

PIERPAOLO FORTE

Professore ordinario abilitato di diritto amministrativo, in servizio come professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi del Sannio di Benevento, Dipartimento

DEMM

pierpaolo.forte@unisannio.it

ENZIMI PERSONALISTI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

PERSONALISTIC ENZYMES IN ADMINISTRATIVE LAW

SINTESI

Il lavoro indaga sugli effetti del «principio personalista» costituzionale nel diritto amministrativo, osservando anzitutto la parabola personalista del provvedimento amministrativo, che da decisione imperativa, autoritativa, sembra sempre più assumere la struttura di atto giuridico unilaterale, ed i mutamenti nel trattamento dell'interesse pubblico, che è concepito inevitabilmente in termini collettivi e perciò a primo acchito impersonali, ma deve essere trattato, perché lo è, come destinato ad essere personale, proprio di individui al pari di ogni altro interesse, e ne trae argomenti per discutere l'abitudine a definire la decisione amministrativa, in forma di atto giuridico, una faccenda di *potere*.

Anche sul piano organizzativo, lo studio rileva i numerosi indizi di mutamento della responsabilità amministrativa in funzione della doverosità di una relazione più personale, di un'attenzione ai singoli casi, che fa emergere meglio non solo il reale assetto di interessi su cui intervenire, ma soprattutto i bisogni in gioco, compreso quello pubblico; esamina le evoluzioni in tema di selezione e preposizione dei dirigenti pubblici, e la crescente attenzione alle loro qualità personali, e considera il rilievo del «buon andamento» come affidabilità, mediante il ruolo giuridico del risultato nell'amministrazione pubblica, osservando la moltiplicazione degli strumenti volti a fornire affidabilità all'azione amministrativa.

Il lavoro prova poi a proporre gli argomenti che consentono di ritenere il provvedimento amministrativo come decisione ragionevole e, dunque, personalista, scorgendovi una «ragionevolezza in senso personale», in cui l'elemento personale diviene dirimente per la validità delle decisioni amministrative

Infine, i dati rilevati consentono la definizione di qualche implicazione per la democrazia matura, nella quale l'utilizzo esteso del principio personalista costituisce limiti e fa sorgere responsabilità; la dialettica interpersonale che si instaura in vista di una decisione amministrativa, ed il regime giuridico assunto dall'atto che la esprime, possono costituire una delle «forme» con cui si esercita la sovranità popolare.

ABSTRACT

The paper investigates the effects of the «personalist» constitutional principle in Administrative Law, observing first and foremost the *personalistic* parable of the Administrative Measure, which, intended in the past as an imperative, authoritative decision, increasingly appears to assume the structure of an unilateral legal act, and the changes in the treatment of Public Interest, which is inevitably conceived in collective and therefore, at first, impersonal terms, but must be treated, because it is that, as personal, as individual like any other interest; and draws arguments to discuss the habit to define the Administrative Decision, as a legal act, a matter of *Power*.

Also on the organizational level, the study identifies many clues of change in Administrative Responsibility, as a result of the need for a more personal relationship, with a focus on individual cases, which better illustrates not only the actual set of interests, but especially the needs involved, including the public one; it examines evolutions on the selection and preposition of public managers, and the increasing attention to their personal qualities, and considers the importance of «good performance» as accountability through the legal role of the results in public administration.

The paper then tries to propose arguments that allow to consider the Administrative Measure as a reasonable and thus personal decision, recognizing a «reasonableness in a personal sense», in which the personal element becomes diriment for the validity of administrative decisions.

Lastly, the data obtained allow the definition of some implications for mature Democracy, in which the extensive use of the personalist principle constitutes limits and induces responsibilities; the interpersonal dialectic that arises in view of an administrative decision, and the legal regime assumed by the act expressing it, can constitute one of the «forms» with which popular sovereignty is exercised.

PAROLE CHIAVE: Pubblica amministrazione - provvedimento amministrativo - diritti e libertà della persona

KEYWORDS: Public Administration - administrative measure - rights and freedoms relating to personality

INDICE: 1. Premessa – 2. Decisione imperativa, autoritativa, atto giuridico unilaterale: la parabola personalista del provvedimento amministrativo – 3. La questione della terza persona e la personalità dell'interesse pubblico – 4. Il provvedimento amministrativo è “atto di potere”? – 5. Uffici, organi, risultato: l'importanza di essere uno e non l'altro – 5.1. La lunga stagione dell'oggettivizzazione e l'amministrazione-macchina – 5.2. Una questione di responsabilità personale – 5.3. La rilevanza delle qualità dei decisori – 5.4. Il «buon andamento» come affidabilità – 6. Il provvedimento amministrativo come decisione ragionevole e dunque, personalista – 7. Qualche implicazione per la democrazia matura

1. Premessa

L'uomo conosce quello che potremmo chiamare il fenomeno amministrativo da epoche immemorabili, poiché, in breve, dovunque c'è gruppo umano organizzato, si può dire, emerge il governo, e dove c'è governo sorge la necessità della politica e dell'amministrazione¹; ma è solo in epoca moderna, da quando s'è preso a trattare anche la politica come fenomeno suscettibile di trattamento giuridico, e dunque ha avviato il suo percorso l'ambiziosa idea del costituzionalismo, che è emersa la possibilità, ed anzi la necessità, di percepire l'amministrazione pubblica anche in termini giuridici², sia sul fronte, a dir così, della struttura dell'offerta, cioè della disciplina dell'organizzazione e del comportamento amministrativo, sia su quello, sempre a dir così, della domanda, vale a dire dei sistemi di tutela delle situazioni soggettive, ovvero della protezione di chi si trova a contatto con il vigore e gli effetti delle decisioni amministrative³. Come sempre in diritto, tuttavia, il fenomeno non è da questo integralmente costituito, perché parte di esso sta prima del giuridico, nella dimensione umana, nelle relazioni sociali, nelle menti e negli animi delle persone, nei loro comportamenti e nelle loro volontà, negli interessi, nei desideri e nei sentimenti, nelle credenze e nelle opinioni; sarebbe perciò paradossale trattare il fenomeno amministrativo pubblico come se non afferisse a persone, alle loro relazioni, ai loro bisogni, ai loro caratteri.

Ora, è ben noto che la Costituzione italiana riserva un posto centrale al tema della «persona», principalmente con l'art. 2, ma in realtà pervadendone l'intero testo, tanto che, è stato detto, quello «personalista» non è *un* principio, ma *il* principio, «ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale»⁴; e per quanto questa posizione così tanto sostanziale rischi, come

¹ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo* Roma-Bari, Laterza, 2004, spec. p. 71.

² A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.; G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. pp. 17 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, ora in *Quaderni fiorentini*, 1973, p. 179.

³ Sulla connessione tra stato di diritto e costituzionalismo, tra altri, cfr. L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Valori e principi del Regime repubblicano*, a cura di S. LABRIOLA, Roma-Bari, Laterza, I, 2006, pp. 163 ss.; la collocazione della nascita e del consolidamento della giustizia amministrativa entro l'evoluzione del concetto di Stato di diritto in Italia è ben rilevata da L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 311 ss..

⁴ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, 17/2013, p. 1, ora in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, a cura di A. RUGGERI, Torino, Giappichelli, 2016, 1, pp.2083 ss.; in termini simili, A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. MEZZETTI, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 274 ss.; V. BALDINI, *Sussidiarietà e valore personalista*

e forse più di ogni principio fondamentale⁵, di affliggere il principio personalista con un eccesso di capacità valoriale, ciò non toglie che esso sussista e, come si vedrà, anche in confronto all'amministrazione pubblica, come per tanti altri ambiti delle relazioni umane⁶, abbia prodotto effetti rilevanti.

Ed è proprio su questo aspetto che si proverà ad indagare, sia pure con rapide osservazioni, cui va anteposto un *caveat*. I dati che verranno analizzati, infatti, indicano una probabile direzione di marcia del sistema, ma non sono i soli a determinarla, ed anzi sono spesso accompagnati da spinte diverse o addirittura opposte, e convivono elementi precedenti con quelli sorgenti⁷; è tipico infatti di ogni processo di *emersione*, anche in relazione all'efficacia di un principio, che esso conosca attriti, ostacoli, avversità, proprio come in ogni altro fenomeno di selezione, ed abbia perciò bisogno di tempi lunghi e lotte

nello Stato costituzionale di diritto, in *Sussidiarietà e diritti*, a cura di V. BALDINI, Napoli, Satura, 2007, pp. 57 ss..

⁵ L'eccedenza di valore assiologico, la «efficacia potenziata», la «superlegalità costituzionale» dei principi fondamentali, rispetto al contenuto normale delle norme giuridiche, sono loro caratteri teorici noti e studiati da tempo: Cfr., tra tanti altri, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, spec. pp. 152 ss.; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, II, *La costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 214 ss.; P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 81 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, pp. 1 ss..

⁶ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni* cit., *passim*, individua ed illustra cinque ambiti nei quali il principio ha dispiegato maggiori effetti; a sua volta, G. PINO, *Giudizi di valore e dottrine civilistiche. Il caso dei diritti della personalità*, in *Diritti e questioni pubbliche*, 2002, pp. 133 s., propone il seguente catalogo dei «diritti della personalità» prodotto dalla «*Law in action*»: «il diritto alla vita e all'integrità fisica, le problematiche attinenti a suicidio eutanasia e aborto, la sterilizzazione e la fecondazione assistita, il diritto alla salute, la tutela dell'ambiente, la tutela del consumatore, dell'utente di servizi radiotelevisivi, degli infermi di mente, il diritto morale di autore, il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, all'identità sessuale, alla riservatezza, il diritto all'oblio, il diritto allo sfruttamento economico della propria notorietà, nonché i più svariati diritti di libertà (diritto alla libertà personale, sessuale, religiosa, alla libera manifestazione del pensiero, alla libertà di esplicazione di attività nel campo economico e privato, alla costituzione e alla partecipazione alle formazioni sociali). Il diritto alla salute, inteso come diritto all'integrità psico-fisica (e quindi al risarcimento del danno biologico), ha poi dato adito alla elaborazione dottrinale e/o giurisprudenziale di ulteriori figure, la cui autonoma configurabilità è peraltro altamente controversa (si discute in particolare della loro autonomia rispetto al danno biologico), tra le quali si possono indicare: il danno da emozioni, il danno psichico, il danno esistenziale, il danno edonistico, il danno da «mobbing». Sulla mobilità di questo materiale, per tutti, si veda A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'ALOIA, Milano, Giuffrè, 2003.

⁷ Lo rileva con la consueta chiarezza S. CASSESE, *Le prospettive*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 516: «Quasi nessuno degli aspetti del potere pubblico è immune da un processo di stratificazione, nel quale organi, procedure, stili nuovi si affiancano ad organi, procedure, stili antichi».

travagliate, mobilitate, solo all'esito, se sufficientemente solido, prevale. È ciò che accade per ogni innovazione importante e duratura⁸.

2. Decisione imperativa, autoritativa, atto giuridico unilaterale: la parabola personalista del provvedimento amministrativo

Una delle caratteristiche strutturali di ogni amministrazione, e dunque anche di quella pubblica, sta nel fatto che nel condurla si prendono decisioni, con la qualità aggiuntiva che, assai più che in altri ambiti relazionali, queste sono spesso definite in termini necessariamente unilaterali⁹. Gli aggettivi con cui, storicamente, si è qualificata la decisione con questa qualità sono assai emblematici, e riflettono l'epoca storica, la forma di stato, la percezione pubblica del rapporto tra i poteri e le persone, e così via¹⁰.

In epoca moderna, infatti, il provvedimento amministrativo in quanto decisione è stato definito, per spiegarne la qualità, dapprima *imperativo*¹¹, poi

⁸ Secondo M. FERRARIS, *Mobilizzazione totale*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 435 ss., «d'accordo con l'ipotesi dell'emersione, la realtà sociale non è qualcosa che gli attori sociali decidono di forgiare, ma piuttosto qualcosa che si *evolve* in base ad una dinamica autonoma e finisce per forgiare gli attori sociali. La realtà sociale non è qualcosa che gli attori sociali creano o modificano mettendosi intorno ad un tavolo: quando gli attori sociali si siedono intorno ad un tavolo, la società sta già facendo il suo lavoro da tempo [...] Si tratta di fenomeni che avvengono su scale temporali molto ampie e seguono processi troppo lunghi perché riusciamo ad afferrarne lo sviluppo – pressappoco per gli stessi motivi di scala per cui nell'esperienza ordinaria non riusciamo a cogliere la sfericità della terra». Molto prima, F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 425 s., parlava «di una conseguenza inevitabile della civiltà, perché da un lato, man mano che il mondo progredisce, diventano più numerosi i rapporti e pertanto i conflitti; dall'altra, quanto più si complica la vita, tanto più gli uomini hanno bisogno di sapersi regolare, il che vuol dire di comporre i conflitti con comandi generali e anticipati».

⁹ Di recente, si veda al riguardo M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

¹⁰ Il sostantivo *provvedimento*, che ben indica la collocazione di questo tipo di decisione nel quadro di quelle pubbliche, è utilizzato in verità anche per atti che decisioni non sono, in virtù della possibilità tecnica di usarne alcuni elementi del regime giuridico pure dove non vi è opzione, scelta; noi qui, tuttavia, lo esamineremo nel suo profilo decisionale, che nell'amministrazione pubblica moderna coincide col suo carattere discrezionale, come «giudizio di volontà o, più esattamente, scelta», come rilevato da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, p. 267.

¹¹ Anche il senso comune, infatti, deve ammettere la grande difficoltà di reagire ad un atto ritenuto *imperativo*, a meno di essere, a propria volta, *Imperator*; fuor di metafora, la quantità di eminenza, di forza implicata da una decisione siffatta è difficilmente alla portata di chiunque si trovi a subirne gli effetti, ed infatti per secoli sono rimasti rari e poco efficaci gli strumenti disarmati di contrasto a disposizione di persone comuni come anche di soggetti rilevanti: postulazioni, suppliche, petizioni, istanze ossequiose e del tutto subordinate, e poco altro. Ancora agli inizi del XX secolo, O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo, I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Pierro, 1912, p. 274, assumeva che l'amministrazione fosse «libera attività dello Stato per i suoi fini, la quale può esplicarsi per la sua stessa posizione e funzione

*autoritativo*¹², e solo di recente queste impegnative qualificazioni sono state sottoposte a severe revisioni in ambito scientifico, che hanno dimostrato come questi aggettivi, pur decrescenti nel loro significato dominante, mal si adattano all'ambiente costituzionale oggi vigente in Italia e in molte altre parti del mondo¹³.

nella vita dello Stato, quindi per potere proprio, in virtù della sua propria forza non in virtù della legge, quindi senza bisogno di trovare fondamento in una norma di diritto». Ma anche Weber, nelle sue classificazioni del potere, individuava l'autorità come «potere di comando ed dovere di obbedienza»: M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1995, IV, 45. Questa idea dell'autorità ricalca quella descritta, agli albori dell'epoca moderna, da Hobbes, che la definiva «comando»: «il consiglio è un precetto in cui la ragione dell'obbedienza deriva dalla cosa stessa che viene consigliata; il comando invece è un precetto in cui la causa dell'obbedienza è la volontà di chi comanda. Infatti è improprio dire 'io comando', se non quando la volontà si sostituisce alla ragione»: così T. HOBBS, *De cive*, in Id., *Opere politiche di Tommaso Hobbes*, Torino, Utet, 1960, p. 214. Si veda, a riassunto, L. MANNORI E B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. X: «se a lungo, con il concetto di atto amministrativo, si è inteso semplicemente l'atto soggettivamente amministrativo, l'atto – autoritativo o consensuale – comunque riferibile al soggetto amministrazione, ora (secondo Ottocento), invece, si stringe una rigida equivalenza tra l'attuazione degli scopi dello Stato e le forme imperative di attività». Qui, per brevità, non si considera il fenomeno della «giustizia nell'amministrazione», molto complesso e variegato a causa delle numerose, e diverse, impostazioni storicamente seguite dai vari ordinamenti degli Stati preunitari: giusto per qualche indicazione degli studi al riguardo, si vedano, oltre allo studio sul celebre discorso che Silvio Spaventa pronunciò a Bergamo il 6 maggio 1880 di M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1975, pp. 719 e ss., A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. pp. 7 ss.; AA. VV., *Atti del Convegno celebrativo del 150. anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa: consigli di prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, Giuffrè, 1990; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1977; C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in *Trattato Orlando*, Milano, Società editrice libraria, 1930, I, pp.1089 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911.

