

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI, ORGANIZZAZIONE E PROCEDURE. UN PERCORSO

ADMINISTRATION FOR PUBLIC INTERESTS, ORGANIZATION AND PROCEDURE: A PATH

SINTESI

È certamente vero che la libertà e la tutela delle situazioni giuridiche fondamentali della persona nei confronti del potere pubblico è garantita dall'esistenza di una procedura amministrativa che sia dotata di adeguati strumenti giuridici idonei a garantire il contraddittorio fra essa e la pubblica amministrazione. Per questo motivo, ed a ragione, da molti anni la scienza del diritto amministrativo è stata impegnata a ricostruire il procedimento alla luce delle garanzie del processo; e con ciò recuperando il considerevole ritardo che si aveva rispetto ad esperienze straniere. Sul punto è sufficiente fare riferimento, non solo all'esperienza austriaca, ma soprattutto a quella inglese dove la lunga costruzione giurisprudenziale del procedimento amministrativo sul modello del processo iniziò alla fine del XVIII secolo. Nel condurre questa operazione, culturale prima che scientifica, spesso non si è tenuto dell'impatto che l'organizzazione amministrativa ha sulla procedura; in definitiva quando la persona aziona una pretesa nei confronti della p.a. entra in contatto con l'organizzazione amministrativa e l'essere parte (interessata) di una pubblica procedura alla fine significa essere esposti ai condizionamenti che l'organizzazione è in grado di esercitare sul procedimento. In tale senso, ritenere che l'attività amministrativa e l'organizzazione siano entità separate può essere di nocimento all'effettività della tutela delle pretese della persona. Di ciò si rese conto il legislatore costituzionale, tanto che dispose con l'art. 97, co. 2, cost. che l'amministrazione dovesse essere organizzata in maniera adeguata tanto da garantire il buon andamento e l'imparzialità della stessa. Su questa linea non solo è rilevante il perenne ed equivoco rapporto fra politica ed amministrazione (alla cui questione il legislatore ha, per certi versi, tentato di dare una soluzione, a partire dalla distinzione fra indirizzo politico ed attività amministrativa), ma lo è ancora di più la conformazione dell'organizzazione secondo modelli *aperti* o *chiusi*. Su questo versante, in parallelo alla cura delle garanzie procedurali, si gioca nel prossimo futuro la quantità e la qualità che delle tutele che l'ordinamento può offrire alla persona.

ABSTRACT

It is certainly true that the freedom and the protection of the individual's fundamental legal principles against public authority are ensured by the existence of an administrative procedure, equipped with appropriate legal instruments which guarantee the right to adversarial procedure

with the public administration. For this reason, and rightfully so, the science of administrative law has worked towards rebuilding the proceeding for many years, in the light of the guarantees offered by the procedure, thus catching up with the considerable delay on foreign states.

It is sufficient to refer to the experiences of Austria, and above all England, where the lengthy case-law construction of the administrative proceeding on the model of the administrative procedure was first established at the end of the 18th Century. A cultural rather than scientific operation, which however has often neglected the strong impact of the administrative organization on the procedure; ultimately, when someone makes a claim towards the public administration, they come in contact with the administrative organization, and to be part (or rather, to be concerned) in a public procedure is actually to be exposed to the constraints that the organization can exert on the proceedings.

In that sense, to think of administrative activity and administrative organization as two separate entities may be detrimental to the effective protection of the individual's claims. The Constitutional legislator was so aware of such risk that he provided, in article 97, subparagraph 2, that the administration must be adequately organized, as to guarantee its proper functioning and impartiality. Along this line, the perennial and equivocal relationship between politics and administration (to which the legislator somehow attempted to provide a solution, notably with the distinction between political and administrative activity) is substantial, but more than that, the structure of the organization according to open or closed models becomes relevant. In this regard, in the near future, alongside the concern for procedural guarantees, the quantity and quality of the safeguards that the legal system can offer to the individual will be at stake.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – governo – procedura amministrativa – interessi individuali – interessi pubblici

KEYWORDS: Administrative Organization – Government – Administrative Procedure – Individual Interests – Public Interests

INDICE: 1. Premessa. – 2. Buon governo e buona amministrazione. – 3. Organizzazione e procedura nella formazione dello stato moderno. – 4. (Segue) Formazione giurisprudenziale e formazione legale della procedura amministrativa. – 5. L'influenza esercitata dal modello austriaco – 6. La peculiarità delle soluzioni adottate nell'ordinamento nordamericano. – 6. Conclusione.

1. Premessa.

Si è soliti oggi volgere l'attenzione, quando ci si accosta al tema del potere pubblico, alla dimensione dell'attività piuttosto che a quella dell'organizzazione; come in passato, al contrario, era preponderante l'interesse verso l'organizzazione a discapito dell'attività.

Ciò lo si fa sul presupposto della immediata rilevanza di essa, come momento di contatto fra chi esercita una funzione pubblica e colui o coloro che sono in questa coinvolti.

In questo senso, si ha sempre presente il paradigma della giurisdizione dove la sua

formalizzazione è da sempre oggetto di riflessione, tanto da mettere in ombra, se non proprio far cadere nell'oblio, il margine organizzativo.

È evidente il debito che la scienza amministrativistica ha verso quella processualistica¹ nella costruzione del procedimento come modello di decisione aperto, partecipato e paritario²; ciò non toglie, però, che per tale debito si debba tenere in conto solo delle affinità fra procedimento e processo e non delle discriminanti fra giurisdizione ed amministrazione.

Oggi la distinzione fra giurisdizione ed amministrazione (sulla scorta del principio della separazione dei poteri o delle funzioni³) non si gioca più sulle divergenti modalità di attuazione della sovranità dello stato⁴ e neppure sulla differente guisa con la quale gli organi amministrativi, da un lato, e quelli della giurisdizione, da altro lato, darebbero seguito all'attuazione del diritto oggettivo⁵.

Le ragioni sono molteplici ed in questa sede possono solo essere sommariamente enumerate. In primo luogo, la carta costituzionale imputa la sovranità al consorzio sociale (e quindi alla persona, come suo elemento fondante) e non più allo stato (Art. 1, co. 2, cost.). In secondo luogo, la visione strettamente normativistica dell'attività di chi esercita una competenza legata ai pubblici poteri paga le conseguenze della sua eccessiva astrattezza; se è vero che la distinzione fra *Sein* e *Sollen* (per come essa fu disegnata da Hans Kelsen nella dottrina pura del diritto) ha segnato un

¹ Cfr. E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; E. FAZZALARI, *La dottrina processualciviltistica italiana: dall'azione al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 919 ss. Sul rapporto fra procedimento e processo si veda fra gli altri L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss. e M. MONTEDURO, *Sul processo come schema d'interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss.

