, nota (30)). Per l'ipotesi v. G GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939, p. 43.

¹⁸ Cosicché, sotto questo profilo, è esatto distinguere tra atto istantaneo e atto procedimento, come fa il FORTI, « Atto » e « Procedimento » *amministrativo*, cit., p. 467 e segg.

¹⁹ V. per la distinzione, GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, cit., p. 43.

può essere che quella che pone in luce i rapporti che passano tra gli agenti nel procedimento e, s'intende, rapporti in ordine al procedimento stesso, il che è quanto dire in ordine al suo oggetto.

È dunque da una qualificazione oggettiva che viene, essenzialmente, sempre qualificato il procedimento come da quella che, individuandone implicitamente l'oggetto, ne fissa il valore materiale nei confronti di ogni altro fenomeno ⁽²⁰⁾.

Se peraltro io mi rifaccio a considerare il procedimento sotto il profilo del suo oggetto, e ripeto che il procedimento è, secondo come appare, la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto, non mi sembra dubbio che il procedimento sia niente più che la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi dell'atto. Quando infatti io penso alla funzione, da un lato, come allo sviluppo del potere in un atto e, dall'altro, al procedimento come alla storia causale dell'atto, io credo di non errare dicendo che anche il procedimento è la storia della trasformazione del potere in atto, storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in una realizzazione concreta.

Sotto il profilo oggettivo, dunque, il procedimento è manifestazione della funzione, così come l'atto è la manifestazione del risultato di quella funzione. E, come la funzione è il suo contenuto, esso è dunque la forma della funzione. Talché, per questa qualificazione, mi sembra possibile dire, in definitiva, che il procedimento è il fenomeno che si produce ad ogni esplicazione di una funzione. Anzi, se accetto nell'espressione fenomeno il suo significato di « apparenza », posso dire che il procedimento è soltanto il fenomeno della funzione.

Io mi rendo conto però della latitudine di questa definizione. Anche perché essendo inevitabilmente ogni atto effetto di una funzione, si dovrebbe dire che ogni atto è inevitabilmente preceduto da un procedimento.

Ma questa conclusione, apertamente aberrante sul terreno del diritto positivo non infirma la esattezza di quanto ho detto: appunto perché del procedimento io ho dato una definizione che ripete la sua validità dalla definizione stessa di funzione, io so di dover ripetere qui che non sempre il diritto positivo regola la funzione e cioè l'esplicazione del potere e quindi, ora posso aggiungere non sempre regola il procedimento che ne è l'esternazione formale. Così quante volte l'atto sia l'opera di un solo soggetto fisico e la funzione un momento puramente psicologico, non rilevabile (ma non sempre rilevante) come forma esterna al soggetto.

Anche in queste ipotesi però io non mi sento di negare che esista un procedimento (né, all'origine, una funzione) come categoria logica, benché sia ovvio che non esiste un procedimento come categoria giuridica ⁽²¹⁾. Ma appunto per questo io ho detto che il

²⁰ Per le esigenze dell'esposizione ho dovuto trascurare ogni esame differenziale per mettere in luce l'aspetto che più mi interessava. Non posso tacere però che alla soluzione di cui al testo non si può pervenire se non distinguendo tra il procedimento come forma della funzione e quell'ipotesi di connessione tra atti di uguale valore alle quali conseguono effetti esterni unitari e cioè le ipotesi dei c.d. atti complessi. Tale distinzione sembra si possa ottenere da più punti di vista (v. per l'esposizione sommaria delle varie tesi SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 27, nota (28), e, per il concetto, p. 335 e seg.). Ma essi possono ridursi all'osservazione che, guardando al rapporto tra i singoli atti e, rispettivamente, il procedimento e l'atto complesso, è possibile dire che, mentre il procedimento è nient'altro che i singoli atti parziali, l'atto complesso è invece un'unità diversa da quelli, un atto dotato cioè di propria individualità. Ora ciò si spiega appunto notando che, mentre oggetto del procedimento è la funzione dell'atto finale (e non dei singoli atti), oggetto dell'atto complesso è l'insieme degli atti parziali che in esso si compongono dandogli vita (onde la stessa funzione dell'atto complesso è il complesso delle funzioni degli atti parziali e rileva non direttamente ma per il tramite di questi). Ciò non esclude l'esistenza di fenomeni di composizione anche nel procedimento: si vedrà, nel testo stesso, che l'esistenza di un procedimento che sia espressione della sola esplicazione della funzione è caso eccezionale, mentre normalmente gli atti parziali di sviluppo della funzione si compongono con atti di funzioni diverse. Ma anche questi sono « procedimento », e in relazione, all'atto finale, operano come presupposti; mentre nell'atto complesso, poiché questo si risolve, come atto finale, nella loro connessione, essi sono non presupposti ma elementi dell'atto stesso.

²¹ V. per l'osservazione già MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., p. 213, e per un esempio GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 440. Rispetto al c.d. procedimento non necessario v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 89 e segg. Le osservazioni del testo danno poi ragione del perché il fenomeno procedimentale sia raro nel diritto privato, benché ne sia estraneo (v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1951, p. 300).

procedimento è storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in un atto: intendendo precisare che, nel diritto, il procedimento è la forma sensibile della funzione e non puramente la sua forma come modo di essere⁽²²⁾.

Sotto questo aspetto il procedimento è, dunque, un elemento basilare del sistema e stavo per dire della logica del diritto. Ma è certamente, per questa stessa sua essenzialità, un elemento che può variamente differenziarsi in tipi concreti. E una differenziazione può essere scoperta solo se si guardi il procedimento nel suo aspetto soggettivo, come il rapporto cioè in cui in esso si trovano soggetti che vi partecipano.