¹² L'autoritatività, se comparata all'imperatività, è condizione che sembra ben indicare al contempo la origine pregiuridica dei provvedimenti amministrativi, tutta rimessa ad una forza intrattabile, ed anche la nuova dimensione assunta con la livrea giuridica, che, necessariamente, richiede sia una soggezione al diritto, che la possibilità di garanzie e rimedi, anche giudiziari, in grado di tollerare l'intervento del diritto e di una sentenza sopra decisioni percepite come giuridiche ma particolari; D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), *Annuario 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 298 s., pur riferendosi all'ambiente dottrinario tedesco, assume che: «la funzione di queste speciali qualità riconosciute all'atto non è dunque mai stata, nell'elaborazione dottrinale, di «armare» il potere – che già è tale di fatto – dotandolo di strumenti e privilegi ulteriori rispetto a quelli naturalmente suoi propri. Al contrario, il fine è sempre stato quello di disinnescare per quanto possibile i rischi di arbitrio insiti nella condizione di *Gewalt* propria del potere esecutivo, traducendolo in forme giuridiche per esso vincolanti le condizioni del suo esercizio, ma registrandone al tempo stesso la (inevitabile) natura fattuale di potere».

¹³ Si vedano, ad esempio, B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000; ID., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla corte costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, pp. 969 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, part. pp. 233 s.; D. SORACE, *Promemoria per una*

Queste percezioni della decisione amministrativa derivanti dalla sua origine pregiuridica e, come si vedrà, afferente alla dimensione di un potere premoderno, hanno connotato, tuttavia, la dimensione giuridica del provvedimento, che ne è tuttora condizionata; basterà porre mente (ma è tutt'altro che l'unica riprova) al trattamento tutto peculiare dell'invalidità giuridica della decisione amministrativa, a lungo assai diverso da quello comune¹⁴, usato cioè per atti e rapporti dalla più antica collocazione nell'ambito giuridico, tanto da meritarsi non solo un giudice dedicato, non appartenente all'ordine giudiziario comune¹⁵, ma persino una denominazione a se stante,

nuova voce «atto amministrativo», in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 758; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 191 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 11 ss.. Più di recente, si è rilevato come «il dibattito intorno all'autoritatività» sconta «una certa mancanza di chiarezza», per l'associazione «ad un certo regime giuridico e l'estensione di questo regime a qualunque atto proveniente dall'autorità»: così F. TRIMARCHI BANFI, *La p.a. «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*, relazione al Convegno A.I.P.D.A. *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Bari, 31 settembre-1° ottobre 2011, p. 2 del dattiloscritto; a sua volta, parla di «dubbia pregnanza giuridica» del termine G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 485

¹⁴ Cfr. A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 599: «Non esiste alcuna ricostruzione compiuta del tema della validità (e invalidità) degli atti amministrativi, una sola costruzione, intorno alla quale si sia formato il generale consenso. In realtà non vi è neppure alcun indirizzo prevalente, una tendenza seguita dalla maggioranza della dottrina o dalla dottrina più autorevole»; ma si vedano anche, più recentemente, F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, Ed. Enc. it., 1990, p. 1; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 27 ss.; M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 926 ss..

¹⁵ Il tema è tutt'altro che recente: si vedano, ad esempio, da ultimo, G. PIPERATA, A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 47 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, spec. pp. 282 ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010; A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 510 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 100 ss.; G.D. COMPORATI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, *ivi*, 2014, 3, pp. 746 ss.; I. PAGNI, *La giurisdizione amministrativa tra effettività ed efficienza*, *ivi*, 2016, pp. 401 ss.; più remotamente, A. CERRI, *Indipendenza, imparzialità e nomina politica: problemi e dubbi irrisolti*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 175 s.; L. PACCIONE, *Sulla nomina governativa dei consiglieri di Stato*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1994, pp. 1095 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, spec. pp. 18 s.; U. ALLEGRETTI, *Introduzione*, in AA. VV., *Le riforme crispine*, Milano, Isap, 1990, 37; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XXII, p. 17, allorché sottolinea la sostituzione della «della tecnica civilistica del rapporto» con quella «del sindacato di legittimità, del controllo giurisdizionale del potere, proprio del giudice amministrativo».

riservata solo a quella specie di invalidità, ancora oggi definita correntemente (ma imprecisamente, e non più dalla legislazione recente) *illegittimità*¹⁶.

Si può insomma dire che la decisione autoritativa, pur non più imperativa¹⁷, non è comune, ha pur sempre un che di superiore, merita un riguardo non riservato ad altre, e difendersene civilmente, oltre che concorrere a definirla al meglio, è indubbiamente meno ostico rispetto a quella imperativa, ma ne discende.

È questo il sostrato incontrato da quello che definiamo il principio personalista, costruito intorno al nucleo della dignità personale recato, con linguaggio ispirato, dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana del 1948 la quale, come tutte quelle innovative e proiettate al futuro, ha richiesto tempo per dispiegarsi efficacemente, soprattutto per far *emergere* le parti più lungimiranti e sovversive rispetto all'epoca dell'emanazione¹⁸, in una dinamica che, come ripeteremo spesso, è tuttora in azione.

A tacer d'altro (ed è tanto), per le decisioni amministrative il principio personalistico è in grado di mettere progressivamente in crisi proprio la qualificazione autoritativa, poiché, sempre in breve, la dignità della persona copre anche i suoi interessi, i quali non possono essere relegati al margine, senza

¹⁶M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, II, p. 299 sosteneva che per il diritto amministrativo «in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente sbagliata». S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 16 s., lo spiega così: «da specialità del diritto amministrativo è stata a lungo funzionale, nel passato, alla supremazia dell'amministrazione, intesa come apparato esecutivo del governo; più tardi, al fine di assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico e la sua preminenza rispetto ai privati. Ora la specialità del diritto amministrativo serve principalmente a tutelare le posizioni e le situazioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dei soggetti pubblici che, per le loro funzioni, sono dotati di poteri non comuni, nei confronti dei quali va assicurata una tutela speciale».

¹⁷Ma con molte cautele, se ancora nel 1950, nel quadro di una poderosa ricostruzione teorica del provvedimento, Massimo Severo Giannini insegnava che «nei provvedimenti l'imperatività si presenta con il massimo della sua forza» (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 419), ma «non è l'inverarsi mistico di arcane dominazioni che si racchiudono nel nome di Stato; è solo una qualifica che diamo a certi atti della pubblica autorità» (ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 531). M. Protto, *Il rapporto amministrativo* cit., 96, nota come «la concezione gianniniana del provvedimento che individua in questo il «momento di autorità» [...] ha sublimato il rapporto tra amministrazione e privato nell'ambito delle garanzie che circondano il provvedimento, oscurandone la rilevanza giuridica». Ancora oggi, in effetti, la dottrina esita nella qualificazione degli atti amministrativi ablatori, del fondamento di quelle capacità in una supposta permanenza dell'imperatività: solo ad es. si vedano V. CERULLI IRELLI, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. proc. amm.* 1986, spec. p. 413; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *AA. VV.*, *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 812; si discuterà - brevemente - di questa soluzione e della sua giuridicità *infra*.

¹⁸Da ultimo, G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. VENTURA, A. MORELLI, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 53 ss..

una ragione comprensibile e riconoscibilmente fondata, che non può ritrovarsi nel mero confronto con un interesse qual è quello pubblico, che è importante, ma non al punto da spazzar via tutto il resto apoditticamente¹⁹.

Si può allora rilevare un percorso²⁰, tuttora in atto, che sembra orientato a ricondurre le decisioni amministrative ad un rango giuridico assai più ordinario, quello diffuso tra i privati della necessità del consenso altrui o, quando necessario, quello privilegiato ma circoscritto, e riportato ad una fenomenologia giuridica meno drastica e più comune di quanto non siano le condizioni dell'imperatività e dell'autoritatività, costituito dalla unilateralità²¹.

Anche le decisioni amministrative, cioè, per trovare effetto devono cercare e raggiungere accordi con gli altri attori della fattispecie, e quando questo non è possibile o non è consigliabile, possono essere strutturate in una dimensione unilaterale, produrre cioè le modificazioni volute senza consenso altrui²², ma, sempre più, entro le medesime condizioni ed i limiti che, nei secoli, hanno disciplinato lo statuto giuridico di questo particolare tipo di decisioni²³.

¹⁹Tra molti altri, cfr. F.G. COCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di G. Abbamonte*, Napoli, Jovene, vol. II, 1999, spec. pp. 1261 ss. Si vedano anche le considerazioni di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 246: «Quanto più, per effetto della definitiva (e sempre più diffusamente estesa) affermazione del sistema democratico, tutti gli uomini attraverso il voto (possono contare, e anzi) contano, tanto più tutti, o quasi, i loro interessi e bisogni (e comunque un numero assai elevato di essi) assumono dignità (di esistenza) giuridica e – ‘penetrando’, a dir così, la coltre delle istituzioni – danno luogo alla complessità della società contemporanea».

²⁰ B. G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 12 ss..

²¹ Anche qui, tra tanti, si vedano, solo ad esempio, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 49 ss.; R. CARANTA, *La tutela dell'interessato nel diritto amministrativo paritario di Feliciano Benvenuti*, in *Ritorno al diritto*, 2008, pp. 49 ss.; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 1015 ss.; P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 177 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, spec. pp. 674 e ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. pp. 6 ss..

²² M. CLARICH, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Jovene, Napoli, 2006, p. 319, sottolinea l'impossibilità di definire autoritativo tutto ciò che è unilaterale, che non abbisogna del consenso del destinatario.

²³ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 217 ss., propone diversi esempi in relazione all'art. 1, co. 1-bis, della L. n. 241/1990 in cui la decisione amministrativa può essere assunta senza problemi in termini consensuali o unilaterali. Si noti, per inciso, che anche per i provvedimenti amministrativi si è modificato il linguaggio normativo dell'invalidità, riportata ai fenomeni tipici in teoria generale della annullabilità e della nullità propri di ogni atto giuridico con l'art. 21-octies della L. n. 241/1990; per tutti, si veda G. CORSO, *Validità*, voce in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 91 ss.

In un recente studio sull'atto autoritativo, si è notato che, ad un certo punto della storia, «la definizione dell'atto autoritativo *include un elemento nuovo*: è autoritativo l'atto che pone precetti che sono *necessariamente* unilaterali [...] l'espressione atto autoritativo designa l'atto che pone precetti i quali richiedono l'unilateralità per raggiungere il loro scopo»; vi sono poi atti «che sono necessariamente unilaterali perché la *consensualità del precetto è tecnicamente impossibile o impraticabile*»²⁴. Se così fosse, varrebbe notare che ogni atto unilaterale è tale *necessariamente*, ovvero si riferisce ad una decisione che non può essere assunta e strutturata diversamente, ed allora l'autoritatività sarebbe null'altro che il sinonimo specialistico e gergale del sintagma generale *unilateralità*.

Non sono pochi i casi in cui l'atto umano è giuridicamente disciplinato in termini unilaterali, in regime di capacità speciale²⁵; ma occorre notare che l'unilaterale come fenomeno giuridico non attiene solo alla qualità decisionale, perché il fatto che uno decide per tutti si ricollega, fisiologicamente, ad una serie di conseguenze strutturali, ad una meccanica che lo fa funzionare.

Un atto giuridico unilaterale ha per necessità un regime suo proprio di efficacia e, quindi, di revisionabilità, deve «funzionare» per sua forza sino quando non intervenga qualcuno abilitato a rimuoverlo, sia costui lo stesso decisore o altro legittimato, come il giudice, ma in nessun caso arbitrariamente²⁶.

Dunque non v'è alcuna «specialità» autoritativa nella particolare efficacia della decisione in forma di provvedimento amministrativo, che, in termini anankastici²⁷, produce effetti anche se non voluto da altri, se inopportuno o persino se invalido, sino alla revoca, all'annullamento, alla proclamazione della

²⁴F. Trimarchi Banfi, *La p.a. «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*, relaz. cit., pp. 4, 5, 11; i corsivi riportati nel testo sono originali.

²⁵ Pur partendo dall'autoritatività del provvedimento, avevano intuito questa comune caratteristica delle decisioni unilaterali, indipendentemente dalla natura – pubblica o privata - del decisore, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971 p. 213 s.; M. S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 1014.

²⁶ Sul fatto che i «poteri di scelta dell'amministrazione [...] non si differenziano, quanto agli effetti giuridici, dagli atti dei soggetti privati» cfr. D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»* cit., p. 759.

²⁷ Traendolo dal mito di Ananke (la dea olimpica antesignana della *Necessitas* del Pantheon latino) già usato da Platone nella *Repubblica* (616b- 617d) e nel *Timeo* (33b-37a), il termine fu coniato da G. H. VON WRIGHT, *Norm and action*, London, 1963: «A statement to the effect that something is (or is not) a necessary condition of something else I shall call an anankastic statement. A (type of) sentence the normal use of which is for making an anankastic statement, I shall call an anankastic sentence. A sentence which is used for making an anankastic statement can also be said to express an anankastic proposition» (*ibidem*, 10).

nullità, così come qualsiasi altro atto unilaterale²⁸: si pensi alle misure genitoriali, a quelle tutorie in generale, a quelle aziendali di tipo gerarchico, a votazioni, sentenze e interventi coattivi del giudice o degli ausiliari giudiziari, agli atti del curatore fallimentare, alle promesse al pubblico, alle obbligazioni naturali, e così via.

Né, come si è capito da tempo, costituisce particolare condizione dell'atto la supposta «inoppugnabilità» del provvedimento dopo la scadenza del termine per portarlo al vaglio del giudice amministrativo, non solo per le altre, diverse forme di tutela ormai utilizzabili anche oltre tale termine²⁹, sia soprattutto perché si tratta dell'utilizzo delle «normali» vicende connesse al tempo riconducibili, in teoria generale, ai fenomeni della decadenza e della prescrizione, cui sono soggetti anche tante altre circostanze in cui v'è decisione, anche unilaterale³⁰.

Infine, non costituiscono ragioni di particolare eccezione nemmeno le recenti previsioni di invalidità non annullabile³¹, non solo per la riferibilità di alcuni di tali casi all'oggetto teorico che chiamiamo irregolarità³², facilmente

²⁸ Anzi, secondo V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 82, la cd. «presunzione di legittimità» del provvedimento sarebbe un «*idolum*», poiché «ogni atto giuridico, invero, si presume legittimo ed è efficace sinché non viene annullato!».

²⁹ Sulla questione della «*full jurisdiction*», cfr., fra altri, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, Cedam, 2000; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 543 ss.;

³⁰ P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffré, 1970; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. pp. 305 s.; B. G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffré, 2006, pp. 4738 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo* cit., p. 85; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2012, *passim*.

³¹ Tra la enorme letteratura al riguardo, dopo la riforma del 2005, si possono vedere V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Giuffré, Milano 2004; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2006; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, pp. 385 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra illegittimità ed illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.* 2008, pp. 105 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 392 ss.; P. LAZZARA *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 1/2009, p. 115.

³² A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Cedam, Padova, 2003; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2003; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, pp. 735 ss., D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano,

sanabile in ogni atto giuridico, ma soprattutto perché sembrano circostanze che rientrano nell'altra struttura di teoria generale dell'atto giuridico, costituito dal principio di conservazione, che comprende anche quello cd. «del raggiungimento dello scopo» (recato, ad esempio, anche dall'art. 156 del codice di procedura civile) tanto caro alla giurisprudenza³³, e risponde al criterio logico *utile per inutile non vitiatur*³⁴, con tutte le incertezze ed i rischi che il suo utilizzo reca in ogni parte del diritto, specie dove la decisione unilaterale è funzionalizzata.

Di ciò che poteva dunque apparire singolare, e veniva spiegato (anche) in ragione dell'imperatività o dell'autoritatività del provvedimento, costituiscono residui allora, solo alcune circostanze di «privilegio», molto ridotte o diverse rispetto al passato, riferibili alle ipotesi di autotutela³⁵.

Giuffrè, 2003; R. VILLATA, *L'irregolarità*, in A.A. V.V., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, pp. 838 ss.; D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, pp. 359 ss..

³³ Solo da ultimo, Cass. SS. UU., 18 aprile 2016, n. 7665; per il Giudice amministrativo si vedano, solo ad es., prima della riforma del 2005, Cons. Stato Sezione IV, 17 febbraio 1997, n. 123; IV, ed in seguito, ID., 2 novembre 2009, n. 6779. Al principio logico che vi è sotteso può essere riportata anche la tesi che vuole la non annullabilità dovuta ad una carenza di interesse in termini processuali: cfr. Cons. Stato, sent. 23 gennaio 2008 n. 143.