² F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 807 ss.

³ Sul principio, la bibliografia è sterminata, fra le altre si segnalano le seguenti opere H. KELSEN, *Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Arch. für Rechts und Wirtschaftphi-los.*, 1923 – 1924, p. 374 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, p. 48 ss.; G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 673 ss. Per un singolare spunto critico rispetto alla teoria montesquiviana, si veda L. PEREGO, *La dinamica della giustizia*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 331 s.

⁴ 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.

⁵ Cfr. A. RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Roma, Athenaeum, 1926.

momento di evoluzione della scienza, perché è stata in grado di rendere evidente la razionalità del processo di formazione della norma giuridica, è altrettanto certo, però, che l'aver escluso dal contenuto della norma giuridica l'aspetto fattuale ha segnato un irrimediabile iato fra il diritto scritto e quello applicato.

La distinzione fra amministrazione e giurisdizione, in realtà, riposa sul diverso contenuto e sulle eterogenee finalità di cui le rispettive funzioni sono portatrici.

La giurisdizione, per così dire, guarda al passato ovvero ad un regolamento di interessi che si è formato e sul contenuto del quale, o sulla sua attuazione, si è radicata una lite (con l'eccezione della giurisdizione amministrativa di merito e della giurisdizione volontaria ordinaria).

L'amministrazione, al contrario, guarda al futuro (con l'eccezione, ad esempio, dei procedimenti sanzionatori), dal momento che è tenuta (o d'ufficio o su domanda di parte) a costituire un regolamento di interessi che le parti interessate non possono costituire autonomamente (con l'eccezione della segnalazione certificata d'attività).

In più, la giurisdizione si fonda su un ordine (quello della magistratura) che è formalmente autonomo ed indipendente da ogni altro potere (art. 104, co.1, cost.) e che per tale ragione non è (o non dovrebbe essere) suscettibile di essere edulcorato dal potere politico; la stessa cosa non vale per l'amministrazione che, invece, condivide l'organizzazione proprio con questo, con l'eccezione delle autorità amministrative indipendenti e, per certi versi, delle agenzie.

Sicché se per la giurisdizione l'organizzazione, per certi versi, potrebbe in linea astratta non essere così rilevante, dal punto di vista della scienza giuridica (sebbene la carenza di studi sul tema abbia creato non pochi problemi dal punto di vista operativo), la stessa cosa non può dirsi, neppure dal punto di vista astratto per l'amministrazione.

Organizzazione ed attività sono in perenne ed instabile equilibrio, dal momento che le esigenze di *governo* e quelle di *amministrazione* sono spesso divergenti.

La distinzione fra attività di indirizzo politico ed attività amministrativa trova giustificazione proprio sull'eterogeneità dei fini dei quali sono portatori governo ed amministrazione.

Se il governo si legittima sul consenso di un programma politico che rispecchia una *visione parziale della realtà*, l'amministrazione, al contrario, si legittima con la responsabilità sia verso il consorzio sociale sia verso la persona, ovvero con il dovere di avere, nel caso concreto, una *visione*

imparziale della realtà.

La qualcosa significa che la persona quando entra in contatto con la p.a. ha la necessità non solo di fruire di una procedura amministrativa (sul modello del processo) che gli garantisca ampi poteri di partecipazione, ma, financo, di beneficiare di un'organizzazione che sia in grado tanto di supportare la procedura, quanto di renderla effettiva, il tutto per la ragione che non ci può essere ordine isonomico nel procedimento amministrativo, se l'organizzazione amministrativa non è libera dal potere di governo.

Su questa linea i sintagmi *buon governo* e *buona amministrazione* (con tale locuzione non si intende fare riferimento al principio costituzionale di *buon andamento*) non possono coincidere, atteso il diverso sistema di legittimazione sul quale essi si fondano.

2. Buon governo e buona amministrazione.

Il lessema governo ha, com'è noto, dei tratti incerti ed indeterminati. Non a caso la scienza politica ha elaborato varie chiavi di lettura per poter comprendere un oggetto che risulta essere, in definitiva, inafferrabile.

Il tutto con la logica conseguenza che a tutt'oggi quando ci si accinge ad affrontare tale argomento, lo si può fare solo con la consapevolezza di offrire delle visioni parziali.

Per tale ragione, è sempre stato difficoltoso il dialogo, sul punto, fra giuristi e politologi. La prospettiva giuridica, però, se non è imprecisa, risulta essere alquanto riduttiva ed inadatta ad offrire uno sguardo d'insieme al fenomeno; dal momento che essa tenta di ridurre il tema alla questione, pur se relevantissima, delle forme di governo.

Se si volge lo sguardo all'origine della parola, sia nella versione del greco antico (*kubernēin*) sia in quella latina (*gubernaculum*), ci si può rendere conto che essa rimanda al senso di conduzione e di direzione.

Il condurre ed il dirigere, a loro volta, richiamano il tema dell'oggetto di questa attività; il quale altro non può essere in via immediata la persona, nella sua qualità di componente essenziale del consorzio sociale.

Se poi al sostantivo “governo” si apparenza l’attributo “buono” (al fine della formulazione dell’espressione “buon governo”), la questione assume dei connotati peculiari. Invero, il lemma “buono” può essere letto, in chiave morale, come ciò che ha come finalità il “bene” o, molto più semplicemente, come ciò che è “conveniente”.

In ambedue le accezioni, la combinazione dell’aggettivo con il sostantivo produce un sintagma che può essere descritto nella seguente maniera: il governo è buono qualora riesca a tracciare una direzione conveniente che la persona deve osservare (in forza di un comando), per ciò che essa non può fare autonomamente come singolo o come parte di una più ampia aggregazione sociale.

La descrizione, però, lascia in ombra alcune questioni decisive per ciò che attiene tanto all’essenza, quanto alle dimensioni del fenomeno esemplificato con il sintagma “buon governo”.

