

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore associato nell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

DETERMINAZIONE, DECISIONE, PROCEDURA

DETERMINATION, DECISION, PROCEDURE

SINTESI

Ci sono parole che, meglio di altre, aiutano a far comprendere il significato di concetti giuridici. Con riguardo alle procedure amministrative, esse sono: determinazione e decisione. L'indagine sul loro significato è utile all'individuazione della struttura del procedimento. Il procedimento non è semplicemente il risultato di una costruzione giuridica oppure la disciplina, normativamente posta, del percorso che unisce il potere al provvedimento amministrativo. Esso è, invece, lo spazio giuridico ove interessi eterogenei si incontrano e si scontrano in vista di un risultato finale. Ma gli interessi non sono alcunché di astratto; essi rimandano a beni della vita (di natura pubblica o privata) i quali, a loro volta, rimandano a persone. Si è soliti studiare il procedimento nei suoi aspetti essenziali, ad esempio il contraddittorio e la decisione, ma spesso rimane in ombra (o si dà per presupposto) il nesso che unisce il primo alla seconda ed il ruolo che ambedue reciprocamente (ossia l'uno verso l'altra e viceversa) ricoprono. Il contraddittorio è lo strumento giuridico che serve, certamente, alla tutela delle ragioni di chi porta nella procedura propri interessi. È esso, però, non è solo uno mezzo di difesa, ma è, anche mezzo di conoscenza; infatti nel rapporto di tesi ed antitesi l'amministrazione acquisisce il maggior numero di informazioni possibili utili e necessarie per la decisione. La decisione, a sua volta, non è il momento in cui la dinamica del procedimento si arresta; anch'essa ha la sua dinamica, rispetto per così dire alla trattazione, che è tesa alla formazione del regolamento di interessi che dispone la cura dell'interesse pubblico concreto e degli interessi particolari selezionati ed organizzati. Quindi, la decisione guarda al contraddittorio, ovvero alla trattazione, e si legittima in ragione della prima. Tale rapporto lo si esemplifica con l'uso della parola «determinazione»; la quale è l'insieme di più possibilità, «compossibilità», alle quali consegue la «realtà» della decisione. La determinazione è quindi quel percorso che porta «dalla possibilità all'effettività». In questo senso determinazione e decisione non sono monadi chiuse e distinte, ma si pongono come due cerchi concentrici, dei quali il primo ha il diametro maggiore. La determinazione, quindi, costituisce il contenuto delle procedure amministrative e ciò vale, pure, in caso di assenza di partecipazione delle parti interessate; atteso che la necessità della decisione sottostà alle stesse regole conoscitive.

ABSTRACT

There are words that, better than others, help to understand the meaning of legal concepts. Regarding administrative procedures, they are: determination and decision. The investigation of their meaning is useful in identifying the structure of the procedure. The procedure is not merely the result of a legal construction or the discipline of the path that unites the power with the administrative act. It is, instead, the legal space where heterogeneous interests come together and clash in view of a final outcome. But interests are nothing abstract; they refer to the goods of life (of a public or private nature) which, in turn, refer to people. The proceeding has usually been studied in its essential aspects, such as contradictory and decision-making, but it often remains in shadow (or presupposed) the link between the first to the second and the mutual role cover. The contradictory is the legal instrument which, of course, serves to protect the interests of those who are in the procedure of their own interests. It is, however, not merely a means of defense, but it is also a means of knowledge; In fact, in the dissertation and antithesis relationship, the administration acquires as much information as possible and necessary for the decision. The decision, in turn, is not the time when the dynamics of the procedure are stopped; It also has its own dynamic which is aimed at the formation of the rules of interest that cares for the concrete public interest and the special interests selected and organized. Hence, the decision looks at the contradiction and it is legitimized because of the former. This relationship is exemplified by the use of the word «determination»; Which is the set of multiple possibilities, «compossibility», which leads to the «reality» of the decision. Determination is then the path leading «from the possibility to the effectivity». In this sense determination and decision are not monads closed and distinct, but they are placed as two concentric circles, the first of which has the largest diameter. Determination, therefore, constitutes the content of the administrative procedures, and this also applies in the absence of stakeholder participation; given that the necessity of the decision is subject to the same cognitive rules.

PAROLE CHIAVE: Procedura amministrativa, determinazione, decisione, compossibilità, contraddittorio.

KEYWORDS: Administrative Procedure, Determination, Decision, Compossibility, Contradictory, Law.

INDICE: 1. Premessa – 2. Oltrepassamento della metafisica – normativizzante del diritto amministrativo moderno – 3. La determinazione come compossibilità – 4. Il fatto in rapporto alla determinazione/decisione – 5. L'effettività nella determinazione/decisione – 6. Le parti in rapporto alla determinazione/decisione – 7. Contraddittorio e determinazione/decisione – 8. Conclusioni

1. Premessa

Quando si usa il lemma «determinazione» (non solo come sostantivo, ma anche come voce verbale) si rischia di incorrere in un caso di vaghezza significativa; soprattutto, se si usa tale termine in un contesto come quello presente, ove si tratta del definire il significato autentico dello stesso nell'ambito delle procedure pubbliche.

Infatti, comunemente (e per rendersi conto di ciò è sufficiente volgere lo sguardo, anche solo in maniera superficiale, alla corrispondente voce in un qualsiasi dizionario etimologico o filosofico), lo s'intende in senso «puntualizzante» ovvero in senso privativo.