³⁴ Tra tanti, si vedano, ad es., F. TRIMARCHI BANFI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 977 ss.; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 201 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* cit.; in giurisprudenza, si vedano, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3284; 8 settembre 2008, n. 4269; 21 gennaio 2002, n. 340; 7 febbraio 2004, n. 422. Il principio ha avuto ruolo nell'enorme tema dell'autotutela, su cui si veda, almeno, F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 539 ss., e *ivi*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 995 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, ESI, 1991; G. CORSO, *Autotutela*, voce in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, cit., pp. 614 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela, I*, *Dir. amm.*, voce in *Enc. giur.*, IV, Roma, Treccani, Ed. Enc. it., 1988, *ad vocem*; ha anche sorretto le possibilità di revisione dei provvedimenti irregolari o invalidi; G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. Amm.)*, voce in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 503 ss.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, voce in *Dig. Disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, pp. 348 ss., L. MAZZAROLLI, *Convalida (dell'atto amministrativo)*, voce in *Enc. giur.*, IX, Roma, Treccani, Ed. Enc. it., 1988, *ad vocem*; E. MICETTI, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, Giuffrè, 2011; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, voce in *Dig. dir. pubbl. cit.*, VI, pp. 5406 ss.; G. SANTANIELLO, *Sanatoria (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 243 s.; e infine ha riguardato anche il complesso argomento delle funzioni di fatto: cfr., ad es., R. LUCIFREDI, M. E. PETERLONGO LUCIFREDI, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano, Giuffrè, 1965; B. CAVALLO, *Il funzionario di fatto*, Milano, Giuffrè, 2005.

³⁵ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 291 s.; ma già prima M. S. Giannini, *Diritto amministrativo* cit., II, p. 279.

Si possono menzionare quelle di «esecutorietà» o «autotutela esecutoria», che tuttavia, oltre ad essere, in genere, strutture protettive di una pretesa³⁶, più che della decisione³⁷, sono recessive³⁸, e sono soggette ad un stretto principio di ragionevolezza e legalità (esistono solo nei casi in cui la legge espressamente le prevede, e dove davvero sono necessarie³⁹), e soprattutto sono sempre rimediabili.

Quanto poi alle capacità di «autotutela decisoria» delle amministrazioni pubbliche, si può notare come sia divenuto sempre più chiaro che, almeno per gli atti più clamorosi della famiglia, essi altro non sono che il protrarsi della funzione nel tempo, o per meglio dire – data l'incertezza sulla effettiva esistenza fisica del tempo⁴⁰, e le riflessioni che questa solida ipotesi scientifica sta comportando anche in ambiti giuridici⁴¹ - l'adeguamento della decisione unilaterale a fronte di mutamenti (o di errori⁴²) intercorsi, in funzione di

³⁶ G. SACCHI MORSIANI, *L'esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, Cedam, 1977, che però evidenzia anche le «eccezioni» delle requisizioni, dei sequestri, delle occupazioni d'urgenza (p. 61), sui quali riflette anche V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva* cit., spec. p. 413; *contra* B. G. MATTARELLA, *Il Provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, II ed., 2003, p. 964.

³⁷ Sarebbe questa l'impostazione prevalente in ambito europeo: si veda G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese cit., p. 1869.

³⁸ Ne compie, da ultimo, una rassegna M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, Milano, Giuffrè, 2012, e ne dimostra anche la «tendenza al superamento» per l'influenza dei principi costituzionali e del diritto europeo: cfr. *Op. cit.*, 155 ss.; ma si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, pp. 5 ss..

³⁹ Tra molti, si vedano G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, spec. pp. 467 ss.; M. CLARICH, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà* cit., p. 317.

⁴⁰ R.V. MACRÌ, *Che cos'è il tempo? Bergson, Maritain, Dingle a confronto con Einstein*, in *Sapienza*, LXI, I, 2008, pp. 26 ss.; J. BARBOUR, *La fine del tempo*, trad. it. Torino, Einaudi, 2003; P. YOURGRAU, *Un mondo senza tempo: l'eredità dimenticata di Gödel e Einstein*, trad. it. Milano, Il Saggiatore, 2006; B. GREENE, *La trama del cosmo: spazio, tempo, realtà*, trad. it. Torino, Einaudi, 2006.

⁴¹ M. MONTEDURO, *Retroattività del provvedimento amministrativo e principi generali dell'ordinamento*, in www.amministrazioneincammino.it; lo stesso A. richiama il saggio di E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 1143 ss.; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009, pp. 35 ss.; A. ROMANO TASSONE, *"Società del rischio" e modernità*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, Giappichelli, 2012, I, pp. 371 ss.. Sul problema del tempo nel diritto amministrativo, si veda, da ultimo, M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 57 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 1/2016; AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴² S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it* n. 16/2016, p. 20, scorge nella autotutela la funzione di «scongiurare la responsabilità dell'amministrazione ponendo riparo agli

sostanziale buon andamento⁴³, che giustifica anche l'accostamento alla crescente strumentazione di prevenzione e soluzione di controversie alternative al giudice⁴⁴.

E se ciò non bastasse, si può comunque menzionare l'evoluzione normativa che, negli ultimi anni, ha non solo disposto norme positive esplicite di disciplina dell'annullamento d'ufficio, della revoca⁴⁵, della convalida⁴⁶, della sospensione dell'efficacia o degli effetti dei provvedimenti⁴⁷, ma hanno introdotto una serie importante di limiti e prescrizioni, molti dei quali sono del tutto analoghi a quelli che, per disposizione normativa o per assetti pretori, si ritrovano nella revoca⁴⁸, nel recesso, nelle disdette, nelle rinunzie, negli atti giuridici unilaterali non amministrativi, e tutti volti a limitare l'arbitrio, la sensazione di imperatività o di autoritarità immotivata⁴⁹, per il tramite del

errori commessi nella precedente manifestazione autoritativa, ovvero rimediando ad una omissione nell'esercizio del potere».

⁴³ tra molti altri, si vedano G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, spec. pp. 336 s.; B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese cit., I, p. 829.

⁴⁴ M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, pp. 481 ss.; ID., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2/2014, pp. 1 e ss.; è probabilmente uno sviluppo della visione *giustiziale* dell'autotutela (*autodichia* per F. BENEVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, IV, pp. 537 ss.), su cui, da ultimo, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁵ Anche qui la letteratura è molto ampia; solo per menzione, si vedano S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2013; G. LAROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 333 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 314 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 869 ss..

⁴⁶ P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri «incidenti» nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, pp. 209 ss..

⁴⁷ S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁸ Già molto tempo fa, si era lamentato che nell'aver trasposto nel diritto pubblico la revoca «senza aver prima adeguatamente scerverato i caratteri essenziali da quelli accidentali e caratteristici del diritto privato, si è giunti in tal modo a una nozione incompleta di essa che ne ha resa assai difficile, se non impossibile, la distinzione dall'annullamento e in particolare da quello d'ufficio»: così G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 117.

⁴⁹ Il legame dei primi studi sull'autotutela «al carattere autoritativo dell'atto amministrativo e alla sua funzionalità alla realizzazione dell'interesse pubblico» è evidenziato da A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, (voce), in *Dig. disc. pubbl.* 1987, p. 325. Al riguardo, si veda M. IMMORDINO, *La revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino,

legittimo affidamento⁵⁰, tratto proprio dal serbatoio degli atti giuridici di una sola parte, e non autoritativi.

Il cammino, si è detto, è ancora in corso, ma è una parabola che ha già compiuto un lungo tratto.

3. La questione della terza persona e la personalità dell'interesse pubblico

Per lunghi decenni l'interesse pubblico è stato scritto (non in senso metaforico) con l'iniziale maiuscola, a testimonianza di una considerazione di superiorità ontologica⁵¹, pregiudiziale, capace di sgombrare ciecamente ogni ostacolo⁵², che fa ancora fatica a cedere⁵³.

Giappichelli, 1999, p. 96: «la revoca che lo Stato di diritto ha ereditato dagli ordinamenti precedenti, dove, come è noto, era tradizionalmente consentito alla pubblica amministrazione, intesa come apparato servente della Corona e del Governo, il «privilegio» sovrano di ritirare ad nutum un atto precedente, ha infatti mantenuto il carattere di «privilegio» anche negli ordinamenti ad atto amministrativo successivamente affermatasi. E ciò nonostante la perdita di «sovranità» dell'esecutivo e il progressivo affermarsi del principio di legalità, con conseguente mutamento dei rapporti amministrazione-legge».

⁵⁰ Tra molti, oltre al capostipite lavoro di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, si vedano ID., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1195 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legittimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1257 ss.; M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 403 ss.; D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 757 ss.; D. CORLETTI, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007.

⁵¹ Si veda, ad esempio, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-1914, ediz. a cura di G. MIELE, Padova, Cedam, 1960, p. 9: «l'espressione agire come autorità», [va] spiegata non nel senso che occorra l'esercizio di un potere di comando da parte dello Stato, perché siavi materia di diritto amministrativo, ma nel senso che l'interesse fatto valere dallo Stato sia in sé un interesse superiore a quello del cittadino».

⁵² «Non può dirsi che vi sia danno giuridico e, conseguentemente, responsabilità, tutte le volte che si rimane nella sfera dei poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni»: così SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo* (1901), 2^a ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1906, p. 67.

⁵³ Si vedano, solo per esempio, le recenti disposizioni recate dagli artt. 120 co. 8-ter, 121 co. 2, 122, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (il codice del processo amministrativo), che consentono al giudice di escludere l'inefficacia del contratto in considerazione del suo stato di esecuzione, e in ogni caso di tener conto di «esigenze imperative connesse ad un interesse generale». Su tutto ciò, e le implicazioni, da ultimo, M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in *giustizia-amministrativa.it*; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 240 ss.

Il principio personalistico, se come visto ha consentito il recupero della dignità degli interessi coinvolti da una decisione amministrativa, aumentandone dunque la collocazione giuridica ed il grado di tutela, ha anche lavorato, a dir così, sull'altro lato, sull'interesse pubblico, il quale si rivela sempre più chiaramente in una dimensione che, in fin dei conti, si ritrova anche nella politica, nella la famiglia con prole e nelle loro decisioni, ovvero quella che vorrei definire la *questione della terza persona*.

Il Diritto ha in effetti prevalentemente a che fare col rapporto *bilaterale*, tra la prima e la seconda persona, si occupa cioè molto delle relazioni tra me ed uno o più altri direttamente interessati e rilevanti; ed anche quando si trova di fronte il tema del gruppo umano - famiglia, impresa, associazione, comunità istituzionale, scambi complessi - tende a regolarlo per fasci di legami corrispettivi, ad usare approcci *plurilaterali* (io con te₁, e poi con te₂, e poi con te₃, e così via per ciascuna delle relazioni possibili).

Nell'amministrazione pubblica, come nella politica e la famiglia, questo atteggiamento è spesso insufficiente, perché sorgono necessità *multilaterali*⁵⁴, ed il terzo - altrove considerato estraneo, o relegato a ruoli marginali e circoscritti - è pienamente in gioco⁵⁵. Potrà essere un soggetto determinato⁵⁶, ma, più spesso, si tratta di un terzo impersonale, un componente anonimo e potenziale di una collettività, che tuttavia è poi la innumerevole serie di individui, di persone con nome e cognome, carne ed ossa, che si troveranno, anche solo per una volta, ad usare o ad aver bisogno di ciò su cui la decisione amministrativa interviene⁵⁷; e

⁵⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, p. 21; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, pp. 168 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berté*, Napoli, Jovene, 2005, I, pp. 179 ss.; S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 601 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, Il Mulino, p. 138; E. GIARDINO, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Torino, Giappichelli, 2012. Il fenomeno è spesso descritto anche in termini di *multipolarità*, quando si considera anche la possibilità per il privato di condurre funzioni pubbliche: cfr., ad es., C. MARZUOLI, *La privatizzazione fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 393 ss.;

⁵⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, pp. 25 ss.;

⁵⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 674.

⁵⁷ M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in AA VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 290 ss., conduce una sorta di tassonomia delle posizioni terze che rimangono estranee al procedimento, trattandosi «vuoi di soggetti coinvolti soltanto da effetti generali del provvedimento, vuoi di controinteressati difficilmente individuabili, vuoi di una quantità di soggetti tale da impedire la comunicazione personale di avvio del procedimento a ciascuno di essi, vuoi di parti solamente eventuali della procedura che decidano di non intervenire».

potrà essere persino un non ancora nato, il terzo delle prossime generazioni, in nome del quale può chiedersi che la decisione ne abbia una determinata considerazione⁵⁸.

La *questione della terza persona*, insomma, costituisce il *sensu* dell'interesse pubblico⁵⁹, che è concepito inevitabilmente in termini collettivi e perciò a primo acchito impersonali, ma deve essere trattato, perché lo è, come destinato ad essere personale, proprio di individui al pari di ogni altro interesse⁶⁰, ed occuparsene e prendere decisioni in ordine ad esso significa assumersi responsabilità verso qualcosa, ma anche verso qualcuno⁶¹.

⁵⁸ R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008; G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁵⁹ Per A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 24 s.: «il diritto amministrativo non è caratterizzato dall'unilateralità dell'azione, o dalla non negoziabilità dell'attività amministrativa. È caratterizzato invece dall'imparzialità e dalla doverosità dell'agire, dalla garanzia del terzo e da tutta una serie di valori ai quali non si può rinunciare, se non modificando il modello costituzionale di amministrazione». Per l'assunto, si permetta anche il rimando a P. FORTE, *L'imparzialità come struttura della decisione pubblica amministrativa*, in AA. VV., *Procedura, procedimento, processo*, Padova, Cedam, 2011, pp. 405 ss.. Il riscontro di analoghe ipotesi teoriche in ambito filosofico non può essere casuale: si veda, ad esempio, R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007, p. 184: «la persona vivente – non separata dalla, o impiantata nella, vita, ma coincidente con essa come simbolo inscindibile di forma e di forza, di esterno e d'interno, di *bíos* e *zōé*. A questo *unicum*, a questo essere singolare e plurale, rimanda la figura, ancora insondata, della terza persona – alla non-persona inscritta nella persona, alla persona aperta a ciò che non è mai ancora stata». Lo stesso autore si richiama esplicitamente a Gilles Deleuze, il pensatore convinto che «la filosofia non ha altro scopo che diventare degna dell'evento» (G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia?*, trad. it. Torino, Einaudi, 2002, 157), ma anche perciò «l'uomo libero [...] ha colto l'evento stesso, perché non lascia che si effettui in quanto tale senza operarne, in quanto attore, la contro-effettuazione» (G. DELEUZE, *Logica del senso*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1975, p. 136).

⁶⁰ «Anche i bisogni sociali e collettivi sono, in ogni caso, sentiti da individui»: così già C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1957, p. 66; ciò spiega come, già da tempo, si sia consolidata l'idea dell'interesse pubblico «in concreto», come «risultante», «arbitro» di interessi reali e personali, che emerge con il procedimento e il confronto tra chi vi partecipa a vario titolo: tra altri, si vedano V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in AA. VV., *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 385; F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070; N. PAOLANTONIO *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 100; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 284 ss.

⁶¹ È uno dei modi per definire il concetto di *accountability* sostenuto da A. SCHEDLER, *Conceptualizing Accountability*, in *The Self-Restraining State: Power and Accountability*, in *New Democracies*, a cura di A. SCHEDLER, L. DIAMOND, M. F. PLATTNER, London, Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 19. Più di recente, ne si veda la descrizione accurata di P. RICCI, *Accountability*, voce in *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, a cura di A. FARAZMAND, Heidelberg, Springer, 2016, *ad vocem*.

Ciò ha consentito, per un verso, di mitigare i terribili effetti di una concezione troppo astratta, «naturale»⁶², dell'interesse pubblico, che l'hanno spesso fatto diventare una sorta di randello sociale utilizzabile a piacimento (non solo dalla politica, ma da ogni potere che possa disporne) per mortificare ogni altro interesse, individuale o sociale, in nome della sua presunta ed apodittica superiorità⁶³; sia, per altro verso, di superare l'errore di intestarlo integralmente in capo all'ente chiamato ad occuparsene⁶⁴, con tutte le distorsioni che ciò può indurre; sia, infine, per rinunciare definitivamente alla sua *miticità*, dequotandolo da una sorta di empireo iperuranio dove spesso, nella storia, è stato invece collocato⁶⁵, rendendolo così non solo maneggiabile da esseri umani per essere

⁶² Che l'interesse pubblico «non esista in natura» è affermazione ricorrente nella letteratura recente: cfr., ad es., A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso fine degli anni '90*, in *Il Foro it.*, 1997, V, p. 169; L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1112. Ma già L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 286, sosteneva che «la rilevanza sociologica di un interesse come pubblico è data dal riferimento del medesimo ad una serie indeterminata di individui e non da sue caratteristiche intrinseche».

⁶³ Molta della quale risale alla visione giacobina della «virtù», ovvero «l'amore della patria e delle sue leggi» e «l'amore dell'uguaglianza», che suppone «la priorità dell'interesse pubblico su tutti gli interessi particolari»: così M. ROBESPIERRE, *Sui principi di morale politica*, in *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. CERRONI, Roma, Editori Riuniti, 1967, pp. 160 ss..