La prima è attinente alla scaturigine della decisione ossia all’individuazione sia della legittimazione soggettiva, sia delle modalità di formazione della stessa; mentre la seconda è riferita alla relazione fra lo spazio dell’attività di governo propriamente detta e lo spazio amministrativo, ovvero alla continuità oppure alla discontinuità fra governo e amministrazione.

Alle questioni delineate possono essere date soluzioni istituzionali diverse, con risultati che si pongono in antitesi fra di loro; dal momento che esse implicano l’adozione di modelli istituzionali eterogenei.

In primo luogo, la legittimazione soggettiva può essere imputata esclusivamente ad uno o più organi dello stato; la qual cosa significa che il potere decisionale sia concentrato nelle mani di un ristretto numero di persone.

La legittimazione soggettiva può avere un’imputazione per così dire diffusa; il tutto con la necessaria conseguenza che, pure, il potere di decidere sia ripartito fra più soggetti ovvero fra coloro che sono coinvolti nella fattispecie concreta.

In secondo luogo, ci possono essere spazi distinti fra governo e amministrazione oppure essi possono porsi come due cerchi concentrici facenti parte di uno stesso spazio: nell’ultima ipotesi il concetto di buon governo assumerebbe in sé, come sua declinazione, pure, quello di buona amministrazione; nel primo caso, invece, essi sarebbero due concetti distinti proprio per la ragione della loro pertinenza a spazi istituzionali non omogenei.

Nell'ipotesi di imputazione ristretta della legittimazione, si è in presenza di un modello istituzionale chiuso; il quale comporta che l'attività amministrativa sia unilateralmente dominata da un unico potere, quello pubblico.

In quella di imputazione allargata della legittimazione, si è in presenza di un modello istituzionale aperto; il quale consente che l'attività amministrativa si sviluppi nella dialettica fra poteri diversi, di natura pubblica e privata.

Al modello chiuso è coesistente l'unità di governo e amministrazione; mentre quello aperto ne postula la discontinuità.

Rilevanti sono le implicazioni, con riferimento alla formazione della decisione pubblica, dei due modelli.

In quello chiuso, buon governo e buona amministrazione coincidono; le scelte di governo sono, spesso, pure decisioni amministrative, poiché l'atto amministrativo (nella continuità fra governo e amministrazione) altro non è che la trasformazione e concretizzazione, in termini giuridici, di una decisione politica.

Su questa linea, il concetto di buon governo (e, quindi, di buona amministrazione) acquisisce una "connotazione autoritaria" (che può ben essere innestata, come l'esperienza dimostra, pure in sistemi democratici e liberali); per la ragione che la "bontà" del "governo" è parametrata al raggiungimento di un determinato risultato, per la cura di un interesse pubblico astrattamente predeterminato e, spesso, ostilmente preordinato nei confronti degli interessi della persona, la quale (nella relazione con la pubblica amministrazione) dallo status di "cittadino" passa a quello di "suddito" o tutt'al più a quello di "amministrato".

In tale modello, la guisa con la quale si perviene alla decisione pubblica, priva di una seria procedura amministrativa, è qualificabile a "giustizia perfetta o di risultato".

Nel modello aperto, il concetto di buon governo e quello di buona amministrazione sono necessariamente distinti; perché le pertinenti attività obbediscono a logiche istituzionali diverse: l'una è finalizzata alla costruzione di programmi, ad emanare direttive, atti d'indirizzo e ad allocare risorse; l'altra è, bensì, diretta a determinare regolamenti d'interessi che le parti private non possono formare autonomamente.

Sicché buon governo e buona amministrazione, in questo senso, assumono una

connotazione liberale o quanto meno non autoritaria; dal momento che, oltre il risultato, è rilevante la maniera con la quale si arriva ad esso. L'esistenza di regole procedurali aperte, sul modello di quelle del processo giurisdizionale, fanno sì che la formazione del regolamento d'interessi (che presiede alla cura tanto dell'interesse pubblico concreto, quanto degli interessi particolari) sia dominata sia dall'amministrazione procedente sia dalle parti interessate, in maniera tale da garantire alla persona il diritto di difesa nell'ambito dell'attività amministrativa.

Su questa linea, la parte privata, come cittadino e come coamministrante, è titolare di un potere procedurale che si incontra e si scontra con il potere pubblico e ne fa da contrappeso; il rispetto della regola del contraddittorio qualifica la modalità con la quale si perviene alla decisione pubblica a "giustizia imperfetta o di mezzi"⁶.

Affinché tale modello, però, si realizzi è necessario, da una parte, che l'organizzazione amministrativa sia distinta dal potere di governo⁷ e, dall'altra parte, che la stessa sia in grado di supportare una procedura aperta e flessibile ossia che essa medesima sia aperta e flessibile.

3. Organizzazione e procedura nella formazione dello stato moderno.

L'esperienza storica, l'evoluzione dei sistemi amministrativi, segna una singolare coerenza nell'avvicinamento dei due modelli, il cui discrimine è dato soprattutto, come si è visto, dalla presenza o dall'assenza di una procedura modellata sul processo giurisdizionale ed al contempo, dalla presenza o dall'assenza, di un'organizzazione adeguata ed effettiva.

Ciò vale tanto per gli ordinamenti dell'Europa continentale quanto per quelli dell'area anglosassone. Ma lo stesso discorso è estendibile a quelli dell'America latina per la circolarità dell'ordinamento spagnolo, dovuta alla comunità linguistica e culturale.

⁶ Cfr. Sul rapporto fra giustizia procedurale perfetta e quella imperfetta, si veda J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, p. 84 ss.; J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1996, p. 202. Sulla c.d. giustizia procedurale pura, cfr. B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 111. ss.

⁷ Cfr. G. BERTI, *L'amministrazione come libertà (dalla politica)*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 393.

È utile precisare che il concetto di procedimento amministrativo non è una costruzione giuridica contemporanea, dal momento che esso affonda le radici nella storia dell'esercizio dei pubblici poteri.

Durante l'Ancient Regime, in assenza di libertà politiche ed economiche, proprio l'esercizio di poteri che oggi chiamiamo amministrativi conosceva mezzi di tutela della persona nei confronti del potere monarchico.

Questi mezzi di tutela erano organizzati in una procedura aperta e partecipata; non era infatti un caso che l'attività amministrativa e quella giurisdizionale appartenessero alla stessa categoria della *Iurisdictio*.