Il determinare, quindi, postulerebbe un rimando di senso a quell'attività finalizzata a fissare con precisione i termini di una questione o di un concetto; il tutto con il risultato che, al tempo stesso, alla specificazione conseguirebbe una negazione: l'evidenziazione di un particolare nota di un concetto, in definitiva, altro non è che la negazione di tutti gli oggetti dei quali esso, anteriormente alla determinazione stessa, poteva essere predicato.

Questo collegamento fra determinazione e negazione, in primo luogo, non chiarisce il ruolo che il corrispondente concetto potrebbe e dovrebbe assumere nell'ambito dello svelamento della posizione e del ruolo che una procedura amministrativa ha nell'ordinamento giuridico. Ma, in secondo luogo, esso rende confuso lo stesso rapporto fra determinazione e decisione, nell'ambito di un qualsiasi percorso decisionale pubblico.

Per essere maggiormente precisi, sotto questo secondo profilo, sembra sufficiente riflettere sul significato del lemma «decidere».

Esso deriva, com'è noto dal latino «*decidere*», il quale è formato dal morfema «*de*» (che indica allontanamento) e dal lessema «*caedere*» (che significa tagliare).

Sicché, de-cidere altro non vorrebbe significare il tagliar via ovvero prima separare e poi scartare ciò che non serve. Che, poi, è ciò che ci sembra che avvenga, anche, in una qualsiasi decisione propria del margine giuridico; sia che essa attenga alla c.d. «costellazione» sostanziale oppure a quella giurisdizionale.

Non vi è chi non veda che tanto la determinazione quanto la decisione, nelle accezioni sopra date, avrebbero lo stesso collegamento con la negazione o, per meglio dire, gli stessi lemmi altro non avrebbero che una funzione privativa.

Se così fosse, però, i due lemmi dovrebbero essere intesi come sinonimi (come, difatti, li si trova qualificati in molti dizionari) ed allora non avrebbe senso

lo sforzo di distinguerli; per la ragione che essi avrebbero non solo stesso significato, ma addirittura indicherebbero la stessa attività nell'alveo di una procedura amministrativa.

A questo punto, non vi è chi non percepisca siffatta ricostruzione come non soddisfacente o, per meglio dire, troppo semplicistica. Si ha, invero, l'impressione, con la stessa, per così dire, di rimanere in superficie e, di conseguenza, di non riuscire a cogliere ciò che è essenziale; non solo con riguardo al significato *tout court* dei termini in questione, ma, rilievo maggiormente importante, se essi rappresentino oppure no dei concetti giuridici caratterizzanti il contenuto delle procedure amministrative.

Come sempre accade, in casi del genere, la soluzione o, meglio, la prova di falsificazione la si può cogliere tentando di ragionare in termini di "teoria generale"; ovvero cercando riferimenti in altri margini nel sapere e mutuando, da contesti eterogenei a quello dell'esperienza giuridica, schemi di pensiero che siano adattabili (al di fuori del loro ambito) al discorso giuridico.

Non si tratta in questo caso di "colorare filosoficamente" una particolare costruzione concettuale del diritto amministrativo, per renderla maggiormente accettabile, oppure di confondere l'ontologia con l'epistemologia, ma di verificare, in primo luogo, se il problema che ci si pone innanzi sia reale od apparente; e, nel caso che esso sia reale, trovarvi una situazione (non ricavabile con gli strumenti logici che ci fornisce la tradizionale elaborazione scientifica) che sia coerente con l'ordinamento giuridico.

2. Oltrepasamento della metafisica – normativizzante del diritto amministrativo moderno

Se c'è stato un tentativo, nel secolo scorso, che abbia, per certi versi, tentato di oltrepassare la c.d. tradizione fondata sulla c.d. «metafisica normativizzante», esso lo si ritrova certo nel movimento di pensiero esistenzialista¹.

¹ Ci si riferisce all'indirizzo che è stato da Martin Heidegger, a partire dalla celebre opera «Essere e tempo» (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1927). Non c'è opera di tale Autore che non sia tradotta e studiata, ma la sua diffusione rimane nell'ambito degli addetti ai lavori, nell'eterno contrasto fra epigoni ed accusatori; per cui in Italia il destino dell'opera del filosofo esistenzialista si gioca fra le sole letture che ci offrono, da un lato, i cultori del pensiero debole e, dall'altro, coloro che ne evidenziano solo i collegamenti (che ci furono) con il nazionalsocialismo (collegamenti che ebbe, pure, Carl Schmitt e forse in maniera più importante di Heidegger, ma che la dottrina giuspubblicistica ha, giustamente, tenuto in secondo piano rispetto all'importanza dell'opera). Così facendo, tuttavia, rimane sullo sfondo quando la sua opera abbia influenzato il pensiero di autori come Jacques Derrida e Michel Foucault, le cui opere offrono rilevanti spunti per l'interpretazione del diritto. D'altro canto, se nessuno dubita

Con grande approssimazione, si può affermare che tale corrente di pensiero, per legare «l'essere all'esistenza», ha dovuto negare la validità di ogni «metafisica normativizzante»; in altre parole, la liberazione dell'essere nelle sue possibilità implica il rifiuto della «violenza» della quale è portatrice ogni sistema oggettivo presupposto che indichi in maniera aprioristica ed indiscutibile «ciò che è giusto e ciò che è sbagliato».