⁶⁴ L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, spec. pp. 119 s.; R. CAVALLI PERIN, *L'elaborazione dell'atto di autorità in Francia*, in AA. VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, spec. pp. 280 ss. Ciò non toglie che nelle società politiche moderne e contemporanee vi sia pluralità di interessi pubblici, anche in conflitto potenziale fra loro, e che perciò si instaurino relazioni tra le amministrazioni cui ne sia affidata la cura, ma non in quanto titolari; la questione è in effetti ancora poco assestata, come dimostrano le numerose legittimazioni ad agire innanzi ad un giudice contro decisioni amministrative altrui ad opera di altre amministrazioni pubbliche: solo ad esempio, si vedano l'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'art. 36, co. 2, lett. n), del d.l. n. 1/2012, conv. dalla l. n. 27/2012, per l'Autorità dei trasporti, l'art. 52 del d.lgs. n. 4446/1997, per il Ministero dell'economia e delle finanze, l'art. 6 della L. n. 168/1989, per il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Per la discussione circa la compatibilità costituzionale di tale impostazione, per tutti e da ultimo, si vedano F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio le pubbliche amministrazioni*, in *Apertacontrada.it*, 2012.

⁶⁵ La demitizzazione dell'interesse pubblico è stata molto aiutata dalla attenuazione nella dialettica politica della componente ideologica, intendendo questo equivoco termine nel senso che ha acquisito in conseguenza del lemma *ideologia tedesca* che dà il titolo alla famosa opera di Marx, «che consiste nello stabilire arbitrariamente un nesso causa/effetto tra produzione delle idee e Storia. Come se bastasse la critica delle une per assicurare la trasformazione dell'altra, come se l'emendazione critica della coscienza fosse sufficiente a modificare l'ordine storico delle cose»: così F. MERLINI, *Politica e tempo. L'impostura della fine delle ideologie*, in *Diritto e politica nell'età dei diritti*, a cura di A. CARRINO, Napoli, Guida, 2004, p. 130. È evidente che l'interesse pubblico sia qualcosa che ha a che fare con la collettività, la socialità, e dunque abbia un'anima essenzialmente politica, e dalla politica riceve non solo le strutture della sua percezione, ma anche una

umani, ma soprattutto relazionabile con gli altri interessi, comparabile, trattabile, transigibile. In una parola: giuridico⁶⁶.

4. Il provvedimento amministrativo è “atto di potere”?

La questione, così impostata, rende possibile sottoporre a prova di sforzo anche l'abitudine a definire la decisione amministrativa una faccenda di *potere*⁶⁷.

Le poderose indagini teoriche che, soprattutto a partire dalla seconda metà del '900, hanno preso a perseguire la rilevazione empirica dei fenomeni giuridici⁶⁸, mettendo in luce importanti elementi micro-strutturali delle relazioni

sorta di trattamento linguistico; come un quadro può essere notevolmente segnato dalla cornice, il «discorso» sull'interesse pubblico, insomma, è connotato dall'impostazione del dibattito politologico vigente, e se questo usa categorie assolute, schemi quasi sacrali, impostazioni semi teologiche, il «convento senza la fede religiosa» già rilevato da Mazzini (G. MAZZINI, *Pensieri sulla democrazia in Europa*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1997, p. 135 s.) anche quello è fisiologicamente enfaticizzato, viene attratto ad un livello superiore, ed il suo oggetto, l'interesse pubblico, appunto, ne riceve un potenziamento che lo può sospingere ai confini del sovrumano, e comunque in un luogo dominante *a prescindere, a priori*. Cfr. M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in AA VV, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, pp. 907 ss.; sulla «sacralizzazione» dell'atto amministrativo cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 808. Per una recente riflessione sul percorso, S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁶⁶ Sull'interesse pubblico trattato «in concreto», in relazione, cioè, ai fatti reali in cui va inserito, oltre ai lavori già menzionati, tra molti, si vedano E. Cannada Bartoli, *Interesse cit.*, pp. 6 ss.; per A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 57 ss., «l'interesse pubblico, al singolare, non è un interesse paragonabile ad altri, ma è uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici»; pur con riferimento a clausole generali e concetti indeterminati, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 3, 2013, p. 309, assume che l'amministrazione pubblica debba ricercare «il significato del precetto nell'ordine giuridico della società. L'amministrazione pubblica, infatti, appare funzionalizzata alla sovranità popolare assai più che la struttura servente il potere politico». L'assunto si iscrive in una linea di pensiero molto solida: si vedano, ad esempio, G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, II, pp. 1303 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in Aa Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti cit.*, I, spec. p. 179 ss; arriva a parlare di «amministrazione capovolta» (rispetto alla società) G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, *passim*; ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 458 ss.

⁶⁷ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 150: «può essere considerata la *communis opinio* della scienza del diritto amministrativo in base al quale il potere costituisce un'entità unitaria, a partire dalla quale sarebbe possibile poi dedurre tutto quell'imponente edificio di nozioni e concetti costituiti dalla dogmatica dell'atto e del procedimento amministrativo». L'uso della locuzione «potere amministrativo» è ancora diffuso, anche nella normativa recente: si veda, per tutti, l'importante caso recato dall'art. 7 del d. lgs. n. 104/2010, il Codice del processo amministrativo.

⁶⁸ In ambito gius-amministrativo, il metodo fu molto efficace nel lavoro di F. BENVENUTI, a partire da *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*,

umane trattate in termini giuridici, hanno dato per scontato che, in alcune di tali situazioni, la posizione di una degli attori del rapporto sia, appunto, di potere, e tra queste la fenomenologia del provvedimento amministrativo ha avuto un ruolo paradigmatico.

In tali descrizioni, la situazione del frontista, di colui che entra con i suoi interessi, con la sua volontà, con i suoi bisogni, ecc., a contatto con il provvedimento, è quasi automaticamente denominata *soggezione*⁶⁹, una espressione semanticamente ben correlata con quella del *potere*, ma, appunto, molto adatta anche all'idea che questo fosse qualcosa di imperativo, espressione di un'autorità aprioristicamente dominante.

Insomma, ritenere indistintamente chi si trova a fronteggiare un ordine, un divieto, un'ablazione personale o patrimoniale, ma anche chi chiede un'autorizzazione, un'iscrizione, una registrazione, un'attestazione, un contributo, una valutazione, o chi, anche rispondendo ad una sollecitazione, avanza una proposta o si dichiara disposto ad assumersi una responsabilità gestionale, in *soggezione* di qualcun altro rende questa situazione davvero troppo indefinita sul piano giuridico, più del «buco della ciambella» di Dworkin⁷⁰, non solo per la grande varietà di queste situazioni⁷¹, ma soprattutto poiché descrive bene quella di colui che deve rassegnarsi a subire senza troppa discussione la decisione amministrativa⁷², ma pretenderebbe, al contempo, di riferire anche

1950, ma si vedano anche gli approcci di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946, pp. 13 ss., e C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. Milano, Giuffrè, 1964; esso è ormai diffusissimo a livello globale: per esempio, si vedano W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, trad. it. Torino, Einaudi, 1969; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996; B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto 2001. ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINO, Torino, Giappichelli, 2002, p. 9; M. KRAMER, N. SIMMONDS, H. STEINER (a cura di), *A Debate over Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998; G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013. Ho discusso dell'appropriatezza di questo metodo in P. FORTE, *Oggetti Giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza. in Costituzionalismo.it*, n. 3/2015: «l'oggetto degli studi sociali (e dunque anche di quelli giuridici), si presenta invece non per tutti ma per molti riguardi come un dato ad ogni osservatore che si provi a conoscerlo, ed autorizza perciò, almeno su questa parte della loro fenomenologia, quel confronto metodologico e sui risultati il cui esito può essere, mediante il concordamento inter-soggettivo, il ri-conoscimento dell'esistenza inevitabile ed ineliminabile di strutture giuridiche, e dunque anche qui la produzione di un *vero* scientifico».

⁶⁹ *Liability* nella impostazione teorica di W. N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali* cit., pp. 23 ss.; cfr. anche F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, spec. p. 533.

⁷⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1982, p. 103.

⁷¹ D. Sorace, *Promemoria* cit., 752; per altre dimostrazioni dei caratteri ricchi delle vicende unilaterali cfr. B. G. Mattarella, *L'imperatività* cit., 409.

⁷² D'obbligo la menzione del famigerato «ch'ei si rassegni» nell'intervento parlamentare di Pasquale Stanislao Mancini tenuto nella tornata del 9 giugno 1864, integralmente riportato in

quella di chi può orientare la decisione, assumersene parte delle responsabilità, e contestarla, fino anche a portarla davanti ad un giudice, vederla annullare, ottenere un risarcimento dei pregiudizi subito ingiustamente, un indennizzo da ritardo o addirittura il sovvertimento favorevole direttamente dal giudice⁷³.

Non è dunque *soggezione* la parola che descrive compiutamente queste molteplici, troppe e troppo distanti situazioni⁷⁴, non può esserlo nell'ambiente costituzionale italiano, ma non può esserlo, in realtà, per il più semplice fatto che l'esagerazione in questa definizione, nella correlazione *potere/soggezione*, sta nel primo termine, che, a me pare evidente, domina la situazione e attrae l'uso del secondo, che ne è una logica conseguenza⁷⁵.

Quella che si esprime in un atto giuridico in forma di provvedimento amministrativo, anche nelle sue manifestazioni più potenti⁷⁶, è un'energia⁷⁷ che è sconsigliabile definire un potere, poiché l'uso di questa parola evoca troppo rispetto alla odierna situazione reale, e soprattutto appare adatta ad un atto umano non giuridico, come, si è detto, quello amministrativo è stato trattato per

A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1897, pp. 350 ss...

⁷³ «a nulla varrebbe proclamare i diritti, se i soggetti titolari di potestà pubbliche potessero comportarsi secondo il loro arbitrio». Così G. SILVESTRI, *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in *Riv. AIC*, 2/2011, p. 2.

⁷⁴ Secondo F. G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 379 ss., «ricondere la posizione dei privati a fronte del potere amministrativo alla nozione di soggezione significa riportare il calendario al tempo precedente il 1889, quando nessuna tutela effettiva era offerta fuori dal ristretto ambito dei «diritti civili e politici»; e poi, (nt. 54): «l'interesse legittimo è l'esatto contrario della soggezione: consente di influire sulle scelte del soggetto, nel nostro caso dell'amministrazione, che è titolare del potere di disegnare unilateralmente l'assetto di interessi che coinvolge l'interesse finale del titolare dell'interesse legittimo». Pur giungendo a conclusioni del tutto opposte, discutono la giuridicità della soggezione, riferendola a casi di «genuino» potere, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. 169 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1999, pp. 496 ss..

⁷⁵ M. FOCALTY, *La volontà di sapere*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1996, p. 76, accomuna, per descrivere la «forma generale della sottomissione» e «l'omogeneità formale del potere», le situazioni del suddito, del cittadino, del figlio, del maestro: «potere legislatore da una parte e soggetto obbediente dall'altra».

⁷⁶ per F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, Agg., Milano, Giuffrè, 2002, p. 75 ss., l'imperatività si manifesterebbe ancora nei provvedimenti ablatori, che tuttavia sono soggetti al medesimo regime giuridico di quelli che, invece, sarebbero «solo» autoritativi (cioè, secondo quanto qui sostenuto, unilaterali in senso tecnico).

⁷⁷ Lo qualificano come una «forza» G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 116; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, pp. 23, 139 ss., 158 ss.

secoli, in forma imperativa o (almeno in parte) autoritativa⁷⁸, ma non può valere allo stesso, identico modo allorché esso viene usato come atto giuridico, assoggettato ad un – non ancora totale, ma comunque - prevalente statuto giuridico di «semplice» unilateralità, correlato ad una decisione che ha a che fare con interessi molteplici e tutti, se leciti, degni, tra i quali c'è quello pubblico che, però, è anche esso personale, come gli altri implicati ed inferenti⁷⁹.

È possibile, perciò, descrivere questa energia come un genuino potere sino alle soglie del diritto⁸⁰, entrando nel quale assume però la natura di funzione⁸¹, che consente o impone decisioni unilaterali, sotto forma di provvedimento amministrativo, che anche quando è discrezionale, soprattutto a causa della questione della terza persona è assai più semplicemente, mi verrebbe da dire più *umanamente*, e per certo in termini più adatti a forme di governo democratiche, in

⁷⁸ Si vedano le ricostruzioni del potere amministrativo come volontà libera nell'ambito della legge, o come immunità giudiziaria, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, Fornari, 1914, I, p. 386 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911, pp. 5 ss.; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., 238, ne parla come «fattispecie normativa dinamica di un comportamento libero»; riflettono su tale carattere «pandettistico», e lo criticano, M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, II ed, 2000, p. 265, e A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 75 ss..

⁷⁹ «Il potere è intrinsecamente una forza, che pur regolamentata, rischia sempre di debordare: è ordine della convivenza, ma, allo stesso tempo, fondamento della supremazia e della sopraffazione. Si tenta, perciò, di mitigare l'intrinseco fondamento irrazionale del potere attraverso la sua istituzionalizzazione tramite il diritto»: così F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 429 s.; appare difficile, perciò, continuare ad accettare l'idea (SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 172 ss..) che la capacità decisionale unilaterale (anche dell'amministrazione pubblica, ma non solo) non si svolga nell'ambito di un rapporto, ma lo «sovrastrai», tanto che il medesimo A. riconosce che «la capacità è preliminare e presupposto del potere»; ma si vedano anche le rilevazioni di B. G. MATTARELLA *Attività amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico* cit., 772 ss.; A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa* cit., 169 ss.; S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 7-8, p. 2349.

⁸⁰ Si è già menzionata la «natura fattuale del potere», che sta prima del diritto, e che anzi è l'oggetto da addomesticare ad opera di questo, rilevata da D. De Pretis, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, loc. cit.

⁸¹ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA. VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 11; F. BENVENUTI, *Funzione. Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Ed. Enc. it., vol. XIV, 1989, *ad vocem*; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Utet, Torino, 1961, pp. 686 ss.; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 311 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Ed. Enc. it., vol. XIV, 1989; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, Giuffrè, 1990; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, Jovene, 2007, pp. 135 ss.

ambiente costituzionale repubblicano⁸², in vigenza del principio costituzionale personalista, una decisione che, una volta divenuta giuridica, espressione di una «potestà»⁸³, di una «capacità speciale»⁸⁴, dunque di una efficacia che si esprime, tendenzialmente, in forma giuridica unilaterale, come altri atti giuridici anche fuori dal fenomeno amministrativo pubblico.

5. Uffici, organi, risultato: l'importanza di essere uno e non l'altro

5.1 La lunga stagione dell'oggettivizzazione e l'amministrazione - macchina

Già alcuni anni orsono, una acuta linea dottrinale aveva provato a proporre che le trasformazioni in corso avessero prodotto un effetto di *oggettivizzazione* dell'attività amministrativa⁸⁵; assumendo statuto giuridico, infatti, ed in ambiente costituzionale di sovranità popolare e forma di governo democratica, il fuoco di quella attività si era forzatamente spostato dal soggetto agente al suo esterno, ed ai nostri fini non è necessario (pur se è indubbiamente importante e rilevante) discutere se questo nuovo deuteragonista esterno⁸⁶ fosse costituito dalla società e dai suoi gruppi⁸⁷ o, più semplicemente, dagli individui

⁸²Evidenza bene il passaggio dei pubblici poteri «dall'ancoraggio statale all'ancoraggio costituzionale» L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B. G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 45 ss.

⁸³M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 260 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Diritto pubblico*, 2011, pp. 33 ss.

⁸⁴Per tutti, da ultimo, V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo* cit., p. 56.

⁸⁵La ricostruzione storica e la discussione di questo fenomeno si può ritrovare, tra altri, in D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 251 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela* cit., spec. pp. 71 ss.; M. BELLAVISTA, *Oggettività dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001; inoltre si vedano anche le raccolte di studi in onore dei due principali studiosi che avviarono e determinarono il dibattito: AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996; AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti* cit.; G. C. DE MARTIN (a cura di), *L'Amministrazione capovolta. Studi sull'opera di Giorgio Berti*, Padova, Cedam, 2007.

⁸⁶È noto che F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, parlasse al riguardo di *demarchia* come una vera e propria forma di Stato.

⁸⁷«è necessario ripensare in maniera radicalmente innovativa i principi e gli istituti del diritto amministrativo, elaborando un modello di amministrazione maggiormente in sintonia con le esigenze di questa società, fondato sul nuovo paradigma che deriva dall'applicazione del principio di sussidiarietà»: così G. ARENA, *I beni comuni nell'età della condivisione*, in *L'età della condivisione*, a cura di G. ARENA, C. IAIONE, Roma, 2015, p. 23. La sussidiarietà come «paradigma» è affrontata a fondo da D. Donati, *Il paradigma sussidiario* cit.; ma si vedano anche, tra altri, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni*

che, con i loro interessi, di volta in volta vengono in contatto con l'amministrazione pubblica⁸⁸.