Da questo punto di vista soggettivo, si possono distinguere infatti due tipi di procedimenti: il procedimento in senso stretto e il processo. Due tipi che, quali si siano le loro caratteristiche, ma anche solo a pensarli secondo l'idea che ognuno ne abbia, sono certamente da ricondurre alla figura del procedimento, inteso nel suo aspetto oggettivo, come forma di estrinsecazione della funzione. E a quella figura, pur con maggiore o minore approssimazione, sono infatti usualmente ricondotti⁽²³⁾.

Senza insistere dunque su di ciò, comincio ad analizzare il procedimento sotto il profilo soggettivo⁽²⁴⁾.

Sotto questo profilo è possibile individuare subito un primo tipo di procedimento, del quale l'elemento caratteristico consiste in ciò che esso si risolve in una successione di più atti⁽²⁵⁾ posti in essere tutti dallo stesso soggetto cui compete emanare l'atto finale. Né mi soffermo a portare esempi: basti pensare fra i tanti, al procedimento di formazione delle leggi o al procedimento di formazione di una delibera comunale.

²² Per l'affermazione, v. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 1084. L'opinione opposta è difesa da chi risolve l'intera funzione nella forma facendo di quest'ultima l'unico elemento giuridicamente rilevante: v. ora ALLORIO, *Saggio polemico sulla « giurisdizione » volontaria*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, spec. p. 505: «non la materia ma la forma è decisiva: ciò che conta è quindi il tipo di procedimento, cui una determinata materia viene assoggettata». Credo di poter rilevare perciò anche in questo Autore l'equivoco fondamentale della tesi della teoria pura intorno al processo in quanto anch'egli intende come forma l'intero « processo d'accertamento » (ivi, p. 511), mentre secondo le teorie tradizionali solo il processo è forma, e l'accertamento è « materia », o, secondo la mia terminologia, contenuto della « funzione ». Per la tesi della scuola di Vienna v. WEYR, *La notion*, cit., 418, e, con uno sforzo di superamento dell'equivoco, soprattutto MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 213.

²³ V. per il procedimento di formazione della legge: LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1911, II, p. 23 e segg.; ANSCHÜTZ *Deutsches Staatsrecht*, estr. da *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, p. 156; TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., p. 472; HATSCHEK, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Berlin, 1930, II, p. 7 e segg.; MALMANN, *Die Sanktion in Gesetzgebungsverfahren*, Emsdetten, p. 67 e AA. quivi cit. Per il processo come forma della funzione giurisdizionale, v., per tutti, CARNACINI, *Tutela giurisdizionale tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1950, II, p. 697 e nota (4), p. 702; per il procedimento come forma di quella amministrativa, DE VALLES, *La validità*, cit., p. 191.

²⁴ È appena da dire che, da questo ulteriore punto di vista, non si può dare una visione completa del procedimento; né se ne può dare soprattutto il carattere differenziatore nei confronti di altri fenomeni di concorso nella formazione di un atto. Quanto al primo punto rimane, ovviamente, in ombra il suo risolversi in una serie di atti mediati rispetto all'atto finale e il valore di questi in sé e rispetto a quell'atto finale (aspetto studiato nel campo del diritto amministrativo con risultati, vorrei dire, per gran tempo definitivi, dal SANDULLI, *Il Procedimento*, cit.) Quanto al secondo, rimane in ombra la distinzione tra procedimento da un lato e atto complesso, contratto, atto collegiale e atto collettivo, dall'altro (su che v. MIELE, *Alcune osservazioni*, cit.; e GASPARRI, *Studi*, cit.). Dal punto di vista del testo rimane infine superflua ogni osservazione sulla distinzione tra processo e procedimento, intendendo questo come un momento temporale, seppure logicamente concluso, del primo (nel quale senso, v. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, III, p. 4 e seg., e, sostanzialmente, FOSCHINI, *La complessione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 19; v. inoltre SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, Stuttgart, 1929, p. 347). Ma il profilo studiato permette invece di considerare il fenomeno procedimento come un fenomeno unitario (il che va forse perduto se lo si guarda dagli altri punti di vista), risolvendolo nel rapporto tra i soggetti che, con i loro atti, intervengono nello svolgimento della funzione: il che infine permette di sottolineare la particolare autonomia nei confronti della stessa funzione: il che infine permette di sottolinearne, la particolare autonomia nei confronti della stessa funzione.

²⁵ Per il particolare angolo visuale dal quale è condotto lo studio non rilevo nel testo che tali atti debbono essere non omogenei quanto a valore (MIELE, *Alcune osservazioni*, cit. p. 378, 380) con l'atto finale.

Ciò che mi preme rilevare circa questo tipo di procedimento è che quando io parlo di « stesso soggetto » intendo usare l'espressione in un senso volutamente ampio e dovrei dire improprio. Secondo il senso proprio, infatti, l'espressione sta a dire semplicemente che è indifferente che il concorso degli atti, precedenti secondo una serie ordinata in relazione di mediatezza, sia il risultato dell'attività di un solo organo ovvero di più organi di quello stesso soggetto. Anche quando cioè, come è nella maggioranza dei casi, gli atti del procedimento provengono da organi diversi, ciononostante essi sono tutti atti imputabili allo stesso soggetto; così ad es., nel procedimento di formazione delle leggi, concorrono atti che non sono tutti dello stesso organo, in quanto necessariamente provengono, almeno dai due organi del Potere legislativo, ma talvolta anche vi concorrono atti di un organo di un Potere diverso: così ad es., quando l'iniziativa spetti o sia esercitata dal Governo.

Ora peraltro, ciò che è interessante mettere in luce in quest' ipotesi, non è tanto il fatto della unicità del soggetto dell'atto e del procedimento, quanto, secondo il criterio proposto, il rapporto che corre fra il soggetto e l'oggetto del procedimento. Dal quale punto di vista appare allora che quel rapporto consiste precisamente in ciò che i vari organi che partecipano al procedimento agiscono nella stessa direzione, nel perseguimento cioè dello stesso interesse che l'atto tende a soddisfare, e che è appunto l'interesse dello stesso soggetto che lo emana⁽²⁶⁾.

