
INTRODUZIONE

Questo lavoro si propone di porre in luce alcuni problemi concernenti, *sub specie iuris*, l'attività svolta dalla pubblica amministrazione per conoscere la situazione di fatto, in senso lato sociale, in cui si trova ad operare.

L'argomento è estremamente importante. Basta ricordare che gli scrittori del periodo dello Stato di polizia — un'epoca storica contrassegnata, come la presente, dall'ampiezza degli interventi pubblici di ogni specie nella vita collettiva, anche se, è ovvio, con finalità e mezzi del tutto diversi — individuavano entro le funzioni statali e teorizzavano una *potestas inspiciendi suprema* e la mettevano anzi, in modo esplicito o meno, a fondamento degli altri poteri (1).

(1) Prova dell'importanza che la questione rivestiva è il numero degli scrittori che se ne sono occupati: v. PUETTER, *Literatur des deutschen Staatsrechts*, Göttingen-Erlagen, 1776-1791, vol. III, p. 300 segg.; SCHEIDEMANTEL, *Repertorium des deutschen Staats- und Lehnrechtes*, Lipsia, vol. I, 1782, p. 238 e parr. 8-11; TITTMANN, *De ambitu juris supremae inspectionis*, Göttingen, 1797; SONNENFELS, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, VII ed., Vienna, 1804, p. 398 e p. 484 segg. (vi è anche una traduzione italiana, *La scienza del buon governo*, Venezia, s.d.); ROESSIG, *Politik*, Lipsia, 1805, p. 158; KLÜBER, *Kriptografie*, Tübingen, 1809, par. 16 segg. e p. 292 segg.; ARETIN, *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, Altemburg, vol. II, sez. I, 1827, p. 103 segg.; KLÜBER, *Oeffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, IV ed., Francoforte sul Meno, 1840, p. 552 segg. Su questa letteratura v. BUSSI, *I principi di governo nello Stato di polizia*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1954, p. 806 segg. e note 11-17, cui si rinvia per un'accurata disamina dell'argomento.

Ed è anche dei più attuali. Molti paesi hanno emanato delle leggi ampie ed organiche sul procedimento amministrativo; altri, tra cui il nostro, sono ancora nella fase dei progetti e dell'elaborazione: in tutti, la disciplina del procedimento ed i suoi problemi sono al centro dell'attenzione degli studiosi, sia su un piano teorico e sistematico, sia — ed i due angoli visuali sono strettamente connessi — per esigenze pratiche e desiderio di innovazione (2). Ora è chiaro che le norme sul procedimento si risolvono, per alcuni aspetti, in regole sull'attività conoscitiva che precede l'emanazione di un provvedimento amministrativo: sotto questo profilo il procedimento appare come la collaborazione spontanea, interessata o coattiva, di vari soggetti all'istruzione di un « affare » che si conclude con un atto amministrativo. Al punto che, a nostro avviso, una teoria del procedimento non è compiuta se non si accompagna e si integra con un'analisi dell'attività conoscitiva che ne costituisce in parte il substrato (3).

In generale cfr. anche GERLOFF, *Staatslehre und Staatspraxis des kameralistischen Verwaltungsstaats*, Breslau, 1937.

(2) L'esistenza di una completa raccolta e di ampie esposizioni ci esime da ogni indicazione: v. *La procedura amministrativa*, a cura di G. PASTORI, pubblicazione dell'Isap, Vicenza, 1964; LANGROD, *Procédure administrative et droit administratif*, « Rev. int. des sciences adm. », 1956, n. 3, p. 5 segg.; ID., *La procédure administrative non contentieuse à la lumière des tendances modernes en droit administratif comparé*, « Studi Crosa », Milano, 1960, tomo II, p. 1015; CATALDI, *I più recenti indirizzi in materia di procedimento amministrativo non contenzioso*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1960, p. 202 segg., e 1964, p. 174 segg. Alla ricca bibliografia ivi raccolta adde HEADY, *State Administrative Procedure Law. An Appraisal*, « Publ. Adm. Rev. », 1952, p. 10 segg.; VAVPETIC, *Grundsätze des Verwaltungsverfahren in Yougoslavien*, « Verw. Arch. », 1963, p. 69 segg. Per un quadro dei problemi v. per tutti BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, ora in *La procedura amministrativa*, cit., p. 539 segg.

(3) V. dettagliatamente parte II, capitolo III.