L'oggettivizzazione, cioè, viene qui in rilievo più come de-soggettivizzazione, ovvero come percorso di trasformazione dell'attività amministrativa che, come abbiamo provato a sintetizzare, divenendo sempre più fenomeno giuridico, perde quei caratteri interamente soggettivi, *centristi*, cioè totalmente focalizzati sull'agente, emanazione di un genuino potere di *imperio*, che l'avevano caratterizzata per secoli. Si tratta di un cammino epocale, forse persino di un'evoluzione in senso tecnico, le cui implicazioni sono perciò poderose e non è pensabile nemmeno azzardarne una sintesi.

Prenderemo in esame allora solo un aspetto di questa evoluzione, ovvero la circostanza che a partire da un certo momento storico, della vicenda amministrativa non è sembrato tanto rilevante il decisore, quanto la decisione, ed i grandi sforzi ermeneutici della seconda metà del 900 si sono effettivamente concentrati su una sempre più accurata possibilità di trattamento giuridico della decisione, più che sul soggetto decidente.

Numerosissimi studi hanno così dapprima scoperto il *procedimento amministrativo*⁸⁹, e poi preso ad occuparsene intensamente⁹⁰, e ciò ha enormemente accelerato la trasformazione della percezione dell'interesse pubblico⁹¹ e influito sul regime giuridico dell'atto amministrativo, e sulla

civiche, in *Diritto amministrativo*, 2014, pp. 45 ss.; C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013, pp. 31 ss.; M.R. FERRARESE, «Governance». *Sugli effetti politici e giuridici di una self-revolution*, in *Politica del diritto*, 2014, 2, pp. 161 ss.

⁸⁸ C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela cit.*, p. 75, riassume analogamente il percorso ravvisandovi «lo spostamento della sovranità dallo Stato-persona allo Stato-ordinamento».

⁸⁹ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 1940; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 261 ss.; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*, pp. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964; su questo tratto della «scoperta», si veda A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, cit., p. 1035 ss., p. 1044 ss..

⁹⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; ID., *Il nodo della partecipazione* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1412 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Riv.it.sc.giur.*, 1971, pp. 25 ss.; Sull'evoluzione degli studi sul procedimento, si veda M. D'Alberti, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 1293 ss., p. 1301.

⁹¹ «Procedimento e rapporto amministrativo insidiano la monoliticità dell'interesse pubblico; ne mettono in discussione la preesistenza e la superiorità rispetto all'interesse privato, sinora avvertite quasi in rerum natura; rendono percepibile, in una inedita prospettiva partecipativa all'azione amministrativa, il pluralismo degli interessi, pubblici e privati, essenziali e secondari, nella cui ponderazione comparativa si estrinseca - seguendo la precoce intuizione di Giannini -

funzione di cui procedimento e atto sono, per usare le icastiche parole di una famosa ricostruzione scientifica, *epifania*⁹².

I risultati di questo impegno sono stati enormi, ed hanno avuto effetti normativi per certi aspetti clamorosi, ed altrettanto importanti mutamenti giurisprudenziali. L'oggettivizzazione ha consentito, tra altro, di far emergere come giuridicamente rilevante tutto il segmento pre-decisionale dell'attività amministrativa, di mettere a fuoco alcuni elementi strutturali della decisione valida, e per converso della sua invalidità, incentrati sulla partecipazione degli interessati, ed in particolare di orientare sulla ragionevolezza i parametri di misura giuridica di quella discrezionale. Ciò ha comportato, ed anzi ha richiesto, come subito si vedrà meglio, un progressivo affrancamento dell'amministrazione dalla politica, che se non è proprio una separazione, è certamente una *distinzione*.

Insomma grandi sono i meriti di questa opera che, in linea con l'atmosfera culturale dell'epoca in cui si è svolta, potremmo definire di decostruzione⁹³; tuttavia, comincia da un po' di tempo ad essere evidente che una oggettivizzazione spinta può produrre alcune non volute conseguenze.

In particolare, ha indotto molti osservatori e studiosi dell'amministrazione pubblica, ed anche attori che in essa agiscono, a concentrare grande attenzione sulle procedure, sulle strutture, sugli elementi, appunto, oggettivi (*id est* non-soggettivi) dell'organizzazione e dell'azione⁹⁴.

L'elemento psichico della decisione, per esempio, è tradizionalmente rimasto ai margini del regime giuridico dell'atto amministrativo, come ogni altro apporto personalista, cioè dovuto alle caratteristiche peculiari dell'individuo agente. L'amministrazione è stata sempre più trattata come un meccanismo, raffinato e complesso, senza troppa considerazione non solo per la enorme dimensione

il potere discrezionale ed, alla luce della Costituzione, anche il dovere di imparzialità dell'amministrazione»: così B. SORDI, *Interesse legittimo*, voce in *Enc. dir.*, agg., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 709 ss.

⁹² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., p. 119; ID., *Introduzione ai lavori*, in AA. VV., *L'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza*, Quaderni Formez 2 n. 1, 1981, p. 9.

⁹³ Discorde M. Bellavista, *Oggettività giuridica* cit., pp. 161 ss.; vorrei però richiamare il recente monito per cui non solo ogni critica «incomincia dalla realtà», ma soprattutto che «ogni decostruzione senza ricostruzione è irresponsabilità»: M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁹⁴ A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 1055 ss., parla di una logica «aspirata a criteri che hanno teso ad eliminare l'aspetto individuale, personale e soggettivo dall'azione e dalla organizzazione amministrativa», per la quale «i soggetti che operano negli uffici rappresentano un elemento meramente strumentale dell'organizzazione, il tassello di un ingranaggio sul cui funzionamento non è possibile incidere quasi a nessun livello».

relazionale che vi è dentro⁹⁵, ma anche per le differenze tra le varie amministrazioni, a motivo dei differenti ambiti di cui si occupano per attribuzione e competenze, e della diversa collocazione territoriale e politico-rappresentativa.

Parte di questa carenza è stata dovuta alla semplice evidenza che anche le amministrazioni pubbliche sono, sul piano strutturale, persone giuridiche, che agiscono, necessariamente, mediante organi, cioè meccanismi decisionali, a dir così, artificiali, congegni giuridici nei quali fisiologicamente l'elemento psichico è attenuato, almeno se lo si confronta con la rilevanza che invece ha, anche in diritto, nelle decisioni delle persone fisiche.

Ma, al netto di ciò, la enorme propensione degli studi e dei conseguenti assetti organizzativi e decisionali dell'amministrazione pubblica per i fenomeni strutturali, l'attenzione sul procedimento, sugli elementi oggettivi delle decisioni, hanno prodotto una sorta di tendenza alla spersonalizzazione dell'amministrazione pubblica, in cui la rilevanza giuridica è tutta concentrata sull'atto e sull'attività che lo produce, oltre che sui suoi effetti⁹⁶.

Ma è proprio in questo percorso che, comprensibilmente, la grande attenzione all'imparzialità, a non far turbare impropriamente le decisioni amministrative da elementi connessi al consenso elettorale, e a trovare percorsi propri per la decisione amministrativa distinta da quella politica, ha dapprima concorso a concentrare la gran parte degli sforzi sugli elementi oggettivi, e a trascurare invece quasi del tutto quelli personali.

⁹⁵ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, p. 168, lo dice molto bene: «nella realtà di un'organizzazione complessa l'attribuzione di un compito non implica automaticamente l'attribuzione del potere di fare da soli»; ho cercato di evidenziare l'importanza giuridica della relazionalità in P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, Franco Angeli, 2012, spec. pp. 111 e ss.; più autorevolmente, S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 134 rileva, nelle relazioni interistituzionali, il fenomeno del negoziato in luogo del procedimento, dello scambio in luogo della ponderazione.

⁹⁶ Lo dice bene A. PIOGGIA, *Le persone* cit., p. 1057: «All'origine di queste impostazioni concettuali c'è un'esigenza di garanzia che viene risolta ricostruendo l'organizzazione dei pubblici uffici e la relativa attività come gradazione dei momenti dell'attuazione della scelta legislativa, in cui ciascun passaggio è legittimato dal collegamento con il precedente e predeterminato in relazione ad esso. Di qui una naturale prevalenza dell'elemento oggettivo, inteso come precostituzione della sequenza attraverso la quale la volontà astratta espressa dalla legge diviene decisione concreta [...] Una amministrazione, quindi, legittimata dal fatto di essere «macchina» dell'obbedienza alla legge e dalla legge organizzata secondo schemi rigidi di distribuzione dei compiti fra gli uffici». Forse anche in considerazione di questi rischi, G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1996, pp. 360 ss., parlava, oltre che di oggettivizzazione, anche di «obiettivizzazione» dell'attività amministrativa.

5.2 Una questione di responsabilità personale

Ora, non si nega che la funzione da svolgere ad opera del decisore amministrativo abbia obiettivi propri, e dunque che una lealtà verso di essi possa produrre effetti benefici sull'andamento amministrativo⁹⁷, ma è forse troppo sperare che, in qualunque «partecipante all'organizzazione», possa generare l'acquisizione di una «personalità organizzativa» diversa da quella che possiede come individuo⁹⁸. Più realisticamente, possiamo pensare che, come accade in ogni funzione, ad esempio nello sport, l'allenamento, l'addestramento, l'esperienza, la riduzione delle necessità di attenzione, e la concentrazione solo su pochi, decisivi movimenti, dovuta allo sviluppo di molti automatismi, favorisca la *performance*⁹⁹; ma ciò non toglie che, per quanto mi possa allenare, non ho speranza di battere Usain Bolt sui 200 metri... La personalità, le caratteristiche distintive, le inclinazioni, i talenti, come le esperienze, l'educazione e la formazione, contano e continuano a segnare differenze fra le persone, che rilevano in ogni ambito organizzativo, per quanto ben strutturato ed orientato sia.

Il principio personalistico, dunque, dopo aver influito profondamente, come cennato, sul lato della «domanda», della protezione e della tutela di chi si trova a subire una decisione amministrativa, è stato tutt'altro che inerte anche sul fronte della «offerta», anche se la sua azione su questo lato del fenomeno è stato rallentato dalla urgenza dell'intervento sull'altro.

Tra diversi indizi sparsi, vorremo cominciare ad indicare quello che più evidentemente attesta una ritrovata attenzione alla persona che agisce nell'amministrazione pubblica, e cioè la introduzione della figura del responsabile del procedimento, resa un vero e proprio principio organizzativo con la l. n. 241/1990. La dottrina che ne aveva preparato l'introduzione¹⁰⁰ e

⁹⁷ H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1967, p. 298.

⁹⁸ H. A. Simon, *Op. loc. cit.*, P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, trad. it. Torino, Rosenberg & Sellier, 2015, p. 66, parla al riguardo di «una specie di corporativismo universale, che richiama strutturalmente i funzionari ad identificarsi alla loro missione, a diventare «interessati al disinteresse».

⁹⁹ M. MALDONATO, *Quando decidiamo. Siamo attori o macchine biologiche?*, Firenze, Giunti, 2015, pp. 72 ss. parla di «algoritmi biologici per l'azione», recando evidenze empiriche che valgono non solo per lo sport, ma per ogni funzione che usa il corpo (usando gli esempi di attori, ballerini, musicisti, ecc.).

¹⁰⁰ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.* 1980, pp. 252 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici cit.*, II, pp. 1426 ss.; *Id.*, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, *ivi*, 1989, pp. 5 ss.; ma, tra altri, si vedano anche G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *AA. VV.*, *Studi in memoria di E.*

quella che l'ha commentata e glossata in seguito¹⁰¹ hanno fatto perno sulla necessità, in sintesi, di fornire un «nome e cognome» all'interlocutore amministrativo, consapevoli del fatto che ciò influisce non solo sull'organizzazione, ma anche sull'azione, perciò sulla tutela delle posizioni soggettive; quella figura strutturale non è cioè solo un congegno, una soluzione di assetto, ma connota in termini giuridici un modo d'essere ed al contempo di fare, e non è casuale la denominazione usata, poiché, alla fine, è un intervento, appunto, sulla responsabilità amministrativa, con ogni conseguenza.

La chiarificazione di questa responsabilità è stata basata molto sul fatto che favorisce la partecipazione degli interessati alla decisione amministrativa, in una visione che, di conseguenza, la fa derivare direttamente dal principio di imparzialità dell'art. 97 Cost.; e, a riflettervi bene, si scorge subito come ciò significhi la doverosità di una relazione più personale, di un'attenzione ai singoli casi, che fa emergere meglio non solo il reale assetto di interessi su cui intervenire, ma soprattutto i bisogni in gioco, compreso quello pubblico che solo così emerge, e che confrontato con tutti gli altri, ancora una volta, viene immesso nella realtà in termini umani, personalisti, appunto. La spinta alla partecipazione all'amministrazione, dunque, è anch'essa una misura per la personalizzazione in vista non solo di una maggiore garanzia di chi ha a che fare con l'amministrazione, ma soprattutto della qualità della decisione unilaterale, chiamata, a dir così, ad uno sguardo orizzontale, e non verticale, a farsi decisione umana tra interessi personali, relazionale, e perciò, ancora una volta, meglio trattabile in termini giuridici¹⁰².

Non a caso, dopo quella legge il cammino di pervasione delle figure di responsabili è stato rutilante: responsabili «unici» di progetto o di procedimento, responsabile della sicurezza, della trasparenza, anti corruzione, dell'accessibilità informatica¹⁰³, del trattamento dei dati personali¹⁰⁴. Ma al contempo, si sono moltiplicate le figure dei «garanti», strutturate quasi sempre in forma

Guicciardi, Padova, Cedam, 1975, pp. 779 ss.; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977; F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1713

¹⁰¹ La letteratura, anche solo italiana, è sterminata; si vedano allora, solo per sintesi, le riflessioni recate da G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, ESI, 2001; A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

¹⁰² Che il soggetto con le sue caratteristiche non scompaia mai del tutto dietro una qualsiasi funzione è rilevato da G. DI GASPARO, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, spec. pp. 168 s..

¹⁰³ art. 9 d.P.R 1 marzo 2005, n. 75.

¹⁰⁴ art. 8 l. 31 dicembre 1996, n. 675.

monocratica, e dunque personale, per funzioni molto disparate e spesso poco definite, che spaziano dai difensori civici¹⁰⁵ fino all'Autorità nazionale garante dell'infanzia e dell'adolescenza¹⁰⁶.

Le conseguenze sono numerose, ma in particolare può interessare ai fini del nostro discorso la circostanza, per un verso, che cominciano a cambiare i sistemi di selezione e preposizione, dunque le scelte delle persone chiamate ad assumersi la responsabilità di un «pezzo» dell'amministrazione, e per altro verso che diventa sempre più evidente il ruolo del «risultato», dei fatti che l'amministrazione deve determinare, anche in termini giuridici.

5.3 La rilevanza delle qualità dei decisori

Ho già fatto cenno al principio di distinzione tra politica e amministrazione¹⁰⁷, ed al fatto che esso ha costituito un rimedio al rischio di basare la decisione amministrativa su moventi politico elettorali. Esso ha tuttavia messo in moto un cammino che sta cambiando profondamente la dinamica amministrativa pubblica, e vale la pena di concentrare l'attenzione sul fatto che, oggi, i dirigenti degli uffici amministrativi sono veri e propri organi, in senso tecnico, dell'amministrazione pubblica, sono cioè dei *decisori* ad ogni effetto.

Il sentiero di innovazione nei meccanismi di preposizione agli incarichi di direzione nell'amministrazione pubblica è stato lungo e travagliato, e si può dire tuttora in cammino. Senza perderci all'inseguimento dei diversi interventi, dei passi in avanti, laterali ed indietro, dovuti a intenti politici, discipline normative, scelte di governo, arresti giurisprudenziali, comportamenti sindacali, posizioni ed analisi dottrinali¹⁰⁸, potremmo dire che un elemento importante di questo

¹⁰⁵ D. BORGONOVO RE, *Il difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Università di Trento, *Quaderni Dip. scienze giuridiche*, 2010.

¹⁰⁶ L. 12 luglio 2011, n. 11. A. ALBANESE, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, ne *Le regioni*, 2014, 721 ss., dimostra che l'autorità nazionale è giunta dopo l'instaurazione di diverse figure simili in ambito regionale.

¹⁰⁷ P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹⁰⁸ Senza pretesa di esaustività, si vedano, per le diverse fasi storiche di questo percorso, L. RANDELLI, C. BOTTARI, O. ZANASI (a cura di), *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, Rimini, 1995; G. PASTORI, *La dirigenza regionale e locale nella legislazione vigente*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, 1992, II, 959; V. CAIANIELLO, *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 373; C. D'ORTA, *La sopraordinazione dei ministri secondo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *Foro amm.*, 1994, 1329 ss.; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, Giuffrè, 1993; F. MERLONI, *Amministrazioni «neutrali» e amministrazione «imparziale» (a proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; S. AMOROSINO, *In tema di rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1996, 5; G. D'AURIA, P. BELLUCCI, *Politici e burocrati al governo dell'amministrazione*, Bologna, 1995. M. RUSCIANO, A. CORPACI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e*

intricato scenario ha riguardato l'emersione del rilievo delle caratteristiche personali nell'individuazione del preposto.