L'osservazione, dunque, che vi sono delle ipotesi di procedimenti, in senso ampio, in cui tutti gli atti che li compongono provengono da un solo soggetto, se è guardata nel rapporto tra soggetto e oggetto del procedimento, si risolve nell'osservazione che esistono procedimenti nei quali tutti gli atti che li compongono sono intesi a soddisfare in via principale uno stesso interesse sostanziale, quello di colui che pone in essere l'atto.

Questa stessa osservazione mi permette infine di giustificare, e perciò l'ho anticipata, la mia affermazione che questo tipo di procedimento lo si ha non solo quando gli atti che lo compongono provengono da uno stesso soggetto, intendendo l'espressione in senso proprio, ma anche intendendola in un senso più lato. Quando infatti io m'accorgo che caratteristica di questo tipo di procedimento è l'identità dell'interesse soddisfatto dai vari atti procedurali nei confronti dell'atto finale posso aggiungere che a questo tipo va ricondotto anche quello che ha luogo quando gli atti che lo compongono, pur provenendo da soggetti diversi, soddisfano tuttavia fondamentalmente, in quanto atti del procedimento, l'interesse sostanziale soddisfatto dall'atto conclusivo.

Tale è quindi, ad es., anche quello cui dà luogo la serie — richiesta, autorizzazione, delibera — che è tipica della formazione di molti atti degli Enti pubblici diversi dallo Stato: serie nella quale appunto, l'autorizzazione è atto di un soggetto distinto dall'autore del provvedimento finale, ma inteso a soddisfare, ripeto fondamentalmente, l'interesse dell'Ente e non quello del soggetto autorizzante⁽²⁷⁾.

²⁶ Il richiamo all'elemento interesse non significa introduzione di un elemento extra giuridico, dal momento che non mi servo dell'elemento interesse per un suo particolare contenuto e quindi per una sua particolare rilevanza economica o sociale; ma lo considero unicamente come relazione tra l'atto e il soggetto, ossia come elemento oggettivo. Non qualifico cioè il procedimento in relazione al contenuto degli interessi soddisfatti dai vari atti procedurali.

²⁷ V. contro FORTI, « Atto » e « Procedimento », cit., p. 469. Ma mi pare che l'osservazione di FORTI possa essere superata notando che, se e vero che necessariamente ogni atto soddisfa l'interesse del suo autore, vi sono però anche atti il cui risultato di soddisfare l'interesse del loro autore è ottenuto mediante la soddisfazione dell'interesse di un terzo: nei quali cioè la soddisfazione dell'interesse del terzo è elemento della loro causa giuridica (v. S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950; II, p.304; e, in relazione al criterio di distinzione tra pareri e proposte, da ultimo NIGRO, *Sulla differenza concettuale tra pareri e proposte nella dogmatica degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1948, IV; spec. col. 18 e segg.). Ho poi ritenuto di poter richiamare come esempio di procedimento la serie — richiesta, autorizzazione, delibera — malgrado l'opinione negativa del SANDULLI (*Il procedimento*, cit., p. 68, in nota) perché avendo io del potere una concezione obbiettiva, mi è possibile superare la difficoltà che egli, ed

A questo tipo di procedimento che estrinseca in forme sensibili una funzione alla cui esplicazione cooperano atti, per direzione, omogenei, io ritengo vada riservato il nome di procedimento in senso stretto. Salvo a differenziare poi, in questo, un procedimento elementare da un procedimento composto ⁽²⁸⁾ per indicare, col primo, la serie degli atti di estrinsecazione della sola funzione e, col secondo, la serie costituita dal procedimento elementare e dall'insieme degli atti di potere diverso da quello che si esprime nella funzione che sono necessari per la estrinsecazione di quest'ultima ⁽²⁹⁾.

Né è senza una profonda ragione che questo nome di procedimento è di solito usato a designare la forma di esplicazione della funzione amministrativa. Perché proprio questa è trasformazione di poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usa; e che solo di riflesso possono ridondare a soddisfacimento dell'interesse di un soggetto da lei distinto, e in particolare del cittadino ⁽³⁰⁾. Onde è logico che gli atti che cooperano all'esplicazione di quella funzione e che sono gli atti del procedimento, siano normalmente intesi a soddisfare l'unico interesse dell'autore dell'atto, che è l'unico interesse per la cui soddisfazione è dato il potere.

Diverso da questo è invece il tipo di procedimento cui la dottrina riserva il nome di processo. Io non posso qui esaminare le varie tesi che sono state avanzate per individuarne i caratteri di distintivi nei confronti del procedimento ⁽³¹⁾. Ma posso subito notare che l'elemento che a me sembra caratteristico, ed ognuno può persuadersene pensando al modo di estrinsecazione della funzione giurisdizionale e cioè al processo per antonomasia ⁽³²⁾, è che nella trasformazione del potere non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari.

È appena da precisare a questo riguardo, che non ogni qual volta vi è un concorso di atti provenienti da diversi soggetti, nel senso ora detto, vi è un processo. È infatti di per sé evidente che, ad es., quando tra due atti di soggetti diversi corre una relazione tale per cui uno

esattamente dal suo punto di vista, non poteva superare altro che negando all'autorizzazione la qualità di atto procedimentale. Mi avvicino con ciò alla tesi di VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, p. 80), sia pure su presupposti diversi.

²⁸ Uso queste espressioni per porre una differenza tra queste ipotesi di procedimento che esprime una sola funzione o che è composto anche di atti di funzioni diverse, e le ipotesi di procedimenti semplici o complessi, per i quali v. GASPARRI, *Studi*, cit., p. 42 e seg.