Questo sembra un profilo sotto cui acquistano rilevanza le operazioni dell'autorità amministrativa volte ad accertare dei fatti, ma non è l'unico né, forse, rappresenta il più importante chiarimento che il loro studio può arrecare alla teoria del diritto amministrativo. L'attività conoscitiva è un fenomeno sommamente vasto, complesso e ricco di problemi e di implicazioni. Gli scrittori anglosassoni, che rifuggono dalle formule generali ma sono assai vicini alla concretezza della vita giuridica amministrativa, considerano molto ampiamente l'*inquiry*, l'*investigation*, lo *hearing*, gli *investigation powers* e così via (4); non si potrebbe invece affermare che i giuristi di altre nazioni, in specie quelli italiani, abbiano raggiunto una piena consapevolezza della materia (5). Per lo più solo chi si occupa dei settori più nuovi e controversi del sistema amministrativo o considera le decisioni fondamentali che l'autorità deve prendere, sottolinea l'importanza che l'amministrazione disponga di adeguate informazioni e dedica qualche cenno agli « strumenti » per mezzo dei quali tale risultato può essere conseguito (6).

(4) I manuali recenti usano dedicarvi un apposito capitolo: v. tra gli ultimi ad esempio H. W. WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1963, cap. VI; le opportune indicazioni verranno date a suo tempo. E' ovvio che tale interesse non si spiegherebbe senza l'esistenza di determinati istituti giuridici: ma, a ben vedere, tanto la dottrina quanto la legislazione e la giurisprudenza sono ispirate in parte da un concetto comune, per cui l'attività amministrativa che incide più profondamente nei diritti del privato non è troppo dissimile dall'attività giurisdizionale, e deve pertanto essere preceduta da una istruttoria per quanto possibile imparziale e rispettosa degli interessi dei singoli. Su questi orientamenti si avrà comunque modo di tornare diffusamente più volte.

(5) In generale si deve richiamare ancora il vecchio articolo di RANELLETTI, *Le inchieste amministrative secondo il nostro diritto pubblico vigente*, « Arch. dir. pubbl. », I, 1902, p. 167 segg., preceduto da *Sulla legalità dell'inchiesta di Napoli*, « Riforma soc. », 1901. Poco noto, ma non trascurabile, è CUORE, *L'inchiesta amministrativa*, Pistoia, 1916.

(6) Tipico è il caso della pianificazione: cfr. per tutti MIELE, *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, « Riv.

Avventurandoci in un campo che non è il nostro, oseremmo dire che neppure gli studiosi di scienza dell'amministrazione ne hanno approfondito in modo soddisfacente tutti gli aspetti. Molte opere generali sono singolarmente laconiche al proposito (7); e solo negli ultimi tempi alcuni punti sono stati og-

trim. dir. pubbl.», 1954, p. 796; Id., *Esperienze e prospettive giuridiche della pianificazione*, « Justitia », 1955, p. 281; Id., *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, nel dibattito *Tecnica giuridica e fatto economico*, « Dir. economia », 1956, p. 7 segg.; un cenno in MAZZAROLLI, *I piani regolatori nella disciplina giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, p. 185; tra i non giuristi v., per tutti, MEYNAUD, *Pianificazione e politica*, Milano, 1963, p. 187 segg.; per questioni concrete dal punto di vista politico-legislativo, SALVATORI e NIUTTA, *La disciplina della libertà di concorrenza e di mercato*, Milano, 1960. Importante, infine, è PHELPS BROWN, *The National Economic Development Organization*, « Publ. Adm. », 1963, p. 239 segg. La mancanza di dati esaurienti è, invece, uno dei primi ostacoli agli interventi di vasta portata: significativo esempio è l'inizio della relazione ministeriale alla L. 4 febbraio 1963 n. 129, recante " Piano regolatore degli acquedotti e delega al Governo ad emanare le relative norme di attuazione": « ... tali difficoltà sono dovute alla mancanza di un'organica e completa conoscenza della effettiva situazione esistente e della disponibilità delle fonti di alimentazione occorrenti... ».

(7) V. ad esempio MOSHER e CIMMINO, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1959, p. 359; WHITE, *Introduzione allo studio della pubblica amministrazione*, Milano, 1959, p. 511 segg.; SIMON, SMITHBURG e THOMPSON, *Public Administration*, New York, II ed., 1933, p. 41 segg. e 497. Qualche spunto interessante si può trovare in lavori non recenti della medesima disciplina: cfr. FERRARIS, *Le inchieste pubbliche*, nei *Saggi di Economia, Statistica e Scienza dell'Amministrazione*, Torino, 1880, p. 95 segg.; WAUTRAIN CAVAGNARI, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, II ed., Firenze, 1894, p. 28; PRESUTTI, *Principi fondamentali di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1903, p. 249, n. 170; PACCES, *Inchiesta amministrativa*, voce in « Dig. It. », I parte, vol. XIII, 1902-1906, *passim*.