Si può infatti facilmente rilevare come sin dall'ultimo decennio del XX secolo, pur tra innumerevoli travagli, la disciplina normativa prevede, per usare le parole della norma vigente più «generale» al riguardo, che «ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, *delle attitudini e delle capacità professionali* del singolo dirigente, dei *risultati conseguiti* in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, *delle specifiche competenze* organizzative possedute, *nonché delle esperienze* di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico»¹⁰⁹.

Non deve stupire se questa indicazione (ne si notino le parole-chiave: *attitudini, capacità, risultati competenze, esperienze*) abbia faticato a trovare concreta, assestata attuazione, in coerenza con la meccanica del *principio di emersione* che abbiamo indicato in premessa; fatto si è che quella impostazione sembra ormai abbastanza solida, ed ha trovato conferme, e persino qualche rinforzo, negli

del processo nelle amministrazioni pubbliche, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1085; F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano, 2000, 371 ss.; F. CARINCI, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, Titolo II, D.lgs. n. 29 del 1993 (il modello «universale»)*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 31 ss.; B. DENTE, *Verso un dirigenza pubblica responsabile: il nodo della riforma organizzativa*, in *Lav. pub. amm.*, 2002, 81 ss.; s. E. Gragnoli, *L'accesso alla dirigenza*, in *Lav. pub. amm.*, 2002, 1000; L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *Lav. pub. amm.*, 2002, 1027; M. RUSCIANO, *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, *ibidem*, 499; C. D'Orta, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la l. 145/2002*, *ibidem*, 929; L. Olivieri, *Il conferimento degli incarichi dirigenziali*, in *www.lexitalia.it*, 2002; F. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Lav. pub. amm.*, 2001, 961; B. CARUSO, *La storia interna della riforma del p.i.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, *ibidem*, 982 ss.; G. D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza pubblica nella prima elaborazione giurisprudenziale (1998-2000)*, *ibidem*, 66 ss.; B. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, *ivi*, 2005, 765; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005; C. COLAPIETRO, *La «controriforma» del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica (l. 15 luglio 2002, n. 145)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 639; A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Lav. pub. amm.* 2002, 859 ss.; G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, *ibidem*, 225; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *ibidem*, 873; G. C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. 145/2002*, *ibidem*, 929. F. CARINCI, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, *ibidem*, 837; G. D'AURIA, *La politica alla riconquista dell'amministrazione*, *ibidem*, 853; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *ibidem*, 873; M. CAMELLI, *Politica e amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, *ivi*, 2003, 257; G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11; S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, *ibidem*, 12.

¹⁰⁹ Art. 19, co. 1, del d. lgs. n. 165/2001.

interventi normativi degli ultimi anni¹¹⁰, e cominci a produrre effetti pratici piuttosto rilevanti.

Il più clamoroso esempio dei mutamenti in tema di selezione e preposizione dei dirigenti pubblici può ritrovarsi nei recenti interventi su alcuni dei musei statali, trasformati in direzioni generali o uffici dirigenziali del Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo¹¹¹, e il direttore generale è stato scelto non solo con un bando internazionale, tanto che molti di essi, anche in musei importantissimi, sono oggi stranieri¹¹², ma soprattutto con un metodo tutto incentrato su due elementi di valutazione, il curriculum ed una «lettera di motivazione», che hanno condotto ad un colloquio finale con i selezionati, privilegiando cioè le caratteristiche personali, la formazione, le esperienze ed i tratti caratteriali ed intenzionali dei candidati, più che la preparazione su specifiche materie dimostrata mediante corsi- concorso, prove scritte, temi, simulazioni di atti e simili, tipiche delle valutazioni concorsuali tradizionali¹¹³.

¹¹⁰ Si vedano, ad esempio, la l. 4 marzo 2009 n. 15, ed il conseguente d.lgs 27 ottobre 2009 n. 150, e da ultimo, la l. 7 agosto 2015, n. 124, con cui è stata data delega al governo, tra altro, di riformare il conferimento degli incarichi dirigenziali (art. 11, lett g)), e tra i tanti indirizzi si ritrovano richiami a «competenze ed esperienze professionali, tenendo conto della complessità, delle responsabilità organizzative e delle risorse umane e strumentali», «procedura comparativa con avviso pubblico», «rilevanza delle attitudini e delle competenze del singolo dirigente, dei precedenti incarichi e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti all'incarico da conferire», «assegnazione degli incarichi con criteri che tengano conto della diversità delle esperienze maturate, anche in amministrazioni differenti». La disposizione prevede anche un sistema di rilevazione delle competenze individuali di tutti i dipendenti pubblici (lett. i)), e l'istituzione di una banca dati nella quale inserire il curriculum vitae, un profilo professionale e gli esiti delle valutazioni per ciascun dirigente; tra le deleghe esercitate, si vedano il d.lgs. n. 116/2016, recante «modifiche in materia di licenziamento disciplinare», il d.lgs. n. 74/2017, recante «modifiche al d.lgs. 27 ottobre 2009, n.150 (valutazione della performance)», ed il d.lgs. n. 75/2017, recante «modifiche e integrazioni al Testo Unico del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n.165».

¹¹¹ D.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, adottato in seguito all'art. 16, co. 4, del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, ma anche in considerazione dell'art. 13 del d.l. 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 ottobre 2013, n. 112.

¹¹² La recentissima sent. Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2017 – 24 luglio 2017, n. 3666, ha riconosciuto la liceità di questa impostazione per il Direttore di un Parco archeologico (il Colosseo); ma già in precedenza il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza 10 marzo 2015, n. 1210, utilizzando la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. II, 10 settembre 2014 n. C-270/13, aveva già disposto che «l'art. 45, par. 4, T.F.U.E. debba essere interpretato nel senso di non consentire a uno Stato membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'Autorità portuale».

¹¹³ Si vedano i bandi emanati con decreti del Direttore generale Organizzazione del Mibact 7 gennaio 2015, e 27 maggio 2016; come tutte le novità, ed in linea con i meccanismi dell'emersione che si sono descritti, anche questa ha comportato molte avversità, culminate nelle sentenze T.A.R. Lazio 24 maggio 2017, n.ri 6170 e 6171, che, basandosi su censure procedurali e sulla applicazione pedissequa dell' art. 38 del d.lgs. 165/2001, hanno annullato alcune delle

Ma ciò che più rileva, a mio avviso, è che questo innovativo percorso è stato coerente col fatto che oggi i maggiori musei statali, pur rimanendo parte di un Ministero, hanno un direttore esplicito, una figura chiamata ad imprimere al complesso lavoro della conduzione di un delicato luogo culturale un'impronta molto legata alla propria personalità, con tutti gli strumenti propri di un lavoro in cui essa ha rilevanza: fiducia, reputazione, sistemi relazionali, expertise specifico, e così via¹¹⁴.

Possiamo usare questo esempio come un percorso paradigmatico: un responsabile di un museo-ufficio pubblico difficilmente potrebbe essere scelto appropriatamente in base a valutazioni politiche, al consenso elettorale di cui gode, al rilievo che ha assunto nella propria formazione partitica, alla capacità di reggere la dimensione polemico-comunicativa dell'attuale dialettica politica. Se ciò comporta che esso sia perciò attinto da serbatoi diversi, di tipo professionale, non è tuttavia sufficiente, poiché le caratteristiche richieste per quel particolare ufficio non sono esattamente le medesime utili per qualsiasi altro, e dunque comincia ad essere evidente che occorre distinguerle, richiederne di peculiari ed appropriate. Di qui a prestare attenzione alle qualità personali il passo è corto, e si giunge a comprendere che non è irrilevante che all'ufficio Tale sia preposto Tizio o invece Caia, non sono indifferenti il portato personale, le attitudini, le esperienze, persino i tratti caratteriali che distinguono Mevia e Sempronio, e dunque le modalità (e le motivazioni) della preposizione dell'una invece dell'altro devono tenerne conto¹¹⁵.

Ma vanno moltiplicandosi gli indizi di questa nuova rilevanza dell'elemento personale nella configurazione dell'ufficio-organo-decisore amministrativo; solo per cenni, riferiti agli interventi più recenti, si potrebbero menzionare, nell'ambito dei contratti pubblici, la prescrizione della

nomine dei dirigenti museali; come è noto, tuttavia, il Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanze 15 giugno 2017, n. 2471 e 2472, ha sospeso i due arresti.

¹¹⁴ Lo descrive bene L. CASINI, *Il «nuovo» statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon* n. 3/2014: «con la riforma i musei da «oggetti» diventano finalmente «soggetti».

¹¹⁵ «ciascun dirigente può «fare la differenza» rispetto ad un altro in base alle caratteristiche e alle capacità personali che possiede»: così A. Pioggia, *La persona* cit., p. 1066. La recente sentenza Cass. Sez. Lavoro, n. 7495/2015, ha stabilito che gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, anche quando rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, sono assoggettate anche al rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cc, applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, per cui la p.a. è obbligata a formulare valutazioni anche comparative, ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte, sicché, ove l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento al riguardo, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile.

qualificazione delle stazioni appaltanti, come per le imprese concorrenti alle gare, che implica la loro riduzione, e l'istituzione dell'albo dei componenti di commissioni di gara negli appalti¹¹⁶, o la (discussa) possibilità per i dirigenti scolastici di «chiamare» gli insegnanti di ruolo a svolgere la propria funzione presso il plesso da ciascuno di essi diretto¹¹⁷.

5.4 Il «buon andamento» come affidabilità

Il secondo elemento di questo tratto sotto esame riguarda il complesso argomento del rilievo giuridico del risultato nell'amministrazione pubblica¹¹⁸, che si confronta, si può dire fisiologicamente, con il principio di legalità ed i suoi corollari¹¹⁹, con i doveri di imparzialità, con l'estensione delle tutele giuridiche in materia. L'enfasi sul risultato evidenzia il rovescio, il lato oscuro dell'amministrazione pubblica divenuta attività giuridicamente rilevante; dovrebbe infatti essere scontato per ogni organizzazione umana essere misurata

¹¹⁶ Si vedano rispettivamente il Titolo II della parte II (*Qualificazione delle stazioni appaltanti*), e gli artt. 77 e 78, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*; su ciò si veda il primo commento di L. GIAMPAOLINO, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: lo snodo delle problematiche del nuovo Codice*, in *Giustamm*, 2016, n. 7, che ben illustra come queste misure appartengano ad una dimensione «soggettiva» dell'argomento: «Le procedure sono, soprattutto, attività strumentali ed è quasi inutile modificarle senza aver riguardo ai soggetti che le devono porre in essere. Anzi, talvolta, è dannoso, per le incertezze ed i ritardi che i mutamenti possono provocare, se poi i soggetti sono sempre gli stessi e molti – se non i più gravi – degli inconvenienti sono da imputarsi proprio ad essi»; ma già prima, G. M. RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 2259 ss..

¹¹⁷ Art. 1, co. 79, della L. 13 luglio 2015, n. 107; si veda anche la circ. Miur n. 2609 del 22 luglio 2016, in cui si esorta non solo a definire criteri di scelta in base ad esperienza e formazione dei candidati che si siano proposti, ma anche a procedere a «colloqui, in presenza o in remoto».

¹¹⁸ Per l'avvio di questi studi, si vedano, tra gli altri, A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema: spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.* 1997, 35 ss.; ID. *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, II, 813; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto-amministrazione*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1303 ss.; L. IANNOTTA., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 299; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 101 ss.; M., IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004..

¹¹⁹ da ultimo, si veda C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 719 ss..

in base al prodotto del suo lavoro, e che ogni suo atto, organizzativo o produttivo, debba esservi orientato¹²⁰; ma poiché la giuridicizzazione ha comportato anche la fissazione in base a legge delle finalità e di molte modalità di azione, è facile confondere il risultato amministrativo con il mero rispetto delle norme applicabili ad ogni caso trattato, la moltiplicazione delle quali, un effetto fisiologico in sistemi abbastanza stabili nel tempo, finisce coll'assorbire gran parte dell'attenzione del decisore amministrativo, e sostituire, come in un giuoco di specchi, i veri obbiettivi da raggiungere¹²¹.

Il tema del risultato ha lavorato prevalentemente sul più facile, ovvero, pur se non è poco, sul piano della dinamica organizzativa, sull'impostazione tra indirizzo politico amministrativo - che dovrebbe generare obbiettivi generali e specifici - e gestione operativa, chiamata a conseguirli; si tratta cioè, ancora una volta, della compiuta sistemazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione, che è stato rafforzato con sistemi, anche sofisticati e talora troppo complessi, di valutazione dell'operato degli organi amministrativi, e con più semplici, ma non per questo meno complessi da gestire operativamente, incentivi e disincentivi economici e professionali, che sono passati, soprattutto (ma non solo), per la introduzione dell'indennità di risultato nei meccanismi retributivi della dirigenza pubblica, e di un trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale per tutti i dipendenti¹²². Ma anche qui il principio personalistico ha finito per lavorare molto, corroborato dalla cornice europea; sul fronte della domanda, si sono moltiplicati gli strumenti di buon andamento volti a fornire maggiore affidabilità all'azione amministrativa¹²³, sia di tutela, con la possibilità di azioni collettive¹²⁴ ed il rafforzamento di antichi strumenti di

¹²⁰ Per le istituzioni pubbliche il risultato può essere rilevante anche in termini di legittimazione: P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* cit., p. 133, parla *output legitimacy*, in correlato alla *input legitimacy* basata sui fondamenti, usando le distinzioni tra *input ed output democracy* elaborata da R. E. GOODIN, *Reflective Democracy*, New York, Oxford University Press, 2003.

¹²¹ La rottura dell'identificazione tra legalità e soddisfazione dell'interesse generale è proprio il bersaglio della cd. amministrazione di risultato: cfr., ad es., M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 107 ss.

¹²² Per A. Pioggia, *Op. loc. ult. cit.*, sono segnali «dell'emersione del fattore individuale a livello organizzativo: la valutazione. Si tratta del processo di verifica che consente l'emersione di queste differenze e l'attribuzione ad esse di un valore».

¹²³ Si vedano, da ultimo, le riflessioni di G. PALMA, *Principio di legalità ed il potere di organizzazione delle Amministrazioni pubbliche*, in *Amministrativ@mente*, 1/2014, lavoro che si pone in esplicito dialogo con G. PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, Padova 1967, e L. VANDELLI, *Tra carte e scartoffie, Apologia letteraria del pubblico impiego*, Bologna, Il Mulino, 2013.

¹²⁴ D.lgs. 20 dicembre 2009 n. 198; A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, Giappichelli, 2012.

azione popolare, come il recente rimedio dell'accesso civico¹²⁵, sia attraverso misure organizzative, come si può, ad esempio, vedere nell'evoluzione della tecnica dell'intervento sostitutivo, cioè della precaria sostituzione nella capacità decisionale, spesso ad *ad actum, one shot*, di un organo temporaneo (dunque fuori dai casi di gerarchia¹²⁶) a quello ordinariamente competente, che, da pratica straordinaria e commissariale, ha finito con il divenire un normale e generale assetto, tanto che ormai ogni amministrazione deve prevedere una specie di ricalzo cui ci si possa rivolgere nel caso che l'organo normalmente tenuto non decida entro termini stabiliti o comunque ragionevoli (art. 2, co. 9-bis, L. n. 241/1990). Insomma, l'intervento sostitutivo, da caso eccezionale, emergenziale, è divenuto sempre più «normale»¹²⁷, oltre che normato, o perché ciò a cui serviva

¹²⁵ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, voce in *Dizionario di diritto pubblico* cit., VI, pp. 5948 ss.; G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI, F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè 2008; P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg. 3, Giappichelli, Torino 2008, pp. 884 ss.; B. PONTI, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 795 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013, ibidem*, n. 5/2016; C. COLAPIETRO, (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

¹²⁶ La capacità del superiore gerarchico di avocare la decisione normalmente imputata all'inferiore è in effetti già da tempo ritenuta una caratteristica propria della gerarchia, perché la competenza del primo comprende quella del secondo, e dunque la sostituzione è in questi casi considerata normale (si veda l'art. 16, co. 1, lett. e), d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), e l'intervento sostitutivo è stato perciò ritenuto imperfettamente o impropriamente ritenuto tale: cfr. E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo. Amministrazione centrale ed enti locali*, Napoli, Jovene 1968, 53 ss.; D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Milano, Società Editrice Libreria, 1909, 155 ss.