²⁹ Se perciò dall'esame di questi tipi di procedimento si risalga alla funzione che in essi si esplica, è possibile notare che esistono ipotesi, elementari, in cui la funzione, ossia la trasformazione del potere in atto, si esplica mediante successive parziali concretizzazioni di quel solo potere che sono attuate dal solo soggetto cui il potere compete; ed ipotesi in cui la funzione si esplica in atti che si compongono con atti di poteri e di soggetti diversi, intesi però a soddisfare lo stesso interesse dell'atto finale. Sul punto, pur in una visione atomistica del procedimento, che si risolve in una visione atomistica anche della funzione, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 115 e segg. Si veda per un'applicazione MERKL, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., p. 9 che considera il procedimento di formazione della legge come composto di atti di funzione legislativa e di funzione amministrativa.

³⁰ Uso qui di un elemento teleologico non per qualificare la funzione amministrativa (così invece, ad es., MIELE, *Principi di dir. amm.*, Pisa, 1945, p. 21 e segg.), ma per giustificare, da un punto di vista di opportunità politica, il fenomeno della estrinsecazione della funzione amministrativa nelle forme del procedimento. Allo stesso modo v. MERKL, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., pag. 216.

³¹ Né posso farlo in una nota. Si vedano comunque gli AA. cit. in CARNACINI, *Tutela giurisdizionale*, cit., p. 697, note (5) e (7). Osservo solo che il problema della identificazione del « processo » è complicato da ciò che normalmente nelle forme del processo si esplica la funzione giurisdizionale. Onde spesso si usa definire il processo mediante elementi sostanziali propri di quella funzione: v. ad es. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. p. 156. («per i giuristi, processo è la serie di attività che si devono compiere per arrivare ad ottenere il provvedimento giurisdizionale»); REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1947, p. 57; e da ultimo FOSCHINI, *La complessione*, cit., p. 21 e segg.; ripetendo un'idea di SAUER, *Grundlagen*, cit., p.35 e 349 e seg. Per un'esatta impostazione v. ora ALLORIO, *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale*, in *Jus*, 1950, p. 101.

³² V., per tutti, CARNACINI, *Tutela giurisdizionale*, cit., p. 697.

è solo condizione di efficacia dell'altro, non si è in presenza nonché di un processo, neppure di un procedimento⁽³³⁾. Ciò che invero occorre perché si sia in presenza di atti-elementi del procedimento è che essi non soltanto siano presupposti di validità o presupposti di efficacia dell'atto finale⁽³⁴⁾, ma che siano necessari per la sua perfezione. Il che, in altre parole, è quanto dire che nel processo uno o più atti di uno dei soggetti (ad es. lo Stato) trovano la loro ragione di essere o il loro limite in atti dell'altro soggetto (ad es. il privato). E quando questa ragione di essere o questo limite sorge od è posto nell'interesse del soggetto diverso da quello che emana l'atto e che ne è anzi il destinatario⁽³⁵⁾, si è in presenza non più di un semplice procedimento ma di un processo. Questa costruzione del processo, come forma dell'esplicazione di una funzione pubblica limitata, positivamente o negativamente, nella sua stessa esplicazione da atti posti in essere da e nell'interesse del destinatario dell'atto finale, individua, evidentemente, l'elemento essenziale dell'istituto⁽³⁶⁾.

Ma già essa permette di fare una considerazione di indole generale: che cioè, se è vero che il regolamento giuridico delle forme è sempre inteso a costituire una garanzia di retto esercizio del potere, il processo rappresenta, tra le forme di esplicazione delle funzioni, quella che più di ogni altra assolve a quella esigenza di garanzia⁽³⁷⁾.

Nel processo, infatti, gli stessi destinatari dell'atto hanno la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell'atto che è determinativo di una loro posizione giuridica. E ciò spiega infine in modo evidentissimo come il processo sia la forma tipica di esplicazione della funzione giurisdizionale. Perché la sentenza di cui le parti sono i destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell'interesse dello Stato alla giustizia⁽³⁸⁾; onde soprattutto nell'esplicazione di quella funzione si è sentita la necessità che i destinatari fossero anche partecipi del processo e cioè concorressero alla determinazione dell'atto nel momento, anzi nella serie dei momenti, in cui il potere si concretizza.

Ma proprio questa osservazione mi impone di pormi una nuova domanda⁽³⁹⁾.

3. Funzione amministrativa e processo

Se è vero che il procedimento è la forma tipica di espressione della funzione amministrativa e se è vero che il processo è la forma tipica della funzione giurisdizionale,

³³ V per l'ipotesi che si tratti dell'atto di un privato rispetto ad un atto della Pubblica Amministrazione, MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel dir. amm.*, 1931, p. 56; e per l'ipotesi inversa, SANDULLI, *Il Procedimento*, cit., p. 29 e nota (32).

³⁴ V. GASPARRI, *Studi*, cit., p. 39 e segg.

³⁵ Per l'importanza di questo profilo e per il suo rilievo positivo v. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale*, cit., spec. p. 714 e segg.

³⁶ Le osservazioni su cui si fonda la tesi qui sostenuta non sono senza precedenti in dottrina: ma non sono portate, a quanto mi consta, fino alle conseguenze dogmatiche alle quali io arrivo. Si vedano comunque gli AA. citati *infra* alle note (54) e (56).

³⁷ Che il processo costituisca una garanzia è comune osservazione nella dottrina. Mi limito perciò a segnalare i lavori espressamente a ciò dedicati, di ROYO VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, in *Revista de estudios políticos*, 1949, p. 55 e segg.; e di MORENSTEIN MARX, *Administrative ethics and the rule of Law*, in *The American Political Science Review*, 1949, p. 1139 e segg.

³⁸ Per il valore dell'osservazione v. Sopra nota (26); per l'osservazione, invece, v. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 298 e MIELE, *Principii*, cit., p. 21 e seg.