Tra i lavori recenti sono da ricordare ancora: SIMON, *Razionalità e formazione delle decisioni amministrative*, in « Antologia delle scienze sociali », vol. II, « Campi di applicazione della sociologia », Bologna, 1962, p. 160 segg.; HILLMAN, *Organizzazione e pianificazione della comunità*,

getto di indagine e di dibattito. In primo luogo, l'opportunità di costituire, accanto ai « centri di potere » pubblici di vari livelli — parlamentari, governativi, locali — « centri di studi », formati da specialisti in qualche misura indipendenti, addestrati alle ricerche di tipo economico e sociologico; in secondo luogo, conseguentemente, l'influenza che i risultati di tali indagini producono, ovvero dovrebbero produrre, sulle scelte dei « titolari del potere », dei *policy makers*, per usare l'espressione ormai corrente (8). Si tratta, come si vede, delle questioni fondamentali da un punto di vista politico, se si vuole, di un nuovo lato dell'annoso problema dei rapporti tra tecnici e politici (9); ma, proprio per questo, esse sono ben lontano dall'esaurire tutto il fenomeno dell'attività conoscitiva posta in essere dagli apparati pubblici, della quale colgono soltanto le manifestazioni macroscopiche (10).

Se si ritiene che questa scarsa attenzione agli aspetti meno appariscenti, per così dire più « quotidiani », delle indagini

Milano, 1953; MORSTEIN MARX, *Sachverstand und Leitung in der amerikanischen Verwaltung und Wirtschaft*, « Arch. öff. Rechts », 1962, p. 129 segg.; BROOKE GRAVES, *Public Administration in a Democratic Society*, Boston, 1950, p. 467 segg.

(8) Quasi contemporaneamente sono apparsi due volumi collettivi: *Gli Uffici studi nelle Amministrazioni locali*, 1963, che è una pubblicazione dell'Isap e contiene le relazioni a due Tavole rotonde tenute nel 1961; *Sociologi e centri di potere in Italia*, Bari, 1962, dove sono per noi interessanti soprattutto le relazioni di DE RITA, *L'amministrazione centrale*, p. 57 segg., e PAGANI, *L'amministrazione locale*, p. 75 segg.

(9) Cfr. in proposito G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 3 segg.

(10) Tra i pochi altri problemi attinenti alla nostra materia di cui la scienza dell'amministrazione si è occupata è da menzionare, ancora, quello relativo ai metodi di conservazione e di riproduzione dei dati raccolti: v. da ultimo G. CATALDI, *La meccanografia come disciplina autonoma e la meccanografia nello svolgimento dell'azione amministrativa*, « La scienza e la tecnica dell'organizzazione della p. a. », 1964, p. 38 segg. e *passim*.

amministrative non sia casuale, non sembra senza interesse chiedersi se ne esista una ragione: probabilmente era nel vero l'insigne metodologo che rilevava come « nell'indagine sociale più corrente... o fra persone direttamente occupate del disbrigo di pratici affari, si presuppone comunemente che i problemi esistenti sono già definiti nei loro lineamenti principali. Fatta che si sia questa presupposizione, ne consegue che compito dell'indagine è soltanto di accertare quale sia il metodo migliore per risolverli » (11). Questo atteggiamento erroneo porta con sé una duplice conseguenza: sul piano pratico, viene svolta in modo superficiale l'attività di accertamento dei dati obiettivi (« il lavoro di discriminazione analitica, necessario per convertire una situazione problematica in un gruppo di condizioni formanti un problema definito »); sul piano teorico, viene trascurata questa fase, che in effetti è ineliminabile, dell'*iter* che porta ad una qualsiasi decisione (12), e se ne tiene conto, come abbiamo visto, solo eccezionalmente, quando essa presenta caratteri esterni molto evidenti o affronta quesiti assai complessi.

Se questi sommari rilievi sono fondati, essi indicano già una direttiva da seguire nel nostro studio. E' necessario non guardare solo ai casi in cui l'amministrazione esplica un'attività di ricerca e di accertamento dei dati di fatto particolarmente appariscente, ad esempio costituendo una commissione di inchiesta. Se si vuole ricostruire il fenomeno nella sua completezza ed individuarne i vari profili giuridici, conviene partire dal presupposto — a ben vedere, ovvio — che un'attività conoscitiva precede ogni scelta, formale o meno, della pubblica autorità, in altri termini si esplica in ogni settore mantenendo ovunque un'identità di struttura e di funzione, anche se la sua

(11) J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1949, pp. 633-634.