A questo punto, si coglie in maniera evidente una precisa assonanza con lo sviluppo del diritto amministrativo moderno.

Esso, a partire da Gian Domenico Romagnosi, è stato pensato (in congedo dall'antica *Iurisditio*) come diritto differenziato funzionalizzato e servente lo stato; con la conseguente negazione dell'esistenza di ogni rapporto giuridico fra amministrazione e persona, sul piano del diritto sostanziale, senza l'intermediazione dell'atto amministrativo²; il quale, a sua volta, ricavava la sua validità non tanto dal «concreto amministrare», ma dal riferimento all'astratto contenuto della legge che, a sua volta, trovava legittimazione nell'astratta e temibile «sovranità dello stato»³. Il tutto con la conseguenza che la persona si trovava nella spiacevole situazione di essere dotata di un doppio *status*: «cittadino», nella giurisdizione e nella partecipazione politica; «suddito», nei confronti dell'amministrazione⁴.

In definitiva, il diritto amministrativo moderno è stato costruito attorno alla *metafisica normativizzante* della sovranità dello stato persona giuridica; la quale indicava a priori ciò che era giusto e ciò che era sbagliato attraverso *la connotazione astratta dell'interesse pubblico*.

Non è un caso, difatti, che l'Italia abbia avuto, per prima in Europa (ante-

che sia legittimo il ricorso che spesso la dottrina ha fatto nei confronti della filosofia analitica, per risolvere problemi attinenti alla conoscenza del diritto positivo; allo stesso tempo, risulta poco comprensibile la pretesa illegittimità del ricorso all'ermeneutica heideggeriana, per gli stessi scopi.

² Per attuare tale disegno, Romagnosi dovette eliminare ogni forma partecipativa all'attività amministrativa da parte dei cittadini. Le ragioni che presiedevano alla svalutazione del procedimento amministrativo sono indicate dall'Autore nel celebre e criptico § 18 delle Istituzioni (poi diventate Principi) del 1814. Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo. Onde tesserne le istituzioni*^{2A ED.}, Prato, Stamperia Guasti, 1835, p. 17. Sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte I, *Contenuto e struttura*, Padova, Cedam, 2012, p. 29 ss.

³ Sulla complessa fenomenologia della sovranità cfr. B. DE JOUVENEL, *De la Souveraineté*, Paris, Génin, 1955. Per un approccio antitetico, si veda H. Kelsen, *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920. Per un tentativo di lettura della sovranità in chiave decostruttiva, si veda per tutti G. BERTI, (*voce*) *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1067 ss.

⁴ Per delle considerazioni sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, p. 763 ss.

riormente quindi alla Spagna ea all'Austria), una norma di principio sul procedimento amministrativo (ovvero l'art. 3 della L. 2248/1865 All. E) e che tale norma sia stata raramente applicata, sino a cadere in oblio.

Di fatto, l'esistenza di una procedura pubblica, presupponeva l'evidenza sul piano giuridico da subito degli interessi in gioco (come avveniva nelle procedure giurisdizionali) e tale evidenza poneva in crisi tutto il sistema del diritto amministrativo moderno.

Sicché la dottrina, assecondata dalla giurisprudenza, conosceva la procedura amministrativa come modello eccezionale e residuale e non ordinario di amministrazione. Tanto è vero che, nella prima parte del secolo scorso, vi fu chi, come Mario Bracci, si oppose in maniera decisa e risoluta a qualsiasi forma di disciplina normativa del procedimento amministrativo⁵.

Anche chi, come Giovanni Miele ed Aldo Mazzini Sandulli, ebbe delle posizioni di apertura alla conoscenza del procedimento (anche in virtù degli sviluppi scientifici e normativi che sul tema si erano avuti in Austria), alla fine non riuscì mai ad andare oltre a concezioni formali delle procedure; le quali, pur raffinatissime, tenevano gli interessi delle persone al di sotto dell'evidenza giuridica⁶.

Dopo la rivoluzionaria teoria della funzione amministrativa di Feliciano Benvenuti⁷, la situazione cominciò a mutare⁸.

Nonostante ciò, immani furono gli sforzi di autori come Giorgio Berti e Giorgio Pastori che a metà degli anni sessanta del secolo scorso (nel solco tracciato dal loro Maestro) si presero la briga di studiare la dinamica della formazione

⁵ Cfr. M. BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo*, Siena, Scuola Tip. Sordomuti, 1927, p. 34 s. La ricostruzione dell'atto amministrativo, come manifestazione di volontà, prevalente in Italia ed in Germania nella prima metà del secolo scorso, peraltro mal si conciliava con la concezione di *procedimento amministrativo* (già affermata in Austria, grazie a Tezner e Merkl), I tentativi di combinazione, sebbene effettuati da importante dottrina, non sortirono effetti apprezzabili. Su di essi, si veda U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Oreste Ranalletti*, vol. I, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), 1931, pp. 439 ss.

⁶ Cfr. G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 119 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), rist., Milano, Giuffrè, 1959.

⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario* (1975), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 3223 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello* (1978), ora in *Ibid.* p. 3467 ss.,

⁸ Cfr. L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, Giappichelli, 2011.

e della stabilizzazione degli interessi all'interno della procedura amministrativa⁹.

