

Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative

di Laura Lamberti*

SOMMARIO: 1. Ragioni dell'indagine. – 2. Processi decisionali politico-amministrativi: modelli e teorie. - 3. Evoluzione della pubblica amministrazione e decisione. - 4. Procedimento amministrativo e decisione. - 5. La teoria della decisione amministrativa nella dottrina italiana. – 6. Amministrazione giustiziale e decisione.

1. Ragioni dell'indagine

L'interrogativo circa l'utilità di uno studio sulle decisioni della pubblica amministrazione è sicuramente legittimo se si immagina che la sua finalità sia esclusivamente quella di analizzare le modalità con le quali la pubblica amministrazione giunga all'adozione delle proprie determinazioni ed alla conseguente realizzazione degli interessi pubblici affidati alla sua cura. Questo aspetto, infatti, rappresenta solo una parte dell'obiettivo che ci si pone. Si tratta del tentativo di conciliare (o quanto meno di identificare le corrette relazioni ed interazioni tra) due concezioni della decisione della pubblica amministrazione che, per anni, si sono fronteggiate e che, dai più, sono considerate reciprocamente escludenti. Quella che guarda alla decisione amministrativa unicamente come ad una fase della sequenza procedimentale, quella decisoria, inadatta ad essere considerata come un atto dotato di autonoma rilevanza, e quella che, al contrario, sostiene la predicabilità di tale concezione anche se limitata agli esiti di un particolare tipo di attività amministrativa (quella giustiziale) consistente in un'attività di risoluzione di conflitti nella quale la decisione assumerebbe aspetti e connotati del tutto peculiari tali da differenziarla dagli altri provvedimenti amministrativi.

L'indagine, quindi, è condotta su diversi piani. Punto di partenza è l'esame delle teorie relative all'adozione delle decisioni ed in generale alla dinamica dei processi decisionali, elaborate non solo in ambito giuridico ma anche (e occorre dire specialmente) in seno ad altre discipline, che rappresentano un presupposto prezioso per l'esame delle problematiche legate all'adozione della

* Ricercatore di diritto amministrativo presso la Seconda Università degli studi di Napoli.

decisione amministrativa. Quindi occorre considerare l'evoluzione che il momento decisionale, il ruolo del decisore ma specialmente le regole che questi deve osservare per l'adozione della decisione stessa, hanno subito nel trascorrere degli anni e nell'evolversi della pubblica amministrazione. In questo modo è possibile evidenziare il rilievo, progressivamente maggiore, che il momento decisionale assume con riferimento alle ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione non è interamente vincolata dalla legge ma, al contrario, conserva quei margini di indeterminatezza che la stessa pubblica amministrazione è chiamata a colmare tramite l'esercizio della discrezionalità. Proprio l'individuazione dell'alternativa preferibile (tra le diverse possibili) a seguito del contemperamento dei differenti interessi coinvolti alla luce dell'interesse pubblico oggetto di tutela (che grazie a questa operazione si specifica e concretizza) rappresenta il momento in cui si realizza la decisione dell'amministrazione. In questo modo si delinea il primo dei due paradigmi di decisione amministrativa che si intende identificare in questo studio: quello corrispondente alla decisione discrezionale. Considerazioni specifiche sono quindi svolte in relazione alle ipotesi, sempre più rilevanti nel numero e nell'importanza, in cui l'amministrazione adotta le sue decisioni non in relazione alla valutazione di interessi, ma applicando norme tecniche attraverso un'attività di contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati. In questi casi, è molto discussa la natura delle decisioni che l'amministrazione adotta.

In un parziale cambio di prospettiva sono esaminati i caratteri essenziali dell'attività giustiziale della pubblica amministrazione al fine verificare come essi si siano evoluti nel corso del tempo ed identificare, quindi, le manifestazioni più significative e più moderne di amministrazione giustiziale sulla base del comune denominatore funzionale identificato nell'essere costituite da un'attività contenziosa che tende alla risoluzione di un conflitto. Tale tipo di analisi è condotta al fine di delineare l'altro e, per molti versi opposto, paradigma di decisione amministrativa, che può essere, appunto, individuato nelle ipotesi in cui l'amministrazione anziché ricercare l'alternativa più opportuna per il soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico affidato alla sua cura assolve al compito di applicare la legge al fine di risolvere un conflitto e soddisfare l'interesse giustiziale che consiste nell'offrire ai cittadini una risposta di giustizia. A tal fine sono preliminarmente ricostruite le teorizzazioni dottrinarie che, a diverse riprese, hanno delineato i tratti identificativi di quel particolare tipo di decisione amministrativa che assolveva alla funzione appena descritta.

Questa ricostruzione teorica rappresenta il quadro di riferimento che si vuole assumere per la realizzazione di uno specifico studio relativo alle decisioni assunte dalle Autorità amministrative

indipendenti. Come è noto il modello delle AAI si è affermato nel panorama organizzativo dei pubblici poteri in un passato relativamente recente e, dalla sua “emersione”, ha impegnato gli studiosi del diritto amministrativo nel tentativo di definirne i caratteri tipici. Si tratta di un intenso dibattito, in relazione al quale la produzione scientifica può dirsi sterminata, che ha raggiunto alcuni approdi ormai generalmente condivisi ma che presenta ancora profili controversi. In particolare la molteplicità ed eterogeneità, sia formale che sostanziale, delle funzioni, degli interventi e, conseguentemente, degli atti che le Authorities pongono in essere determina la difficoltà di considerare unitariamente l'attività delle Autorità amministrative indipendenti. Ciò nonostante, in questa sede, si vuole provare ad analizzare tale attività in relazione al momento decisionale al fine di verificare la possibilità di ricondurre gli atti in cui essa si concreta all'una o all'altra categoria di decisione amministrativa precedentemente identificate.

L'esposizione dei moduli teleologici testé operata rinvia, dunque, ad una futura ed epifenomenica analisi di dettaglio. I temi posti, peraltro, nella loro varietà e nelle alternative soluzioni alle quali si prestano sono tutte tributarie di una premessa generale alla quale poter fare costante riferimento per non smarrire l'iter logico o per recuperarlo quando dovesse verificarsene la necessità. A tanto si provvede nelle pagine che seguono.

2. Processi decisionali politico-amministrativi: modelli e teorie

In un'ottica generale e perciò stesso necessariamente imprecisa il termine decisione può essere utilizzato per indicare la scelta di una fra diverse possibili azioni. Tale scelta comporta la circostanza che la realtà sulla quale si incide, optando per una tra le differenti alternative, possa essere anche del tutto diversa da come la si determina attraverso la scelta che individua un unico corso di azione differente da tutti gli altri.

Il fenomeno della decisione, inteso in tale lata accezione di accadimento che determina la preferenza per un determinato assetto di cose fra gli altri possibili, è oggetto di studio oltre che della scienza giuridica anche di altre discipline che, da tempo, hanno colto la centralità del momento decisionale e dei processi che lo precedono e caratterizzano. Sono infatti numerosi gli approfondimenti scientifici e gli sforzi teorici che concorrono alla individuazione di una generale

teoria delle decisioni¹ compiuti, ad esempio, nell'ambito della scienza politica oltre che in altri settori quali l'economia, la psicologia, la logica, la sociologia, la statistica, la scienza dell'amministrazione.

Un rilievo particolare, come naturale presupposto al discorso relativo alla decisione amministrativa, è lo studio delle decisioni organizzative (e delle decisioni pubbliche in particolare) che trova nella teorizzazione del decisionismo schmittiano un riconosciuto punto di partenza sistematico pur affondando le sue radici in risalenti speculazioni teoriche e filosofiche².

Schmitt³ identifica tre possibili modi di concepire il diritto: come regola, come decisione o come un ordinamento e formazione concreti⁴. Egli riconosce la supremazia della concezione giuridica decisionista che si basa sul presupposto dell'impossibilità di derivare il diritto da una regola e porta ad identificare il fondamento giuridico ultimo di tutte le validità e i valori giuridici in un evento della volontà, in una decisione, che, soltanto in quanto decisione in generale, crea "diritto" e la cui "forza giuridica" non può essere derivata dalla forza giuridica di regole decisionali. Infatti, anche una decisione che non corrisponde ad una regola crea diritto⁵. La teorizzazione del decisionismo trova la sua più completa espressione in una celebre opera⁶ che si apre con un'altrettanto celebre definizione di sovranità per la quale "sovrano è chi decide sullo stato di eccezione". Risulta chiaro che il concetto di decisione non si può intendere per Schmitt, se non in

¹ J. ELSTER, *Decisioni, teoria delle*, voce in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana E. Treccani, vol. II.

² E' lo stesso CARL SCHMITT che nella prima teorizzazione del decisionismo operata nel saggio *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, trad. it. (a cura di) G. STELLA, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, 2002, 22, richiama ERACLITO per il quale "seguire la volontà di un unico uomo è ugualmente un nomos". SCHMITT rileva che "quando il giurista e teologo TERTULLIANO dice: «Noi siamo obbligati a qualcosa non perché è buono ma perché Dio lo comanda (*neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit*)» ciò suona già come decisionismo giuridico; ma a causa del concetto cristiano di Dio qui presupposto manca ancora l'idea cosciente di un disordine completo, di un caos, che viene trasformato in legge e ordine non sulla scorta di una norma, bensì soltanto per il tramite di una semplice decisione". SCHMITT prosegue evidenziando che "il caso classico di pensiero decisionistico appare solo nel XVII secolo con HOBBS. Tutto il diritto, tutte le norme e le leggi, tutte le interpretazioni di leggi, tutti gli ordinamenti, sono per lui essenzialmente" evidenzia SCHMITT "decisioni del sovrano e il sovrano non è un monarca legittimo o un'istanza competente, ma appunto colui il quale sovraneamente decide. Il diritto è la legge e la legge è il comando che decide della controversia sul diritto: *Auctoritas, non veritas facit legem* (TH. HOBBS, *Leviathan*, cap. 26 p. 133 dell'edizione latina del 1670; p. 143 dell'edizione inglese del 1651)".

³ Sul pensiero di C. SCHMITT si veda da ultimo G. MONTEDORO, *Attualità di Carl Schmitt nella lettura di Giannini e Nigro*, in <http://giustizia-amministrativa.it>, 2004.

⁴ C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica* [1934], tr.it. e cura di G. STELLA, Torino, 2002, 3.

⁵ Così C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica, cit.*, il quale conclude che "Per il giurista di tipo decisionistico la fonte di ogni «diritto», cioè di tutte le norme ed ordinamenti susseguentisi, non è il comando in quanto comando, ma l'autorità o sovranità di una *decisione* ultima, che viene data con il comando".

⁶ C. SCHMITT, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934, trad. it. *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, (a cura di) G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, 1972.

connessione con la diade normalità/stato di eccezione⁷, che comporta l'emersione, nello stato di eccezione, appunto, della decisione di imperio posta da colui che si trova nella condizione di poterla imporre e che rappresenta il reale ed unico fondamento del diritto. In relazione a tale decisione non assume alcuna rilevanza la giustezza del suo contenuto.

Il decisionismo appare quindi ontologicamente confligente con qualsiasi indagine relativa alle modalità di adozione della decisione stessa ed, a maggior ragione, alla verifica della loro rispondenza a parametri di razionalità. Proprio l'attenzione a tali aspetti caratterizza la cosiddetta teoria della decisione razionale⁸, che, in quanto analisi sui criteri di giustezza e sui parametri di razionalità dell'attività decisionale, ha anch'essa illustri precedenti nella storia del pensiero filosofico⁹.

Secondo questa concezione la decisione si identifica con la scelta della soluzione migliore ed anche più vantaggiosa dal punto di vista economico¹⁰. Si tratta di una teoria formale¹¹, che

⁷ Così A. LA SPINA, *La decisione legislativa: lineamenti di una teoria*, Milano, 1989, 80. L'Autore evidenzia come, secondo SCHMITT, non si ha decisione, innanzitutto in situazione di normalità. Questa ultima è piuttosto l'ambito caratteristico della norma astratta o della normatività giuridica. In proposito l'Autore sottolinea la curiosità di tale posizione considerato che "se è plausibile che chi pone la regola si sia fatta un'idea concernente la «normalità», è d'altronde innegabile che alla decisione regolativa è coesistente l'intento di modificare quella normalità. Diversamente la decisione sarebbe tanto più regolativa quanto più superflua" (*ibidem*, nota 4).

⁸ F.P. RAMSEY, *Truth and Probability*, in *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, London-New York, 1988, 193; B. DE FINETTI, *Teoria della probabilità*, Torino, 1970; J.L. SAVAGE, *The Foundations of Statistics*, New York, 1971; Con specifico riguardo alla teoria dei giochi J. VON NEUMANN O. MORGESTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944; D. LINDLEY, *Making Decisions*, London, 1971; J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens. Study in Rationality and Irrationality*, Cambridge, 1979 [trad. it. *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, traduzione e introduzione di P. GARBOLINO, Bologna 1983]. J. ELSTER, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge, 1983 [trad. it. *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, traduzione di F. ELEFANTE, Milano 1989].

⁹ Sul punto A. LA SPINA, *La decisione legislativa, cit.*, 85 secondo il quale "i lineamenti essenziali della versione contemporanea, che fa perno sulle nozioni di utilità e di probabilità, si ritrovano già nel razionalismo del XVII secolo, e segnatamente nella «scommessa» di Pascal. (...) Il fatto che alcuni aspetti essenziali della teoria, quali il rilievo attribuito alla probabilità (Locke, Leibnitz), l'applicazione del ragionamento induttivo (teorema di Bayes), l'intuizione dell'utilità marginale (paradosso di Pietroburgo di Daniel Bernoulli), alcuni paradossi della decisione collettiva (Condorcet, de Borda), siano emersi a partire da questo periodo testimonia una rivoluzione culturale i cui riflessi si coglieranno tanto nella filosofia politica dell'utilitarismo quanto nel metodo (e nella ideologia) della teoria economica."

¹⁰ Come ricorda F. RANIOLO (*La prospettiva della "policy analysis": il ciclo di vita delle politiche*, in *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, [a cura di] R. D'AMICO, Milano, 2004, 406) il modello al quale questa teoria si ispira è "quello dell'*homo economicus* che tende a massimizzare la propria funzione di utilità. Più esattamente il modello razionale sinottico aspira alla massimizzazione delle preferenze dei decisori entro vincoli dati (ottimizzazione) e all'ampiezza e completezza delle informazioni necessarie (sinossi o comprensività)". L'Autore considera che poiché tale modello può operare solo nel caso che si verifichino le due condizioni piuttosto rare dell'elevato grado di certezza sul versante dei mezzi /informazioni/esiti e della congruenza tra le preferenze dei partecipanti alle decisioni se ne debba dedurre la sua possibilità di funzionare solo in condizioni di decisore unico.