(12) Infatti, come vedremo a suo tempo, le ricostruzioni teoriche dell'atto discrezionale si appuntano in prevalenza sul momento della ricerca del canone della decisione.

ampiezza e le forme in cui si manifesta possono variare nettamente (13). In breve, la nostra indagine va posta su una base quanto più possibile generale ed unitaria.

Per la verità, tener fermo questo criterio conduce a toccare un gran numero di temi e di teorie, assai disparati tra loro; e si dovranno omettere o appena abbozzare molti svolgimenti, che pure sarebbero utili. Si cercherà, tuttavia, elaborando delle analisi in direzione assai diverse, di non perdere di vista l'unità della materia. Prima, anzi, di segnare la cornice entro cui si svolgerà il nostro studio, conviene indicare una prospettiva di fondo che lo ispira.

E' osservazione comune che il carattere più saliente della pubblica amministrazione negli Stati contemporanei è l'enorme incremento delle mansioni che essa è chiamata ad assolvere (14). Quasi in ombra rimane invece un altro elemento, strettamente connesso a quello, di significato storico non minore: per usare una locuzione breve, si potrebbe dire il processo di crescente « razionalizzazione », immanente agli apparati burocratici pubblici e non pubblici e pertanto dotato di una relativa indipendenza dai mutevoli regimi politici (15). Ad un livello assolutamente gene-

(13) Cfr. in generale PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961 (estratto da « Enc. dir. », vol. IX, voce *Conoscenza*).

(14) V. recentemente, ad esempio, SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, p. 10 segg.; MAZZAROLI, *I piani regolatori*, cit., p. 1 segg.; CARACCILO, *Stato e società civile*, Torino, 1960, p. 15 segg. e *passim*.

(15) Una classica esposizione in SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1955, capp. XI e XII. Per la verità, tale processo è riconosciuto, talvolta anche sopravvalutato, in ambiti scientifici contigui al piano giuridico: v. ad esempio, SIMON, *Razionalità e formazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 160 segg.; ID., *Decision-making and Administrative Organization*, in MERTON, GRAY, HOCKEY, SELVIN (curatori), *Reader in Bureaucracy*, Glencoe, 1952, p. 186 segg.; cfr., inoltre, FRIEDERICH, *Authority, Reason and Discretion*, nel volume collettivo *Authority*, Harv. Un.

rale, cosa ciò significhi fu detto a conclusione di un celebre studio: « nel nostro tempo... il mondo delle relazioni sociali non è più imperscrutabile e consegnato al fato; al contrario, talune interrelazioni sociali sono virtualmente prevedibili. A questo punto il principio etico della responsabilità comincia ad affermarsi. Esso impone, anzitutto, che l'azione (si intende, politica in senso lato) non debba limitarsi ad essere coerente con i dettami della coscienza, ma si debbano altresì prendere in considerazione le sue conseguenze nella misura in cui sono calcolabili:... inoltre... esso esige che la stessa coscienza debba essere soggetta ad un critico esame per eliminare tutti i fattori operanti in modo cieco ed impulsivo » (16).

A ben vedere, più di un orientamento del pensiero giuridico può essere considerato come uno sforzo per comprendere e tradurre in termini normativi siffatta tendenza verso l'« obiettività » dell'agire amministrativo. Non è forse troppo azzardato supporre, in primo luogo, che esso sia alla radice dell'importante corrente dottrinale la quale ipotizza l'esistenza di un vasto corpo di regole di origine non legislativa: nel quadro della

Press, 1958, p. 28 segg.; PFFNER, *Administrative Rationality*, « Publ. Adm. Rev. », 1960, p. 125 segg.; MARKULL, *Rationalisierung der öffentlichen Verwaltung*, « Verw. Arch. », vol. 48, 1959, p. 5 segg. Esso, tuttavia, non è tenuto adeguatamente in conto dai giuristi, se non per via indiretta, come si accenna nel testo: v. però M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo* 1959-60, Roma, 1960, specialmente a p. 100: un cenno anche in *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1938, p. 93.