³⁹ Avendo scelto il punto di vista soggettivo per la enucleazione dei fenomeni « Procedimento » e « Processo », come quello che più agevolmente permette di cogliere gli elementi che li distinguono, non ho neppure accennato nel testo alla possibilità di una ricostruzione di quei due fenomeni sotto il profilo obiettivo. Noto soltanto qui, come appunto suscettibile di ulteriori sviluppi, che sotto quel profilo ciò che viene in rilievo per la qualificazione dei due fenomeni è il tipo di atti che li compongono e cioè il tipo di rapporto in cui si trovano gli atti della serie « Procedimento » e quelli della serie « Processo » come rapporto tra le loro cause. Il che è logico in quanto si ammetta che la causa sia proprio l'interesse funzionale (e non quello strumentale) soddisfatto dall'atto; ed è ammissibile in quanto si ammetta che non solo i provvedimenti (o i negozi giuridici) ma anche i meri atti abbiano una loro causa.

potrebbe aversi funzione giurisdizionale svolta nelle forme di un procedimento e funzione amministrativa svolta nelle forme di un processo?

Si capisce che la domanda implica che si determini se procedimento e processo sono, oltre che forme tipiche, forme necessarie per la esplicazione di una determinata funzione.

Dico subito che non credo che a questa questione vada data risposta affermativa⁽⁴⁰⁾. È vero che la forma non è mai un elemento così esteriore che non risenta del suo particolare contenuto e ad esso, direi spontaneamente, non si adegui⁽⁴¹⁾, così come d'altronde nessuno più dei processualisti saprebbe dire quanto il contenuto del processo, cioè la funzione giurisdizionale, si adegui alla forma processuale⁽⁴²⁾. Ma, in linea di principio, si deve affermare che le forme sono, nel diritto, mezzi, strumenti: non la sostanza (e il processo infatti è definito, sia pure non del tutto propriamente, come il mezzo di attuazione della giurisdizione e al diritto del processo si dà il nome di diritto formale o, addirittura, perfino strumentale⁽⁴³⁾).

Ora se procedimento e processo sono forme di esplicazione di una funzione e se le forme si costruiscono secondo esigenze di opportunità, in linea di puro principio, e fatta salva appunto ogni questione di più alta opportunità⁽⁴⁴⁾, io non so vedere ragione per negare che la giurisdizione possa esercitarsi nelle forme del procedimento e l'amministrazione nelle forme del processo⁽⁴⁵⁾.

So bene che, per la giurisdizione, l'adozione delle forme del procedimento significherebbe, al limite, fare della giurisdizione, quasi amministrazione. Pur dovendosi, infatti, ritenere che, trattandosi di funzione giurisdizionale, l'autore dell'atto soddisfa un proprio interesse solo come conseguenza della soddisfazione dell'interesse dei destinatari di esso, tuttavia, il negare a questi la possibilità di partecipare alla elaborazione di quell'atto (l'esplicare cioè quella funzione nelle forme del procedimento e non in quelle del processo) farebbe sì che molto poco sarebbe garantito l'interesse dei destinatari, e potrebbe sembrare garantito soltanto l'interesse dello Stato alla giustizia. E tale in fondo era il procedimento penale inquisitorio⁽⁴⁶⁾. Ma ciò non vuol dire che il processo sia la forma necessaria della funzione giurisdizionale: vuol dire solo che ragioni di opportunità, e si capisce in quale senso non meramente utilitaristico io usi dell'espressione, impongono che la funzione giurisdizionale sia esercitata nelle forme del processo.

E la funzione amministrativa? Mi si conceda che io tragga la conclusione che anche la funzione amministrativa potrebbe esercitarsi nelle forme del processo dalla esistenza di queste possibilità di un modo, diverso dal processo, di esplicazione della funzione giurisdizionale.

⁴⁰ V. NIGRO, *Sulle decisioni amministrative*, in *Foro Amm.*, 1950, IV, 23 e nota /24). Diverso valore ha naturalmente la risposta di chi (SEYDEL, *Bayerische Staatsrecht*, Tübingen, 1913, I, p. 9 e segg.) ritiene non applicabili le forme processuali alla funzione amministrativa perché fondamentalmente libera. Per la possibilità di limiti procedurali all'esplicazione di funzioni discrezionali v. HERRNITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, p. 300; e HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1932, p. 178.

⁴¹ FENECH, *Derecho procesal tributario*, Barcelona, 1948, I, p. 66, sottolinea, ad es., che l'idea di garanzia che presiede alla funzione giurisdizionale passa dalla funzione al mezzo di cui essa si avvale, e cioè al procedimento.

⁴² Qui è, d'altronde, la ragione di molte differenze di impostazioni nella polemica circa la natura della giurisdizione volontaria: si veda molto esplicitamente HERRNITT, *Grundlehren*, cit., p. 64 e nota (13).

⁴³ V. per tutti CHIOVENDA, *Le forme della difesa giudiziale del diritto*, ora in *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1930, I, p. 353 e segg.; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 36.

⁴⁴ Quale è appunto quella che presiede alla valutazione del legislatore come principio di opportunità costituzionale: in linea generale v. SCHMIDT, *Prozessrecht und Staatsrecht*, Karlshule, 1904, e CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi*, cit. p. 391 e segg.; recentemente CRISAFULLI, *Profili costituzionali del diritto processuale*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 41 e segg.; MICHELI, *Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale*, *ibidem*, p. 445 e segg. In relazione al processo amministrativo v. HERRNITT, *Das Verwaltungsverfahren*, cit. p. 10.

⁴⁵ V. DE VALLES, *La validità*, cit., p. 191 e, in parte, ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Milano, 1942, p. 42 e segg.; MERKL, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., p. 213, e, sulle sue orme, ROYO VILLANOVA, *El procedimiento administrativo*, cit., p. 56.

⁴⁶ Mi sia permesso di fare rinvio ad un mio lavoro di imminente pubblicazione: *L'istruzione nel processo amministrativo*, spec. p. 21 nota ().