¹¹ Più corretto sarebbe parlare di un insieme di teorie, per molti aspetti anche significativamente differenti le une dalle altre, elaborate a partire dalla metà del secolo scorso da studiosi che hanno assunto il medesimo presupposto scientifico di indagine rappresentato dalla scelta razionale. Indagine sorta nell'ambito delle scienze matematiche ed economiche

muove, cioè, dalla individuazione di premesse assunte come valide e dalle quali si parte per addivenire alla decisione. Oltre alla presupposizione delle preferenze del decisore, che si assumono date, si presume anche che questi sia in possesso di tutte le informazioni relative al problema da risolvere e che, in ragione di ciò, sia in grado di formulare le possibili alternative e di valutare comparativamente le conseguenze che da tali alternative possano derivare in modo da poter addivenire alla soluzione migliore. Secondo questa ricostruzione, quindi, il processo decisionale può essere così sintetizzato: realizzazione di un ordine di priorità dei valori e dei conseguenti obiettivi del decisore; conoscenza di tutti i mezzi possibili per raggiungere gli obiettivi; valutazione delle conseguenze, relativamente all'obiettivo perseguito, di ciascun mezzo alternativo; calcolo dei costi impliciti nella scelta di un'opzione specifica; scelta del mezzo che assicura la massimizzazione dei benefici minimizzando i costi¹². E' stato evidenziato¹³ che la logica della pianificazione democratica con specifico riferimento alla programmazione per obiettivi, all'analisi costi benefici ed alla progettazione è ispirata proprio a questa visione della razionalità decisionale. Si deve in proposito ricordare che tale impostazione formale della semplice adeguatezza dei mezzi ai fini ha avuto un riflesso importante nella concezione weberiana dell'amministrazione e delle organizzazioni burocratiche come apparati perfettamente razionali sempre caratterizzati da prevedibilità, calcolabilità ed impersonalità¹⁴. Una delle articolazioni più significative della teoria della decisione razionale è rappresentata dalla teoria dei giochi nella quale si pone come presupposto l'interdipendenza dei comportamenti individuali.

ma che ha assunto un rilievo centrale anche nelle speculazioni sociologiche divenendo, ad esempio, il fulcro teorico delle forme di agire sociale di Weber.

¹² Così B. DENTE, *Politiche pubbliche e pubblica amministrazione*, Rimini, Maggioli, 1989, 42.

In relazione alle tipologie di sottoprocessi decisionali A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 94 richiama la ricostruzione di L. MEHL (*L'informatique, la Connaissance et l'Action*, in *Bull. Dell'I.I.A.P.*, ottobre-dicembre 1968, 12 e s.) per il quale "il processo decisionale dovrebbe essere distinto in una zona assiologia, riservata alla scelta dei valori, in una zona dell'incertezza, riservata all'acquisizione delle conoscenze ed in una zona del calcolabile, riservata al ragionamento" e di J. A. ROBINSON e R.R. MAJAK (*La teoria della formazione delle decisioni*, in *Teoria e metodi in scienza politica*, [a cura di D. J. CHARLESWORTH, New York 1967], trad. it. Bologna 1971, 245) che distinguono gli aspetti intellettuali, sociali e semimeccanici nella formazione delle decisioni.

¹³ F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis"*, cit., 407.

¹⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 137 nota 134. In termini generali si può richiamare la concezione weberiana delle forme di agire sociale per la quale: "Come ogni agire, anche l'agire sociale può essere determinato: 1) in modo razionale rispetto allo scopo - da aspettative dell'atteggiamento di oggetti del mondo esterno e di altri uomini, impiegando tali aspettative come condizioni o come mezzi per scopi voluti e considerati razionalmente, in qualità di conseguenza; 2) in modo razionale rispetto al valore - dalla credenza consapevole nell'incondizionato valore in sé - etico, estetico, religioso, o altrimenti interpretabile - di un determinato comportamento in quanto tale, prescindendo dalla sua conseguenza; 3) affettivamente - da affetti e da stati attuali del sentire; 4) tradizionalmente - da un'abitudine acquisita" M. WEBER, *Economia e società*, vol. 1: *Teoria delle categorie sociologiche*, trad. it. Milano, 1999, 21.

La teoria della decisione razionale, tuttavia, nata nell'ambito delle teorie economiche neoclassiche, è stata oggetto di intense critiche in ragione della difficoltà della sua applicazione alla vita reale ed in particolare ai problemi politici e sociali per la difficoltà dei due postulati che essa richiede, l'infallibilità e l'onniscienza del decisore. La necessità di considerare le situazioni nelle quali tali presupposti non possono sussistere ha portato alla elaborazione di una differente ricostruzione del processo decisionale rappresentato dalla cosiddetta teoria della razionalità limitata. Si tratta della indagine scientifica fondata da Herbert A. Simon¹⁵ definita comportamentistica in ragione dell'aspirazione del suo creatore di esaminare e, quindi, descrivere i processi decisionali concreti¹⁶. Fondamento teorico, di tale ricostruzione, è la constatazione che il comportamento effettivo del soggetto che decide, lungi dal corrispondere al modello descritto (nelle conclusioni delle teorie della decisione razionale) che lo vede dotato di una conoscenza completa ed una previsione altrettanto precisa delle conseguenze che deriveranno dalla sua scelta, si caratterizza, al contrario, per il possedere molti elementi di incoerenza che non possono emergere nell'immagine idealizzata ed astratta. Questo porta a dover abbandonare, in sede di elaborazione di una teoria del comportamento amministrativo (del tutto differente dall'indagine di tipo economico) il concetto di razionalità obiettiva per delineare una teoria della razionalità intenzionale e limitata secondo la quale l'uomo "non avendo la possibilità di *massimizzare*, ricerca una soluzione *sufficientemente buona*"¹⁷. Ciò comporta la possibilità di operare una scelta senza la previa necessità di analizzare tutte le possibili alternative e senza doversi assicurare che queste realmente costituiscano le uniche possibili opzioni. Partendo dal presupposto che il tempo che il soggetto può dedicare all'esame delle soluzioni ai propri problemi è una risorsa scarsa e che le informazioni che esso può acquisire in relazione ad essi possono essere altrettanto limitate la scelta sarà individuata non nella soluzione migliore ma nella soluzione soddisfacente, intendendo per tale quella che risponde ai desideri ed alle aspirazioni del decidente¹⁸. D'altronde la limitatezza delle informazioni acquisite, lungi

¹⁵ H.A. SIMON., *Administrative behaviour*, New York, 1947 [trad. it. *Il comportamento amministrativo*, , traduzione di S. CIMMINO, Bologna, 1967].

¹⁶ L'approccio di SIMON rispetto alla teoria della decisione razionale non è di "aprioristica svalutazione". Egli, infatti, partendo dalla considerazione dei presupposti della teoria formale al fine di verificarne i limiti con riferimento alla teoria comportamentistica da lui elaborata. Sul punto cfr. A. LA SPINA *la decisione legislativa*, cit., 119, per il quale "La teoria della decisione razionale costituisce, dunque, la costante pietra di paragone della «teoria comportamentistica», il che consente un notevole guadagno in rigore e chiarezza dell'argomentazione".

¹⁷ H.A. SIMON., *Administrative behavior*, cit., 24.

¹⁸ In relazione all'utilizzazione che H. A. SIMON fa del livello di aspirazione quale parametro per giudicare soddisfacente un'alternativa A. LA SPINA, *la decisione legislativa*, cit., 119 evidenzia come si tratti di una figura dinamica per cui "quanto più elevato il livello di aspirazione tanto più esigente la ricerca di alternative. Ma la relazione può funzionare anche all'inverso. Quanto più difficile trovare alternative soddisfacenti, tanto più probabile che il livello

dall'essere necessariamente un disvalore, rappresenta il presupposto di un diverso approccio alla realtà basato sulla necessità di una sua semplificazione indotta dall'idea dell'irrelevanza della maggior parte dei fatti del mondo rispetto ai problemi che il decisore è chiamato a risolvere.

Le teorie simoniane conservano perdurante attualità in relazione alle indagini sulla decisione amministrativa specie con riferimento alla predeterminazione di valori e parametri per la sua adozione oltre che con riguardo alla dinamica procedurale del processo decisionale secondo la quale "ogni decisione determina la scelta di un fine ed un comportamento per esso rilevante e questo fine può, a sua volta, essere intermedio rispetto ad altro fine più lontano, fino a quando un obiettivo relativamente finale non sia raggiunto"¹⁹.

Tuttavia, mentre le indagini sulla bounded rationality, sorte sul terreno della teoria amministrativa, rappresentano presupposti ancora oggi da considerare in relazione allo studio della decisione della pubblica amministrazione, le successive evoluzioni teoriche, sviluppatesi soprattutto sul piano sociologico, pur partendo da importanti rilievi giungono a conclusioni teoriche che assumono minore valenza con riferimento al tema che ci occupa.

Il modello incrementale parte dalla necessità di abbandonare la concezione del decisore come un attore unico o come una coalizione sostanzialmente allineata, e di considerare che le decisioni sono, nella maggior parte dei casi, prese in un contesto nel quale gli attori sono plurimi e ciascuno di essi è portatore di propri interessi ed obiettivi da realizzare. Il piano politologico sul quale si sviluppa questa teoria porta a descrivere il processo decisionale come un sistema politico, un'arena all'interno della quale si realizza l'incontro e lo scontro ma anche la negoziazione di tutti gli interessi in gioco²⁰. L'incrementalismo mette in luce i tentativi di raggiungere un accordo sulle politiche tramite il "reciproco aggiustamento partigiano"²¹. Si realizzano cioè reciproci accomodamenti sia di natura adattiva (in cui si adatta il proprio comportamento alla situazione in

di aspirazione si abbassi. Quanto più facile ottenere, tanto più probabile che il livello di aspirazione si elevi ulteriormente. Inoltre ad un «aggiustamento verso l'alto» del livello di aspirazione si accompagna una riduzione dell'insieme delle alternative considerate. Soluzioni più che soddisfacenti attirano l'attenzione su di sé. Ad un aggiustamento verso il basso si accompagna invece un aumento delle alternative. E' necessario esaminarne di più ma con criteri più «permissivi».

¹⁹ Così H.A. SIMON., *Administrative behavior*, cit., 47.

²⁰ Sul punto si veda F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis"*, cit., 412 il quale ricorda che "le decisioni politiche non possono essere prese al riparo dall'influenza delle dimensioni politiche dell'agire. (...) Del resto basta un minimo di esperienza e di conoscenza dei processi politico-amministrativi per aderire a questa immagine conflittualistica delle decisioni. Quando le decisioni devono essere prese in condizioni di interdipendenza strategica sia il modello di razionalità sinottica sia quello di razionalità limitata perdono di attrattiva. Per contro si può far riferimento al modello cosiddetto *incrementale* legato al nome dell'economista e politologo americano Charls Lindblom".

²¹ Citato in C. HAM E M. HILL, *The policy process in the Modern Capitalistic State*, Brighton, 1984, trad. it., *Introduzione all'analisi delle politiche pubbliche*, Bologna, 1985, 111.

cui ci si trova senza alcuna considerazione per gli altri soggetti coinvolti) sia di natura manipolatoria (in cui si prova ad indurre, negli altri attori, una risposta conforme alle proprie aspettative). Sotto il profilo contenutistico si tratta di scelte incrementalistiche che tendono a scostarsi il meno possibile dalla situazione preesistente, applicando una razionalità "sperimentale"²².

Completamente diversa la prospettiva del modello cosiddetto del "cestino dei rifiuti" (garbage can model) che nasce da un'indagine degli aspetti non razionali delle decisioni per verificare l'esistenza di una struttura logica delle scelte operate in situazioni di ambiguità e confusione. La considerazione del fatto che gli obiettivi e le preferenze non sono e/o non possono essere predefiniti, ma vengono al contrario specificati nell'ambito (e a causa) dello stesso processo decisionale, e che le attività ed i compiti sono ambigui così come la partecipazione degli attori è fluida ed incostante, porta ad escludere la possibilità di procedere secondo una linearità decisionale dominata dalla razionalità. L'idea di fondo è che tutte le variabili che costituiscono questi contesti decisionali, descritti come "anarchie organizzative", seguono il loro imprevedibile corso fino a quando vengono contestualizzate da una situazione contingente, che porta alla loro composizione secondo un ordine, sostanzialmente casuale che dipende molto più dalla loro contemporanea presenza nel contesto stesso che dalla razionale considerazione dei rapporti di importanza e di priorità.

E' stato rilevato dalla dottrina che i modelli decisionali proposti dalle teorie che individuano nella contrattazione o addirittura nella casualità il motore delle scelte e che si caratterizzano per la mancanza della predeterminazione di valori e parametri di giudizio, sono del tutto incompatibili con quelli propri di un'amministrazione pubblica perché completamente svincolati non solo dal limite della legalità ma dalla stessa esigenza di razionalità della scelta²³.

Fondamentale è, invece, il rilievo che assumono le modalità di svolgimento del processo decisionale in relazione alla decisione amministrativa. Esse, infatti, lungi dall'essere insignificanti, sono rette da regole e canoni ben definiti proprio al fine di garantire il rispetto di quei parametri di legalità e di razionalità che l'amministrazione deve osservare nel compiere la selezione

²² Questa sintesi del pensiero di C. LINDBLOM con ulteriori approfondimenti ed analisi delle implicazioni ancora in F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis"*, cit., 413.

²³ In questo senso sempre F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis"*, 417 il quale riconosce che "questo approccio ha avuto il merito di mettere in evidenza il carattere aleatorio e non programmato di molte decisioni" ma rileva, tuttavia, che "non per questo, però, sembra giustificare il fatto di avere enfatizzato forse eccessivamente il ruolo della casualità nella produzione delle politiche pubbliche"... "d'altra parte, l'ambiguità e la incertezza dei processi decisionali si può cercare di tenere sotto controllo enfatizzando il ruolo delle istituzioni, che fissando ruoli, routine organizzative e una cornice di senso finiscono per tenere sotto controllo la casualità ed imprevedibilità dei processi decisionali".

dell'alternativa preferibile. Ciò risulta necessario non solo perché il rispetto delle norme che disciplinano tale procedimento garantisce il raggiungimento, da parte del decisore, della scelta migliore, ma anche perché, in considerazione dell'impossibilità, per la legge, di disciplinare compiutamente l'agire amministrativo, nello svolgersi della dinamica decisionale si realizza quella specificazione e progressiva definizione dell'interesse pubblico che è connaturata al concreto esercizio del potere amministrativo.

Naturalmente tale tipo di ricostruzione attiene alle dinamiche decisionali che coinvolgono la p.a. nell'esercizio di (quella che viene definita) amministrazione attiva mentre l'indagine, e la conseguente ricostruzione teorica, dovrà essere parzialmente diversa in relazione al particolare tipo di processo decisionale che viene compiuto in sede di amministrazione giustiziale. In tale ambito, infatti, si assiste al compimento, da parte della p.a., delle attività tipiche dei soggetti posti in posizione di terzietà e dirette ad individuare la regola giuridica prevista per il caso concreto ed ad applicarla, risolvendo, così, il conflitto oggetto del loro esame²⁴.

3. Evoluzione della pubblica amministrazione e decisione

L'agire amministrativo si caratterizza per l'essere ontologicamente costituito da decisioni di diversa portata e rilevanza che, nel loro complesso, costituiscono il modo in cui la pubblica amministrazione procede nel realizzare le finalità ad essa affidate. Alcune di queste decisioni rappresentano, poi, anche l'espressione concreta dell'esercizio del potere che tali finalità compie. Sulla base di questi presupposti appare chiara la rilevanza che il fenomeno decisionario²⁵ riveste nell'ambito dell'esercizio delle funzioni amministrative²⁶ e l'interesse per il suo approfondimento.

²⁴ La dottrina ha definitivamente chiarito che tutte le volte in cui l'amministrazione, chiamata a pronunciarsi su una controversia nell'esercizio di una funzione giustiziale ad essa specificamente attribuita, adotta una decisione che contiene anche valutazioni discrezionali o (addirittura) di opportunità lo fa nell'esercizio di una specifica competenza di amministrazione attiva e non come un potere connesso a quello giustiziale che esercita pronunciando la decisione. Cfr. A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 528.