(16) K. MANNHEIM, *Le prospettive della politica scientifica*, in *Ideologia ed utopia*, Bologna, 1957, p. 192: conforme GIANNINI, *Lezioni* 1959-60, cit., p. 100. E' ovvio che non si tratta di concetti del tutto originali: tra i tanti che li hanno enunciati e discussi in precedenza, v., ad esempio, L. GUMFLOWICZ, *Soziologie und Politik*, in *Ausgewählte Werke*, vol. IV, *Soziologische Essays*, Innsbruck, 1928, p. 257 segg.; la categoria dell'« etica della responsabilità », che acquista significato nella contrapposizione all'« etica della convinzione », deriva da M. WEBER, *La politica come professione*, in *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1948, p. 141 segg.

disciplina che la legge detta per l'agire dell'amministrazione, sorgerebbe cioè tutta una serie di canoni non formali — sul cui fondamento e sul cui valore non è necessario qui soffermarsi —, per cui l'*iter* di formazione dell'atto amministrativo risulterebbe previsto e predeterminato nei suoi principali momenti o addirittura, secondo le tesi più estreme, in tutti i suoi aspetti (17). Un'impostazione cartesiana, si potrebbe dire, riconoscendone così il valore ed il limite. E' certo merito di queste teorie l'aver mostrato, attenuando la rigida pregiudiziale positivista che identifica quasi senza residui regola e volontà statale, che l'attività amministrativa deve seguire anche dei precetti non imposti direttamente dalla legge; ma, in verità, l'idea di questo

(17) HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, X ed., 1921, p. 352 segg. e p. 421; Id., nota all'*arrêt Grazietti*, « *Rec. Sirey* », 1903, III, p. 113 segg.; Id., nota all'*arrêt Gomel*, *ibid.*, 1917, III, p. 25 segg.; WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, tesi Nancy, 1929; DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Parigi, 1957, p. 52 segg. e *passim*; v. pure LADREIT DE LACHARRIÈRE, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, tesi Parigi, 1937; questi scrittori si occupano prevalentemente, invero, delle norme la cui violazione è conoscibile dal giudice della legittimità: per un quadro più esauriente, cfr. HAURIU, *Police juridique et fond du droit*, « *Rev. droit civ.* », 1926, p. 265. Per una prospettiva storica, HAURIU, *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII*, Parigi, 1892, *passim*; LÉPOINTE, *Histoire des institutions du droit public français au XIX^e siècle*, Parigi, 1953, p. 221.

Tra i maggiori esponenti in Italia dell'opinione accennata nel testo, v. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1938; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940; GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, « *Studi Cagliari* », 1943-1946, p. 72 segg. e *passim*; OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, « *Ann. dir. comp.* », 1947; FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1950; BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, p. 225 segg., cui si rinvia per l'ulteriore letteratura. Cfr. parte II, capitolo IV, § V.

corpus di canoni extra-legislativi acquista un carattere fittizio quando viene estesa oltre certi limiti e si assume che essi siano tali da fornire una guida od una direttiva per l'amministratore in ogni fase saliente del suo agire. Si può prescindere qui dal sottolineare quanto sia malagevole individuare e specificare sul piano concreto simili norme (18), dato che non pare troppo difficile andare più lontano e rendersi conto che tale impostazione muove da un presupposto che, nella sua assolutezza, non è accettabile. Se non si va errati, al fondo delle varie teorie che si muovono sulla linea indicata, vi è — e lo si vede con chiarezza negli autori che giungono alle posizioni più estreme — una scissione nettissima, tanto da sconfinare nell'arbitrario, tra politica ed amministrazione, contrapposizione in cui il primo termine viene a corrispondere alla sfera delle situazioni imprevedibili ed irripetibili, il secondo all'ambito delle situazioni ripetibili e normali (19). Se questo rilievo è corretto, e sembra che colga la logica interna dell'orientamento in questione, non vi è bisogno di indugiare a dimostrare come una tale visuale non sia adeguata alla natura ed ai compiti dell'am-

(18) Cfr. RESTA, *Equità e discrezionalità nella pubblica amministrazione*, « Studi Menotti De Francesco », Milano, 1957, vol. II, p. 721 segg.