D'altronde, quale ragione potrebbe opporsi a che la funzione amministrativa sia esercitata nelle forme del processo, che cioè possa intervenire nella formazione dell'atto anche chi, pur non essendo il titolare dell'interesse principale perseguito dall'atto, è tuttavia titolare di un interesse su cui l'atto incide, e vi intervenga appunto per la tutela del suo interesse ⁽⁴⁷⁾?

Senonché, anche la risposta affermativa resterebbe sterile esercitazione teorica se non fosse dato riscontrare nel diritto positivo l'esistenza di modi di esplicazione della funzione amministrativa che siano dei veri, sia pure più o meno perfetti, processi.

Ma io credo che vi siano anche nel diritto amministrativo ipotesi in cui soggetti diversi dall'autore dell'atto partecipano, con atti posti in essere nel proprio interesse e determinativi dell'atto finale, all'esplicazione della funzione amministrativa. E mi viene per primo innanzi agli occhi il ricorso gerarchico. Il quale è deciso con un atto che, allo stato attuale delle conoscenze ⁽⁴⁸⁾, si ritiene essere formalmente e sostanzialmente amministrativo. Ora però il ricorso gerarchico è atto di un soggetto diverso da colui che emanerà la decisione e che nessuno saprebbe dire essere proposto principalmente nell'interesse, dell'Amministrazione ⁽⁴⁹⁾. Non solo, ma è un atto che veramente inizia il movimento di trasformazione del potere di decisione, e ne delimita l'ampiezza. Non ignoro che, anche senza ricorso, l'autorità adita potrebbe provvedere alla rimozione dell'atto invalido, ma noto che il ricorso, quando vi è, è ragione della decisione, positiva o negativa che sia, e che questa non può mancare ⁽⁵⁰⁾. Né ignoro da molti si ritiene che l'autorità potrebbe rimuovere l'atto per motivi anche diversi da quelli del ricorso ⁽⁵¹⁾, ma, anche se ciò fosse vero, non si avrebbe comunque se non un concorso di un potere proprio dell'autorità adita con il potere che le compete a seguito del ricorso, e la rimozione dell'atto per motivi diversi non significherebbe altro se non un rigetto del ricorso.

Il ricorso gerarchico, dunque, dà luogo ad un processo e non ad un mero procedimento: processo nel quale si esplica una funzione amministrativa. In esso un soggetto, diverso dall'autore dell'atto, influisce per la difesa di un proprio interesse, nella concretizzazione di un potere di decisione: e trascurato di notare che questa influenza egli esercita non solo con l'atto introduttivo, ma anche con atti istruttori nel corso di quella concretizzazione.

Ma non solo il ricorso gerarchico. Il procedimento disciplinare non è un « procedimento » bensì un « processo » ⁽⁵²⁾. Qui l'atto iniziale proviene dalla Pubblica amministrazione, ma all'incolpato e cioè ad un soggetto diverso da colui che emanerà la sanzione disciplinare, è dato di intervenire, contestando le accuse e portando elementi di giustificazione, certo nel proprio interesse, con atti sui quali la decisione finale deve pronunciarsi, e che perciò ne sono determinativi ⁽⁵³⁾.

⁴⁷ Richiamo l'impostazione di TEZNER, *Das oest. administrativverfahren*, Wien, 1925, p. 29; per il principio v. SCHWYZER, *Das Verwaltungsverfahren in Kanton St. Gallen*, Wil St. Gallen, 1934, p. 90 e seg. e AA, *ivi cit.*; BEYER, *Die normen über das Verfahren der Staatsorgane*, in *Zeit. für die ges. Staatswissenschaft*, 1922-23, p. 458; v. anche MERKL, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., p. 216. La nostra giurisprudenza non ritiene invece di poter desumere l'esistenza di un diritto del cittadino di intervenire nell'esercizio della funzione amministrativa, sulla base di principi generali: si veda Consiglio di Stato, VI Sez., 30 gennaio 1951, n. 37, in *Racc. Compl. giur. Consiglio Stato*, 1951, p. 61.

⁴⁸ Nel senso del testo si veda MIELE, *Principii*, cit., p. 22 e GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, I, 1, 322 e segg.; ma contro v. CODACCI-PISANELLI, *Analisi*, cit., p. 127 e segg.

⁴⁹ Così sostanzialmente, invece, PUCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938, p. 50 e segg.; ma contro v. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, cit., col. 322.

⁵⁰ V. per tutti, RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, p. 261.

⁵¹ Così ad es. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p. 596, ma contro v. RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, cit., p. 255; ZANOBINI *Corso di dir. amm.*, Milano, 1945, II, p. 90; ALLORIO, *Dir. proc. trib.*, cit., p. 23. Per la giurisprudenza v. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. V, 6 ottobre 1950, n. 978, in *Riv. Amm.*, 1951, p. 42 e *ivi* rinvi.

⁵² Pur non esercitandosi in esso una funzione giurisdizionale; v. VITTA, *Il potere disciplinare*, Milano, 1913, p. 188 e segg.; RASPONI, *Il potere disciplinare*, Padova, 1942, I, p. 118 e segg.

⁵³ V. per tutti: VITTA, *Il potere disciplinare*, cit., p. 176 e segg.

Né si creda che solo questi siano i casi di processò come modo di esplicazione della funzione amministrativa. Questi sono casi in cui il processo esprime una funzione intesa a dar vita ad un atto decisorio di una contesa.

Tra l'atto amministrativo che si afferma valido e il ricorso che lo afferma invalido, tra la pretesa sanzionatoria dell'amministrazione e la discolpa dell'interessato, la decisione, pur senza avere forza giurisdizionale, pure essendo cioè atto emanato nell'interesse del suo autore e non del suo destinatario, risolve tuttavia un contrasto tra essi. Processo che dunque può essere chiamato, con un evidente traslato, contenzioso⁽⁵⁴⁾.