²⁵ In relazione agli scritti specificamente dedicati alla decisione amministrativa si vedano: M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; IDEM, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 810; M. S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1956, IV, 172, ora anche in *Scritti giuridici*; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 268; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 524; F. MERUSI e G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, *ad vocem*, 1; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; A. POLICE, *La Predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

²⁶ In generale sulla nozione di funzione amministrativa si veda M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 439, che definisce tali le attività che hanno rilevanza giuridica nel loro complesso e che "possono ricevere

Ripercorrendo, per rapida sintesi, le tappe dell'evoluzione storica dell'amministrazione pubblica italiana, e dei relativi approfondimenti dottrinali, è possibile verificare il corrispondente evolversi della concezione e del rilievo giuridico del momento decisionale²⁷.

All'indomani della costituzione dell'Unità d'Italia la realizzazione dell'unificazione dell'apparato amministrativo²⁸, operata attraverso l'estensione del regime giuridico sardo piemontese, delinea un'amministrazione centralizzata e strutturata in maniera gerarchico-piramidale²⁹. Essa è caratterizzata da un'intima connessione con il Governo³⁰ e dalla loro comune sottoposizione al re. Queste caratteristiche della monarchia costituzionale statutaria, pur avendo subito significativi temperamenti grazie all'introduzione di un meccanismo fiduciario dell'apparato esecutivo burocratico anche con le Camere oltre che con il sovrano³¹, non cambia la concezione

qualificazioni giuridiche in ordine al modo con cui sono svolte nella loro globalità". Sul concetto di funzione amministrativa cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 140; IDEM, *Funzione. Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, *ad vocem*; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, 686; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 311; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990.

²⁷ Per la completa ricostruzione dell'evoluzione della teorica in tema di decisione amministrativa corrispondente alla trasformazione dell'amministrazione pubblica italiana dai primi decenni dello Stato unitario ai giorni nostri si veda M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, capitoli I e II.

²⁸ Sull'evoluzione dell'amministrazione e del diritto amministrativo cfr. V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati a sistema*, Milano, 1940; M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini*, 2, Milano, 1973, 184; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, cap. II, 33 e ss.; S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione pubblica. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996; R. MARRAMA, *Nascita ed evoluzione dello Stato e dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI ed altri, *Diritto amministrativo*, vol. I, II ed., Bologna, 1998, 370; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana. (1861-1993)*, Bologna, 1996, 27 ma anche ID., *Storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 91 e ss.; F. G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI ed altri, *Diritto amministrativo*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005, 293. Per una visione comparata si veda: M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, 1993.

²⁹ F. G. SCOCA (*La pubblica amministrazione come organizzazione, cit.*, 293) rileva come "considerando, da un lato, la tipologia delle funzioni amministrative, molto limitate, e soprattutto idonee ad essere svolte attraverso atti giuridici (di per sé sufficienti per il raggiungimento di risultati, a prescindere da attività materiali), e dall'altro il carattere sovrano di tali funzioni si spiega agevolmente che il modello si sia orientato decisamente in senso burocratico, ed in senso autoritario, con apparati dotati di poteri autoritativi (e non di diritti soggettivi) ed operanti mediante atti unilaterali, dotati di forza imperativa; e che si sia strutturato in apparati ordinati in forma piramidale secondo rapporti gerarchici molto intensi, e comportanti la piena sostituibilità degli uffici inferiori da parte di quelli superiori".

³⁰ La legge 23 marzo 1853, n. 1483 definiva, infatti, un'organizzazione amministrativa costruita attorno alla figura chiave del Ministro posto al vertice della piramide gerarchica dell'organigramma burocratico caratterizzato dall'omogeneità degli uffici quanto ai titoli, gradi e stipendi. Sul punto: R. MARRAMA, *Nascita ed evoluzione dello Stato e dell'amministrazione pubblica, cit.*, 370.

³¹ In proposito R. MARRAMA, *op. e loc. cit.*, 370 il quale ricorda come "originariamente il rapporto dei Ministri con le Camere emergeva dalle norme (in particolare artt. 65, 66 e 67 Statuto Albertino) in modo accentuatamente ambiguo, atteso che non si prevedeva espressamente ma non era neanche esclusa a priori, una responsabilità dei primi nei confronti delle seconde. Peraltro, siffatta ambiguità, nonché la spinta di forti correnti innovatrici, di eventi tumultuosi e

dell'amministrazione come apparato posto al suo sostanziale servizio. Ciò comporta, in conseguenza della rigida applicazione del principio di separazione dei poteri, l'esclusività del ruolo dell'organizzazione amministrativa nella cura degli interessi pubblici riconosciuti come tali dalla legge. Il legalitarismo, infatti, rappresenta un carattere fondante dello Stato liberale di diritto, che configura l'amministrazione come funzione pienamente subordinata alla legge³².

L'amministrazione che decide ha un carattere marcatamente antropomorfo e la decisione stessa si presenta "come una scelta individuale ed unilaterale, con una forte connotazione volontaristica e psicologica"³³. Rispetto ad essa il profilo di maggiore (o forse di unico) rilievo attiene alla necessità che il decisore risulti incardinato nella struttura gerarchica amministrativa e che sia, quindi, realmente legittimato ad adottare la decisione stessa, mentre non vengono giuridicamente considerate le modalità attraverso le quali questi giunge all'individuazione della scelta. La sostanziale libertà con la quale l'amministrazione può agire per raggiungere le finalità affidate alla sua cura dalla legge³⁴ è considerata indispensabile, oltre che connaturata ai tipi di intervento che essa realizza, che devono avere la flessibilità necessaria per risolvere le sempre

la sapiente opera di Cavour provocarono ben presto una modifica dell'originaria impostazione, quale emergente dalla lettera delle norme introducendo progressivamente nella prassi un rapporto tra Governo e Parlamento di tipo fiduciario, nonché il principio per cui il Monarca avrebbe dovuto rispettare, nella nomina dei Ministri, le indicazioni delle Camere ed in particolare di quella elettiva". Sul punto cfr. U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989, 431.

³² In questo senso F. G. COCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 292 secondo il quale "Lo Stato liberale di diritto era (considerato) persona coincidente con l'ordinamento giuridico generale (era cioè la personificazione dell'ordinamento); era il titolare della sovranità (la persona sovrana), ma in quanto Stato di diritto, era sottoposto alla legge" per cui "l'organizzazione doveva operare nel rispetto del principio di legalità, e cioè, almeno nelle concezioni più spinte, soltanto in presenza di leggi autorizzative e nei limiti di quanto esse consentivano"(ivi 294). Sul punto si richiamano le considerazioni di G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 513 e ss.

³³ Così M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit, 10 per il quale: "Il potere di decidere il corso dell'azione amministrativa finisce per apparire giuridicamente rilevante alla stregua di una *facultas agendi* propria del decisore amministrativo, che la legge si preoccupa di riconoscere, ma non di regolare nel suo svolgimento verso il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico. Si assume così, almeno implicitamente, che il decisore abbia sempre capacità tali da consentirgli di fronteggiare comunque, in modo unilaterale ed autonomo, qualsiasi situazione problematica, acquisendo i dati necessari per risolverla ed elaborando gli stessi in modo ottimale verso la soluzione soddisfacente dell'interesse generale.

³⁴ In aderenza all'impostazione di derivazione francese dell'*acte discretionnaire* si parlava, in questi casi, di atto discrezionale intendendosi per tale un atto libero (*legibus solutus*) diretto alla realizzazione del pubblico interesse affidato dalla norma all'amministrazione e che, in forza della rigida applicazione del principio di separazione dei poteri, non poteva in alcun modo essere sindacato dal giudice. Grazie all'intervento del legislatore o/e alla giurisprudenza, questa concezione della discrezionalità verrà progressivamente abbandonata e la discrezionalità usando le parole di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 49 "cessa di essere la zona riservata dell'attività amministrativa, per divenire dapprima una qualificazione di particolari attività amministrative, poi attributo dei poteri dell'amministrazione. Atto discrezionale significherà così atto emesso in esercizio di attività (potere) discrezionale". Sulla progressiva riduzione del margine libero dell'azione discrezionale cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 72.

diverse ed imprevedibili esigenze concrete. L'unico limite che l'apparato amministrativo incontra è rappresentato dall'obbligo di non ledere, ingiustamente, la sfera giuridica dei consociati con specifico riferimento ai loro diritti soggettivi che, in base alle disposizioni dell'art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all'E³⁵, se incisi, possono ricevere tutela dinanzi al giudice ordinario.

Con specifico riferimento alla legge 2248/1865 occorre rilevare che, accanto al riconoscimento della giurisdizione unica per la tutela dei diritti, particolare menzione meritano anche le disposizioni del suo art. 3, che nello stabilire l'attribuzione degli affari non compresi (tra quelli devoluti alla giurisdizione ordinaria) alle autorità amministrative, impone loro di provvedere con decreti motivati avendo ammesso *le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate*. Questa previsione, generalmente considerata il primo fondamento normativo del principio di partecipazione al procedimento amministrativo³⁶, assume uno specifico rilievo riguardo alle vicende contenziose considerate dalla norma in parola. Essa, infatti, consente di inquadrare il richiamo alle deduzioni ed alle osservazioni delle parti interessate, oltre che come l'enunciazione di un principio generale di partecipazione, che troverà nella legge sul procedimento amministrativo la sua definitiva consacrazione, anche come l'affermazione di una specifica regola (la garanzia del contraddittorio) che deve essere rispettata dall'amministrazione quando risolve controversie³⁷. Ciò ci consente di individuare, nell'art. 3, uno dei fondamenti normativi di quell'attività giustiziale (e contenziosa in generale) che la pubblica amministrazione in talune circostanze realizza e che si

³⁵ In generale sulla ricostruzione storica del sistema di giustizia amministrativa cfr. F. G. COCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Perugia*, Nuova Serie, n.3, 1975; ID., *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in F. G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, cap. 1; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, cap. 2; M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2021 e ss.

³⁶ In questo senso primi fra tutti F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 513; O RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 246.

³⁷ In questo senso si veda A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, [voce nuova] 2000, 8, il quale, con specifico riferimento all'art. 3 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, rileva che "la lettura tradizionale fa dell'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo l'enunciazione di una sorta di principio generale di partecipazione nell'attività amministrativa, o, comunque una sorta di anticipazione del principio del giusto procedimento; tuttavia, il dato significativo della norma è costituito dal fatto che il potere-dovere di sentire le parti interessate è enunciato non in relazione alla generale attività amministrativa posta in essere dai pubblici poteri, ma in relazione a veri e propri affari contenziosi, come sono quelli che, non devoluti all'autorità giudiziaria ordinaria, sono destinati ad essere definiti, a seguito dell'abolizione dei tribunali del contenzioso, dalla stessa pubblica amministrazione". Secondo l'autore l'affermarsi del principio di partecipazione come regola generale per lo svolgimento del procedimento amministrativo rappresenta un progresso fondamentale per l'evoluzione dell'amministrazione che oggi ha il dovere, sempre, di considerare il punto di vista dei soggetti coinvolti nel procedimento. Il fatto che si sia realizzato un innalzamento del livello di garanzie generalmente riconosciute al cittadino nei confronti dell'amministrazione non deve però portare a disconoscere i caratteri peculiari che il contraddittorio (che rappresenta stadio ulteriore rispetto alla generica partecipazione) assume con riferimento all'attività amministrativa contenziosa caratterizzata, sotto il profilo funzionale, dall'essere diretta alla risoluzione di un conflitto specifico.

concreta nell'emanazione di un particolare tipo di decisione amministrativa. Decisione che ha il suo connotato specifico nel profilo funzionale consistente nella risoluzione di un conflitto³⁸.

In relazione al riconoscimento della tutela giurisdizionale il Consiglio di Stato, che allora svolgeva la funzione di giudice dei conflitti tra autorità giudiziaria ordinaria ed organi amministrativi, immediatamente propose un'interpretazione della norma in parola estremamente restrittiva (oltre che in chiaro contrasto con il suo dato testuale) per la quale tutte le volte che la controversia aveva ad oggetto provvedimenti amministrativi, in particolare caratterizzati dalla presenza di margini di discrezionalità, doveva essere necessariamente esclusa la sussistenza di diritti soggettivi e, conseguentemente la riferibilità alla giurisdizione, identificata dalla legge del 1865³⁹. Si tratta di una posizione perfettamente in linea con la concezione "dell'amministrazione intesa come autorità, espressione della sovranità"⁴⁰, in base alla quale il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'esercizio dei poteri ad essa specificamente riconosciuti non poteva (e specialmente non doveva) trovare impedimenti. Da ciò derivava che quando tale potere veniva esercitato, in base alle leggi amministrative che lo fondavano, non c'era spazio per il riconoscimento dei diritti soggettivi dei cittadini, previsti e disciplinati da quelle leggi civili e politiche che trovavano applicazione solo quando non sussistevano le prime. Venivano così ad esistere due ambiti differenti e separati, il primo concernente il potere dell'amministrazione, l'altro i diritti dei cittadini, delimitati dalle due diverse categorie di leggi, che producevano il relativo

³⁸ Viene così richiamata l'attenzione su tale specifica funzione svolta dalla pubblica amministrazione e che consiste nell'esame, e nella conseguente decisione, delle istanze avanzate nei confronti dell'amministrazione stessa che era, all'epoca, l'unico soggetto deputato a giudicare le proprie azioni. Naturalmente il precedente storico più risalente della moderna funzione giustiziale deve essere riconosciuto, proprio, in quei tribunali del contenzioso amministrativo che la legge 20 marzo 1865, n. 2248 all'E ha avuto il merito di abolire, in considerazione della prova, così negativa, che essi avevano dato con il loro operato. E' necessario però anche riconoscere la scarsa rilevanza che a questa disposizione veniva data dai commentatori dell'epoca e da quelli immediatamente successivi. Emblematico, in proposito il commento che su di essa esprime V. E. ORLANDO (*La giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, III-I, 1901, 675) per il quale "...la facoltà di presentare le proprie difese equivale a nulla senza che un sistema di forma e di termini assicuri che saranno prese in considerazione e valutate. Or di questo sistema non si trova neppure traccia; e, invece, mancano i due elementi essenziali di qualsiasi maniera di vero procedimento contenzioso, cioè il contraddittorio e la pubblicità". Per la previsione legislativa di questi elementi occorrerà attendere, come è noto, le disposizioni del d. lgs. 1199/1971.

³⁹ F. G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 6, secondo cui "è assolutamente vero che tale interpretazione era in evidente contrasto con la lettera della legge, che considerava espressamente l'ipotesi di controversie *riguardanti diritti ed ad un tempo coinvolgenti provvedimenti amministrativi*, ma essa doveva corrispondere a convinzioni radicate ed estese, se si considera che, una volta trasferite, nel 1877 (con la legge 31 marzo 1887, n. 3761), alla Corte di Cassazione di Roma la competenza a risolvere i conflitti di attribuzione, l'orientamento non cambiò di molto. Sostanzialmente si riconosceva al giudice (ordinario) la giurisdizione quasi esclusivamente in tema di attività privata (gli atti *iure gestionis*) dell'amministrazione. (...) L'attuazione in modo tanto riduttivo della riforma rese chiaro che, non solo gli interessi non riconosciuti come diritti soggettivi, ma anche questi ultimi, quando su di loro svolgesse una qualche influenza un provvedimento amministrativo, rimanevano privi di tutela giurisdizionale".

