

MASSIMILIANO BELLAVISTA

Professore associato presso il Dipartimento di Scienze politiche e internazionali  
dell'Università degli Studi di Siena

*massimiliano.bellavista@unisi.it*

**RECENSIONE A FLAMINIA APERIO BELLA, TRA  
PROCEDIMENTO E PROCESSO. CONTRIBUTO ALLO  
STUDIO DELLE TUTELE NEI CONFRONTI DELLA  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

Il libro che qui si recensisce tocca un nervo scoperto del diritto amministrativo, ossia quello del rapporto fra procedimento (*rectius* procedura o rito sostanziale) e processo giurisdizionale.

Non serve qui ricordare, con puntualità, le vicende che hanno riguardato il tema del procedimento a partire dalla genesi del diritto amministrativo moderno, ossia dalle riforme napoleoniche.

È sufficiente soffermare l'attenzione sui due motivi principali che hanno determinato gran parte dell'ostilità della dottrina italiana, nei due secoli passati, alla semplice idea che l'attività amministrativa potesse, da un lato, essere esercitata nella forma del procedimento e, dall'altro lato, che questo potesse essere configurato alla stregua del processo.

Il primo motivo è di ordine, per così dire, politico – istituzionale e attiene al forzato congedo dalla *iurisditio* imposto con le riforme napoleoniche; il secondo motivo è di matrice culturale e riguarda l'emancipazione della funzione amministrativa da quella più propriamente giurisdizionale.

Ambedue hanno contribuito a determinare delle vere e proprie forme di precomprensione ostili all'idea stessa di procedimento; in questo senso, si arrivò addirittura a negarne l'esistenza giuridica, a dispetto dello stesso dato normativo ovvero della norma contenuta nell'art. 3 dell'All. E, della legge di abolizione del contenzioso amministrativo. Il tutto nel preteso ossequio formale al principio della separazione dei poteri.

Proprio da qui, ossia dal principio della separazione dei poteri, l'Autrice aggredisce il tema. E dimostra, non solo, che tale principio non è ostile al procedimento, ma anche che la configurazione dello stesso al modello del processo, alla fine, non pone in crisi siffatto principio.

Non è un caso, come bene è evidenziato nel testo, che l'ultimo dei grandi

concettualisti della dottrina italiana, cioè Aldo Mazzini Sandulli, sia stato il primo a dare una sede scientifica al procedimento amministrativo.

Da lì, poi, sono partite ulteriori indagini e successive elaborazioni teoriche che, con l'andare del tempo, hanno riportato il procedimento all'interno del perimetro del processo.

Per molto tempo, la scienza giuridica italiana ha preferito sottolineare le differenze fra l'opera di Sandulli e quelle successive della scuola benvenutiana e di Mario Nigro.

L'Autrice, però e a ragione, ha aggirato il problema e ha dimostrato l'esistenza di uno stesso filo conduttore fra il procedimento di Sandulli e quello teorizzato, prima, da Feliciano Benvenuti e successivamente da Giorgio Berti, Giorgio Pastori e Mario Nigro.

Non si tratta di incedere in sincretismi o in atteggiamenti eclettici, ma di uscire dalle eccessive strettoie del tecnicismo giuridico (e prima ancora della pandettistica), come ebbe modo di sottolineare (proprio sul tema della processualizzazione del procedimento) Elio Fazzalari, illustre esponente della dottrina processualciviltistica (il cui apporto è ben evidenziato nel libro che si va a recensire), ma si deve considerare che il filo rosso che attraversa le teorie sul procedimento dei ricordati autori è dato dall'esigenza di tutela della persona nei confronti del potere amministrativo.

E qui sorge un ulteriore problema: quella parte della dottrina, ostile alla processualizzazione del procedimento, ha sempre fatto forza sulla necessità dell'esistenza di un sistema a tutela asimmetrico, proprio per non svuotare di contenuto quella (la tutela?) giurisdizionale.

L'Autrice dimostra che questo è un falso problema, giacché non si devono confondere i profili strutturali con quelli funzionali del procedimento.

Dal punto di vista strutturale il procedimento è procedura o rito e quindi rientra nel perimetro del processo; da quello funzionale il procedimento, ancorché procedura o rito, si allontana dal processo giurisdizionale, poiché l'amministrazione guarda al futuro, nell'elaborare la regola del caso concreto, mentre la giurisdizione guarda al passato (ad eccezione di quella di merito), nel verificare la correttezza della regola formata dalla p.a.

D'altro canto, la procedura non è fine a sé stessa (come non lo è il processo giurisdizionale), essa è, invero, strumentale a qualcos'altro. E ciò altro non sono che i diritti fondamentali della persona, i quali si declinano, volta per volta, nelle diverse situazioni giuridiche sostanziali.

La semplice affermazione dell'esistenza giuridica di un diritto fondamentale (e della corrispondente situazione giuridica) di per sé non è sufficiente a ga-

rantirlo se l'ordinamento non pone adeguati strumenti di garanzia.

In questo senso, negare che il procedimento sia procedura o rito significa affermare l'esistenza della sola tutela giurisdizionale o, con altro modo di dire, che l'effettività di tali diritti sarebbe concentrata nel solo momento giurisdizionale; con l'inevitabile corollario che l'ordinamento concederebbe tutela solo in caso di patologia, rimettendo la fisiologia alla signoria (per non dire all'arbitrio) del potere amministrativo.

Tale conclusione non solo non è accettabile, ma è al tempo stesso anti-storica, inattuale e contraria all'ordinamento giuridico vigente.

La stessa vicenda che ha riguardato la legge sul procedimento amministrativo (come è evidente nel testo), quanto meno a partire dalle riforme della legge 241/90 che si sono succedute dal 2005 in avanti, dimostra il contrario.

Semmai, anche in questo caso, si deve tenere presente la distinzione fra la tutela sostanziale e quella giurisdizionale, la quale non è sul piano strutturale (ove la procedura e il processo giurisdizionale si accomunano), ma è su quello funzionale come sottolinea l'Autrice.

La stessa, in quest'ottica, chiude il cerchio nel momento in cui incentra l'analisi sul significato, storicamente formato, del contenuto dell'art. 6 della Convenzione EDU.

Nel libro è dedicato, poi, ampio spazio al terreno grigio che si frappone fra il procedimento e il processo.

Vi è, difatti, un'esauriente ricostruzione dei sistemi di soluzione dei conflitti insorti, fra persona e amministrazione, prima del processo (dall'autotutela, alla giustizia amministrativa, all'arbitrato ecc.).

In maniera rigorosa, l'Autrice guarda all'esperienza germanica e, tramite il metodo della comparazione (che dimostra di saper padroneggiare), ricostruisce la categoria dell'ADR in maniera originale e proficua.

Per fare ciò, la stessa non limita l'indagine al solo terreno della procedura, ma, come è necessario, direziona l'attenzione anche a quello del contratto pubblico. Tema questo assai spinoso (visti gli esuberanti poteri dell'ANAC), ma declinato nel libro con sicurezza e originalità; lo stesso inquadramento giuridico del parere precontenzioso dell'ANAC ne è una prova.

Infine, una considerazione sull'atteggiamento dell'Autrice nell'avvicinarsi al tema. Nell'introduzione, ella, con timidezza e modestia, asserisce di non poter dare conto con precisione dei risultati a cui la scienza è pervenuta nel tempo.

Ebbene l'imponente apparato bibliografico e quello altrettanto imponente delle note, sempre ragionate, dimostrano l'esatto contrario.