Lo sforzo, come si è detto, fu enorme (ma con risultati di tutto rilievo) e fu dovuto non solo dalla necessità di costruire una grammatica giuridica che oltrepassasse quella propria della pandettistica, ma soprattutto perché, forse non con piena consapevolezza, i due autori furono i primi ad avviare (prima ancora del loro maestro) l'irreversibile processo di decostruzione della metafisica normativizzante del diritto amministrativo moderno.

3. La determinazione come compostibilità

Se si libera il procedimento, ossia la procedura, da ogni qualsiasi metafisica normativizzante (ossia da ogni presupposto oggettivo) è allora possibile indagare su concetti quali sono la determinazione e la decisione.

La determinazione ha, in termini di teoria generale, in sé tutte le possibilità che sono proprie rispetto ad una certa attività, financo la sua stessa negazione: ad esempio, l'assenza di pensiero è possibile solo perché esiste la capacità di pensare ovvero solo perché l'uomo è «determinato al pensiero»¹⁰.

Quindi la determinazione non può assumere né concetto né come semplice lemma un valore privativo, semmai è vero il contrario. Essa rappresenta tutte le «compossibilità» che legano un soggetto ad un'attività, in astratto; perché, in concreto, la scelta soggettiva definisce, in un preciso luogo ed in un preciso momento storico (ossia qui ed ora), quale di esse attuare e quali no.

Non a caso nella lingua tedesca la parola determinazione è resa con il lemma *Bestimmung*, il quale indica il risultato di un'attività complessa di ordinazione e fissazione. È ovvio che siffatta attività si legittima in senso concreto sul presupposto della completa conoscenza di tutto ciò che è pertinente alla questione che è oggetto della determinazione.

La parola decisione, sempre in tale lingua, è resa (anche in senso giuridico),

⁹ La bibliografia dei due autori è vastissima, sul tema si richiamano a titolo esemplificativo G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, pp. 80 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 779 ss.; G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Sulla stessa linea di pensiero si rimanda a U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.

¹⁰ Sul punto il riferimento è a M. HEIDEGGER, *L'abbandono*, trad. di A. Fabris, Genova, Il melangolo, 2006, p. 29.

invece, con tre termini: *Entscheid*, *Beschluss* ed *Erkenntnis*.

Mentre il primo richiama solo all'atto del decidere (in senso giuridico al decreto, alla sentenza ecc.), gli altri due, oltre a ciò, rimandano pure al momento conclusivo di un percorso di conoscenza e di giudizio ovvero ad un giudicare in forza di un'acquisita conoscenza.

La decisione, quindi, risulta essere il momento finale di un processo improntato alla conoscenza. Ma la conoscenza di che cosa? La risposta è intuitiva: la cognizione di tutte le possibilità, «compossibilità», concrete rispetto ad una certa attività ed in relazione alle persone che vi sono coinvolte.

Dal discorso che si va facendo, si può comprendere, ora, il legame che unisce la «decisione» alla «determinazione»: la seconda senza la prima sarebbe un agire che si perderebbe nell'eterno gioco dialettico delle «compossibilità». Poiché ciò né è ragionevole e né è ammissibile, la determinazione stessa prescrive che, una volta esaurita la carica dinamica delle compossibilità, si pervenga alla fissazione di una regola concreta, attraverso la selezione di quelle possibilità che devono costituirla e renderla effettiva. Questo suo momento finale è dato appunto con la decisione.

In tale senso, pertanto, si riesce a cogliere quel significato autentico della parola «decisione» che da inizio sfuggiva. Essa richiama certamente, nella sua derivazione dal latino, ad un tagliare (*caedere*) e ad un allontanare (*de*), tutto ciò, però, non alcuna funzione privativa, giacché con la decisione si opera una selezione che non elimina dalla determinazione quelle possibilità non risultate vincenti, ma le retrocede come elementi esterni e non pertinenti, ancorché rilevanti, per la regola concreta che scaturisce con la decisione.

Lo stesso schema di ragionamento vale per il nostro tema. La determinazione, qui, è legata all'attività che si svolge nella procedura amministrativa¹¹.

Tale attività vede come protagonisti non enti od organi, ma persone ossia parti¹²: parti interessate, ai sensi dell'art. 3 della legge del 1865, e parti pubbliche, come il responsabile del procedimento e/o del provvedimento. Ciascuna di esse, a seconda del ruolo che recita nell'agone procedurale, sceglie fra le possibilità della propria determinazione a tale attività concreta.

La determinazione, come compossibilità, postula l'esistenza di una persona concreta e di un fatto concreto. Il collegamento fra persona e fatto implica

¹¹ Per recenti esiti della teoria del provvedimento amministrativo che postulano la teoria della determinazione come compossibilità, si veda M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, vol. I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

¹² Sul «primato della persona», titolare della sovranità, come fattore di decostruzione della legalità formale, si veda B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 241 ss.

necessariamente un bene della vita ed un interesse a questo riferibile. Il lemma interesse è il risultato della composizione dei termini latini di *inter* ed *esse*, che letteralmente significa essere tra.

L'interesse è, dunque, l'atteggiamento che determina l'agire della persona nella procedura, ma questo agire è un «agire tra»; ossia esso è finalizzato a determinare il collegamento fra elementi diversi.

Questi elementi diversi sono il «bene della vita, dato dal fatto», ed il «potere amministrativo», che si attiva, «per via del fatto».

In questo senso, l'interesse è la forza che attrae il bene della vita verso il potere amministrativo e viceversa.