⁴⁰ IDEM, *op e loc cit*, 6.

riflesso sul riconoscimento (in caso di sussistenza dei diritti dei cittadini ed assenza del potere amministrativo) ovvero sulla negazione (nell'ipotesi contraria) della tutela giurisdizionale⁴¹.

Nell'immediato futuro si assiste da un lato all'ampliamento degli ambiti di intervento dello Stato, che comincia a svolgere funzioni sempre più numerose ed in settori ai quali esso era precedentemente estraneo, ed anche al progressivo sviluppo dell'apparato amministrativo che vedrà negli anni successivi il suo incremento più importante⁴². A queste innovazioni si accompagna il proliferare di interventi legislativi di vasta portata che definiscono il quadro giuridico di riferimento delineando un nuovo rapporto tra Stato e società⁴³ ed identificando i tratti fondamentali dell'amministrazione pubblica per il tramite del ruolo di esclusivo protagonista riconosciuto allo Stato.

La rappresentazione dell'amministrazione, e, conseguentemente, gli approfondimenti teorici che la riguardano, muta parzialmente con l'affermarsi dell'idea di personalità giuridica dello Stato⁴⁴. In base a questa concezione tutte le figure che, in qualsiasi modo, pongono in essere atti di amministrazione perdono la loro autonoma rilevanza e vengono ricondotte (tramite la loro configurazione quali articolazioni organicistiche) all'unitaria figura dello Stato titolare esclusivo di rilievo giuridico.

Queste modifiche non producono reali innovazioni circa la concezione delle dinamiche decisionali dell'amministrazione. Le scelte amministrative, infatti, sono sempre intese come di esclusivo appannaggio del decisore amministrativo che, in questa fase, coincide con la persona giuridica Stato al quale, appunto, si riconducono le azioni di qualsiasi soggetto pubblico che ne rappresenta una componente organicistica. Secondo questa tendenza la potestà di decidere, in relazione al perseguimento dell'interesse pubblico, viene ad essere intesa come una caratteristica connaturata alla titolarità del potere della persona statale, unico depositario della sovranità. Con l'affermarsi della primazia statale, seguita da una sempre maggiore ingerenza dei partiti nelle scelte politico amministrative, comincia ad avvertirsi la necessità di regimentare, in qualche modo,

⁴¹ In questo senso sempre F. G. COCA, *La genesi del sistema...*, cit., 7, Sul punto si vedano anche L. MAZZAROLLI, *Il Consiglio di Stato come giudice dei diritti soggettivi*, in *Studi per il 150 anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 238; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000.

⁴² E' nell'età giolittiana che si registra l'incremento più significativo dell'apparato amministrativo oltre che un ulteriore ampliamento delle funzioni e dei compiti da esso assolto vedi *infra* in questo paragrafo.

⁴³ Sul punto G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 92.

⁴⁴ Sulla centralità della persona giuridica Stato e sulla sua evoluzione cfr. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 12.

quello spazio di autonomia⁴⁵ che appare sempre più incontrollabile in quanto corrispondente ad ambiti definiti dallo stesso soggetto, lo Stato appunto, che è tenuto a rispettarli⁴⁶.

Proprio la consapevolezza di tale modo di essere del potere statale porta ad avvertire l'esigenza della identificazione di limiti non solo esterni ma anche ad esso interni, che arginino l'arbitrio che l'amministrazione può realizzare nel compimento delle sue attività, in modo da garantire l'effettiva realizzazione del pubblico interesse. In questo modo il rilievo giuridico della decisione non emerge più esclusivamente con riguardo alla competenza del soggetto che assume la decisione stessa, ma anche in relazione ai parametri di legittimità che devono essere rispettati nell'esercizio del potere⁴⁷. Cominciano ad emergere i profili che rileveranno per l'identificazione dell'agire discrezionale dell'amministrazione⁴⁸ che, grazie alla sempre crescente attenzione della dottrina, diverrà il terreno d'elezione per le costruzioni teoriche relative ai rapporti tra principio di legalità, interesse pubblico e funzione.

Parallelamente diviene sempre più urgente il tema della giustizia amministrativa che, in origine non è ancora avvertito come un problema di giustizia *nei confronti* della amministrazione ma di giustizia *nell'amministrazione* per usare le parole di uno dei suoi padri fondatori⁴⁹. L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato rappresenta un passo nodale nell'evoluzione

⁴⁵ Sul punto cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 244.

⁴⁶ Cfr. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., 26.

⁴⁷ Così ancora M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., 27, Sul punto si vedano le illuminanti considerazioni di G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 25 e ss. e 370 e ss.

⁴⁸ Sul tema della discrezionalità amministrativa il riferimento fondamentale è a M. S. GIANNINI (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione – concetti e problemi*, Milano, 1939, ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 49) che qualificando il potere discrezionale come “il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare” chiarisce che la discrezionalità consiste in una scelta che tuttavia “spazia in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata: dev'essere la più opportuna in ordine ad un pubblico interesse nel caso concreto”. Abbandonando quindi l'idea che il compito di ciascuna amministrazione si possa risolvere nella semplice massimizzazione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, in ragione della considerazione che “un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati” l'Autore elabora la notissima definizione di scelta discrezionale come “la scelta che consta di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario”. La tesi gianniniana esclude la necessità di un rinvio a “norme sociali” che emergendo nella causa dell'atto determinino la conseguenza che la scelta discrezionale esatta possa essere una soltanto ed in quanto tale sindacabile proprio in riferimento alla sua esattezza (questa la tesi sostenuta da C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936 successivamente anche in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana, Raccolta di scritti*, III, Milano 1972, 997). Poiché secondo Giannini la scelta si pone, invece, tra diverse opzioni tutte astrattamente legittime ciò impedisce un sindacato diretto della discrezionalità. Per il contrasto di opinioni tra Giannini e Mortati in ordine all'esatta configurazione della discrezionalità cfr.: G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. dir.*, 1989, 347. Riprende la concezione della discrezionalità in rapporto all'interpretazione L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

⁴⁹ Il riferimento è al discorso che Silvio Spaventa pronunciò a Bergamo il 6 maggio 1880. Sul punto cfr. M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1975, 719 e ss.

del sistema delle tutele garantite al cittadino, anche se, nei primi anni della sua creazione, essa viene guardata come una superiore istanza amministrativa grazie alla quale verificare la legittimità dell'operato posto in essere dai funzionari amministrativi e non come il luogo deputato ad assicurare tutela giurisdizionale. E' stato in proposito evidenziato come nella legge del 1889 non si utilizzino mai i termini giurisdizione e sentenza ma piuttosto quelli di competenza e decisione coerentemente con la concezione dell'epoca per la quale il controllo sulla attività amministrativa e la conseguente possibilità di annullarne gli atti, non poteva che essere realizzato da un organo amministrativo⁵⁰.

L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato rappresenta uno dei punti di contatto più significativi tra (quella che viene comunemente definita) l'amministrazione giustiziale e la nascita del sistema di tutele giurisdizionali esercitate dal giudice amministrativo per assicurare protezione ai cittadini. In realtà il processo amministrativo viene alla luce per una sorta di "mutazione genetica" di una forma di amministrazione giustiziale (forse la più efficace mai disegnata dal legislatore) che era ormai avvertita come necessaria laddove l'agire amministrativo, sempre più condizionato da regole e limiti, doveva poter essere anche efficacemente controllato.

Negli anni successivi aumentano considerevolmente i compiti e le funzioni della pubblica amministrazione il che comporta una modifica nella morfologia della sua organizzazione, con l'emersione di strutture amministrative parallele all'organizzazione statale, anche se ad essa collegate. Si registra il proliferare di enti pubblici a base associativa ma anche di figure organizzative inedite come le aziende autonome e gli enti pubblici nazionali a struttura istituzionale. Tali soggetti, pur essendo volti a realizzare interessi dello Stato, incrementati in ragione dell'allargamento del corpo elettorale, operano attraverso strutture caratterizzate da una maggiore snellezza e semplificazione rispetto a quelle ministeriali⁵¹. La crescita del numero e delle tipologie degli apparati amministrativi non si arresta neanche durante il ventennio fascista, nel quale si assiste ad una "nuova, impetuosa crescita degli enti pubblici"⁵².

⁵⁰ F. G. SCOCA, *La genesi del sistema...*, cit., 11, per il quale "per conciliare il carattere amministrativo della Quarta Sezione con il carattere sostanzialmente giurisdizionale della sua funzione, si parlò di controllo giurisdizionale dentro l'amministrazione stessa contro l'abuso dei suoi organi, con sufficienti garanzie di giustizia, accogliendosi quindi una nozione ampia e non tecnica di giurisdizione" L'autore rileva come la migliore dottrina dell'epoca, da V.E. Orlando a Santi Romano a Codacci Pisanelli, concordasse con questa impostazione.

⁵¹ Sul punto si veda R. MARRAMA, cit., 373.

⁵² G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 130, per il quale l'ente pubblico diviene lo strumento giuridico-istituzionale utilizzato non soltanto per la realizzazione delle politiche di riorganizzazione del settore industriale e di pianificazione del credito, ma in termini generali nei più disparati campi. Si registra così una proliferazione di tali enti che vengono a costituirsi sia "dal basso", attraverso la richiesta di riconoscimento di personalità giuridica pubblica da

Un ulteriore cambiamento della fisionomia dell'organizzazione amministrativa si registra con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, che, pur non contenendo molte (e non sempre coerenti⁵³), disposizioni relative all'organizzazione amministrativa, delinea, nelle poche presenti, un modello di amministrazione profondamente diverso da quello statocentrico e basato, invece, "sulla disarticolazione della struttura organizzativa complessivamente intesa e sulla compresenza di apparati statali e non statali aventi posizioni non solo separate ma anche equiordinate⁵⁴".

Nel corso dell'assemblea costituente, le pur presenti perplessità in merito al decentramento ed al riconoscimento delle autonomie, rimangono isolate dalla consapevolezza della necessità di concepire un'organizzazione amministrativa articolata e basata sul pieno riconoscimento delle realtà territoriali. La Costituzione repubblicana disegna, così, un sistema organizzativo nel quale all'amministrazione pubblica statale si affiancano le organizzazioni amministrative serventi le comunità territoriali minori. Presupposto e fondamento di tale costruzione è la previsione dell'art. 5 Cost. che, nel dichiarare l'unità ed indivisibilità della Repubblica, afferma il principio di "riconoscimento" e "promozione" delle autonomie locali⁵⁵. Vengono inoltre sostenuti i valori del più ampio decentramento amministrativo nei servizi che dipendono dallo Stato e dell'adeguamento alle esigenze dell'autonomia e del decentramento dei principi e delle modalità della sua legislazione⁵⁶.

parte di gruppi di soggetti originariamente associati tra loro per lo svolgimento di attività di comune interesse, sia per iniziativa dello Stato; "tra il 1922 e il 1942 nacquero oltre 350 nuovi enti pubblici, dando così luogo ad un fenomeno – certo ambiguo ma non per questo privo di effetti concreti - di integrazione degli interessi privati nella sfera del pubblico".

⁵³ F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione, cit.*, ricorda, in proposito, la riflessione di M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 392, secondo il quale dalle diverse disposizioni dedicate all'Amministrazione è possibile ricostruire ben tre modelli differenti: quello dell'Amministrazione servente il potere politico, quello dell'Amministrazione autocefala ed infine quello dell'Amministrazione comunitaria.

⁵⁴ F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione, cit.*, 297.

⁵⁵ Sul concetto di autonomia cfr. i saggi fondamentali di M.S. GIANNINI, *Autonomia locale e autogoverno*, in *Corr. amm.*, 1948, 1060 ss.; ID., *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.; ID., *Autonomia pubblica (Teoria generale diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 356; ID., *Il decentramento nel sistema amministrativo*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, Bologna, 1958, 155. Con specifico riguardo all'art. 5 Cost., C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 66 ss.; T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1956, 101; C. MORTATI, *I limiti della legge regionale*, in *Atti del terzo convegno di studi giuridici sulla Regione*, Cagliari Sassari, Milano 1962, 27; A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle regioni*, Roma, 1974; G. BERTI, *Principi fondamentali, art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 278; A. BARBERA, *Le istituzioni del pluralismo*, Bari, 1977; G.C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, 1984.

⁵⁶ Sul punto sia consentito rinviare a L. LAMBERTI, *Riflessioni sulle funzioni amministrative delle regioni e degli enti locali*, Napoli, 2006, 17.

Si abbandona definitivamente la concezione di una figura unitaria di pubblico potere, e conseguentemente di autorità decidente, in favore della configurazione di una pluralità di centri decisionali preposti alla cura dei molteplici e differenti interessi pubblici riconosciuti come tali dall'ordinamento. Si registra la recessività degli schemi legati all'uniformità degli apparati con la progressiva differenziazione delle amministrazioni produttive di beni e servizi rispetto a quelle burocratiche ed il sempre maggiore rilievo dell'adeguatezza della struttura organizzativa rispetto alle funzioni da svolgere. Si realizza, così, il passaggio ad un sistema di "policentrismo autonomistico" riconoscibile non solo per l'esistenza di una pluralità di centri operativi ma per la "pluralità di centri di elaborazione delle strategie amministrative"⁵⁷.

Quanto all'evolversi della concezione della decisione amministrativa, e, conseguentemente, dell'approccio di studio ad essa, risulta definitivamente maturata la convinzione che l'amministrazione decidente, nella scelta dell'operato da realizzare, non procede considerando esclusivamente l'interesse primariamente affidato alla sua tutela ma anche i molteplici interessi pubblici che convivono sul piano del rilievo giuridico. Nello stesso tempo comincia ad emergere in maniera sempre più evidente la problematicità del rapporto tra legislazione ed amministrazione⁵⁸. Pur essendo incontrovertibile il dato che l'agire discrezionale si sostanzia nel compimento di un'attività mai libera ma vincolata nel fine consistente nella realizzazione del pubblico interesse⁵⁹ diventa sempre più chiara la difficoltà per la legge non solo di individuare i singoli interessi specifici che devono essere concretamente realizzati ma anche di preconstituire "qualificazioni gerarchizzanti degli interessi pubblici"⁶⁰ che possono di contro essere realizzate solo dall'amministrazione stessa nel momento in cui è chiamata ad operare.

L'adozione della decisione amministrativa è complicata, poi, dall'incidenza di altri fattori quali il ruolo svolto dalla burocrazia, che porterà a sentire come urgente uno snellimento delle procedure ed in generale una semplificazione dell'attività amministrativa⁶¹, ed il progressivo coinvolgimento dei privati nei moduli d'azione amministrativa attraverso la partecipazione al procedimento.

⁵⁷ F. G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 299.

⁵⁸ Cfr. F. LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in *Democrazia ed Amministrazione*, il quale ancora la crisi del principio di legalità alla "carezza di effettività".

⁵⁹ Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 350.

⁶⁰ Così A. POLICE, *La predeterminazione...*, cit., 130.

⁶¹ Cfr. G. DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 2, 653 e ss.

4. Procedimento amministrativo e decisione

E' proprio il procedimento amministrativo ad assumere un'importanza sempre maggiore dal punto di vista dell'approfondimento teorico, originariamente concentrato esclusivamente sulla nozione di provvedimento amministrativo e dei suoi caratteri⁶². La configurazione dell'attività amministrativa non solo come "funzionalizzata" ma anche come "procedimentalizzata", guida e influenza tutte le ricostruzioni relative alla modalità di adozione della decisione amministrativa divenendo, il procedimento nel quale essa viene assunta, il centro di interesse e di rilievo fondamentale.