Vi sono infatti anche processi non contenziosi: processi eme che esprimono l'esplicazione di una funzione i cui atti producono effetti favorevoli per i destinatari senza che vi sia la risoluzione di un contrasto. Così nella giurisdizione, quando cioè l'atto soddisfa primariamente l'interesse del destinatario ma a questo non è disgiunto, sebbene sia secondario, l'interesse dello Stato alla giustizia (funzione giurisdizionale e processi volontari)⁽⁵⁵⁾. Ma così, ancora nell'amministrazione, quando cioè l'atto soddisfa primariamente l'interesse dell'amministrazione ma a questo non è disgiunta la considerazione di un interesse, sia pure subordinato, del cittadino⁽⁵⁶⁾. Io penso alle ipotesi di espropriazione per pubblica utilità, alle ipotesi di concessione, ad es., di derivazione di acque pubbliche, alle ipotesi di autorizzazione al commercio. Si va da forme complesse a forme semplicissime, nelle quali però sempre vi è un atto del destinatario del provvedimento finale, che pone in moto un potere, che ne delimita l'ampiezza di applicazione, e questo nell'interesse del suo autore, non nell'interesse dell'autore del provvedimento di espropriazione, di concessione, di autorizzazione. D'altronde quale differenza si saprebbe trovare tra questi semplicissimi processi e quelli altrettanto semplici previsti per la liberazione degli immobili dalle ipoteche, per l'apposizione o la rimozione dei sigilli, per la copia e la collazione di atti pubblici⁽⁵⁷⁾?

Il vero è che gli uni e gli altri son processi, espressione gli uni dell'esercizio di una funzione giurisdizionale eccezionalmente non contenziosa, ed espressione gli altri dell'esercizio di una funzione amministrativa naturalmente non contenziosa. Forme, tutte, di esplicazione di una funzione.

Io non posso se non enunciare queste conclusioni. Il loro sviluppo richiederebbe un tempo che non ho. Ma mi si permetta soltanto di dire che l'aver trovato che il processo non è il procedimento; che il processo è una delle forme di esplicazione della funzione e ha, come forma, e quale si sia la funzione che in esso si esprime, una propria autonomia, che col processo si esplica non solo la funzione giurisdizionale, ma anche quella amministrativa; mi si permetta di dire che tutto ciò non è senza pratica importanza.

E non lo è, infatti, né nella pratica applicazione del diritto positivo, né nella sua evoluzione ché è quanto dire nella nostra pratica vita⁽⁵⁸⁾.

⁵⁴ Per l'espressione GIANNINI, *Sulle decisioni*, cit., col. 321 e seg.; NIGRO, *Sulle decisioni amministrative*, cit., col. 22 e seg.

⁵⁵ Accetto dunque la tesi che considera la giurisdizione volontaria come « giurisdizione » e non come « amministrazione » (sostanzialmente v. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, p. 183 e seg.; da ultimo MICHELI, *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, in *Jus*, 1950, p. 369 e MINOLI, *Contributo alle teorie del giudizio divisorio*, Milano, 1950, p. 51 e segg. e ivi rinvii).

⁵⁶ Per l'esame (tuttavia non completo) delle possibili ipotesi, v. NIGRO, *Sulle decisioni*, cit., ed inoltre STENGEL, *Lehrbuch des d. Verwaltungsrechts*, Stuttgart, 1886, p. 191; SCHOEN, *Deutsches Verwaltungsrecht*, in HOLTZENDORFF, *Encyclopädie*, München, 1914, IV, p. 218 e seg.; RUCH, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Zürich, 1934, I, p. 147; HERRNRITT, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., p. 2; e già *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, cit. p. 64; SCHWYZER, *Das Verwaltungsverfahren*, cit. p. 2 e segg.; e per l'applicazione: HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 178 e segg.; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, Mannheim, 1927, p. 152.

⁵⁷ V. gli AA. cit. a nota (55).

⁵⁸ E a maggior ragione nello studio di quel diritto, qualora si riconosca autonomia scientifica allo studio delle forme processuali: in questo senso v. già MEUCCI, *Istituzioni di dir. amm.*, Torino, 1909, p.691 e seg. Da taluno

Nella applicazione del diritto positivo quelle conclusioni portano, tra l'altro; a ciò che nella valutazione del valore che compete ai vari atti di una serie procedimentale, diverso dovrà essere il criterio da adottare se si tratti di un procedimento o di un processo (penso ad es. al valore dell'atto del privato e alla sua assoggettabilità alla disciplina privatistica ovvero a quella pubblicistica⁽⁵⁹⁾); che nella valutazione del valore di quegli atti in ordine all'atto finale, e non dunque nella loro validità individuale ma nella loro validità come elementi del procedimento, ancora diverso dovrà essere il criterio da adottare se si tratti di un procedimento o di un processo⁽⁶⁰⁾.

E trascuro altre conseguenze particolari, per sottolineare la principale, da cui queste stesse derivano: che, cioè, per l'autonomia formale delle norme sul processo, in mancanza di disposizioni espresse relative ad un determinato processo, è alla norma più generale che regola un processo dello stesso tipo e struttura, che occorre fare ricorso⁽⁶¹⁾. Principio, questo, che giustifica ad es. il frequente ricorso che si fa al codice di procedura civile, a quello di procedura penale, alle leggi sulla giustizia amministrativa per trarre la disciplina di quei procedimenti amministrativi che sono in realtà dei processi; ma principio che solo alla luce delle presenti considerazioni e conclusioni trova a sua volta la propria giustificazione e il limite rigoroso di applicazione.