Feliciano Benvenuti ci ha insegnato che l'energia dell'ordinamento mette in movimento la trasformazione concreta del potere amministrativo; Giorgio Berti e Giorgio Pastori ci hanno insegnato che l'energia giuridica sprigionata dal fatto direziona la trasformazione concreta del potere amministrativo, in relazione ai beni della vita in gioco.

Tenuto conto ciò, si può affermare che la forza diviene propria dell'interesse solo quando lo stesso passa dallo stato pregiudiziale a quello dell'evidenza giuridica; tale passaggio si ha solo quando vi è un fatto che causa l'avvio di una procedura amministrativa. Pertanto, è l'energia giuridica che nasce dal fatto (giuridicamente rilevabile) ad evidenziare il fatto sul piano giuridico e ad attribuirgli forza attrattiva.

La determinazione involge tutta la procedura sino all'epilogo e la decisione come suo momento ne condivide le caratteristiche. La qual cosa, come si è visto, conferisce un particolare significato al termine: selettivo delle possibilità e non privativo rispetto alle possibilità non risultate vincenti. La rilevanza procedimentale della possibilità, ossia di tutte le possibilità proprie del procedimento è confermata dal diritto positivo.

Infatti, l'art. 3 della l.n. 241/90 include, nella motivazione del provvedimento, tutti i presupposti di fatto (risultanti dall'istruttoria) che hanno determinato la decisione; di conseguenza, tutte le possibilità evidenziate nella procedura, pure quelle incompatibili con la regola concreta finale, sono rilevanti per la decisione. Ciò fa sì che la possibilità impronta la tutta la determinazione, anche nel momento statico di ciò che è deciso. Per questo motivo, si può affermare che determinazione e decisione sono come due cerchi concentrici, dei quali il primo ha il diametro maggiore.

Infine, la determinazione e la decisione, come apertura al fatto, postulano il congedo da tutte quelle forme di "Violenza giuridica" che è tipica di ogni potere

esercitato in maniera unilaterale per effetto della c.d. «metafisica normativizzante».

4. Il fatto in rapporto alla determinazione/decisione

Se è vero che, in generale, la decisione (come parte della determinazione) è una delle modalità (se non la più importante) di apertura al fatto per il tramite di un giudizio, è altrettanto vero che il fatto né è una qualità del giudizio, né lo è della decisione stessa¹³.

Il fatto, come esistenziale, è esterno, quindi, tanto al giudizio quanto alla decisione, ma, per la sola circostanza di *esservi*, esso determina sia l'uno sia l'altro ovvero è la prima condizione di validità di ambedue. Ma, a questo punto, che cosa s'intende, o meglio si deve intendere, con il lemma fatto? Si deve comprendere nel suo significato un mero accadimento (o una pluralità di accadimenti) o qualcosa di più?

La risposta più semplice (e maggiormente tranquillizzante) potrebbe essere quella di riferire il fatto all'accadimento. Ancorché questo non sia attinente solo ad una cosa, ma anche a beni ed interessi (si è rilevata la forza attrattiva che esercita l'interesse con riguardo sia la bene della vita, sia al potere amministrativo), tale approccio sarebbe in ogni modo insufficiente, giacché lascerebbe fuori l'attore principale del margine giuridico, ossia la persona. La quale è presente, nelle costruzioni classiche del diritto amministrativo, come terminale dell'attività amministrativa (pur essendo fattore essenziale dello stesso), dotata di sola libertà passiva (di quella libertà che le permette solo di reagire di fronte all'esercitato potere pubblico e non di essere parte di esso)¹⁴.

La risposta meno semplice, ma ad avviso di chi scrive maggiormente vicina alla realtà, è quella che intuisce il fatto come comprendente anche la persona in sé e non solo l'accadimento.

Per rendersi conto di ciò, sembra utile volgere lo sguardo al significato del lemma in questione.

In questo, la lingua italiana non ci offre un valido aiuto a differenza di quella tedesca che non conosce il lemma «fatto» ma ne indica il concetto con una parola *Tatsache*, la quale è composta dai termini *Tat* e *Sache*.

Il primo o è una voce verbale di fare oppure è il sostantivo atto, ma inteso

¹³ Si riprende lo schema di ragionamento da M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. da P. Chiodi, Milano, Longanesi, 1976, p. 360 ss.

¹⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994; A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998.

come risultato di un'azione ovvero di un fare; il secondo significa cosa. Pertanto, letteralmente la parola in questione potrebbe essere tradotta con la locuzione «cosa fatta».

Per ciò che qui interessa, essa getta un po' di luce sul contenuto del lemma fatto, ma ci tiene ancora lontano dal suo significato autentico.

Se si prende in considerazione la sola parola cosa, nella lingua tedesca essa può indicare una contesa, una causa, una questione in senso giuridico. Sicché, la combinazione dei lemmi *Tat* e *Sache* può indicare (in senso dinamico e non conclusivo) un fare in una contesa (giuridica); ma, affinché esista la contesa, è necessario l'apporto attivo di più parti e non di una sola.

Quindi, in questo particolare senso, il fatto esiste solo alla condizione della «possibilità di presenza» di tutti coloro che sono coinvolti in esso.

Si è detto del rapporto fra fatto, giudizio e decisione; se questo è condizione di validità dell'uno e dell'altra, allora significa che il fatto in sé disegna il contenuto della regola di un ordine possibile ovvero dell'ordine di formazione non di una semplice decisione, o della decisione in senso generale, ma di quella particolare decisione che ci sarà solo perché c'è il fatto.