¹²⁷ L'intervento sostitutivo non gerarchico è stato a lungo considerato derogatorio e, perciò, eccezionale, raro e da usare con cautela poiché, nella visione dell'amministrazione – macchina, costituisce una alterazione del principio di competenza e, data l'impostazione del nostro sistema amministrativo, persino di quello di legalità, laddove cioè incide sulla distribuzione delle attribuzioni e delle competenze che in Italia è definita in base ad una norma; e si comprende allora perché, sono a poco fa, lo si utilizzasse soprattutto per fronteggiare situazioni di emergenza o molto prossime, con i «commissari straordinari» e gli altrettanto straordinari poteri di intervento degli organi temporanei in caso di calamità naturali o sanitarie, o per rimediare a gravi comportamenti amministrativi, quelli che mettersero in forse l'assetto stesso della forma di stato, come per i casi di inottemperanza alle sentenze giurisdizionali, ovvero (data l'attuale, e discussa, disposizione dell'art. 81 della costituzione) per gestire crisi economico finanziarie di soggetti pubblici che, in altri ambiti delle attività umane, verrebbero assoggettate al fallimento, e dunque anche al rischio dell'eliminazione del soggetto, impossibile per le istituzioni pubbliche, o infine per le più estreme forme di incapacità di funzionamento, che fossero dovute ad inadeguate gestioni (come negli scioglimenti per mancata approvazione dei bilanci), o a rischi di venir meno agli elementi legittimanti di una istituzione (come negli scioglimenti per infiltrazioni criminali accertate). Molta della casistica basata sull'urgenza si è nel tempo «normalizzata», ha cioè trovato un assetto che consente un intervento ordinario e poco o nulla

viene affrontato in termini ordinari, con i noti sistemi dell'attribuzione e della competenza, o perché, quand'anche rimane tale, i poteri del precario sostituto, da contingibili ed urgenti, cioè derogatori e straordinari, sono sempre più avviati verso una ordinarietà¹²⁸: sono misure, preventive o repressive, per far funzionare affidabilmente l'amministrazione.

6. Il provvedimento amministrativo come decisione ragionevole e, dunque, personalista

Tutte queste strutture possono essere ricondotte al più clamoroso indizio, costituito dal «diritto alla buona amministrazione» sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da alcuni salutato come un'importante ma importata innovazione¹²⁹, da altri come null'altro che un accordo europeo che conferma principi ed assetti a lungo negletti della Carta costituzionale italiana¹³⁰, e tuttavia oggi protetti in Italia forse con maggiore

sostitutivo, come dimostrano la nascita ed il rilievo del sistema per la protezione civile, la trasformazione del commissario nominato dal giudice in una tecnica di esecuzione forzata delle sentenze (prevista in ogni sistema processuale), la disciplina sempre più intensa e, ormai, assestata dei presupposti per lo scioglimento di enti e delle modalità per gestirne il ritorno alla normalità. Su questi caratteri del «potere sostitutivo» cfr. M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa* cit., pp. 11 ss., e *passim*; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, spec. pp. 1 ss., 141 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 735 ss..

¹²⁸ Il fenomeno potrebbe essere di tipo evolutivo, se si accetta l'idea che una delle forme dell'evoluzione potrebbe ritrovarsi proprio nell'aumento del numero di operazioni importanti che facciamo senza doverci pensare: cfr. G. GIGERENZER, *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbooks*, Cambridge (Ma), The Mit Press, 2001, p. 41

¹²⁹ Tra la enorme letteratura al riguardo, si vedano, ad esempio, R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 284 ss.; C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, Cedam, 2002, p. 255 ss.; M.A. SANDULLI, *Buona amministrazione e Costituzione europea*, in *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. CELOTTO, Torino, Giappichelli, 2004, p. 77 ss.; E. CHITI, *Il principio di buona amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, a cura di M. P. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 39 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. CHITI, G.F. CARTEI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007, I, pp. 49 ss.

¹³⁰ G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M. R. SPASIANO, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 57 ss.; L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 789 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, in *Giustamm.it*, 2/2005, p. 2.

ampiezza¹³¹.

È interessante notare che molti studiosi hanno potuto cogliere nelle parti più intime di questo oggetto (altrimenti poco più che una lista di garanzie procedurali¹³²), alcuni elementi che finiscono con incidere profondamente sul regime giuridico della decisione amministrativa, specie se intesa come effetto di un «comportamento».

Si tratta, per un verso, di un orientamento, si potrebbe dire di un'attitudine, ad essere comprensivi e rispettosi delle ragioni dei cittadini, con spirito di lealtà e collaborazione, e persino mitezza e cortesia¹³³; ma soprattutto, è possibile riportare la «buona amministrazione» alla buona fede¹³⁴, alla correttezza, ed alla ragionevolezza dei comportamenti e delle decisioni¹³⁵.

È noto che quello della ragionevolezza sia un principio giuridico «inespresso», nel senso che sembra essere efficace anche laddove non vi sia alcuna disposizione che, esplicitamente, lo descriva o ne imponga il rispetto¹³⁶; prescindendo dalla discussione circa il fatto che costituisca una sorta di presupposto generale del diritto, e di ogni ordinamento¹³⁷, per la giurisprudenza¹³⁸ e la dottrina italiane è stato possibile riconoscerlo ed estrarlo

¹³¹ D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2008, ora anche in *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, a cura di M. RUOTOLO, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, pp. 119 ss.

¹³² D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto@Storia*, 2010, p. 3.

¹³³ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G.F. CARTEI, G. GRECO cit., pp. 49 ss.; A. ZITO, *Il diritto «ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 436; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Irpa.eu*, 7; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, p. 1035.

¹³⁴ A. PIOGGIA *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. pp. 223 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 1023 ss.; ma si veda già M. S. GIANNINI, *Relazione*, in Av Vv., *Atti del Convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli 27-28-29 ottobre 1963)*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 518: «si potrebbe pensare che quando l'interesse legittimo si presenta come interesse ordinato all'ottenimento di un bene della vita sia identica la posizione del titolare dell'interesse legittimo e del titolare del potere, cioè l'Amministrazione, onde ambedue abbiano il dovere di comportarsi secondo buona fede».

¹³⁵ S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione* cit., p. 7, vi aggiunge anche imparzialità, equità, obiettività, coerenza, proporzionalità, assenza di discriminazioni.

¹³⁶ R. GUASTINI, *Principi di diritto*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 342 s..

¹³⁷ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce in *Dig. (disc. pubbl.)*, XII, Torino, 1997, pp. 345 s.; R. GUASTINI, *Principi generali*, cit., p. 346; R. ALEXY, *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE, A. SPADARO, Torino, Giappichelli, 2002, p. 154.

¹³⁸ Per la Corte costituzionale, si vedano le capostipiti sentenze n.ri 104/1968, 37/1969, 78/1970, 200/1972.

dall'art. 3 della Costituzione¹³⁹ che, riguardando «la Repubblica», ne impone il rispetto quantomeno nei confronti dei soggetti pubblici¹⁴⁰.

Sul versante dell'amministrazione pubblica, esso ha funzionato dapprima come limite della discrezionalità (in negativo, come divieto di irragionevole arbitrio, e dunque come criterio di intervento giudiziario¹⁴¹), per poi dispiegare le vele sino a coincidere o dare senso a elementi essenziali dell'azione amministrativa e del diritto amministrativo, rapportandosi alla discrezionalità, alla funzione, all'imparzialità, al buon andamento¹⁴². Giungendo infine a consentire di trattare il più specifico dei «vizi» di validità del provvedimento amministrativo (e degli atti unilaterali in generale), quello definito nel linguaggio domestico «eccesso di potere», come, all'osso, un problema di ragionevolezza della decisione¹⁴³.

Non è necessario (anche perché impossibile in poche righe) dare conto integrale di questo percorso; è interessante notare, però, che un canone di

¹³⁹ A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, pp. 565, 561 e ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, pp. 372 e ss.

¹⁴⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

¹⁴¹ G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Pubb.* 1963, pp. 63 ss.; in P. Forte, *Oggetti giuridici* cit., pp. 70 e ss., ho cercato di dimostrare che il fenomeno sia un vero e proprio oggetto giuridico.

¹⁴² Tra altri, in aggiunta alla letteratura già menzionata, si vedano F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., spec. pp. 23 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 309 ss.; più di recente, P. M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993, spec. pp. 90 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 16 ss.

¹⁴³ Sul punto il consenso tra gli studiosi è divenuto progressivamente ampio, pur tra differenti approcci e, soprattutto, discussioni sulla piena coincidenza o meno tra ragionevolezza ed eccesso di potere: cfr, tra altri, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, 142; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 497; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di Studi Amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1987, spec. p. 110; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976, *passim*; T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, pp. 605 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965, spec. pp. 272 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, spec. pp. 115 ss., 213, 248 e *passim*; ID., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 51; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, spec. pp. 57 e ss. e *passim*; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa* cit., spec. pp. 320 s.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843; A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa* cit., pp. 223 ss.; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative* cit., spec. pp. 71 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'ALBERTI, Bologna, Il Mulino, 2010, spec. pp. 67 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo* cit., spec. pp. 141 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela* cit., pp. 253 ss..

ragionevolezza così pervasivo esalta necessariamente tutte le fasi di formazione della decisione e, soprattutto, il ruolo delle persone che ne sono implicate: quelle che concorrono alla decisione, assumendosene a vario titolo la responsabilità, e le altre ad essa interessate¹⁴⁴.

A guardare la decisione amministrativa con il prisma della ragionevolezza, infatti, non solo rileva in modo peculiare e proprio, come una sorta di premessa maggiore, il pre-decisionale (l'acquisizione di fatti, documenti, notizie, interessi coinvolti, analisi normative, precedenti amministrativi e giurisprudenziali, ecc.), ma soprattutto la ragionevolezza ne richiede un apprezzamento, una valutazione, una ponderazione, una comparazione, persino un giudizio, da usare per l'adozione, poi, della decisione; ed è stato notato che solo nelle attività materiali di questa fase istruttoria «l'aspetto psichico è irrilevante», mentre per il resto essa «si scompone in una serie, cronologicamente e logicamente collegata, di attività che presuppone un processo mentale ed intellettuale basato su una certa rappresentazione della realtà, rivolta al reperimento di cognizioni concernenti dati, fatti e circostanze materiali, il cui apprendimento implica un giudizio di esistenza e la cui elaborazione si esprime mediante giudizi di valore, alcuni dei quali, molto spesso, aventi contenuto di natura tecnica»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ L. R. PERFETTI, *Diritto a una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 789 ss. Già da tempo, tuttavia, si è rilevata «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». Allorché, perciò, l'amministrazione «agisce per la decisione», le posizioni giuridiche impiegate sono molto diverse da quelle attive per il momento in cui si «agisce per la produzione dell'effetto giuridico»: così A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 119. In argomento, si veda anche M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

¹⁴⁵ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative* cit., p. 154; l'A. stesso, del resto, richiama L. MEHL, *L'informatique, la Connaissance et l'Action*, in *Bull. I.L.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», di J. A. ROBINSON, R.R. MAJAK, *La teoria della formazione delle decisioni*, in *Teoria e metodi in scienza politica*, a cura di D. J. CHARLESWORTH, trad. it. Bologna 1971, p. 245, ove si distinguono gli aspetti intellettuali, sociali e semimeccanici nella formazione delle decisioni; a sua volta, G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in *Amministrazione* n. 1/2013, p. 1, parla di una «scomposizione» della discrezionalità ne «il momento intellettuale dell'interpretazione della legge da attuare, il momento della ponderazione degli interessi coinvolti (pubblici e privati), il momento della decisione e così via».

Più, dunque, di una «ragionevolezza in senso soggettivo»¹⁴⁶, forse si è di fronte ad un'idea di ragionevolezza «in senso personale», perché vi partecipano, come s'è visto in termini psichici¹⁴⁷, con necessità di *discernimento*¹⁴⁸, di *simpateticità*¹⁴⁹, più persone¹⁵⁰: il responsabile del procedimento, se diverso l'organo amministrativo decidente, gli interessati che abbiano qualcosa da dire e da dare all'operazione, e partecipano perciò al procedimento¹⁵¹, o comunque concorrono alla decisione¹⁵². E come in ogni fenomeno ermeneutico del genere¹⁵³, acquista rilievo ciò che viene definita *precomprensione*¹⁵⁴, divengono determinanti cioè non solo elementi, a dir così, oggettivi (canoni o argomenti interpretativi, figure dogmatiche consolidate o dominanti, precedenti

¹⁴⁶ P. M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico* cit., p. 73, cui seguirebbe quella «in senso oggettivo», conseguente e consequenziale, che ai più appare però riferibile, perciò, alla logicità, che non coincide totalmente con la ragionevolezza: cfr. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 4, p. 974 s.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4; si permetta anche il rinvio a P. FORTE, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme*, in *I principi generali dell'azione amministrativa*. Atti del Convegno di Napoli – 3 febbraio 2006, a cura di M. P. CHITI e G. PALMA, Napoli, Jovene, 2006, 73.

¹⁴⁷ La decisione discrezionale è «una scelta individuale ed unilaterale, con una forte connotazione volontaristica e psicologica» secondo M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit, p. 10.

¹⁴⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* cit., p. 103; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario* cit., p. 232.

¹⁴⁹ G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 984 ss.

¹⁵⁰ Anche nel concetto di *accountability*, secondo P. Ricci, *Accountability* cit., p. 5, oltre a coloro che hanno responsabilità di gestione, hanno ruolo coloro che «abbiano concorso, direttamente o indirettamente, a definire programmi», e «coloro che vogliono saperne di più circa le scelte ed in alcuni casi criticano i risultati» (trad. mia).

¹⁵¹ G.D. COMPORTI, *Lo Stato in gara*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*, a cura di A. Pisaneschi, Milano, Giuffrè, 2007, I, spec. pp. 895 s., studia in particolare i «momenti di percezione della realtà, qualificazione-accertamento dei fatti e valutazione degli interessi» cui concorrono i partecipanti, anche privati, del procedimento; parla al riguardo di «coalizione decisionale» M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, spec. pp. 136 e ss.; ma si vedano già le lontane considerazioni di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, spec. pp. 409 e ss.

¹⁵² M. BELLAVISTA, *Alcune riflessioni in tema di diritto giurisprudenziale e formazione della decisione amministrativa*, in AA. VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 134: «La persona che ricopre il ruolo di «parte interessata» (identificata dalla combinazione delle disposizioni contenute nell'art. 3 della l.2248/1865 All. E e artt. 7 e 9 della L. 241/1990) sta innanzi: (con riguardo al chi) alla persona che ricopre il ruolo di responsabile del procedimento e/o di responsabile del provvedimento; (con riguardo a cosa) all'esercizio del potere pubblico».

¹⁵³ «L'apertura al fatto, come caratteristica della decisione, significa, prima di tutto (con riguardo alla persona - alle persone), il lasciar essere gli altri nelle possibilità della decisione stessa, cioè di quella particolare decisione»: così M. Bellavista, *Alcune riflessioni in tema di diritto giurisprudenziale e formazione della decisione amministrativa* cit., p. 133.

¹⁵⁴ H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Milano, 1995, spec. pp. 342 ss.

giurisprudenziali, principi dell'ordinamento, ecc.), che tuttavia possono essere appresi diversamente da persona a persona, ma anche qualità e condizioni, e capacità di apprezzamento, valutazione e previsione delle conseguenze decisionali, dovuti al percorso ed ai caratteri personali¹⁵⁵.

L'elemento personale dunque diviene dirimente in un'amministrazione che usa la ragionevolezza come criterio giuridico di validità delle proprie decisioni, che vale, in tal senso, ad aggiungersi alla valutazione politica, non più in grado nel mondo complesso odierno di farlo da se¹⁵⁶, nell'evitare la balzana idea per cui «le cose si governano da sole e trovano da sé una risposta»¹⁵⁷; e poiché, si ripete, esso è ormai canone della loro validità giuridica, autonomamente o sotto il manto dell'eccesso di potere, decisioni improprie (e quindi cattivi risultati), dovute, per esempio, all'inadeguatezza, alla slealtà, alla disonestà della persona che se ne occupa, al pari di ogni altra causa di evidente irragionevolezza, rischiano di essere non solo commendevoli, inefficienti o inappropriate, ma anche giuridicamente invalide, e perciò rimuovibili¹⁵⁸.

Ciò sembra dare ragione alla dottrina che sostiene che il buon andamento e l'imparzialità prescritti dall'art. 97 Cost. siano un'endiadi, funzionino in combinato, non si realizzino appieno l'uno senza l'altra¹⁵⁹; ma soprattutto è uno strumentario che si aggiunge ai meccanismi interni di valutazione dell'efficienza

¹⁵⁵ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. Napoli, ESI, 1983; G. ZACCARIA *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, 47 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, 48 ss..

¹⁵⁶ G. Palma, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa* cit., p. 5 ss., dimostra la necessità della discrezionalità amministrativa «attrezzata» come complemento irrinunciabile della politica nelle società contemporanee.

¹⁵⁷ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1981, p. 166; la letteratura ha in effetti chiarito già da tempo che l'imparzialità non sgancia l'amministrazione dagli indirizzi politici, e dunque dalla forma di governo democratico rappresentativa: cfr., ad es., G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 100; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 661; P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione* cit., *passim*.