(19) Piuttosto indicativa è la posizione di MORTATI, esposta per un lato in *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, per l'altro, oltre che in *La volontà e la causa*, cit., p. 90 segg. e p. 96 segg., in *Potere discrezionale*, voce in « Nuovo Dig. it. », vol. X, 1939, p. 79, e in *Discrezionalità*, voce in « Noviss. Dig. it. », 1959. Significativamente secondo CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, « Studi Urbinati », 1939, p. 169 segg., l'indirizzo politico si risolve per l'agire amministrativo in una serie di regole tecniche: v. anche oltre parte II, capitolo II, specie p. 313, n. 136. Illuminante il noto dibattito intercorso su questi problemi tra MORTATI e GIANNINI, in « Stato e diritto », 1941 e 1942. La contrapposizione discussa ricalca diffusi schemi sociologici, più fortunati forse un tempo che ora: v. WILSON e GOODNOW, riportati da LANGROD, *Science et enseignement de l'Administration publique aux Etats Unis*, Parigi, 1954, pp. 25, 27, 40, 58.

ministrazione (20); di conseguenza, come regole non giuridiche non possano formarsi ed aver rilevanza se non per una parte o per qualche lato dell'attività amministrativa.

Entro la medesima prospettiva può collocarsi la teoria la quale ritiene che il maggior numero dei concetti non precisi ed univoci impiegati dalla legge siano integrati e determinati dalla « concezione media sociale » (21). A suo tempo, si esamineranno aspetti positivi ed aspetti criticabili di questa tesi (22); ma fin d'ora, sul piano dei principi che solo al momento ci interessa, è dato osservare che essa presuppone tacitamente che tra concezioni sociali e concezioni legislative esista e sia garantita una consonanza ed una solidarietà sicura e stretta, ben più di quanto sia possibile ammettere (23).

Questi indirizzi, in sostanza, pongono l'accento sul carattere tendenzialmente esauriente della disciplina che concerne il contenuto dell'azione amministrativa. Diversamente, altri studiosi ne hanno considerato gli aspetti dinamici ed hanno insistito sulla correlazione tra la razionalità dell'agire amministra-

(20) Sulla politicità dell'amministrazione anche nello stato di diritto insistono, tra i tanti, LANGROD, *Procédure administrative*, cit., p. 7 segg.; MATHIOT, *Bureaucratie et démocratie*, « Cons. Etat. Et. et doc. », 1961, p. 13; GUARINO, *Tecnici e politici*, cit., p. 9 segg.; ed i riferimenti si potrebbero moltiplicare: v. soprattutto le fondamentali osservazioni di MANNHEIM, *Ideologia ed utopia*, cit., p. 117 segg.

(21) Cfr. per tutti W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, che ne fu uno dei primi e maggiori esponenti. La dottrina è considerata assai vicina a quella appena discussa da GASPARRI, *Discrezionalità*, cit., p. 67 segg.

(22) V. parte II, capitolo II, § IV, specie p. 253 segg., e fin d'ora GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 30 segg.

(23) Pensando al fatto che questo insegnamento è originato e diffuso particolarmente in Germania, viene quasi da sospettare che esso sia influenzato dalle antiche dottrine che vedevano nel diritto una manifestazione dello spirito popolare.

tivo ed il fatto che esso si espliciti in forme processuali (24). Nella dottrina del diritto amministrativo, si è parlato di « processualizzazione » sul piano teorico e sul piano delle realizzazioni pratiche in numerosi sensi diversi, che spesso non è facile distinguere con precisione (25). Qui interessa soprattutto ricordare che un filone di pensiero ha ravvisato la migliore garanzia di obiettività della decisione dell'organo amministrativo nella trasposizione dei fondamentali istituti processuali (separazione tra ufficio requirente ed ufficio con funzioni decisorie, contestazione, contraddittorio tra due parti di fronte all'autorità in posizione imparziale, pubblicità delle prove raccolte e così via). Si tratta di un orientamento diffuso in particolare nei paesi anglosassoni, dove ha trovato una vasta attuazione; ma proprio qui si è dovuto constatare che la processualizzazione non può andare oltre un certo punto. Nella maggior parte dei casi la volontà dell'amministrazione non può venire determinata esclusivamente dalle prove raccolte e dalle ragioni addotte da una parte e dall'altra nel « processo » (26), ma inevitabilmente si ispira anche a considerazioni ed indirizzi politici, i quali preesistono al procedimento e ben difficilmente potrebbero esservi espressi e dibattuti.

(24) Cfr. LANGROD, *Procédure administrative*, cit., par. I, con indicazioni; in precedenza, pur se meno recisamente, AUBY, *La procédure administrative non contentieuse*, « Recueils Dalloz et Sirey », 1956, Chron., p. 27 segg.

(25) Per un'importante sistemazione teorica v. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1952, p. 126 segg.; per chiarimenti storico-teorici cfr. M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, voce in « Enc. dir. », vol. IV, 1961, p. 157. In senso differente si parla di « giurisdizionalizzazione »: v. A. PIRAS, *Discrezionalità*, voce in « Enc. dir. », vol. XIII, 1963, p. 7 segg. dell'estratto.