Quindi già allora esisteva un procedimento amministrativo che condivideva con quello giurisdizionale le stesse garanzie; tanto è vero che il governo monarchico assoluto, per avere maggiore libertà, tentò (spesso senza riuscirci) la creazione di classi di atti amministrativi senza procedimento amministrativo⁸.

Il tutto, e qui sta il paradosso, a fronte di un'organizzazione dei poteri pubblici formalmente chiusa, fondata con criteri fiduciari ed autocratici; dove in linea astratta doveva essere garantita la continuità fra il potere del sovrano e quello sia dell'intendente sia dell'organo collegiale, a seconda delle rispettive competenze.

Ciò fu causato, probabilmente, dalla forza attrattiva della *Iurisdictio* che fu in grado di smussare, per certi aspetti, le asperità autoritarie dell'organizzazione amministrativa; in definitiva, la proceduralità dell'attività amministrativa fu capace di prevalere sull'organizzazione, rendendo già allora palese il dialogo ed il contrasto fra attività amministrativa ed attività di governo.

Dopo la rivoluzione del luglio 1789, la situazione mutò. L'attenzione dell'opinione pubblica fu rivolta principalmente alla conquista delle libertà politiche ed economiche, così cadde nell'oblio il sistema delle libertà civili nei confronti della pubblica amministrazione.

Sotto il sistema monarchico assoluto, l'unità dell'organizzazione aveva mostrato significativi segni di cedimento: la crescente dilatazione territoriale degli stati poneva seri problemi di coordinamento, di controllo e di efficienza.

⁸ Sul punto si veda, M. FOUCAULT, *A verdade e las formas juridicas* (1973), trad. it. in *Antologia. L'imparzialità e la libertà*, 3^a ed., Milano, Feltrinelli, 2008, p. 92 ss.

Cosicché, le riforme napoleoniche ridisegnarono l'unità dell'amministrazione su basi burocratiche, ossia professionali, congedandosi definitivamente dall'impianto fiduciario e, in talune ipotesi, meritocratico del cessato ordinamento giuridico.

L'illusione squisitamente illuminista che il potere politico fosse concentrato nell'assemblea deputata all'attività legislativa e che quello di governo dovesse dare solo esecuzione alle leggi, rese accettabile la cancellazione delle antiche guarentigie.

La fallacia illuminista sta proprio nell'aver ritenuto che il potere di governo, ancorché non neutrale (quindi politico) potesse essere imbrigliato completamente dalle forme della legge scritta; e che, dunque, le libertà (e la loro tutela) potessero essere indifferenti, ossia non trarre nocimento, dalla perfetta coincidenza fra governo ed amministrazione.

L'aspettativa che questa fosse in grado, da sola, di garantire le libertà conquistate si tradusse ben presto in una semplice speranza e lo stesso legislatore napoleonico conscio di ciò provvide, in talune ipotesi per la tutela di alcuni diritti fondamentali (quali quello di difesa avverso il potere disciplinare e quello di proprietà nei confronti del potere espropriativo), a reintrodurre il procedimento amministrativo.

Il caso dell'espropriazione è emblematico del peculiare rapporto fra organizzazione ed attività amministrativa e lo si può cogliere, ad esempio, nel decreto dell'11 luglio 1813, per l'allora Regno d'Italia.

Esso prevedeva diversi livelli di amministrazione e la competenza di eterogenee organizzazioni giuridiche.

Quella che oggi definiamo la fase della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera era di competenza esclusiva del governo (formalmente del sovrano, nella persona del viceré, sostanzialmente del ministro competente), il quale operava in maniera unilaterale ed insindacabile; in questo senso vi era perfetta coincidenza fra buon governo e buona amministrazione e, pertanto essa aveva una connotazione squisitamente autoritaria, per non dire arbitraria.

L'individuazione dei terreni da espropriare era, invece, rimessa all'amministrazione periferica, era assistita da adeguate garanzie di partecipazione ed era sindacabile; in questo senso si può ammettere che non vi era coincidenza fra buon governo e buona amministrazione, di modo che tale fase perdeva i connotati autoritari della precedente.

L'espropriazione vera e propria era bensì rimessa all'autorità giudiziaria ordinaria; il fatto che al giudice ordinario fosse affidata la funzione di controllo sull'attività espletata dall'amministrazione (con l'esclusione di quella esercitata dal governo) assieme alla decisione sull'espropriazione non sembra spiegabile per una sorta di effetto ritorno dell'antica Iurisditio. Certo è che si guarda al breve lasso di tempo intercorso per la transizione fra i due ordinamenti giuridici, tale spiegazione sarebbe in linea astratta ammissibile; se, però, si tiene conto dell'effetto dirompente, a livello tanto politico quanto istituzionale, che ebbe la cesura della rivoluzione di luglio, la ricordata spiegazione risulta essere non convincente o meglio la stessa poteva stare nelle possibilità, ma non nelle probabilità.

È verosimile, piuttosto, che ci si fosse resi conto di quanto la nuova organizzazione amministrativa, per come essa era stata pensata e costruita, fosse inadatta a gestire un procedimento (o meglio una parte dello stesso) formalmente e sostanzialmente aperto alla partecipazione delle parti interessate.

Per evitare, probabilmente, che le garanzie procedurali fossero rese vane dalla prassi operativa dell'amministrazione, si preferì affidare la conclusione del procedimento al giudice ordinario (il quale aveva cognizione, pure, sugli eventuali reclami per la violazione delle norme sul contraddittorio), che era in una posizione di autonomia rispetto al potere di governo. L'esempio fatto mostra, in maniera emblematica, che ciò che è buono per l'attività di governo non è necessariamente acconcio per quella amministrativa; da momento che i fini che presiedono all'attività della prima si disegnano attorno ad una visione parziale delle realtà, mentre quelli attinenti alla seconda si abbozzano intorno ad una visione imparziale della realtà.

L'Europa continentale fu permeata dall'ideologia napoleonica, con riguardo alla configurazione giuridica dei poteri amministrativi, anche dopo la restaurazione; lo stesso Gian Domenico Romagnosi, in Italia, nei suoi celebri Principi di diritto amministrativo (la cui prima edizione era del 1813, vicina, quindi all'epilogo dell'epopea napoleonica) sostenne con forza l'unilateralità dell'attività amministrativa a discapito del procedimento amministrativo⁹.