Con l'affermarsi della nozione di procedimento, nell'esperienza giuridica europea⁶³, prende avvio quel processo di lenta democratizzazione dei rapporti tra amministrazione e cittadino che porta al progressivo superamento della concezione che vedeva, quale unico schema descrittivo di tale relazione, la dicotomia "autorità"- "libertà"⁶⁴.

Nell'ambito della nostra esperienza, superate le concezioni che, pur riconoscendo rilievo giuridico al procedimento, lo avvicinavano alla categoria dell'atto complesso⁶⁵, il primo approccio sistematico⁶⁶ è, come noto, di tipo strutturale e approfondisce i caratteri ed il ruolo che ciascuna fase

⁶² "La sistematica giuridica veniva attratta soprattutto dal provvedimento cui si riferiscono i connotati tipici dello Stato amministrativo: imperatività, esecutorietà, inoppugnabilità" così G. MORBIDELLI (*Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI ed altri, *Diritto amministrativo*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005, 538). S. COGNETTI (*La legge italiana sul procedimento e le prospettive di sviluppo del rapporto giuridico amministrativo*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 161) ricorda come già nel 1889 P. Laband, nel criticare il suo allievo Otto Mayer affermasse che "l'idea di limitare l'agire dell'amministrazione all'atto rimpicciolisce il diritto amministrativo impoverendo la ricchezza delle sue forme e delle sue sfumature" (P. LABAND, *recensione a O. MAYER, Verwaltungsrechts*, in *Archiv. des öffentlichen Rechts*, 1887, 159-160).

⁶³ Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1037, il quale ricorda il secolare percorso che ha condotto alla nozione di procedimento amministrativo attualmente condivisa e che origina negli ultimi anni del XIX secolo sulla base di un indirizzo giurisprudenziale austriaco che negava l'impugnabilità di un parere o di una proposta formulati da un'amministrazione diversa da quella che doveva emanare l'atto finale qualificando tali atti come preparatori e quindi improduttivi di effetti esterni. Sull'evoluzione della nozione di procedimento amministrativo nell'esperienza austriaca e, successivamente, negli altri ordinamenti dell'Europa continentale ed in quelli dei paesi di diritto anglo americano cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, il quale, richiama i fondamentali studi di F. TEZNER, *Handbuch des österreichischem administrativverfahrens*, Wien, 1896, e di E. C. HELBLING, *Kommentar zu der Verwaltungsverfahrensgesetzen*, Wien, 1953. L'autore sottolinea che proprio l'influsso delle teorizzazioni della scuola di Vienna, hanno rappresentato l'humus in cui ha preso vita la legge austriaca del 1925.

Più recentemente anche per i riferimenti bibliografici cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo, cit.*, 544.

⁶⁴ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Berlin, 1961, 92; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 135; ID., *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1946, 127.

⁶⁵ Cfr. D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1903, 32; U. FORTI, "Atto" e "procedimento amministrativo" (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova, 1931, 441 e ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *foro it.*, 1933, III, 375 e ss.

⁶⁶ Il riferimento è alla teoria formale del procedimento di A. M. SANDULLI (*Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940). Prima di tale approfondimento, come ricorda G. MORBIDELLI (*Il procedimento amministrativo, cit.*, 538, nota 9)

assume, esaminando i singoli atti che la compongono in relazione alla dinamica procedimentale complessivamente intesa. Si tratta di una nozione formale che si concentra proprio sul modo del susseguirsi dei singoli fatti piuttosto che su ciascuno di essi, in un'ottica che, pur non negando l'obiettivo finale consistente nell'emanazione dell'atto, focalizza la sua attenzione sulla fattispecie procedimentale svincolata dall'atto stesso. Questa ricostruzione rappresenta il presupposto teorico per tutti gli approfondimenti successivi che, grazie alla chiarificazione della struttura e, quindi, del modo di essere del procedimento, si sono concentrate sullo studio delle finalità che esso è chiamato ad assolvere.

La necessità di creare una corrispondenza tra procedimento e profilo contenutistico del provvedimento che al suo termine viene emanato si opera attraverso il richiamo al concetto di *funzione* "di cui il procedimento costituisce la manifestazione sensibile sotto il profilo oggettivo e cioè la sua forma"⁶⁷. Secondo questa impostazione il procedimento svolge, cioè, una fondamentale finalità di garanzia, particolarmente significativa in ordine all'esercizio di attività amministrative discrezionali, poiché la sequenza degli atti e delle operazioni dirette all'adozione del provvedimento, costituisce la sede per il confronto dialettico degli interessi coinvolti⁶⁸, in attuazione dei precetti

il primo a rimarcare la concatenazione di atti o fatti legati da un ordine logico è stato F. CAMMEO (*Corso di diritto amministrativo*, Padova 1914, II) "ma trattavasi sempre di spunti non a caso Cammeo considerava il procedimento come un fenomeno accidentale e non generale".

⁶⁷ "In questa prospettiva il procedimento è il fenomeno che si produce ad ogni esplicazione di una funzione, intendendo per «funzione» quel momento intermedio sussistente tra l'astratto potere di emanare un certo atto e l'atto stesso una volta emanato; essa sta perciò a rappresentare il farsi dell'atto, nel momento del divenire del potere astratto, del suo concretizzarsi nell'aspetto finale che di quel potere costituisce l'esercizio." Così F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1952, 126.

⁶⁸ Sul punto si vedano le riflessioni operate da M. NIGRO, padre della legge italiana sul procedimento amministrativo, in numerosi scritti tra i quali si segnala in primo luogo *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *riv. dir. proc.*, 1980, 252 e ss. ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1446. In questo approfondimento nel tratteggiare i rapporti tra procedimento e processo l'autore rileva che "il valore primario del procedimento – in assoluto e nel rapporto con la tutela giurisdizionale – è un valore organizzativo" in quanto esso "non si limita a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) ed interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa". Nello stesso senso, in termini generali e non riferiti alle interrelazioni con il processo cfr. *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico* (a cura di G. AMATO e A. BARBERA), Bologna, 1986, ora in *Scritti giuridici*, cit., 1621, nel quale l'Autore rileva che "Nella visione attuale il procedimento non è più forma dell'azione ma «sostanza», organizzazione intima di essa. Lo schema procedimentale risponde all'esigenza pluralistica che domina la nostra società. Esso infatti chiama a cooperare, all'esercizio del potere, tutti i soggetti privati e pubblici che sono iscritti nel quadro di disciplina del potere e quindi coinvolti nell'esercizio di questo. Esso non è più la sede del confronto tra autorità e libertà, ma una vera e propria tecnica di distribuzione e di diluizione del potere che si collega direttamente al principio democratico (art. 1, 2 e 3, secondo comma cost.). Vi si collega soprattutto in due modi. Vi si collega sotto il profilo strutturale, perché sollecita la partecipazione del privato (o di gruppi privati) all'esercizio delle potestà concorrendo così alla trasformazione della stessa mappa dei pubblici poteri. Vi si collega, sotto il profilo funzionale, perché con la procedimentalizzazione anche il concetto di interesse pubblico, come si è già detto, si trasforma da «dato» statico e astratto fornito dalla legge in «costrutto» concreto dovuto appunto alla sintesi procedimentale".

costituzionali relativi all'imparzialità ed al buon andamento⁶⁹. Lo svolgimento di una corretta istruttoria, nel cui ambito vengano considerati e valutati gli interessi coinvolti dall'intervento amministrativo, consente di individuare una soluzione ispirata a criteri di ragionevolezza e proporzionalità⁷⁰. I quali criteri, nello stesso tempo, rappresentano i parametri per verificare il corretto esercizio della discrezionalità realizzato con l'adozione del provvedimento finale⁷¹.

Una delle cause di sviluppo della teoria del procedimento è costituita dalla crisi della legge. La necessità che sia l'amministrazione a verificare e comporre gli interessi sottesi alle situazioni concrete deriva dalla sempre maggiore inadeguatezza della legge ad identificare soluzioni preventive generali ed astratte ai conflitti di interesse⁷² così il passaggio dell'amministrazione da mera esecutrice della legge a protagonista della individuazione dell'interesse pubblico concreto da perseguire⁷³, ha comportato la necessità che tale attività venisse svolta dall'amministrazione nel rispetto delle regole giuridiche che disciplinano il procedimento. Le garanzie procedimentali rappresentano il bilanciamento di quella lesione del principio di legalità che si realizza tutte le volte in cui l'amministrazione non è chiamata a dare esecuzione ad un precetto normativo ma deve realizzare scelte discrezionali per le quali l'interesse pubblico assume il ruolo di "giuda di valore".

Nell'approfondire lo studio in tema di procedimento amministrativo si è quindi fatta chiara l'idea che esso rappresenta il binario, legislativamente disciplinato, sul quale si muove il complesso

⁶⁹ Cfr. G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, I, Milano, 1985; G. BERTI, *La struttura procedimentale della pubblica amministrazione*, in *Dir. soc.*, 1980, 437.

⁷⁰ In questo senso A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1046. Secondo G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 540, "Attraverso la via del potere discrezionale la legge si trasforma in provvedimento e si trasforma attraverso un procedimento prefissato dalla legge: sicché la proceduralizzazione è la strada per un corretto, equilibrato, garantistico, produttivo esercizio della discrezionalità. Il collegamento tra discrezionalità e procedimento fa sì che non solo viene dato rilievo al retroterra formale del provvedimento finale, ma il contenuto di quest'ultimo deve trovare una giustificazione logica e funzionale ... nei dati sostanziali risultanti dal procedimento (in primis dall'istruttoria). Ed anzi proprio la necessità di controllare la discrezionalità per verificare la coerenza tra fatti e provvedimenti, accentua l'esigenza di partecipazione e di istruttoria e dunque la complessità del procedimento".

⁷¹ P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.

⁷² Così G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 557 per il quale: "La indeterminatezza ed indefinibilità dell'interesse pubblico generale, la immancabile dissociazione (da riempire attraverso il procedimento) tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto e la conseguente lesione del principio di legalità, sono controbilanciati dal procedimento e dalla regola della ragionevolezza che lo impronta, volta a dare una coerenza logica e una proporzionalità alla sequenza accertamento dei fatti, selezione degli interessi, provvedimento finale". Sul punto dello stesso autore vedi anche da ultimo *Il procedimento amministrativo. Il principio del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, (a cura di) V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 131.

⁷³ Sul punto cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 76; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972 vol. XII, 6; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza* (a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI e D. SORACE), II, Rimini, 1987 ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 243.

processo decisionale che porta all'adozione della decisione finale⁷⁴. Come è stato efficacemente evidenziato⁷⁵, tale processo decisionale, consiste, in un'attività di conoscenza composta anche da profili creativi. Facendo leva sull'elaborazione della migliore dottrina in tema di esercizio della discrezionalità⁷⁶ e di distinzione tra interesse pubblico astratto ed interesse pubblico concreto⁷⁷ il procedimento viene rappresentato come la sede in cui "si suggeriscono le alternative che assorbono l'indeterminatezza iniziale e riducono le possibilità di decisione a una determinata ipotesi di soluzione, secondo un graduale processo di riduzione della complessità"⁷⁸ che è finalisticamente orientata dalla legge⁷⁹ ma il cui contenuto viene progressivamente esplicitato dall'amministrazione stessa.

Muovendo dall'assunto che "gli interessi non sono costituiti attraverso l'indicazione normativa, ma scaturiscono dai fatti e risultano conformati dall'apporto creativo del soggetto responsabile, che li modella sull'impronta della situazione ed in conformità ai valori incorporati nell'ordinamento"⁸⁰ la decisione risulta essere, essenzialmente, "scelta tra le diverse alternative che, sulla base dell'indagine compiuta, rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo"⁸¹.

Alla luce di queste considerazioni si giunge anche definitivamente a riconoscere che l'iter procedimentale, quale sede in cui si realizza l'adozione della decisione, costituisce un momento logicamente e giuridicamente separato rispetto al provvedimento⁸² e conseguentemente che

⁷⁴ E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, 11, configura il procedimento come un susseguirsi di decisioni parziali.

⁷⁵ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 242.

⁷⁶ Vedi *Supra* nota 49. A. ZITO (*Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, (a cura di) V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 160) ricorda che grazie alla sistematizzazione gianniniana del procedimento, in un ottica funzionale che lo caratterizza per essere la sede di ponderazione comparativa degli interessi, lo studio successivo si è sostanzialmente risolto nell'analisi del processo decisionale che in esso si realizza.

⁷⁷ Vedi nota 73.

⁷⁸ E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 108, che utilizza le parole di N. Luhman.

⁷⁹ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 350.

⁸⁰ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 243.

⁸¹ Così ancora F. LEDDA, *op. e loc. cit.*, 243.

⁸² Così sempre F. LEDDA, *op. e loc. cit.*, 249, per il quale "mentre la decisione è essenzialmente scelta tra più modi di soluzione del problema, l'atto o provvedimento è necessario per la realizzazione giuridica corrispondente all'alternativa in concreto preferita". Sul punto si veda anche F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *dir. amm.*, 1995, 1, 38, per il quale: "le scelte discrezionali attengono propriamente alla decisione, e non attengono quindi al provvedimento; il quale è come tale sempre uguale a se stesso, tanto nel caso che sia preceduto dalla decisione tanto nel caso che sia direttamente applicativo della legge o di altri atti vincolanti. Il provvedimento in questa prospettiva, assume il ruolo di riepilogo della decisione, se non soltanto quello della sua formalizzazione". A. ZITO (*Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 119)

l'istruttoria⁸³ dalle cui risultanze discende l'atto finale rappresenta il momento decisivo dell'attività complessivamente intesa⁸⁴. Partendo dalla distinzione tra l'agire per la decisione e l'agire per la produzione dell'effetto giuridico una parte della dottrina afferma la coincidenza tra la fase procedimentale in senso stretto e l'istruttoria considerando quest'ultima non come qualcosa di distinto dalla decisione, ma come "la stessa decisione nel suo farsi dinamico"⁸⁵.

Attraverso il ruolo svolto dal procedimento si realizza quel cambiamento radicale dell'attività dei pubblici poteri "da attività unilaterale e meramente autoritativa, ad attività plurilaterale, in quanto attenta alle situazioni soggettive degli interessati"⁸⁶. Nell'ambito di questo processo uno dei fattori di maggior rilievo è rappresentato dalla partecipazione degli amministrati al

pone a fondamento delle sue riflessioni in merito ai rapporti tra p a e amministrati nella dinamica procedimentale "la possibilità, non meramente logica ma giuridica di distinguere, nell'ambito del procedimento inteso in senso ampio, comprensivo cioè del provvedimento, una fase procedimentale in senso stretto, coincidente con il processo decisionale e con la relativa determinazione, e una fase provvedimentale nella quale la determinazione viene assunta in vista della produzione dell'effetto giuridico che l'ordinamento collega al relativo atto". Partendo da questo presupposto l'autore giunge a dimostrare che quando l'amministrazione "agisce per la decisione", a differenza di quanto accade quando "agisce per la produzione dell'effetto giuridico", si trova su un piano di perfetta parità rispetto ai soggetti amministrati il che comporta che le loro pretese partecipative possono essere costruite come situazioni giuridiche soggettive separate dall'interesse legittimo, pur se con quest'ultimo collegate, e quindi ricondotte all'alveo dei diritti soggettivi e non degli interessi legittimi (62). Sul tema cfr. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

⁸³ In termini generali in tema di istruttoria del procedimento amministrativo cfr.: MT SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991; E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 105; A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1035 spec. 1126 e ss.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F. G. COCA, Torino, 2008, 221.