Per mezzo di tale chiave di lettura ci si può rendere conto, ancora una volta, che l'atteggiamento classico formale, che afferma la fattispecie come passiva assunzione delle sole possibilità offerte dal contenuto formale della norma, impedisce la verace comprensione della decisione.

Allora, il contenuto autentico della decisione non è rinvenibile in un gioco di forme e contenuti normativi (almeno non solo di questo), ma lo è solo se la stessa è permeata dal fatto nella sua interezza ossia dalla «compossibilità» della determinazione e della decisione.

L'apertura al fatto, come caratteristica della determinazione/decisione, significa, prima di tutto (con riguardo alla persona – alle persone), il lasciar essere gli altri nelle proprie possibilità rispetto al momento decisivo della determinazione, cioè di quella particolare decisione. Su questa linea, la *possibilità di presenza* iniziale diviene *effettività della presenza*.

La qual cosa non significa la svalutazione della norma formale e del suo contenuto, ma indica lo svelamento di un momento essenziale nella produzione della norma individuale e concreta: quello della decisione, appunto, oltre l'interpretazione della norma generale ed astratta. Momento che è stato ingiustamente offuscato dall'eccessivo concettualismo che permeava il «tecnicismo giuridico»¹⁵.

¹⁵ Lo stesso giusliberismo, nel ribellarsi alla *Begriffjurisprudenz*, intese liberare il margine dell'esperienza giuridica dall'assoluto dominio del concetto, piuttosto che sminuire il ruolo del

5. L'effettività nella determinazione/decisione

Il passaggio dalla *possibilità* all'*effettività* della *presenza*, che determina il contenuto autentico della decisione è frutto di un'operazione complessa, il cui senso ed il cui tono sono già espressi nel contenuto delle parole stesse.

Conviene iniziare dal termine finale delle locuzioni (possibilità della p., effettività della p.) ossia dal lemma «presenza».

Tale parola deriva dal termine latino *praesentem* ovvero dal participio presente del verbo *praesum*, il quale, a sua volta, è il composto di *prae* (innanzi) e *sum* (essere); perciò, il lemma in questione può essere inteso come un «essere innanzi a» o meglio come «l'essere innanzi a».

Ciò implica una questione centrale per la determinazione/decisione. Essa può essere espressa mediante la seguente domanda: chi è innanzi a chi ed a cosa? La risposta vale tanto sul versante delle parti interessate quanto della parte pubblica.

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. 241/90) 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.

Questo essere innanzi a, già per il solo fatto di «esserci», rompe la struttura storicamente unitaria del potere (pubblico).

La persona, a sua volta, che ricopre il ruolo di responsabile del procedimento e/o di responsabile del provvedimento (identificati dagli artt. 4 e 5 della l. 241/90) sta innanzi: (con riguardo a chi) alla persona che ricopre il ruolo di parte interessata; (con riguardo a cosa) all'esercizio di un potere diverso da quello di cui egli è, precisamente, responsabile.

Da ciò che si va dicendo, risulta chiaro che la presenza non può essere un mero stare innanzi passivo, ma è l'essere innanzi attivo; in questa accezione, la presenza richiama l'esercizio di un potere.

D'altro canto lo stesso termine che colora la posizione di partenza dell'essere innanzi a, ovvero il lemma possibilità, ne dà conto. Difatti, la parola possibilità può indicare l'evento che può essere o può accadere (e tale significato non

diritto obbiettivo. Sul punto si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 346 ss. Sulla questione della relatività dei concetti giuridici, si rinvia alle brevi osservazioni di W. CESARINI SFORZA, *Sulla relatività dei concetti giuridici* (1940), ora in AA. VV., *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 153 ss.

ci sarebbe di alcun ausilio, per il discorso che si sta facendo) oppure può voler dire qualcos'altro.

Anche in questo caso, è di interesse il significato non immediato e non attuale della parola. Il lemma deriva dalla voce latina dotta *possibilém* che, a sua volta, è composta dal termine *posse* (potere) e dal suffisso *bilem* (capacità di). Quindi la possibilità è, in senso autentico, la capacità di esercitare un potere; ma c'è possibilità solo se si è nella condizione di essere innanzi a.

Tale capacità, tuttavia, non può rimanere allo stato potenziale, ma deve essere portata a compimento, altrimenti non si sarebbe nella condizione «dell'essere innanzi a» (attivo), ma si verserebbe in quella di un mero «stare innanzi a» (passivo). Il suo compimento è nel passaggio all'effettività della presenza; atteso che con il termine effettività si deve intendere la produzione di un effetto, tenuto conto dell'origine stessa della parola che deriva dal termine latino *effectus* (participio passato del verbo *efficere*).

Tale effetto è l'introduzione ed evidenziazione, nella procedura, di tutte le possibilità che la persona ritiene utili per la cura del suo interesse ad un bene della vita; in questa accezione l'effetto della presenza nella procedura è la costituzione della compossibilità della determinazione.

Il passaggio, dunque, fra possibilità ed effettività è il «compimento della presenza» per la determinazione/decisione.

6. Le parti in rapporto alla determinazione/decisione

Il compimento della presenza è la produzione di un effetto, ma in cosa consiste questo effetto in relazione alla determinazione ed alla decisione?