⁹ 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*, 3^a ed., Prato, Stamperia Guasti, 1835, p. 17. Sul

Con l'avvento, negli ultimi venti anni del secolo XIX, del germanesimo (ossia della pandettistica germanica), che influenzò in maniera decisiva la dottrina italiana (sino ad allora adagiata sul metodo esegetico di matrice francese), la situazione non mutò; infatti, il diritto amministrativo, in quel periodo, venne costruito sulle categorie del diritto privato, con la conseguenza che l'atto amministrativo, frutto di una fittizia volontà dell'apparato, doveva essere, per forza di cose, unilaterale.

In questo senso, gli studi in Italia si concentrarono sulla costruzione dell'atto amministrativo e dell'amministrazione come soggetto giuridico. Mentre con riguardo al primo l'attenzione della dottrina fu puntuale ed accurata, con sofisticatissimi risultati dal punto di vista scientifico (sulle orme delle possenti costruzioni concettuali germaniche), la stessa cosa non si ebbe per l'organizzazione, che veniva solo descritta con precisione.

Salvo l'eccezione dell'opera di Santi Romano, il quale, con la teoria dell'ordinamento giuridico, pose solide basi per lo studio delle organizzazioni giuridiche.

In ambedue i casi, rimase nell'oblio l'attività amministrativa che fu assorbita dall'organizzazione, non potendo essa entrare in contatto con la staticità dell'atto amministrativo; il quale era e doveva rimanere il risultato giuridico, come si è visto, della manifestazione di volontà dell'amministrazione soggetto e, quindi, dell'organizzazione amministrativa.

Sicché, in questo caso, con la concentrazione del potere amministrazione nelle mani del vertice dell'organizzazione governo ed amministrazione finivano per coincidere in maniera perfetta.

Con la conseguenza che qualsiasi contatto formale fra persona ed amministrazione fu relegata nel ristretto ambito della figura degli atti giuridici, sia che essi si sostanziassero in semplici postulazioni (finalizzate ad invocare una particolare manifestazione della allora volontà amministrativa) oppure in atti amministrativi negoziali¹⁰.

La coincidenza perfetta fra governo ed amministrazione, nel livello organizzativo, esige il

punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte I, Contenuto e struttura, Padova, Cedam, 2012, p. 29 ss.

¹⁰ Sugli esiti, talune volte, autoritari della costruzione volontaristica del diritto, si veda A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto di diritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 103 ss.

completo dominio sull'attività amministrativa e pertanto, come si è visto, non vi poteva essere spazio per la procedura amministrativa¹¹.

In questo senso, è emblematica la coeva esperienza spagnola. Nel 1889 fu emanata una legge generale sul procedimento amministrativo, la cui disciplina, però, per essere effettiva necessitava di un successivo processo di regolamentazione attuativa; esso si rendeva necessario per l'individuazione delle modalità organizzative necessarie ad istituire e far funzionare il procedimento amministrativo. L'organizzazione amministrativa del tempo, fortemente dominata da quella di governo, risultava essere inadatta al raggiungimento di tale scopo minimo (ovvero di dare attuazione ad una legge dello stato) giacché inidonea ad operare mediante modelli procedurali.

Il risultato fu che mai furono emanati siffatti regolamenti attuativi e quella disciplina sul procedimento rimase lettera morta.

4. Formazione giurisprudenziale e formazione legale della procedura amministrativa.

In maniera diversa andò in Austria. nel 1875, venne costituito il Supremo Tribunale Amministrativo che aveva, pure, come compito quello di annullare gli atti amministrativi che fossero stati emanati in violazione delle norme essenziali sulla procedura amministrativa.

Ma nell'ordinamento austriaco di quel tempo non esisteva una legge che disciplinasse la materia, tale da rendere evidenti quali fossero le forme essenziali di tale procedura.

Così la giurisprudenza amministrativa (allo stesso modo in cui il Consiglio di Stato francese aveva creato il vizio di illegittimità degli atti amministrativi per sviamento di potere – *Détournement*

¹¹ 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. 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. Nondimeno, già prima della celebre opera di A.M. Sandulli, ci furono in Italia degli eccellenti studi sul procedimento, sul punto si veda G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 119 ss.

de Pouvoir – sulla cui figura la giurisprudenza svilupperà l'eccesso di potere¹²) avvio l'elaborazione delle forme essenziali del procedimento amministrativo; per fare ciò essa prese a modello le disposizioni contenute nell'Ordinanza di Klein, che disciplinava il processo civile.

La giurisprudenza austriaca fu così importante da permettere lo sviluppo di una compiuta teoria sul procedimento amministrativo grazie a F. Tezner (per anni presidente della corte amministrativa), il quale nel 1896 pubblicò l'eccellente manuale sulla procedura amministrativa (probabilmente il primo edito al mondo sull'argomento)¹³.

In soli venti anni, a Vienna fu costruito il procedimento amministrativo non solo come modello pratico, ma pure come modello scientifico. Nel 1925 fu, poi, emanata la legge generale sulla procedura amministrativa, in vigore ancora oggi, che rispettava i canoni processuali acquisiti grazie alla giurisprudenza e perfezionati dall'opera di giuristi come Hans Kelsen ed Adolf Merkl¹⁴.

Si affermò, pertanto, un modello austriaco di decisione pubblica “aperto e partecipato” che sin da subito si contrappose a quello germanico, chiuso ed inquisitorio, fondato sulla predominanza dell'atto amministrativo costruito da Gerber, Laband, ma soprattutto da Otto Mayer¹⁵.

L'Inghilterra ebbe un percorso simile a quello austriaco, ma con un periodo di gestazione maggiormente dilatato nel tempo, pur approdando ai medesimi risultati dell'Austria.

In tale paese, l'attività amministrativa era disciplinata dalle norme di diritto comune; quindi essa era senza garanzie per il fatto che l'atto amministrativo era una *one – side transaction* ovvero un negozio giuridico unilaterale.

La House of Lords (in sede di giudice di ultima istanza), però, dalla fine del XVIII iniziò, con una serie di pronunce a conformare, per casi specifici, la produzione della decisione amministrativa a quella giurisdizionale. L'evoluzione, però, non semplice, dal momento che aver la piena

¹² Sul punto si veda C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, Off. Tip. Roberto de Luca, 1935, p. 119 ss.