⁸⁴ In questo senso M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in 15, per il quale "l'importante del procedimento si rivela non nel suo risultato finale, ma nell'istruttoria che lo sostanzia. Il centro di essa si ritrova nella partecipazione 'privata', nei nessi che si vengono a stabilire fra i vari poteri pubblici e fra questi e i privati, nell'emersione dei fatti e degli interessi, nella complessa istruttoria che verificando i fatti, accertando i dati tecnici, consente la identificazione, la valutazione, la comparazione degli interessi e la definizione dell'interesse pubblico. Se il nucleo necessario e stabile del procedimento è l'istruttoria, si può arrivare a dire che ciò che connota l'attività amministrativa è lo stesso (il mero) svolgersi del procedimento, quale che sia lo sbocco di esso". Nella stessa ottica si era già espresso il citato autore tracciando i tratti distintivi dell'istruttoria procedimentale rispetto a quella processuale nel precedente scritto *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., (1442) nel quale si afferma che: "L'istruttoria procedimentale riguarda non soltanto l'operazione di individuazione e raccolta dei fatti rilevanti per la decisione ma l'intero processo di formazione di essa, processo che tocca sia il diritto che il fatto. Nell'esercizio delle sue facoltà l'amministrazione non cala nel fatto o sul fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa."

⁸⁵ Così A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 133 per il quale "nella fase procedimentale in senso stretto non c'è spazio né motivo per distinguere tra un'attività (per l'appunto istruttoria) volta all'accertamento dei fatti e alla ponderazione degli interessi e un'attività decisoria. L'una e l'altra rappresentano, invece, due facce della stessa medaglia, sicché, nella fase procedimentale in senso stretto sono presenti e si intrecciano incessantemente, interpretazioni normative, proposte di decisione, fatti ed interessi dalla cui interazione attraverso un confronto dialettico scaturisce la decisione che verrà poi assunta nel provvedimento ai fini della produzione dell'effetto giuridico nell'ambito dell'ordinamento generale".

⁸⁶ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 21.

procedimento⁸⁷ che, oltre a costituire uno strumento di tutela procedimentale in un'ottica esclusivamente garantista⁸⁸, diviene, in maniera sempre crescente⁸⁹, il mezzo attraverso il quale il privato contribuisce a definire l'interesse pubblico che l'amministrazione deve realizzare⁹⁰. Con la codificazione dei precetti generali in tema di procedimento amministrativo attraverso l'emanazione della legge 10 agosto 1990, n. 241⁹¹, la regola della partecipazione viene generalizzata e la sua stessa concezione muta, da mero contributo illustrativo di elementi istruttori a "fissazione in forma ipotetica dei fatti della decisione" divenendo "elemento sostanziale della ponderazione degli interessi, effettuata dalla pubblica amministrazione ai fini della decisione"⁹². In particolare si afferma un'idea della partecipazione come "contributo dialettico" e come "confronto di conoscenze o di giudizi e posizioni"⁹³.

Le regole ed i principi in tema di procedimento, e quindi di modalità di adozione delle decisioni, appena descritti con riferimento all'azione della pubblica amministrazione generalmente

⁸⁷ Sulla partecipazione al procedimento amministrativo prima dell'entrata in vigore della legge 241/1990, ed in particolare riguardo agli approfondimenti volti ad individuare il fondamento teorico della partecipazione nel dettato costituzionale prima dell'espressa previsione legislativa cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 779; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, Milano, 1969; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989.

⁸⁸ Sulla valenza garantistica della partecipazione al procedimento e sui suoi riflessi in relazione alla legittimazione processuale cfr. P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, in particolare 36 e ss.

⁸⁹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 31, ricorda che le forme di partecipazione sperimentate nel passato non attribuivano alcun ruolo effettivo al privato coerentemente con l'ispirazione dell'ordinamento liberale. L'autore richiama sul punto le riflessioni di C. E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 56, secondo il quale: "...le esperienze derivate dagli istituti di partecipazione sono la storia di un privato osservatore, più che di un compartecipe dell'azione amministrativa, le cui osservazioni, opposizioni, interventi hanno un peso assolutamente marginale (quasi nullo) nel processo decisionale dell'Autorità".

⁹⁰ In questo senso G. BERTI (*Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 794) per il quale il privato "prende parte al processo di costruzione dell'interesse pubblico che si concreta nella funzione amministrativa".

⁹¹ Sulle vicende che hanno condotto all'adozione della legge 10 agosto 1990, n. 241 cfr. il saggio di L. ACQUARONE, *Il problema della disciplina generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, (a cura di) V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 1 e ss. nel quale l'autore ricostruisce le vicende politiche ma anche il ruolo svolto dai teorici del diritto amministrativo per giungere all'adozione della legge sul procedimento amministrativo.

⁹² Così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni*, cit., 32.

⁹³ Sul rapporto tra partecipazione e decisione cfr. F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 e ss. e ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 344 per il quale: "se si vuole veramente che il processo formativo della decisione sia sottratto al monopolio degli apparati, deve attribuirsi un'importanza essenziale a quella differenziazione delle prospettive che la stessa diversità degli interessi e dei criteri orientativi suscita naturalmente"... "soprattutto dalle rappresentazioni divergenti si alimenta quella critica che a tale attività deve assicurare il respiro necessario; la presenza attiva del cittadino nel procedimento assolve in questo senso una utile funzione proprio perché rende possibile una comparazione dei risultati di operazioni compiute separatamente, anche se stimulate dalla reciproca informazione, e orientate ad interessi che si atteggiavano come diversi".

intesa, trovano una sostanziale esaltazione nell'ambito dei procedimenti posti in essere dinanzi alle Autorità amministrative indipendenti. Come è noto il loro "erompere" nel panorama istituzionale del nostro ordinamento, ha determinato enormi novità in relazione al tipo di poteri che esse esercitano ed alle funzioni che svolgono, ma anche ai procedimenti che pongono in essere e, conseguentemente, alle decisioni che assumono. Un aspetto particolarmente controverso che le riguarda, e che rappresenta questione preliminare a qualsiasi approfondimento, è la mancanza di una legittimazione democratica di tali istituzioni essendo "spezzato in gran parte il legame con il circuito politico rappresentativo"⁹⁴. Una parte della dottrina⁹⁵ ritiene che l'applicazione rigorosa del principio di partecipazione, in misura nettamente superiore rispetto al livello identificato in termini generali dalla legge sul procedimento, realizzando un "rafforzamento della legalità procedurale" possa rappresentare un correttivo sufficiente per compensare la "caduta della legalità sostanziale ed un succedaneo del legame verso il basso con il circuito politico rappresentativo"⁹⁶. In ragione di ciò i procedimenti posti in essere dalle Autorità amministrative indipendenti si caratterizzano per l'enfaticizzazione del principio di partecipazione, che in alcune circostanze diviene assicurazione di un vero e proprio contraddittorio.

5. La teoria della decisione amministrativa nella dottrina italiana

L'evoluzione della concezione del pubblico potere e, conseguentemente, delle garanzie che esso deve assicurare ai consociati nel momento del suo esercizio, hanno determinato l'emersione di regole e principi che l'amministrazione deve rispettare nell'adozione delle decisioni relative alla sua attività. La definizione di questo contesto di limiti all'agire amministrativo, discende oltre che dalle norme predisposte dal legislatore nel corso degli anni, anche dall'impegno che, da molti lustri, la giurisprudenza⁹⁷ e gli studiosi del diritto amministrativo approfondono nell'intento di delineare in maniera sempre più precisa gli ambiti dell'agire amministrativo legittimo. Come si è appena

⁹⁴ E. L. CAMILLI M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati le Autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di) M. D'ALBERTI A. PAJNO, Bologna, 2010, 108, i quali ricordano che mancando "un raccordo istituzionale diretto con il Governo (tramite il potere di nomina dei componenti delle Autorità e il potere di indirizzo), è emerso in primo piano il problema della legittimazione del ruolo e dei poteri delle Autorità indipendenti e ciò sia sul versante costituzionale che amministrativo".

⁹⁵ F. MERUSI, *Democrazia ed autorità indipendenti. Un romanzo «quasi giallo»*, Bologna, 2000, 27; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati le Autorità indipendenti e l'economia*, cit., 91.

⁹⁶ E. L. CAMILLI M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, cit., 108.

⁹⁷ Sul punto cfr. G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *foro amm.*, 1987, II, 3165.

illustrato la molteplicità di interessi coinvolti nel procedimento, accanto alla pluralità di moduli concretamente utilizzabili per l'emanazione dell'atto, ha progressivamente aumentato l'interesse per il momento in cui viene adottata la decisione amministrativa. Si è così assistito al proliferare di studi diretti ad approfondire i principi e le caratteristiche del provvedimento e del procedimento che porta alla sua adozione ed in particolare della corretta relazione tra decisione e provvedimento.

Su un piano per certi versi parallelo ci si è interrogati sulla possibilità di considerare, nell'ambito indistinto dell'agire amministrativo, una particolare categoria di atti che si caratterizzassero, sotto il profilo funzionale e contenutistico, per avere come oggetto specifico la decisione⁹⁸.

Si tratta di un tipo di indagine suggerita dall'esperienza della dottrina tedesca che, nell'approfondire le tematiche relative all'atto amministrativo, rifacendosi agli schemi dell'atto processuale, aveva individuato nell'ambito degli atti dispositivi, una categoria di atti d'accertamento volta a risolvere conflitti tramite l'applicazione del diritto positivo, per i quali si poteva riconoscere un regime di cosa giudicata analogo alle sentenze⁹⁹.

Così accanto alla dottrina maggioritaria radicata nell'idea che la decisione, nell'agire amministrativo, rappresentava solo il momento finale di qualsiasi procedimento volto all'emanazione dei differenti tipi di provvedimenti amministrativi, si è assistito all'impegno di alcuni illustri studiosi nell'elaborare una teoria della decisione amministrativa che avesse un autonomo rilievo giuridico¹⁰⁰.

Le prime riflessioni specificamente dedicate al tema della decisione amministrativa si devono a Vitta¹⁰¹ che individuò una categoria di atti amministrativi, di natura ricognitiva, all'interno della quale era possibile distinguere le decisioni quali atti volti a "riconoscere o dichiarare se un atto o un comportamento è conforme alla legge, e talora anche all'opportunità". Tale ricostruzione

⁹⁸ Fino ad un passato molto recente gli studi dottrinali espressamente dedicati al tema della decisione amministrativa sono stati, tutto sommato, assai limitati sia nel numero che nella portata. L'unico studio monografico, infatti, è quello di NIGRO risalente al 1953 (M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953) nel quale si propone una ricostruzione della decisione amministrativa poi ripresa e sintetizzata nella celebre voce dell'Enciclopedia giuridica (M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 810).

⁹⁹ K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, 63; A. J. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft*, in *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschr. öff. Recht*, 1919 (1), 456; IDEM, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig – Wien, 1923; H. MAYER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, in *Verwaltungssachen*, in *Arch. öff. Recht*, 1906 (21), 1.

¹⁰⁰ Sul punto si veda F. MERUSI e G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, *ad vocem*, 2.

¹⁰¹ C. VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1924, IV, 97.

venne successivamente approfondita dallo stesso Autore che pose in luce il carattere di decisioni a sé stanti, di tali atti, consistenti in giudizi relativi all'applicabilità di una legge. Esse si contraddistinguevano, inoltre, per il loro essere sostanzialmente preliminari (pur non essendo atti meramente interni) rispetto ad altri atti dell'autorità, oltre che per la differenziazione rispetto agli atti certificativi in ragione del fatto che il giudizio in essi contenuto veniva compiuto dall'autorità nell'interesse proprio. Come evidenziato da Giannini uno dei contributi più preziosi forniti da Vitta fu quello relativo alla qualificazione delle decisioni come atti dal carattere "individuo" ma contemporaneamente preliminare¹⁰². Lo stesso Giannini si dedica al tema in tre scritti¹⁰³ nei quali affronta la tematica in maniera diffusa. L'Autore pur non negando in tesi la identificabilità delle decisioni amministrative come una specifica categoria di provvedimenti amministrativi, anziché individuarne i tratti distintivi, si pone come obiettivo prioritario di confutare la loro riconducibilità al *genus* degli accertamenti amministrativi che è il luogo dove (come dappresso si illustrerà) li colloca Nigro. Nell'operare questa distinzione Giannini enfatizza la configurazione delle decisioni come "manifestazioni di volontà assolutamente pure" giungendo a delineare i tratti del momento decisionale che caratterizza in termini generali il procedimento¹⁰⁴, senza, però, rimarcare i profili idonei a configurare, in tale ambito, una categoria specifica di decisioni che rilevino come autonomo atto. Si tratta di un approfondimento di essenziale rilevanza per l'individuazione della decisione quale momento fondamentale e fondante del procedimento volto all'adozione dei più

¹⁰² M. S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative, cit.*, 560 espressamente ricorda che per Vitta il carattere di atti a sé stanti delle decisioni amministrative "li distinguerebbe da quei giudizi pur essi preliminari, ma meramente interni: per es. il giudizio per poter dichiarare la decadenza da un ufficio". Sul punto Giannini rileva che tale caratteristica, importante per la definizione della categoria, venne lasciata sullo sfondo dalla dottrina successiva quando si affermò la tendenza ad accomunare le decisioni amministrative agli accertamenti amministrativi. Sul punto vedi infra nel paragrafo.

¹⁰³ Occorre tuttavia rilevare che la dottrina successiva si è solitamente dedicata a studiare l'ultimo di tali contributi, quello che affronta il rapporto tra le decisioni amministrative e gli accertamenti amministrativi, e nel quale viene sgombrato il campo da alcuni equivoci che avevano, secondo l'autore, condizionato gli approfondimenti realizzati sul tema.