Innanzitutto, è necessario differenziare le posizioni; giacché l'esserci della persona come parte interessata implica possibilità di compimento diverse dall'esserci della persona che ricopre il ruolo di responsabile in una procedura amministrativa.

I tratti differenziali fra le due posizioni sono delineati dal tipo di interesse che è proprio dell'una o dell'altra.

La persona che è parte interessata ha, in relazione alla determinazione/decisione, un interesse proprio rispetto ad una bene della vita che gli è prossimo (in forza di un titolo esistente oppure per un titolo da acquisire).

La qual cosa implica che ella ha la piena disponibilità, quindi libertà, nella capacità di esercitare quel potere pertinente a quella particolare decisione.

Tale disponibilità, ovvero libertà, può consistere, persino nella sua rinuncia; visto che la fatticità della cura nell'esserci è rimessa alla totale libertà di scelta

della persona¹⁶.

Ciò significa che la persona, dal punto di vista strategico, può decidere di essere parte nella procedura amministrativa (e difendersi da subito per ottenere qualcosa – in un procedimento avviato su domanda di parte – oppure per evitare che l'amministrazione ottenga qualcosa da lui – in un procedimento avviato d'ufficio) oppure di rinunciarsi (abdicando a sua volta ad una propria pretesa oppure lasciando decidere l'amministrazione, per poi cercare tutela in via giurisdizionale).

Per la persona, invece, che ricopre il ruolo di responsabile nella procedura amministrativa il discorso è diverso.

Questa non ha un interesse proprio, con riguardo all'oggetto procedimento, ma ha il compito di pervenire ad un regolamento di interessi per la cura dell'interesse pubblico concreto che è frutto della decisione amministrativa.

In questo senso, il responsabile, spogliato da ogni interesse proprio per l'oggetto della decisione, ha un interesse propriamente conoscitivo, cioè finalizzato allo scopo pratico di fissare l'oggetto della decisione una volta per tutte¹⁷.

Così, il compimento della presenza della parte interessata (oltre i profili di tutela di quest'ultima), integra l'attività conoscitiva dell'amministrazione, poiché fornisce informazioni che altrimenti il responsabile, nella sua attività istruttoria, non sarebbe in grado di acquisire¹⁸.

Per vero, tale senso e tono del compimento della presenza sul versante della parte interessata sono già stati evidenziati nel *Saggio sul diritto giurisprudenziale* Luigi Lombardi Vallauri.

La norma concreta (giurisprudenziale), frutto di una decisione, diretta a regolare una particolare fattispecie è tendenzialmente *plurideterminata*; ossia essa è formulata da un solo autore (nelle procedure ove vi è rinuncia ad agire della parte interessata) oppure la stessa è formulata da più autori che possono essere concordi oppure discordi¹⁹.

Su questa linea, ogni compimento della presenza (soprattutto delle parti interessate) produce un'*opinione giurisprudenziale*, la cui autorità deriva dalla norma

¹⁶ Sui momenti della cura per la struttura dell'esserci, si fa riferimento allo schema di ragionamento contenuto in M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 273 ss. e 445 ss.

¹⁷ Per lo schema di ragionamento sul punto si rinvia ad E. HUSSERL, *Esperienza e giudizio*, trad. da F. Costa e L. Samonà, Milano, Bompiani, 1995, p. 475.

¹⁸ Sulla necessità dell'apporto informativo, per così dire, dal basso, ha insistito in maniera particolare il c.d. «individualismo metodologico»; a titolo esemplificativo si veda F.A. V. HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, trad. da A. Cimino, Bologna, Il Mulino, 1988. Per l'analisi di tale corrente di pensiero, si veda per tutti C. LOTTIERI, *Il pensiero libertario contemporaneo*, Macerata, Liberi Libri, 2001.

¹⁹ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 466.

di produzione. Nel *dialogo competitivo* fra le varie opinioni giurisprudenziali, di conseguenza, si forma la norma concreta (giurisprudenziale).

7. Contraddittorio e determinazione/decisione

Tuttavia, se il compimento della presenza si limitasse al profilo appena descritto, per quanto rilevante esso sia, si ridurrebbe a ben poca cosa; e pure il dialogo, finalizzato ad arricchire la conoscenza dell'amministrazione, alla fine sarebbe ben poco competitivo.

L'aspetto o meglio il momento risolutamente rilevante per il compimento della presenza, dalla possibilità all'effettività, è dato dallo stabilimento dello strumento idoneo alla tutela della persona.

Ciò che veramente conta (e che risulta chiaro dall'evidenziato rapporto condizionante fra fatto e determinazione/decisione) è l'azione ossia la centralità della stessa²⁰; intesa questa come l'agire che permea tutta la formazione della decisione e non semplicemente il suo momento genetico.

La determinazione, in quest'ottica, si connota a formazione progressiva, la qual cosa vuol significare che tutti i momenti dell'attività, dall'avvio all'epilogo costituiscono formazione della stessa determinazione e, di conseguenza, del contenuto della norma concreta ovvero giurisprudenziale risultante dalla decisione.

Affinché la determinazione sia verace, ovvero condizionata dal fatto (con tutto ciò che ne consegue, come si è visto), è necessario che essa sia «metodologicamente giurisprudenziale» ovvero sia fondata sul «contraddittorio» fra le opposte tesi²¹.