(26) A questo, infatti, sono rivolti, non senza coerenza, i suggerimenti dei fautori più rigorosi della visuale ricordata. Cfr. più ampiamente oltre, parte II, capitolo III, *passim* e, in specie, p. 343 segg.

In definitiva le prospettive, cui si è fatto cenno, pongono entrambe in luce degli aspetti importanti sotto cui si manifesta nel campo giuridico la tendenza di fondo alla « razionalizzazione » dell'attività amministrativa, ma, per la loro unilateralità, non colgono pienamente il senso del fenomeno o ne travisano, per eccesso, la portata.

A nostro avviso, i caratteri principali della tendenza alla razionalizzazione dell'attività amministrativa sono quelli che un'opera ormai classica ebbe ad individuare vari anni addietro (27): il canone della specializzazione, il principio della condotta *sine ira et studio*, la « disumanizzazione », cioè l'esclusione di tutti gli elementi affettivi puramente personali, anche là dove l'amministrazione appare, in misura relativa, « liberamente » creativa, la « calcolabilità » degli effetti (28). Soprattutto, interessa il risultato conclusivo all'indagine che viene presentato in questi termini: « l'amministrazione burocratica designa un potere esercitato in virtù del sapere: questo è il suo specifico carattere razionale. Al di là dell'enorme posizione di potenza che il sapere specializzato comporta, la burocrazia (o il detentore che si serve di essa) ha la tendenza ad accrescere ancora di più la sua potenza mediante la competenza acquisita nel servizio, cioè mediante le cognizioni di fatti apprese nel corso del servizio e

(27) V. M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961 (questa traduzione ha alcune differenze di collocazione rispetto all'edizione originale, postuma, di *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922): dell'edizione italiana v. in particolare vol. I, parte I, cap. III, sez. II e vol. II, cap. IX, sez. III. Tra i tanti studiosi che, almeno in questa materia, lo seguirono v. FRIEDERICH, *Some Observations on Weber's Analysis of Bureaucracy*, in *Reader in Bureaucracy*, cit., p. 27 segg.; MORSTEIN MARX (curatore), *Elements of Public Administration*, New York, 1959; qualche osservazione in MOSHER-CIMMINO, *Scienza dell'amministrazione*, cit., p. 64 segg. Un tentativo di revisione, invero superficiale ed inconsistente, in UDY, *Bureaucracy and Rationality in Weber's Organisation Theory: An Empirical Study*, « Amer. Sociological Rev. », 1959, p. 793 segg.

(28) WEBER, *Economia e società*, cit., vol. II, p. 289 segg.

“ messe agli atti ” » (29). Più precisamente « la posizione di potenza di tutti i funzionari poggia, oltre che sulla tecnica di divisione del lavoro dell'amministrazione in quanto tale, su un sapere di due specie... in primo luogo, sul sapere specializzato acquisito mediante istruzione specifica... Ma il sapere specializzato da solo non è in grado di fondare la potenza dei funzionari. Ad esso deve aggiungersi la conoscenza — accessibile soltanto al funzionario in virtù dei mezzi dell'apparato ufficiale — dei fatti concreti decisivi per il suo atteggiamento, e cioè il “ sapere di servizio ” » (30).

Questi sono, è ovvio, rilievi metagiuridici: ma ci sembra che abbiano un significato anche per lo studio giuridico, se non altro perchè aiutano a chiarire quali interrogativi convenga porsi. Caduta l'idea — o l'illusione? — che vi sia sempre o quasi una norma che indirizzi l'autorità amministrativa a « ben decidere »; ridimensionata, altresì, l'opinione che la decisione amministrativa giusta possa scaturire in ogni settore dal contrapporsi delle ragioni degli interessati, in modi analoghi a quelli giurisdizionali, dinnanzi ad un organo pubblico imparziale; si deve riconoscere che la tendenza alla razionalizzazione dell'agire amministrativo può esprimersi sul piano giuridico principalmente attraverso norme che impongono agli organi amministrativi di compiere esaurienti indagini prima di emanare un atto. La prima condizione perchè un'autorità giunga ad una volizione « razionale » è che essa conosca adeguatamente la situazione in cui il suo atto si inserisce, il che la pone in grado di calcolare quali conseguenze l'atto medesimo possa produrre (31).