¹⁰⁴ M. S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative, cit.*, 573. L'illustre Autore, una volta definito che per atto di accertamento si debba intendere quell'atto diretto a costituire specificamente una certezza giuridica prosegue chiarendo che "esistono [quindi] atti i quali sono in funzione della costituzione di una certezza, e che hanno una propria individualità, di fronte a tutti gli altri atti che pur contenendo un accertamento, non sono in funzione di esso: atti nei quali l'accertamento costituisce o un presupposto o un'articolazione interna della volontà in senso giuridico" (p. 565). Con specifico riguardo alla relazione tra atti di certezza (così l'autore ritiene che vadano chiamati più correttamente gli accertamenti) e decisioni amministrative egli specifica che le seconde "non creano certezze accessive ad altri atti o a rapporti in atto, o a rapporti successivi, [come per es., le iscrizioni o le trascrizioni su registri pubblici.] Esse non costituiscono situazioni oggettive di scienza o di conoscenza legale; è vero che non sempre esse, per altro verso, sono costitutive, modificative o estintive di diritti o di altre situazioni soggettive: ma ciò nonostante non costituiscono scienze o conoscenze legali; nessuno si porrebbe, dinanzi ad esse, problemi di prove contrarie, di presunzioni di conoscenza, di querele di falso, di rischio di non conoscenza e simili, propri invece degli atti di certezza." (p. 569).

diversi provvedimenti. Ugualmente prezioso, però, è anche il contributo gianniniano reso in un precedente scritto dedicato alle decisioni amministrative contenziose nel quale l'autore, nell'ambito della più generale categoria di decisioni amministrative¹⁰⁵, definisce quelle contenziose come "gli atti fondamentali di tipici procedimenti amministrativi, i quali hanno ad oggetto la risoluzione di un conflitto d'interessi tra l'Amministrazione e l'amministrato"¹⁰⁶. In tale categoria vengono ricomprese le decisioni adottate nell'esercizio di un potere punitivo¹⁰⁷ e di un potere punitivo di supremazia speciale¹⁰⁸ oltre a quelle relative all'esercizio di poteri speciali. Riconosciuto che le decisioni contenziose sono tutte accomunate, sotto il profilo funzionale, dall'essere ordinate alla soluzione di un conflitto, l'intento è quello di chiarire la differenza rispetto all'attività giurisdizionale. Differenza che viene espressamente affermata, nonostante si tratti di attività di risoluzione di conflitti, in ragione della mancanza di quell'aspetto funzionale consistente "nella tutela del diritto soggettivo". Secondo la citata dottrina, cioè, la risoluzione dei conflitti di interesse mediante questa attività "non è fine a se stessa, non costituisce una meta al raggiungimento della quale è preordinato un apparato di organi e di attività – come avviene nella giurisdizione –; costituisce una fase o momento, di carattere strumentale, di una più ampia sequenza di azioni dell'autorità amministrativa, che hanno come meta la cura di interessi dell'autorità stessa". Sulla base di queste considerazioni l'Autore giunge ad affermare il carattere di intermediarietà e di strumentalità dell'attività contenziosa amministrativa¹⁰⁹ caratterizzata per essere assunta da organi che, pur avendo garantita una certa "non dipendenza" (rispetto all'organo che adotterà il successivo provvedimento quando non coincidessero) "se per un lato non sono «interessati nei rapporti e nelle situazioni giuridiche» nei quali cadono i loro atti, non sono però neppure *super partes*, non tutelano, cioè «il diritto oggettivo»".

¹⁰⁵ M. S. GIANNINI (*Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 10-12, 1949, oggi anche in *Scritti Giuridici*, 33,) definisce già in questa sede le decisioni amministrative come manifestazioni di volontà al massimo grado di purezza, in quanto contenenti un "giudizio ordinato all'azione" (p. 39).

¹⁰⁶ Così M. S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, cit., 40 che prosegue: "Il conflitto di interessi si pone, giuridicamente, mediante un atto dell'amministrato (un ricorso o una domanda) rivolto ad ottenere da un organo amministrativo un provvedimento di secondo grado (revoca, riforma, annullamento, ecc.) rispetto ad un provvedimento già emanato, oppure un provvedimento in materia di obbligazioni patrimoniali secondarie assunte dallo Stato, o mediante un atto di iniziativa dell'amministrazione, che è una contestazione o un accertamento preparatorio, o una proposta".

¹⁰⁷ Si riporta l'esempio specifico degli illeciti amministrativi compiuti da privati.

¹⁰⁸ Il riferimento, in questo caso riguarda gli illeciti disciplinari.

¹⁰⁹ M. S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, cit., 42 "la decisione ha un seguito: risolve un conflitto di interessi ai fini dell'agire successivo all'autorità amministrativa, che è il punto che interessa l'ordinamento giuridico generale".

Rileggendo oggi queste pagine, alla luce dell'evoluzione che la pubblica amministrazione ha subito negli ultimi venti anni, sembra che l'illustre giurista stesse tratteggiando, anche se nel senso di disconoscerne all'epoca l'esistenza, quelli che sarebbero divenuti i caratteri distintivi delle Autorità amministrative indipendenti. Queste, emerse nel panorama giuridico recente per rispondere all'esigenza di garanzia di alcuni settori della vita economica e sociale svolgono anche funzioni contenziose e giustiziali in posizione *super partes* e per la tutela non dell'ordinamento interno all'amministrazione stessa ma proprio per la tutela del diritto oggettivo mediante l'adozione di decisioni che rappresentano la più moderna forma di decisioni amministrative contenziose.

Tra le interpretazioni dottrinarie elaborate in tema di decisioni amministrative, fondamentale è il riferimento al pensiero di Nigro, primo fra gli studiosi dedicatosi in maniera sistematica alla decisione amministrativa come autonoma categoria di atto della pubblica amministrazione. Secondo la sua ricostruzione le decisioni possono essere definite come "atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo ad un conflitto di interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni fra gli amministrati, o fra l'autorità ed uno o più amministrati, che tali atti si volgono a risolvere, così accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa"¹¹⁰. Consapevole che si tratti di una categoria "di frontiera" i cui contorni sono necessariamente fluidi e storicamente variabili, egli individua, tuttavia, le caratteristiche specifiche ed il regime giuridico peculiare del suo nucleo centrale. Caratteristica essenziale è l'essere diretta alla soddisfazione dell'interesse giustiziale che si evince non solo dallo specifico procedimento ma dalla struttura data all'intera attività. Il rilievo che viene riconosciuto al conflitto di interessi o di opinioni che le decisioni si propongono di risolvere rappresenta la dimostrazione che "dall'interesse al contenuto del provvedimento si scorpora, attraverso la struttura contenziosa, e quindi attraverso la considerazione formalmente garantita degli interessi o delle posizioni in conflitto, un diverso specifico interesse dell'amministrazione, l'interesse alla giusta soluzione del conflitto, al quale l'atto-decisione dà – o dà anche - in tutto o in parte soddisfazione". In questo modo la riconduzione alla categoria avviene alla presenza del profilo funzionale consistente nell'essere volto a dirimere un conflitto e di quello strutturale rappresentato dall'essere il frutto di un procedimento contenzioso.

L'Autore opera in proposito un' importante distinzione relativa alla capacità o meno dell'atto-decisione di porre in essere "il mutamento giuridico finale previsto dalla legge" che

¹¹⁰ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 812.

contrappone alle decisioni finali quelle non finali (o prodromiche o strumentali), con la precisazione che nella maggior parte delle ipotesi l'atto decisorio realizza immediatamente l'interesse giustiziale ed è poi seguito da un atto che realizza l'interesse amministrativo. La relazione tra questi due atti conosce diverse graduazioni fino ad essere, in talune ipotesi, di connessione così intima da rendere particolarmente ardua la loro separata considerazione in mancanza di una vera e propria autonomia esteriore. Le decisioni finali casi rari ma interessantissimi (*sic!*) si caratterizzano per essere "quelle in cui un atto satisfattivo non c'è affatto, né fuso con le decisioni, né distinto da esse" ed in relazione alle quali "l'amministrazione persegue solo un interesse giustiziale". In questa specifica categoria sono annoverate le decisioni dei ricorsi straordinari e le pronunce della commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica su ricorso.

Diversa l'ottica adottata da Benvenuti in ordine agli atti che possono essere ricompresi nella categoria delle decisioni amministrative e da questi identificati negli atti estrinsecazione di autotutela, intendendosi per tali quelle espressione dei poteri che l'amministrazione esercita per dirimere i conflitti, esistenti o che si possono determinare, rispetto ai soggetti terzi. In base a questa ricostruzione la nozione di autotutela assume un'accezione di amplissima portata e la decisione rileva esclusivamente in quanto concorre a delineare i tratti caratteristici in cui l'autotutela si estrinseca. Non viene fatto riferimento alla necessità di una forma contenziosa del procedimento rilevando solo la sussistenza di una condizione di conflitto ascrivibile anche alle ipotesi di attività di controllo e di intervento d'ufficio¹¹¹.

Sottolinea in maniera radicale il profilo della giustizialità Capaccioli¹¹² che nega alla decisione amministrativa la predicabilità di "atto di gestione di interessi pubblici" per affermarne la natura di "atto di giustizia". In ragione di ciò egli ritiene che si tratti di un'attività assolutamente priva di discrezionalità che è dovuta e può essere resa solo su richiesta dell'interessato ed entro i limiti della sua domanda. Così la decisione amministrativa è in tutto e per tutto riconducibile alla

¹¹¹ Questa ricostruzione è criticata dallo stesso NIGRO (*Decisione amministrativa, cit.*, 815) il quale pur riconoscendo una larga affinità rispetto alle tesi da lui proposte - derivante dal fatto che "è posta in rilievo la natura materialmente giurisdizionale dell'attività ed è ammessa, in correlazione con questa, una certa dichiaratività delle decisioni" - sottolinea che "la diversità del punto di vista adottato - quello appunto dell'autotutela - fa sì che le differenze prevalgano sulle somiglianze. Poiché si assume a nota caratterizzatrice la soluzione di conflitti anche potenziali, si pone come scopo dell'autotutela non solo la assicurazione della giustizia, ma anche dell'efficienza dell'attività amministrativa primaria e si prescinde dalla struttura contenziosa del procedimento, nella categoria sono fatti ricadere atti che non hanno nulla a che fare con le decisioni (...) (annullamenti, revoche, abrogazioni, avocazioni, ordini di demolizioni, decadenze, ecc.). E la natura materialmente giurisdizionale - come il contenuto dichiarativo - finiscono per consistere, nella meramente preliminare dichiarazione del diritto, connotato o addirittura privo di qualunque valore differenziatore o troppo generico perché possa servire ad identificare una categoria di atti sufficientemente omogenea".

¹¹² E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 351.

sentenza se non in quel particolare regime giuridico che esclude per la seconda un ulteriore sindacato (una volta che si sia formato il giudicato) che è, invece, naturalmente possibile in ordine alla prima.

Particolarmente interessante è la posizione di Sandulli il quale annovera nella categoria delle decisioni amministrative, oltre ai provvedimenti che operano su precedenti atti amministrativi¹¹³ (espressamente qualificati come atti ordinati a fini di giustizia amministrativa), anche quelli comunque volti a “risolvere, ugualmente in forme facenti capo alla tipologia contenziosa, questioni altrimenti insorte tra gli amministrati e l'amministrazione”. Il riferimento dell'autore è diretto in particolare “alle ordinanze con le quali si concludono i procedimenti aperti dall'Amministrazione per l'applicazione di sanzioni amministrative”.

Si tratta di un riferimento significativo considerato che le sanzioni amministrative rappresentano fattispecie giuridica particolarmente controversa specie in ordine alla corretta qualificazione del potere che, con esse, viene esercitato dall'amministrazione. La vicenda è stata ulteriormente complicata da un lato dall'intervento di depenalizzazione operato con la legge 689/81 e dall'altro dall'attribuzione dei poteri sanzionatori in capo alle Autorità amministrative indipendenti.

Nega la possibilità di identificare una specifica categoria di provvedimenti riconducibile allo schema tipico della decisione amministrativa Cannada Bartoli¹¹⁴ per il quale è necessario abbandonare il sillogismo con gli atti processuali e verificare che, non essendo possibile individuare con certezza gli atti ascrivibili a tale categoria, occorre concludere che la decisione coincide con il provvedimento stesso.

Secondo Travi, invece, il riconoscimento di un ambito precipuo non è da disconoscere ma esso deve essere limitato alle decisioni dei ricorsi amministrativi che egli qualifica “decisioni amministrative in senso stretto”. L'Autore sottolinea come il dibattito sulla decisione amministrativa si risolva sempre nel “dibattito sul rapporto tra amministrazione e giustizia”¹¹⁵

¹¹³ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 630 considera questa categoria tra quelle annoverate per distinguere gli atti amministrativi sotto il profilo contenutistico accanto a quelle dei provvedimenti che operano su qualità giuridiche e dei provvedimenti che operano su diritti e doveri.

¹¹⁴ E. CANNADA BARTOLI, *Decisione Amministrativa*, in *NN. D. I.*, V, Torino, 1960, 268.

¹¹⁵ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 526 “Sia che lo si affronti sul piano formale (del confronto tra la decisione amministrativa e l'atto giurisdizionale), sia che lo si affronti sul piano funzionale e sostanziale (del modo di essere della giustizia nell'attività amministrativa) sia che lo si affronti sul piano teleologico (dell'esigenza di una maggiore giustizia nell'amministrazione), sia che lo si affronti sul piano delle garanzie del cittadino, il problema del rapporto tra amministrazione e giustizia appare sempre centrale, e determinante per la configurazione della decisione amministrativa”.

caratterizzato dalla notevole ambiguità legata alla difficoltà di inquadrare tale attività nella tradizionale tripartizione dei poteri¹¹⁶. In particolare egli rileva la problematicità che comporta il tentativo di identificare la corretta relazione tra attività giustiziale ed attività di amministrazione attiva, ritenendo che non si possa concordare con quella impostazione radicale per la quale si tratterebbe di due attività tra di loro alternative. Secondo l'Autore pur non essendovi dubbio che sia identificabile un'attività propriamente giustiziale dell'amministrazione non si può ritenere accettabile una lettura che identifichi un vero e proprio "contrasto fra l'interesse pubblico (perseguito particolarmente dall'amministrazione attiva) e la giustizia (perseguita invece dall'amministrazione giustiziale)". Così all'opposto la dottrina in parola non ritiene di poter concordare con quella ricostruzione per la quale quando l'amministrazione compie un'attività giustiziale lo fa per la realizzazione di un proprio interesse. In questo caso si finirebbe per qualificare qualsiasi intervento del cittadino come un contributo volto a supportare l'amministrazione nel perseguimento della miglior risultato possibile.¹¹⁷ Tesi, questa, non appagante non essendo possibile disconoscere che vi sono situazioni nelle quali il privato interviene esclusivamente come parte, portatrice di propri interessi, per la garanzia dei quali l'attività giustiziale viene esercitata dalla pubblica amministrazione. Queste considerazioni portano la summenzionata dottrina a concludere che non potendosi "estrapolare dall'ambito dell'amministrazione attiva ogni intervento dell'amministrazione preordinato a risolvere in modo «giusto» un conflitto con un cittadino" si deve ritenere che l'unica attività dell'amministrazione preordinata dall'ordinamento alla risoluzione di conflitti è quella esplicata con l'esame e la decisione dei ricorsi amministrativi dovendosi considerare solo tale attività "l'espressione di una funzione tipicamente giustiziale".

Alla luce di quanto detto appare chiaro che negli autori che, ammettendone la configurabilità, si sono dedicati allo studio della decisione amministrativa, intesa come specifico atto, il punto di convergenza appare il legame di questa nozione con quella di attività amministrativa giustiziale sulla quale appare quindi utile soffermarsi.

¹¹⁶ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit., 526 "Basti pensare all'espressione ricorrente secondo cui l'amministrazione, in queste attività, rivestirebbe il ruolo anomalo della «parte imparziale», ovvero alle tesi secondo cui, in questi casi, l'amministrazione svolgerebbe un'attività «materialmente giurisdizionale»".

¹¹⁷ In proposito A. TRAVI (*op. e loc. cit.*, 527 nota 11) richiama il pensiero di Guicciardi ricordando come tale autore operasse, in merito ai procedimenti su ricorso amministrativo, una netta distinzione, in ordine sia agli aspetti formali che contenutistici, per giungere a considerarli una funzione amministrativa prossima a quella giurisdizionale.