Perché ci sia vero e non apparente contraddittorio è necessario che la norma di produzione definisca una forma idonea per la decisione anch'essa condizionata dal fatto (nel contenuto che si è evidenziato).

Questa la si può appellare come si vuole (procedura, rito ecc.), ma resta il fatto che la sua sostanza sia quella del «giudizio»; vale a dire di quel sistema fondato esclusivamente sul contraddittorio.

Nel tirare le fila del discorso, si può, ora, sottolineare che il compimento della presenza per la determinazione/decisione, con metodo giurisprudenziale, comporta le seguenti implicazioni.

In primo luogo, risulta chiaro il collegamento condizionante fra diritti della persona e determinazione: il potere amministrativo c'è quando la tutela di tali

²⁰ ID., *op. cit.*, p. 516 ss.

²¹ ID., *op. cit.*, p. 551.

diritti può essere attuata solamente attraverso l'attività amministrativa; tanto è vero che l'interesse pubblico (anche nelle procedure avviate d'ufficio) esiste per dare un regolamento di interessi allorché le persone da sole non sono in grado di produrlo.

In secondo luogo, la circostanza che la forma della determinazione sia il rito, o per meglio dire il giudizio, aggrava in maniera irreversibile la crisi del tradizionale concetto di discrezionalità, storicamente legato all'esercizio unilaterale dell'attività amministrativa ed alla metafisica normativizzante quale suo presupposto.

8. Conclusioni

L'ambito della tutela dei diritti (inteso questo termine in senso lato, comprendente, pure, gli interessi) della persona è di per sé complesso, vuoi perché i diritti sono spesso in contrasto fra di loro²², vuoi per la ragione che essi, in gran parte dei casi, godono di una tutela formale piuttosto che sostanziale.

In questo ultimo senso, la c.d. «legalità formale» è stata, storicamente, usata come una sorta di cartina tornasole volta garantire la specialità ed il privilegio dell'amministrazione anziché i diritti della persona.

Con l'avvento della visione proceduralista del diritto amministrativo (anche grazie all'entrata in vigore della l. 241/90), si è pensato all'avverarsi del definitivo congedo della legalità formale, ma così non è stato.

Difatti, a quella sua forma, un po' ingenua, fondata sul rispetto formale della legge, si è sostituita una ulteriore molto più insidiosa, cioè la c.d. «legalità formale procedimentale».

Questa gioca la sua battaglia su tavoli diversi: sullo spostamento della decisione su piani ulteriori da quello ordinario; sull'uso distorto delle procedure.

Sotto il primo profilo, si pensi ad esempio al c.d. diritto amministrativo globale, la procedura è sì fondata sul contraddittorio, ma l'accesso alla stessa è limitato ad un ristretto numero di soggetti; cosicché la decisione, pur avendo effetti su persone loro malgrado escluse dal contraddittorio, neppure è pienamente giustiziabile in sede giurisdizionale.

Sotto il secondo profilo, la procedura amministrativa non è usata per ciò per cui è stata predisposta, ma per altri fini, ad esempio preparare le difese dell'amministrazione nel processo giurisdizionale.

Sicché si è in presenza di un apparente uso, o meglio non uso, del potere

²² L.R. PERFETTI, *Cibo: quando i diritti sono in conflitto*, in *Agg. soc.*, 2015, p. 550 ss.

amministrativo, con la conseguenza che la procedura non è giudizio e che la decisione non è veracemente tale.

In via riflessa, siffatta mala amministrazione incide in senso negativo, pure, sull'attività giurisdizionale.

Quale rimedio a tale stato di cose?

La rinuncia alla processualizzazione dell'attività amministrativa (ossia al giudizio sostanziale ovvero alla formazione giurisprudenziale della decisione), come da molti caldeggiato, non porterebbe molto lontano.

Infatti, di fronte all'esercizio del potere amministrativo, la tutela di una qualsiasi situazione giuridica soggettiva, sul piano sostanziale, è possibile solo tramite il giudizio (altri sistemi o sono inefficaci *tout court* oppure sono inutilmente autoritari²³).

Il rito o giudizio sostanziale, a discapito dei suoi detrattori, non incide negativamente sull'attività giurisdizionale (poiché esso è rivolto al futuro – cioè a costituire un regolamento che compone i conflitti fra interessi e fra diritti – mentre la giurisdizione guarda al passato ossia alla patologia in via rimediabile) ed è l'unico strumento giuridico esistente per la tutela dei diritti della persona. Si può, in realtà, ben dire che il «diritto alla giusta procedura» è un diritto fondamentale della persona, strumentale alla tutela di tutti gli altri diritti²⁴.

L'antidoto all'insidia data dalla legalità formale procedurale è «la legittimità sostanziale dell'agire amministrativo».

Se per legittimità si intende la condizione di validità esterna al sistema, allora si può correttamente sostenere che se la decisione non è vera apertura al fatto (nel senso sopra descritto), ovvero se il suo risultato non è autentica norma giurisprudenziale concreta, tutta l'attività amministrativa è invalida.

Su questa linea, si deve segnalare, però, l'insufficienza delle attuali figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Di conseguenza, il nostro ordinamento ha l'urgenza di conoscere, come avviene per quello inglese, il vizio invalidante per non uso od apparente uso del potere amministrativo.

²³ ID., *op. cit.*, p. 551 ss.

²⁴ In senso contrario, si veda G.D. COMPORI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 746 ss.