(29) WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 219. L'insegnamento è ormai generalmente acquisito: cfr. di recente WOLL, *American Bureaucracy*, New York, 1963, p. 130 segg. e p. 166 segg.

(30) WEBER, *Economia e società*, cit., vol. II, p. 746.

(31) In questo modo il « sapere » non agevola semplicemente la realizzazione dei vari compiti degli uffici pubblici, come, lo si è visto sopra

A questo punto si apre la questione se nel nostro sistema esistano delle norme che, in qualche misura, tendano a tale risultato e, in caso di risposta positiva, quale ne sia la rilevanza giuridica (32). Non spetta a noi, naturalmente, chiederci se le regole, eventualmente esistenti, siano soddisfacenti o no. E' bene avvertire fin d'ora che, poichè mancano delle disposizioni espresse ed è di conseguenza necessario far leva su regole e principi impliciti nell'ordinamento, che sono ben più difficili da individuare e da comprendere, è stato inevitabile, per avere indicazioni di problemi non fittizi, dedicare non poca attenzione ai dibattiti che hanno avuto luogo in altri paesi dove la materia sia stata più attentamente considerata o disciplinata.

Lo schema su cui si svolge il nostro studio è, nella sua linea generale, abbastanza semplice. Ci è sembrato opportuno precisare, in un primo momento, che cosa si debba intendere esattamente con attività conoscitiva (parte I, sezione I); quindi se vi siano degli uffici pubblici che svolgono in prevalenza, se non esclusivamente, delle indagini (sezione II); infine se degli atti e comportamenti volti ad accertare un qualche dato di fatto possano collidere con gli interessi, giuridicamente tutelati, di terzi (sezione III). In un secondo tempo (parte II), si è cercato di analizzare l'attività conoscitiva che precede e prepara la tipica esplicazione del potere di imperio dell'amministrazione, e cioè il provvedimento. In questa direzione, ci si è chiesti in via preliminare se vi siano delle dottrine che spieghino in modo coerente ed esauriente i profili giuridici sotto cui l'attività consoci-

(nota 1), insegnavano i teorici dello Stato di polizia, ma *condiziona* l'esercizio delle funzioni pubbliche; non fonda solo la preponderanza di fatto dell'apparato burocratico, ma ne compenetra intimamente l'azione autoritativa. Sulla concezione moderna del « potere pubblico », che, si usa dire, non è più solo una « forza », ma anche un'« autorità », v. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, Torino, 1962, Introduzione e parte III; nonchè i saggi raccolti in *Authority*, cit., specie nella parte I.

(32) E' ovvio che queste norme non rappresentano necessariamente una tutela del solo interesse pubblico.

tiva ha rilevanza sulla legittimità dell'atto che ne consegue, o, per dirla in altri termini, che indichino il fondamento ed il limite del controllo del giudice della legittimità sulle *quaestiones facti* che l'amministratore ha risolto (capitolo I). Nessuna tesi è apparsa del tutto persuasiva o completa, forse perchè l'attività conoscitiva non è stata considerata in modo teoricamente autonomo, ma per lo più fusa con altri fenomeni contigui: la nozione di valutazione, il concetto di formazione della volontà, la categoria di attività preparatoria o di attività di applicazione del potere e così via. Ribadita invece l'autonomia logica della nozione, per comprenderne il valore giuridico nel quadro del sindacato di legittimità si è dovuto ampliare ed approfondire lo studio. In primo luogo, va fissato l'ambito dei fatti che l'autorità, alla stregua di criteri esistenti nella norma attributiva del potere, deve accertare prima di concretare la propria volontà (capitolo II). In secondo luogo, va detto che all'attività di indagine avente l'oggetto così determinato presiede un principio di massima — che è il principio inquisitorio — di cui bisogna vedere alcune applicazioni ed alcuni limiti; argomento strettamente collegato è il contributo che altri soggetti — o centri di interesse non soggettivizzati — possono o debbono dare a tale attività, ed il suo valore: tema assai vasto, che si è dovuto trattare solo con brevi cenni, ma che non si poteva omettere. Infine sorge la domanda, come ed in quale misura debbano venire manifestati o come possano affiorare all'esterno dell'amministrazione i risultati di questa indagine (capitolo III). Nella parte conclusiva si può affrontare il quesito di fondo, sui modi ed i limiti del controllo *de facto* del giudice amministrativo: come si vedrà, questo esiste e segue una direttiva intermedia, tra l'affidarsi in sostanza alle asserzioni dell'amministrazione ed il ripetere autonomamente la ricerca, che costituisce invece controllo di merito (capitolo IV).