¹⁵⁸ R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 31 ss.

¹⁵⁹ G. Palma, *Itinerari di diritto amministrativo* cit., p. 26 e *passim*; il dibattito è comunque ampio, si vedano, ad esempio, G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 118 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979, pp. 147 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, pp. 47 ss.; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; più di recente, G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, voce in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico* cit., IV, pp. 2934 ss.; parla di un «circolo, nel quale continuamente indirizzo, gestione e controllo dei risultati interagiscono» L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, p. 32; in giurisprudenza costituzionale, si vedano, ad esempio, Corte cost., sentenze n. 333/1993, 104/2007.

amministrativa, e sembra far invecchiare rapidamente, e relegarla ad ambiti ristrettissimi¹⁶⁰, una questione che per decenni invece ha connotato il diritto amministrativo, quella del «merito» delle scelte¹⁶¹, che a lungo, ha coinciso con la concezione dell'amministrazione pubblica come autorità imperativa, come soggetto di potere¹⁶², in una accezione capace, almeno in certi casi, di tener fuori dal diritto alcune sue decisioni, a causa vuoi del principio della divisione dei poteri, vuoi della distinzione delle norme di azione da quelle di relazione, vuoi della prevalenza pregiudiziale dell'interesse pubblico, vuoi per visioni volte a ricondurre nell'amministrazione pubblica un nucleo di libertà del volere prese a nolo da alcune delle tradizioni del diritto dei privati¹⁶³.

Resta ancora oggi un contenuto di merito delle decisioni amministrative, più o meno come vi è in ambito privato, nelle tante decisioni, anche importanti, che ognuno di noi prende per la propria vita o sui propri beni che non hanno rilievo giuridico; ma poiché in quelle amministrative è fisiologicamente insita, per un verso, la possibilità di intaccare interessi altrui, e per altro, s'è visto, anche quello per cui si decide, ciò che chiamiamo interesse pubblico, ha che fare con persone ed i loro bisogni, il diritto alla buona amministrazione e l'obbligo generale di ragionevolezza ne consentono sempre una valutazione giuridica, sia essa interna (con la partecipazione procedimentale, e i sistemi di controllo e verifica) o sia essa giudiziaria, dunque *esterna*¹⁶⁴, almeno in forma cd. «estrinseca»¹⁶⁵.

¹⁶⁰ G. C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, Giappichelli, 2014, spec. pp. 304 ss.

¹⁶¹ F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, pp. 1385 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 539 ss.

¹⁶² B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 277, parla di soluzione «ideologica», dell'«idea di una zona riservata che dia la misura di tutta la forza che la nozione di autorità porta con se'».

¹⁶³ Oltre alla dottrina già menzionata, si veda anche G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, spec. 130 s., A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 84 ss., e da ultimo, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., *passim*.

¹⁶⁴ Con diversi accenti, (soprattutto in tema di cd. discrezionalità tecnica), cfr. F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 113, ss; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, spec. pp. 121 ss.

¹⁶⁵ Cioè su «da presenza e l'ampiezza della motivazione, la ragionevolezza, la sufficienza dell'istruttoria»: così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 126; su ciò pare ormai raggiunta una piena capacità cognitiva anche da parte del Giudice amministrativo: cfr. A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in AA. VV. *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 1437 ss.

E per tutto ciò che ne residua, che resta «di merito», «ad alto tasso di «soggettività»¹⁶⁶, la appropriatezza del decisore diventa vieppiù determinante. Con questi apparati, la decisione amministrativa si rivela definitivamente una decisione giuridica, nella quale le persone implicate impegnano se stesse, le proprie dotazioni, per costituire la relazione giuridica e l'assetto tra interessi che chiamiamo pubblici e quelli che non lo siano, e che si definisce in via convenzionale, concordata, o in forma di atto giuridico unilaterale.

7. Qualche implicazione per la democrazia matura

La valenza di questo assunto, se vero, può assumere una dimensione maggiore. La generazione presente, in Italia ed in larga parte del mondo occidentale, sta sperimentando ciò che potremmo definire la condizione matura della democrazia, quella che tende ad instaurarsi con particolare evidenza dopo periodi piuttosto stabili e duraturi di permanenza di questa forma di governo. Si tratta di una condizione già prefigurata, con approccio deduttivo, dell'intuizione platonica¹⁶⁷, ma è stata corroborata da rilevazioni empiriche e dibattiti più esperti, soprattutto a partire dal XX secolo, e riguarda, a dirla in breve, la naturale tendenza della democrazia (soprattutto in struttura rappresentativa) a dispiegarsi mediante forme sostanzialmente oligarchiche, ed a perdere perciò col tempo autorevolezza e legittimazione delle procedure e dei rappresentanti¹⁶⁸.

Gli studi sull'incidenza dei partiti di massa, e forse più in generale di ogni tipo di organizzazione stabilmente dedicata all'alimentazione dei meccanismi strutturali ed istituzionali della democrazia rappresentativa¹⁶⁹, hanno in effetti

¹⁶⁶ Così Cass., SS UU civ., 17 febbraio 2012, n. 2312.

¹⁶⁷ Mi riferisco al celebre dialogo tra Socrate e Adimanto nell'ottavo libro della Repubblica, dedicato alle diverse forme di potere politico e alla loro degenerazione: cfr. PLATONE, *Opere*, Bari, Laterza, 1967, II, pp. 382 ss. (563 e - 564 a): «quell'identico morbo, dissi, che, sorto nell'oligarchia, l'ha portata a rovina, sorge anche nella democrazia nascendo dalla licenza, e, più intenso e forte, la riduce schiava. [...] È naturale quindi, continuai, che la tirannide non si formi da altra costituzione che la democrazia; cioè, a mio avviso, dalla somma libertà viene la schiavitù maggiore e più feroce». E poi (565 c-d) «Ora, il popolo non è sempre solito mettere alla propria testa, in posizione eminente, un solo individuo, mantenerlo, farlo crescere e ingrandire? – Sì, è solito farlo. – Allora è chiaro, feci io, che, tutte le volte che nasce un tiranno, esso spunta dalla radice del protettore, e non da altra parte».

¹⁶⁸ V. PARETO, *Un'applicazione di teorie sociologiche*, in Id., *Scritti sociologici*, trad. it. Torino, UTET, 1966, p. 274, parlava esplicitamente di «una nuova futura aristocrazia che si appoggia sul popolo».

¹⁶⁹ R. MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1966, p. 56: «chi dice organizzazione dice tendenza all'oligarchia»; più di recente, si può vedere G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Scritti in onore di*

rilevato, con approccio realista, la loro fisiologica, inevitabile tendenza a concentrare la capacità decisionale in luoghi piccoli, minoritari, o comunque costituiti da un numero di persone enormemente inferiore a quello dell'intero corpo elettorale¹⁷⁰, e ciò, lungi dal costituire una meccanica meramente rappresentativa, una fedele proiezione su schermo piccolo di un'immagine più estesa¹⁷¹, è un vero e proprio tecnicismo¹⁷² che finisce col consegnare a gruppi esigui, ed alle loro transazioni, poteri propriamente sovrani, la «tirannia dei cinquantuno» di Luigi Einaudi¹⁷³, ponendo in crisi, nei fatti, una visione ingenua e semplificata del concetto di sovranità popolare, o rendendolo asserzione piuttosto vuota¹⁷⁴.

Seppure la democrazia non stia tutta qui, ed anzi la sua parte migliore è probabilmente altrove - ad esempio nella frequenza obbligatoria dei cambiamenti dei gruppi dirigenti, nella capacità di preservazione di libertà¹⁷⁵ e diritti¹⁷⁶ fondamentali, nella tendenza transattiva fra diversi interessi¹⁷⁷, nella

Lorenza Carlassare. *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009, V, pp. 1788 ss.

¹⁷⁰ Per G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, in Id., *Scritti politici*, Torino, UTET, 1982, p. 711, anche nel sistema rappresentativo «la minoranza organizzata domina sulla maggioranza disorganizzata».

¹⁷¹ Per H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1981, p. 65, il «parlamentarismo» è «fra gli elementi finora considerati che limitano l'idea di libertà e, con ciò, quella della democrazia, il più importante».

¹⁷² J. A. SHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, trad. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1964, pp. 234 ss.

¹⁷³ «altrettanto dura, altrettanto odiosa, come la tirannia dell'uno, dei pochissimi su cento»: L. EINAUDI, *Maior et sanior pars, ossia della tolleranza e dell'adesione politica*, in *Idea*, gennaio 1945, pp. 5 ss.

¹⁷⁴ È ben nota la posizione di M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, trad. it. Torino, Einaudi, 1982, p. 112, per la quale «l'agire politico è sempre dominato dal «principio del piccolo numero», cioè dalla superiore capacità di manovra politica dei piccoli gruppi dirigenti»; ma si veda anche, H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., *passim*.

¹⁷⁵ È uno degli assunti, sia pure generali, sostenuto da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 40 ss.; e, ancor più, in Id., *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia* cit., p. 246 s.; usando questi assunti, più di recente Norberto Bobbio parlava di «frontiera» o «territorio» inviolabile, e a sua volta Ernesto Garzon Valdés ha provato a dimostrare come ciò che egli definisce - prendendo l'espressione da un libro di Juan Goytisolo - il «coto vedado» (un terreno indisponibile anche alla maggioranza semplice) serva a preservare il «principio della maggioranza», impedendo il «dominio della maggioranza»: cfr. N. BOBBIO, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in *Fenomenologia e società*, 1981, pp. 13 ss.; E. GARZON VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, trad. ed ediz. it. a cura di P. COMANDUCCI, T. MAZZARESE, Bologna, Il Mulino, 2003; non diversamente, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998, pp. 3 ss., parla di «non decidibile» e di «non decidibile che non».

¹⁷⁶ Ne si veda un elenco in R. A. DAHL, *Sulla democrazia*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 41 ss.; N. BOBBIO, *teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, p. 378 ss.

¹⁷⁷ H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, trad. it. Napoli, ESI, 1991, p. 50; U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Riv. AIC*, 2011, p.

spinta alla trasparenza di atti e informazioni¹⁷⁸ e, in generale, nel contemplare condizioni di ampia partecipazione – e seppure siano stati elaborati ed usati diversi strumenti per contenere il dominio di oligarchie – dai referendum agli statuti delle minoranze e delle opposizioni, sino ai vari sistemi di decentramento e pluralismo istituzionale - resta il fatto che nelle democrazie mature i decisori politici sono realmente pochi, e spesso con scarsi vincoli di mandato, anche per la labilità, la genericità della delega, che consente acrobazie politiche e accordi improbabili, se non addirittura commendevoli, specie in situazioni in cui il potere istituzionale è in declino, sorpassato gerarchicamente da altri *topoi* decisionali¹⁷⁹.

Già un secolo fa, nel tentativo di trovare un rimedio a questa che potremmo definire la fallacia democratica, anche per non cedere alla tentazione di buttar via il bambino con l'acqua sporca del bagnetto, si provò a lavorare sull'ipotesi che il vero ruolo del corpo elettorale e dei meccanismi di garanzia e bilanciamento tra poteri, non venisse incentrato sulla concorrenza per la conquista del potere, ma sui temi connessi alla responsabilità, sulla capacità di pressione sui decisori, inevitabilmente pochi, per limitarne, in sostanza, l'arbitrarietà¹⁸⁰. Se insomma in società estese, mature, avanzate e complesse, sembra impossibile una democrazia che rispetti per intero entrambe le metà della sua semantica¹⁸¹ (dove c'è potere, sono pochi ad usarlo, dove sono tutti ad esprimersi, non c'è potere), il senso di questo regime in ordine alle capacità decisionale sta nei limiti che, grazie anche ad esso, si possono addurre alle decisioni di chi sia incaricato della relativa responsabilità¹⁸²; e dunque uno dei compiti di chi concorre a conoscere e ricostruire in termini giuridici le decisioni in ambito democratico, sta proprio nel fornire le strutture che supportino questi limiti.

5, parla al riguardo di aspetto soggettivo della democrazia, proprio consistente nella «massima soddisfazione dei diritti delle singole persone».

¹⁷⁸ F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. MERLONI, Milano, Giuffrè, 2009

¹⁷⁹ Per tutti, si vedano le acute osservazioni di C. WRIGHT MILLS, *Le élite del potere*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1966, pp. 9 e ss.; per più recenti ed estreme rilevazioni, che giungono a parlare di «totalitarismo rovesciato» e di «postdemocrazia», si vedano, rispettivamente, S. S. WOLIN, *Democrazia S.p.a. Stati Uniti: una vocazione totalitaria?*, trad. it. Roma, Fazi, 2011; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2003.

¹⁸⁰ M. J. OSTROGORSKIJ, *La democrazia e i partiti politici*, trad. it. Milano, Rusconi, 1991, spec. pp. 616 ss.: «è necessario che la minoranza dirigente sia tenuta in scacco. La funzione delle masse in democrazia non è di governare, bensì di intimidire i governanti».

¹⁸¹ G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, 1993, p. 27.

¹⁸² Sulla democrazia come «sistema di controllo e di limitazione del potere» cfr. G. Sartori, *Democrazia* cit., p. 141 ss.; a parere di P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* cit., p. 84 s., «le società contemporanee diventano sempre più leggibili a partire dalla nozione di minoranza», per cui «popolo» è ormai anche il plurale di «minoranza».

L'utilizzo esteso del principio personalista, come si è provato a dimostrare, conduce non solo ad una decisione amministrativa non imperativa, perché ha forma di atto giuridico, non solo ad una lenta crescita di attenzione per le qualità degli attori decisionali, ma soprattutto a versare la ragionevolezza ed i suoi limiti nello statuto giuridico dell'atto amministrativo che esprime la decisione, compiendo anche sul fronte amministrativo, che è in fin dei conti quello «interno» della politica, quel passaggio (apporvi limiti, esplicitare le responsabilità) senza il quale, s'è detto, la democrazia rischia di essere fallace, o almeno intrinsecamente contraddittoria, ed esposta a rischi di cattura ad opera di dominanti per nulla legittimati.

Credo sia per questo che, di recente, una parte degli studiosi connette le possibilità di intervento sulla decisione amministrativa ad opera di diversi concorrenti (e non solo degli interessati in senso tecnico partecipativo¹⁸³), ma anche il regime giuridico della sua validità imperniato intorno alla ragionevolezza, al principio della sovranità popolare, dunque della democrazia, insomma all'art. 1 della Costituzione, traendone importanti conseguenze anche in ordine alla relazione dell'amministrazione pubblica con i successivi articoli 2, 3 e 4¹⁸⁴. E che, con percorsi conseguenti, si vada diffondendo l'idea di una vera e propria nuova componente della forma di stato, definita *enabling state*¹⁸⁵, in cui i cittadini non sono più meri destinatari delle decisioni amministrative, né meri partecipanti alla loro formazione, ma concorrono alla loro assunzione con varie forme di responsabilità proprie, esaltando la sussidiarietà come *paradigma*¹⁸⁶.

La dialettica interpersonale che si instaura in vista di una decisione amministrativa, ed il regime giuridico assunto dall'atto che la esprime, costituirebbero infatti una delle «forme» con cui si esercita la sovranità popolare, aggiuntiva rispetto a quelle ben più note, discusse e studiate, ed oggi in profonda

¹⁸³ U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 779 ss.

¹⁸⁴ In una linea di sviluppo delle (pur diverse) posizioni di Giorgio Pastori, Feliciano Benvenuti, Giorgio Berti, si vedano le recenti proposte di L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società* cit., pp. 299 ss.; ID, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, pp. 61 ss.

¹⁸⁵ S. CASSESE, *Le prospettive*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 513 s., che lo pone in sequenza successiva al «welfare state» e al «regulatory state»; E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, a cura di F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 29 ss..

¹⁸⁶ D. DONATI, *Il paradigma sussidiario* cit., spec. pp. 273 ss., che a suo avviso prende il posto del precedente paradigma *panpubblicista*; di paradigma aveva già parlato, prima dell'introduzione in Costituzione del principio di sussidiarietà, la Corte Costituzionale: cfr. la sent. 202/1992, in tema cooperazione sociale, che a giudizio della Corte «rappresenta un paradigma di azione collettiva che può trovare attuazione in molteplici campi».

crisi, connesse alla rappresentatività e all'indirizzo politico¹⁸⁷, in virtù della quale la decisione unilaterale dell'amministrazione pubblica riceve dal «sovrano» non solo istruzioni di orientamento e comportamento, ma anche condizioni di legittimazione, tali che, in società complesse, essa risponde non solo della fedeltà generale agli indirizzi formalmente ricevuti (che potrebbero provenire remotamente da pochi, persino mascherati), ma anche delle singole decisioni operative, grazie al regime giuridico dei loro atti, ed alla responsabilità che ne deriva.

¹⁸⁷ C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 10 ss.; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 114 ss.