Infine, mi sia consentito che evadendo, ma è poi evasione?, dal campo del diritto positivo io dica che l'estensione delle forme processuali all'esplicazione della funzione amministrativa nonché contrastare, concorda con quella che dovrebbe essere la più alta concezione dell'amministrazione: l'agire sì al servizio della comunità ma nel rispetto non solo dei diritti, ma anche degli interessi del cittadino⁽⁶²⁾. So bene che questo rispetto è assicurato, nel nostro sistema, da un ordine di garanzie giurisdizionali che non ha l'eguale, per estensione e intensità di tutela, in alcun altro Paese. Ma io mi domando quanto questo sviluppo del sistema giurisdizionale non abbia nociuto allo sviluppo delle garanzie del processo sostanziale quale poteva aversi sulla base di quell'articolo 3 della Legge del 1865, all. E, che voleva « ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate » sui progetti di provvedimenti delle autorità amministrative⁽⁶³⁾; e me lo domando proprio perché ognuno di noi sa quali

si giunge perfino a proporre mutamenti terminologici: ad es. FENECH, *Derecho procesal tributario*, cit., p. 27, nota (1) e p. 30, ha osservato che, rispetto al diritto amministrativo, si dovrebbe distinguere tra processo giurisdizionale amministrativo e processo sostanziale amministrativo, riservando al primo lo studio del processo come esplicazione della giurisdizionale in materia amministrativa e al secondo lo studio delle forme di esplicazione della funzione amministrativa.

⁵⁹ V. sul punto in giurisprudenza, Consiglio di Stato, IV Sez., 9 maggio 1951, n. 319, in *Racc. Compl. giur. Consiglio Stato*, 1951, p. 512 e *ivi* rinvii; in dottrina v. MIELE, *La manifestazione*, cit., p. 65.

⁶⁰ Per la prima ipotesi v. per tutti SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 338 e seg.; per la seconda vale invece l'art. 157 c.p.c. (applicazione in Consiglio di Stato, V Sez. 2, 3 settembre 1947, n. 415, in *Foro Amm.*, 1948, I, 2; 101); e l'art. 159 c.p.c. (applicazione in Consiglio di Stato, V Sez., 21 febbraio 1951, n. 74, in *Racc. Compl. giur. Consiglio Stato*, 1951, p. 126).

⁶¹ V. VITTA, *La violazione di legge nei procedimenti amministrativi*, in *Rivista amm.*, 1949, p. 308. Per analoghe applicazioni v. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, p. 400 e segg.; JELLINEK, *Der Fehlerhafte Staatsakte*, Tübingen, 1908, p. 161.

⁶² Per tutti v. VITTA, *La violazione*, cit., p. 309.

⁶³ Si interpreta oggi, infatti, quell'articolo come tendente ad instaurare « un sistema di formazione degli atti amministrativi che consentisse di utilizzare, anche prima dell'emanazione dell'atto quegli utili elementi di collaborazione che il cittadino può portarvi per assicurarne la legittimità e opportunità »: così NIGRO, *Sulle decisioni*, cit., col. 24; seguendo GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, p. 88. Mi corre l'obbligo però di far presente che dagli scritti dell'epoca questa intenzione non appare troppo chiara e anzi sembra che il legislatore intendesse riferirsi solo al ricorso gerarchico. Si vedano comunque nel senso conforme all'interpretazione suddetta gli interventi degli on. Pica, Carnazza, Crispi e Basile (in *Atti Parlamentari*, Legisl. 8, sessione 1863-64, Discussioni della Camera dei Deputati, vol. 7, tornata del 17 giugno 1864, p. 541.5 e segg.), e quindi ancora ANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, Firenze, 1882, vol. 3, p. 338-39; e CARDON, *La Giustizia e l'amministrazione*, Torino, 1874, p. 72 e su ciò, FRANCONI, *Diritto pubblico amministrativo*, Milano 1893, spec. p. 519; SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, Torino, 1904, p. 455.

siano, malgrado ogni buona volontà, i limiti della tutela giurisdizionale che è necessariamente *ex post* e interviene quando un atto ha autoritariamente, e il più delle volte, immutabilmente fissata una relazione di fatto con una disposizione alla quale l'interessato ha soggiaciuto, non collaborato (64).

Ora questa collaborazione è processo; e processo è garanzia di giustizia della decisione; e garanzia di giustizia è il massimo bene di ogni pubblica Amministrazione e insieme di ogni cittadino.

Sia permesso perciò che, conclusivamente, io dica che l'esercitare la funzione amministrativa nelle forme del procedimento o del processo non è indifferente neppure per la nostra vita, per i nostri interessi pratici e per quelli ideali; per questi, direi, più che per gli altri: chè la collaborazione del cittadino alla funzione amministrativa non può non essere riconoscimento della sua individuale responsabilità e perciò, nella Società, della sua dignità.

⁶⁴ È appena il caso di ricordare qui il voto di FORTI, «Atto » e «Procedimento», cit.; p. 467, di un regolamento legislativo della materia « certo non prematuro ed ormai possibile ed utile e l'inutile sforzo della Commissione, presieduta dallo stesso FORTI, per formulare una legge generale sulla pubblica amministrazione. Ricordo invece che il problema è risolto nel senso implicitamente auspicato nel testo in molti Paesi, sia o meno estesa la tutela giurisdizionale fino a quelli che noi consideriamo interessi legittimi (per una prima indicazione v. ROYO VILLANOVA, *El procedimiento*, cit., p. 66 e segg.). Né ritengo che sia sufficiente contro l'istanza, *de jure condendo*, adombrata nel testo l'osservazione (per la quale v. HERRNRITT, *Grundlehren*, cit., p. 50 e segg. e nota (40)), che, in genere, questo sviluppo del processo amministrativo lo si ha proprio nei sistemi in cui manca il controllo dell'eccesso di potere (che è anche vizio della funzione), appunto come garanzia preventiva del retto esercizio della funzione: non vedo infatti alcun ostacolo alla coesistenza delle due garanzie, quella sostanziale, ottenibile attraverso la adozione di forme processuali e quella giurisdizionale: ma semmai un rafforzamento, non inutile, di entrambe.