6. Amministrazione giustiziale e decisione

L'amministrazione giustiziale viene tradizionalmente descritta come quell'insieme di "strumenti ordinati a risolvere una controversia in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto"¹¹⁸. Come abbiamo visto, dal punto di vista storico, i mezzi di tutela operanti all'interno dell'amministrazione rappresentano le prime forme di garanzia predisposte a favore degli amministrati nella costruzione dell'ordinamento amministrativo¹¹⁹. Come è stato infatti ricordato lo stesso sistema di garanzie giurisdizionali nei confronti dei poteri amministrativi, nasce dalla improcrastinabile esigenza di garantire forme di giustizia *nell'amministrazione* e, successivamente, da una vera e propria mutazione della concezione dell'organo deputato alla loro erogazione, la IV sezione del Consiglio di Stato, che, da organo propriamente amministrativo, nella sua primordiale rappresentazione, diviene il primo organo giurisdizionale per il sindacato di tipo impugnatorio sugli atti della pubblica amministrazione. Retaggio di tale originaria natura è il nome che, ancora oggi, hanno le sentenze del Consiglio di Stato chiamate, appunto, decisioni.

La prevalenza innegabile della tutela giurisdizionale, ed il rilievo che essa ha progressivamente assunto nelle dinamiche della vita amministrativa, hanno portato per lungo tempo a lasciare sullo sfondo, in un piano del tutto secondario, i rimedi di carattere amministrativo che conservano, tuttavia, non solo secondo una prospettiva storica, ma ontologicamente, un significativo rilievo. In particolare la dottrina più avvertita li lega in modo indissolubile alla stessa scelta per un sistema a diritto amministrativo nel quale "la specialità della strutturazione della tutela contro gli atti di esercizio della potestà amministrativa può spingersi sino ad inserire nella stessa organizzazione donde la ragione della tutela ha preso le mosse (...) principi, istituti e istanze di tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini"¹²⁰. Secondo questa ricostruzione esse appartengono alla "medesima organizzazione pubblica deputata all'attività amministrativa arricchendola in modo

¹¹⁸ Così A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1203.

¹¹⁹ Il problema delle garanzie nei confronti dei pubblici poteri è necessariamente conseguente alla scelta, propria del nostro e di altri sistemi giuridici (ma come è noto non di tutti), di costituire, nell'ambito dell'ordinamento generale, un ordinamento amministrativo. Un insieme di regole speciali riferibili a particolari apparati dotati di specifici poteri e supremazie che esulano dall'applicazione del diritto *comune*. Rispetto a questa precisa scelta si è andata formando la consapevolezza della necessità di garantire sfere di tutela ed adeguati mezzi di reazione nei confronti di tali particolari ambiti, che ha portato alla progressiva creazione del sistema di giustizia amministrativa. Con l'accezione giustizia amministrativa si ha riguardo non solo ai rimedi propriamente giurisdizionali, che ne rappresentano tuttavia il nucleo principale, ma anche a quei sistemi di tutela detti amministrativi, nei quali, appunto, si sostanzia una rilevante parte dell'amministrazione giustiziale.

¹²⁰ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, 41.

singolare di una funzione giustiziale coesistente al principio dinamico”¹²¹. Da qui la considerazione che la dignità riconosciuta alla funzione giustiziale, che nella tradizione dommatica viene messa in parallelo rispetto all'amministrazione attiva, deriva dal desiderio dell'ordinamento di ridurre, in qualche modo, la posizione di diversificazione del potere concepito come sovraordinato, quanto meno, nella misura in cui gli è imposto di sottoporsi, su istanza privata, alle regole della giustizia. In più la funzione giustiziale doveva avere, almeno da un punto di vista teorico, il suo rilievo principale nell'essere strumento di sindacato del merito amministrativo. Per la verità le modifiche legislative (quali l'abolizione delle G.p.a. e l'eliminazione del requisito di definitività per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi dinanzi al giudice amministrativo) necessitate dalle perduranti inefficienze hanno comportato la definizione di un'organizzazione della giustizia amministrativa, dal punto di vista sistemico, assai squilibrata rispetto a quella idealmente concepita. Tuttavia la pessima prova che il sistema giustiziale ha fornito nel corso degli anni ha condotto alla sua marginalizzazione rispetto alle garanzie di tipo giurisdizionale¹²² nonostante l'originaria riluttanza e l'ormai radicata impossibilità, per il giudice, di condurre il suo sindacato nell'ambito dei profili attinenti al merito se non nei limitati e poco significativi casi (fatta eccezione per il giudizio di ottemperanza rispetto al quale la particolarità dell'oggetto tuttavia non sfugge) in cui la legge gli riconosca la specifica giurisdizione.

¹²¹ Sul punto V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale, cit.*, 51, il quale ricorda che, nell'evolversi del sistema giurisdizionale, si è attuato, da parte del Consiglio di Stato, un self-restraint per il quale esso si è, per la maggior parte, sottratto ad esercitare il sindacato di merito anche quando ciò gli era consentito dalla legge, collocandosi nel suo ruolo di supremo consesso della giustizia amministrativa. Si è realizzata, quindi, una generalizzazione della giurisdizione di legittimità che ha contribuito a dissipare i dubbi sorti, all'indomani della istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, sulla sua natura giurisdizionale e non amministrativa. Grande, tuttavia, era lo spazio di tutela che residuava e che doveva essere svolto dagli strumenti giustiziali dell'amministrazione oltre che, successivamente dal sindacato giurisdizionale delle G. P. A. la cui cognizione era, nella maggior parte dei casi, estesa al merito. Per questa ragione non si può considerare il sistema originariamente concepito come manchevole di garanzie per l'assenza di cognizione, da parte del giudice, della vicenda nel merito. Sul punto la citata dottrina rileva come “la piramide al vertice della quale l'ordinamento aveva collocato il Consiglio di Stato era costituita da non poche e non irrilevanti istanze di verifica critica ed in contraddittorio del merito amministrativo: dall'opposizione-rimprova in corso di procedimento alla deduzione quasi giustiziale, dal ricorso in opposizione a quello gerarchico nei diversi gradi volta a volta previsti, al ricorso amministrativo *singolare o atipico*, al ricorso giurisdizionale – anch'esso normalmente esteso al merito – alle G. P. A.” In un sistema del genere, che assicurava l'esame dei profili di opportunità dell'intervento amministrativo scandagliato in più occasioni, qualora si giungeva al superiore vaglio da parte del giudice amministrativo esso, in realtà doveva essere in grado “di attingere un'informata opinione in punto di fatto e sull'opportunità della scelta amministrativa discrezionale oggetto di contestazione”.

¹²² In proposito A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 1204, rilevava che tale forma di giustizia aveva dato “una prova tanto insoddisfacente” che tutte le volte in cui la proposizione dei ricorsi amministrativi rappresentava condizione necessaria per il successivo esame da parte degli organi giurisdizionali (questa situazione venne poi risolta con la previsione dell'art. 3 legge TAR) essa era “più di intralcio che di sollievo per la protezione giuridica dei cittadini”.

Ciononostante il rilievo che l'amministrazione giustiziale ha assunto negli altri ordinamenti, le enormi difficoltà che il sistema giudiziario deve affrontare per assicurare tutela ai cittadini ed i sempre nuovi strumenti di risoluzione alternativa delle controversie che si vanno affermando nel nostro come negli altri sistemi giuridici portano a riconsiderare il ruolo che l'amministrazione giustiziale può svolgere.

Con specifico riguardo all'ultimo profilo considerato si rileva la possibilità di ricondurre alle "Alternative dispute resolution"¹²³ (ADR), nate nell'esperienza anglosassone (in relazione alle liti civili) per ottenere una risoluzione delle controversie attraverso riti alternativi che si concludano in forme stragiudiziali, anche gli strumenti di tutela giustiziale amministrativa caratterizzati dal comune dato della alternatività rispetto alla tutela giurisdizionale¹²⁴. Alternatività, che deve, naturalmente, essere letta nel senso di rappresentare uno strumento ulteriore, e magari più efficace, per ottenere tutela ma mai come una preclusione all'accesso al giudice¹²⁵.

In quest'ottica è possibile riconsiderare la parte che l'amministrazione può svolgere nel fornire risposte di giustizia attraverso il miglioramento e la modifica dei mezzi già esistenti ma anche verificando il corretto funzionamento di altri che pure ad essa devono essere ricondotti e che,

¹²³ Sul tema delle ADR cfr. S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione*, in *Riv., it. Dir. pubb. Com.*, 2003.

N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2005, 52, rileva che "si tratta di una categoria dai confini assai incerti e, considerati i suoi contenuti eterogenei, forse neanche di una vera e propria categoria", ad essa vengono infatti ricondotte "sia le procedure dirette a prevenire il contenzioso incidendo sulla conformazione delle procedure amministrative, dunque prima dell'emanazione degli atti definitivi e dell'insorgere di una vera e propria controversia, sia le vere e proprie procedure di risoluzione di un contenzioso già insorto, alternative dunque alla tutela giurisdizionale, aventi carattere generale o specializzato in base alla materia". L'autore chiarisce che non possono essere richiamati come esempi di modelli di risoluzione di controversie tra privati e pubbliche amministrazioni nel senso che si sta indagando alcuni dei tipi sicuramente ascritti alla categoria delle ADR quali la conciliazione, la mediazione, la transazione ed i procedimenti ridotti (c.d. mini trial). Si tratta infatti di modelli generali di diritto comune e non di modelli amministrativi di risoluzione delle controversie. Con l'avvertenza, però, che "le procedure in questione possono dar luogo a 'modelli amministrativi' nel caso di gestione di esse da parte di un organismo pubblico non giurisdizionale per la risoluzione delle controversie, sia tra privati che tra privati ed autorità amministrative".

¹²⁴ Per A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, [voce nuova] 2000, 8 la sorpresa che può creare la riconduzione dell'amministrazione giustiziale nell'ambito della generale categoria delle ADR è solo apparente se si tiene conto che le ragioni del loro crescente successo (esigenza di una tempestiva risoluzione delle controversie, di una valutazione piena del dato fattuale oltre che di quello strettamente giuridico, unite all'esigenza di una particolare competenza tecnica dei soggetti chiamati a decidere, ed alla necessità di alleggerire il carico del contenzioso giudiziario) sono tutte ricorrenti anche in relazione all'amministrazione giustiziale, sia nelle sue forme più tradizionali che in quelle più moderne.

¹²⁵ In proposito si ricorda la Raccomandazione emanata il 5 settembre 2001 con la quale il Consiglio d'Europa invitava gli Stati membri a prevedere modi alternativi di risoluzione delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni individuando cinque tipi di procedure: "le recourse a l'administration, la conciliation, la mediation, la transaction et l'arbitrage", ma chiarendo che in nessun caso esse dovessero precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale che deve essere garantito anche attraverso la possibilità di trasferire dinanzi al giudice la controversia originariamente posta all'attenzione dell'amministrazione.

anzi, possono rappresentare esempi da seguire. Si ritiene quindi condivisibile la posizione di quella dottrina¹²⁶ che nega che amministrazione e giustizia facciano sempre e necessariamente capo a poteri contrapposti, in ragione della necessità di riconoscere che vi è giustizia anche in un certo "tipo" di attività amministrativa e che essa non può identificarsi esclusivamente nella tutela giurisdizionale. Se infatti in uno Stato di diritto la sicurezza di un soluzione obiettiva e imparziale è garantita dalla terzietà del giudice, dalla sottoposizione dei pubblici poteri alla legge e dall'accesso diretto dei cittadini agli organi giurisdizionali, non sempre è detto che l'intervento immediato del potere giudiziario, in qualsiasi tipo di controversia, costituisca il metodo migliore per salvaguardare in modo pieno ed efficace la posizione del cittadino. Queste considerazioni sono suffragate dalla considerazione del numero sempre crescente di istituzioni non giurisdizionali delegate a risolvere "controversie" in determinati ambiti di rilievo economico e sociale, istituzioni che tutelano in modo penetrante e puntuale la specifica situazione giuridica del cittadino e che pertanto esercitano un potere "giustiziale" realizzando, appunto, la giustizia nel caso concreto. La tutela realizzata attraverso l'amministrazione giustiziale, giova ripeterlo, lungi dal rappresentare un sistema di tipo alternativo a quello giurisdizionale nel senso letterale del termine, si caratterizza per essere uno strumento di tipo aggiuntivo, che interviene là dove l'attività degli organi giudiziari risulta essere meno efficace per la realizzazione dell'obiettivo in questione. Per questa ragione continua ad essere utile un'indagine diretta a ricercare il corretto inquadramento dell'attività giustiziale attraverso l'identificazione dei suoi ambiti e confini ed in particolare la ricerca dell'elemento che possa essere assunto come discriminante per l'identificazione dell'attività amministrativa giustiziale. Esso sembra debba essere identificato nel rilievo che l'interesse pubblico realizzato con il suo svolgimento consiste nell'assicurare la massima garanzia al generale interesse alla giustizia. Tutte le volte in cui l'amministrazione pone in essere un procedimento contenzioso, nel quale vengano formalmente considerati e garantiti gli interessi o le posizioni in contrasto, all'esclusivo fine di individuare la risoluzione del conflitto attraverso l'applicazione della legge essa svolge una funzione giustiziale nella quale l'interesse perseguito è appunto l'interesse alla giusta soluzione del

¹²⁶ A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, cit., 3, il quale identifica tra le cause della rinnovata attualità del fenomeno dell'amministrazione giustiziale: l'affermarsi del modello delle amministrazioni neutrali in relazione al quale "rinunciare all'approfondimento ed alla messa a fuoco della nozione e dell'esperienza dell'amministrazione giustiziale significherebbe, rinunciare a spiegare un'attività amministrativa che registra, ai nostri giorni, una importanza sempre crescente".

conflitto. In tali circostanze la posizione di imparzialità in cui l'autorità decidente si trova¹²⁷ è particolarmente esaltata. Nel riconoscere la peculiare neutralità della quale può essere dotata la pubblica amministrazione, autorevole dottrina¹²⁸, ormai mezzo secolo fa, affermava che ci sono circostanze nelle quali "non può negarsi l'estraneità e generalmente la «neutralità», dell'autorità decidente rispetto alle varie parti in contesa. Neutralità decisoria in vista di una pronuncia «di giustizia», e perciò tenuta a ispirarsi, nella determinazione, alle regole del diritto: non altrimenti, in ciò, dalla neutralità del giudice". Resta da precisare che se è vero che nel perseguimento di questa finalità l'attività posta in essere si avvicina in maniera inequivoca a quella esercitata dall'autorità giudiziaria ciò tuttavia non compromette la sua natura in tutto e per tutto amministrativa.

Tale funzione viene perseguita attraverso l'adozione di decisioni amministrative che, in ragione delle loro specifiche caratteristiche, rappresentano un particolare tipo di provvedimenti amministrativi. In questa categoria rientrano, innanzitutto, le decisioni dei ricorsi amministrativi, accanto alle quali è possibile identificare alcuni tipi di decisioni delle Autorità amministrative indipendenti. Tali ipotesi sono divenute particolarmente attuali grazie all'affermazione, nel panorama interno ed internazionale, del modello delle *Authorities* che, come si dirà, per la loro specifica natura e per le funzioni ad esse affidate, sono deputate ad esercitare il ruolo di garanti di specifici settori dell'ordinamento svolgendo anche un'attività decisoria di tipo neutrale.

¹²⁷ Il fondamento costituzionale dell'attività giustiziale risiede, naturalmente, nel principio di imparzialità oltre che nella specifica attitudine di prevenire le liti in ossequio anche al principio di buon andamento. Sul punto si veda: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 123.

¹²⁸ A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, 264.