¹³ Prima di tutto, si deve fare riferimento alla classica opera di F. TEZNER, *Handbuch des Österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, Manz, 1896.

¹⁴ Si veda, in proposito, la notazione sull'appartenenza della teoria del procedimento (e la sua processualizzazione) alla *Kulturstaat* moderna di H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. LUTHER e E. DALY, Milano, Giuffrè, 2013, p. 539.

¹⁵ Sul procedimento amministrativo austriaco si veda D. Kolonovits – G. Musak – K. Stöger, *Grundriss des Österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, Wien, Manz, 2019; C. SCHRAMEK, *El procedimiento administrativo austriaco*, in *Estudios sobre el procedimiento administrativo*, vol. I, *Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 59; R. WALTER – R. THIENEL, *Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 2004.

conformazione del procedimento amministrativo al processo giurisdizionale si dovrà aspettare la sentenza per la causa *Ridge v. Baldwin* del 1966¹⁶.

È possibile notare che, in questi ultimi due esempi, la procedura amministrativa si è affermata senza che l'organizzazione potesse impedirlo o, in alternativa, che ne potesse condizionare il contenuto.

Tale fenomeno si giustifica per la differente origine della disciplina del procedimento: l'una, quella della Spagna, legislativa le altre giurisprudenziali.

In via giurisprudenziale, il procedimento amministrativo ha maggiori possibilità di affermazione, dal momento che la decisione del giudice, sulla spinta del fatto, risulta essere autonoma da considerazioni di tipo organizzativo e l'organizzazione, alla fine, è costretta ad adeguarvisi.

La qual cosa vale tanto in sistemi di *common law*, dove il precedente giurisprudenziale ha una precisa collocazione nelle fonti di produzione del diritto, quanto in quelli di *civil law*, a condizione che la decisione non sia estemporanea, ma faccia parte di un consolidato orientamento della giurisprudenza; la differenza fra i due sistemi, semmai sta nel fatto che in regime di *civil law* alla fine il riconoscimento legislativo dei risultati ottenuti è necessario (come è accaduto in Austria), mentre in quello di *common law* non necessariamente è così (in Inghilterra, differenza che negli Stati Uniti d'America, non è intervenuta una legge scritta a razionalizzare la disciplina della procedura amministrativa).

In via legislativa, invece, il procedimento fatica ad affermarsi quando l'organizzazione non è pronta a recepirne la disciplina ed anzi, in questo caso, è proprio l'organizzazione ad avere l'ultima parola piuttosto che il legislatore.

La via giurisprudenziale, tuttavia, ha un maggiore costo sociale rispetto a quella legislativa:

¹⁶ In tema cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 327 ss. e p. 335 ss.; H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 10^a edition, Oxford, Oxford Univ. Press, 2009, p. 402 ss.; T. HENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford – New York, Oxford Press, 2011, p. 113 ss. In generale, cfr. G. GANZ, *Administrative procedures*, London, Sweet & Maxwell, 1974. Per la portata della *Natural Justice* prima del 1963, si veda W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, London, Stevens & Sons limited, 1951, p. 1 ss. e 325 ss. Per la descrizione delle garanzie procedurali della *Natural Justice*, anche, prima della sentenza *Ridge v. Baldwin* cfr. G. VALENTI, *Natural Justice e giusto procedimento* in www.ilmerito.org.

prima di tutto, è indispensabile l'esistenza di un fatto; secondariamente, è basilare che la giurisprudenza sia storicamente pronta cogliere lo spirito del tempo e, perciò a tenere un atteggiamento non conservatore nei confronti della spinta che proviene dal fatto.

Tutto ciò può accadere solo se vi è un adeguato stato di maturazione del consorzio sociale ossia se le persone che lo compongono siano consapevoli dei propri diritti ed al tempo stesso esse siano intenzionate a sopportare gli oneri, anche economici, per farli valere.

Il costo della via giurisprudenziale sta proprio nell'esistenza e nel livello di consapevolezza sociale; e, in ragione di ciò, il suo viaggio può essere più o meno lungo e tortuoso come ci dimostrano i differenti cammini che furono percorsi dalla giurisprudenza inglese e da quella austriaca.

5. L'influenza esercitata dal modello austriaco.

Il modello austriaco influenzò profondamente una parte della dottrina italiana, in particolare giuristi come Feliciano Benvenuti¹⁷, Giorgio Berti¹⁸, Giorgio Pastori¹⁹; prepararono il terreno intellettuale, a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, all'emanazione della legge italiana sul procedimento amministrativo del 1990.

I giuristi di tale scuola, si resero ben presto conto dell'importanza che aveva l'organizzazione sul procedimento e si impegnarono a ricostruire il rapporto fra organizzazione ed attività in maniera tale che l'organizzazione (non solo dal punto di vista scientifico, ma pure da quello operativo) potesse essere in grado di accogliere e gestire la procedura amministrativa.

Ci vollero anni affinché l'ambiente sociale ed istituzionale fosse pronto per accogliere la legge sul procedimento amministrativo e ci vollero più di un decennio (a seguito dell'emanazione della

¹⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 118 ss. Per una recente lettura dell'opera del maestro veneziano, cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99 ss.

¹⁸ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 157 ss.; G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 80 ss.

¹⁹ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967. G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.

L. 7 agosto 1990, n. 241) per ottenere un soddisfacente coordinamento fra procedimento ed organizzazione²⁰.

In definitiva, la disciplina positiva della procedura amministrativa fu fortemente voluta dalla dottrina, la quale fu sempre consapevole della difficoltà di armonizzazione che la stessa avrebbe avuto con la tradizionale struttura dell'organizzazione.

La stessa cosa può dirsi con riguardo alla Spagna, dopo gli insuccessi dei decenni precedenti, fu emanata, nel 1958 (*Ley de 17 de julio 1958*), una legge sul procedimento amministrativo che riuscì ad avere una certa copertura amministrativa da parte dell'organizzazione (sebbene, allora, la funzione di governo fosse preponderante su quella amministrativa) fu anche in questo caso, voluta dalla dottrina e servì, per quanto ciò fu possibile, a temperare (almeno nel settore dell'attività amministrativa) la tirannia del regime franchista. Sebbene tale collegamento non sia ad oggi posto nella giusta luce essa fu debitrice di quella austriaca del 1925 e per rendersene conto è sufficiente cogliere l'omogeneità, nelle due leggi, dei principi che disciplinano la trattazione e la forma della prova ossia il richiamo alla "verità materiale" ed alla cura dei diritti e degli interessi delle parti private assieme a quella dell'interesse pubblico (principi che ad esempio non si trovano espressi né nella legge italiana del 1990 e neppure in quella federale germanica del 1977). Ancor più debitrice del modello austriaco sono le successive leggi spagnole sul procedimento amministrativo ovvero quella del 1992 (*Ley de 26 de noviembre de 1992, n. 30*) e quella del 2015 (*Ley de 1º de octubre de 2015, n. 39*)²¹.

Grazie alla circolarità della cultura e della lingua spagnola, il modello austriaco ha permeato in maniera anche in questo caso non del tutto consapevole negli ordinamenti giuridici del centro e del sud America²².

Un caso a parte è quello messicano che è molto più simile a quello italiano, piuttosto che a quello spagnolo, almeno sino alla seconda metà del '900.

Il modello di riferimento era pur sempre quello napoleonico fondato sul principio gerarchico,

²⁰ Per la descrizione di tale percorso, ci sia permesso il rimando a M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 618 ss.

²¹ Sul procedimento amministrativo spagnolo, cfr. D. J. VERA JURADO, *Questiones generales de procedimiento administrativo*, in *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del sector público*, diretto da EDUARDO GAMERO CASADO, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 1270 ss.

²² Per l'Argentina si veda L.R. Carranza TORRES, *El procedimiento administrativo nacional*, Buenos Aires, Legis, 2008, p. 31 ss.

sull'unilateralità dell'attività amministrativa, sulla segretezza, sul predominio dell'atto amministrativo, sull'assenza del procedimento amministrativo e, soprattutto, sulla continuità fra governo ed amministrazione.

Sulla stessa linea, si pone lo sviluppo dell'ordinamento messicano, nella prima parte del secolo XX, sebbene la carta costituzionale del 1917 affermasse oltre al principio di legalità, quello di partecipazione ed il dovere di motivazione degli atti amministrativi, e, infatti, nessuna importanza veniva data al procedimento amministrativo.

A partire dalla seconda parte del secolo XX, la situazione iniziò lentamente a cambiare, il concetto di procedura amministrativa cominciò ad affermarsi. E con ciò si avviò lentamente il cambio di paradigma ovvero si preparò il terreno all'avvicinamento fra il modello chiuso e quello aperto.

Una spinta decisiva, in tale senso, fu data dalla giurisprudenza della Corte Interamericana per i diritti umani; la quale non solo affermò la necessità del procedimento amministrativo, ma ne colse le connessioni con il processo giurisdizionale; nel senso di dare al procedimento la struttura del processo (pur con tutte le inevitabili differenziazioni), al fine di garantire il diritto di difesa della parte privata ed il principio di trasparenza.

Sulla spinta della giurisprudenza sovra statale fu emanata la *Ley 4 de agosto de 1994* (legge federale messicana del procedimento amministrativo) che risponde, infatti, ai principi stabiliti dal tribunale per i diritti umani²³; essa ha molti elementi in comune con quella spagnola e, quindi, in via mediata con quella austriaca del 1925.

Anche in questo caso, è stato decisivo il ruolo della giurisprudenza, ancorché non interna, per superare tutti gli ostacoli di carattere organizzativo per l'emanazione e l'attuazione della disciplina sulla procedura amministrativa.

6. La peculiarità delle soluzioni adottate nell'ordinamento nordamericano.

²³ Sul punto si veda M. ESPINOSA, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Comentada*, 10^a edición, Ciudad de Mexico, Editorial Porrúa, 2019.

In questa breve (e necessariamente insufficiente) rassegna, un discorso a parte deve essere fatto con riguardo all'esperienza nordamericana.

Gli ultimi tre periodi di sviluppo di quell'ordinamento, con riguardo all'organizzazione dei poteri amministrativi sono: il *New Deal* (che va dal 1933 al 1946); il *Modern Administrative State* (che va dal 1946 al 1964); il *The Activism of the Public Interest* (che va da 1964 al 1977); il *The Retrenchment of the Deregulation* (che va dal 1978 e che perdura sino ad oggi; pur messo in crisi dal fenomeno del diritto amministrativo globale e dal ritorno del Public Interest per ragioni sociali ed ambientali)²⁴.

A seguito della grande depressione, fu implementato l'intervento pubblico sulla società, soprattutto con riguardo ai bisogni derivanti dalla necessità di rilancio ed alla lotta causata dal crollo dell'economia.

Ancorché quello fosse un periodo di intervento pubblico senza precedenti (nato per crisi e perdurato a seguito dell'entrata degli Stati Uniti nel secondo conflitto mondiale), cominciò a maturare la consapevolezza della necessità di distinguere il livello organizzativo dell'amministrazione da quello di governo: l'amministrazione, chiamata ad affrontare questioni sempre più complesse, necessitava di un approccio professionale che i legami con la politica non sempre permetteva.

Nel secondo dopoguerra, quella che poteva essere un'intuizione divenne piena consapevolezza e, con la medesima si affermò, pure quella della necessità di protezione dell'*Individual Interest* già sul piano dell'attività di formazione della decisione amministrativa; per tale motivo fu emanata nel 1946 la legge sulla procedura amministrativa federale (*APA – The Administrative Procedure Act*) che disegna (visto che è tutt'ora in vigore) un modello di procedimento aperto e paritario non solo per la *formazione delle decisione amministrativa*, ma anche per quella della *regola amministrativa* (Artt. 4 ss. APA). In ciò a differenza degli ordinamenti dell'Europa continentale dove è evidente l'affievolimento delle garanzie procedimentali, per esempio, nei procedimenti di pianificazione urbanistica rispetto al procedimento ordinario.

Nel terzo periodo, fra quelli presi in considerazione vi è una rivalutazione del *Public Interest* non tanto a danno degli interessi individuali, ma quanto nel senso dell'implementazione

²⁴ A tal proposito, si veda K. WERHAM, *Principles of Administrative Law*, St. Paul, Thompson – West, 2008, p. 18 ss.

dell'intervento dello stato federale nelle dinamiche sociali.

Gli obbiettivi erano, da un lato, la guerra alla povertà e, dall'altro lato, l'affermazione dei diritti civili contro ogni forma di discriminazione della persona, al tempo soprattutto razziale.

La rivalutazione del *Public Interest* si giocò su vari livelli; sia su quello normativo, sia su quello di governo²⁵. E su questo nemmeno rimase indifferente l'organizzazione amministrativa, la quale ritrovò per certi versi una comunanza con la politica.

Su questa linea di tendenza, affiorarono dei modelli di amministrazione, la cui organizzazione era fortemente modellata su criteri che potrebbero essere definiti politici. Ad esempio, la c.d. *New Public Administration (NPA)* prevedeva, fra le altre cose, che la composizione del personale appartenente ad una particolare amministrazione dovesse rispecchiare la composizione sociale del territorio sul quale la stessa doveva operare (se la maggioranza della popolazione fosse stata afroamericana, lo avrebbe dovuto essere, pure, quella dell'amministrazione di riferimento).

La lotta, in questo caso, per l'affermazione dei diritti civili si giocò non solo sul piano normativo e sociale, ma financo su quello delle singole strutture organizzative pubbliche.

La qual cosa non causò una svalutazione della procedura ed una conseguente compressione dei diritti procedimentali, dal momento che l'organizzazione, nonostante l'aggressiva invadenza della politica, non tendeva ad essere meno inclusiva, semmai il contrario.

La persona rimaneva in posizione di centralità per l'ordinamento giuridico nordamericano; si voleva piuttosto che essa fosse effettiva per tutti.

Le soluzioni di governo e di amministrazione, invero, potevano non essere convincenti o perché limitate nel tempo o per la ragione della loro inadeguatezza organizzativa: la politica monetaria della seconda parte degli anni sessanta favorì la piena occupazione, ma l'inflazione finì fuori controllo, causando il crollo della borsa nel 1968, e rimase a livelli elevati per molti anni; la particolare modalità di reclutamento del personale, della *New Public Administration* (ove tale modello fu applicato), non necessariamente garantiva che fosse scelto il candidato migliore sotto il profilo professionale e non solo.

Al limite, l'inefficienza dell'amministrazione procurava nocimento all'effettività delle pretese

²⁵ Cfr. K. WERHAM, *Principles of Administrative Law*, cit., p. 23 ss.

della persona nei confronti del potere pubblico, poiché essa a cascata generava inefficienza nella gestione della procedura amministrativa.

In definitiva, come era accaduto nel secondo dopoguerra, l'invadenza della politica nell'amministrazione risultava creare più problemi di quanti pretendeva di risolvere.

Una questione simile si era posta in ambito commerciale, nel rapporto fra gli assetti proprietari e la gestione dell'impresa²⁶, e si era notato che la coincidenza fra proprietà e gestione non solo era meno efficiente, ma peccava di visione strategica tanto dal punto di vista dell'attività, quanto da quello dell'organizzazione.

Così alla fine degli anni settanta del secolo scorso prese l'abbrivio un ulteriore periodo, quello della deregolamentazione che portò, dal punto di vista delle scelte di governo, al restringimento delle competenze dell'amministrazione pubblica (ma anche dei servizi forniti alla persona, per la riduzione della spesa pubblica) e, da quello dell'organizzazione, alla riconquistata autonomia dell'amministrazione rispetto alla politica.

In tale periodo, nacque la scuola della c.d. *New Public Management (NPM)* volta a conformare l'organizzazione pubblica a logiche meramente aziendalistiche²⁷. Tale corrente ha subito numerose critiche²⁸, soprattutto dalla scuola del *Public Value (PV)*, le quali (prendendo spunto dalle questioni generate dalla globalizzazione e dalle emergenze ambientali) richiamano la necessità di un ritorno forte della presenza della politica nell'amministrazione.

Seppure, formalmente, la *NPM* non dovrebbe essere di ostacolo all'effettività della procedura amministrativa, sostanzialmente essa finisce per comprimerne la possibilità; dal momento che la dialettica procedimentale fra l'amministrazione e le parti interessate richiede un costo burocratico che, spesso, è ritenuto insostenibile nell'ottica squisitamente aziendalistica. Ma soluzione non sta certo nell'implementazione del rapporto fra politica ed amministrazione, come vorrebbe far intendere la *PV*.

La peculiarità dell'ordinamento nordamericano è nel fatto che i mutamenti organizzativi in via immediata non sono in grado di incidere negativamente sulle tutele procedimentali che

²⁶ Di ciò tratta spesso la sociologia delle organizzazioni. Sul punto si veda, fra gli altri P. ROSSI, *L'innovazione organizzativa. Forme, contesti e implicazioni sociali*, Roma, Carocci, 2018, p. 135 ss.

²⁷ Cfr. J.R. LANE, *New Public Management*, London – New York, Routledge, 2000.

²⁸ Cfr. J. BENINGTON – M.H. MOORE, *Public Value. Theory and Practice*, New York, Palgrave, 2011.

l'ordinamento offre alla persona; essi, però, lo possono essere di nocumento in via mediata o per eccesso di inefficienza, come nel caso della *NPA*, o per eccesso di pretesa efficienza aziendalistica, come in quello della *NPV*.

7. Conclusione.

Il processo che si è visto in precedenza mostra quanto possa essere contraddittoria la relazione fra organizzazione ed attività amministrativa; soprattutto quando la prima è contaminata dall'organizzazione di governo. E, tra l'altro, tale relazione è quasi sempre concepita in senso statico ovvero fra la struttura degli uffici e gli atti che vengono compiuti nell'esercizio dell'attività.

Se tale visione depaupera l'attività della sua dinamicità, essa allo stesso tempo impedisce di cogliere il senso istituzionale dell'organizzazione. Come l'attività non può esistere senza colui che la esercita, alla stessa guisa non ha ragione di essere una qualsiasi organizzazione priva della prima.

La separazione fra organizzazione ed attività, in realtà, è frutto di una finzione giuridica, visto che il funzionamento della struttura altro non è che esercizio di attività amministrativa; tuttalpiù, è ammissibile la distinzione fra l'attività organizzativa e quella amministrativa in senso stretto, visto che la prima è strumentale alla seconda.

La continuità fra i due tipi di attività rispecchia la linearità esistente fra organizzazione e procedimento amministrativo; la qual cosa significa che la struttura non è limitata solo ad organizzare gli uffici in ragione delle esigenze della procedura, ma pure di organizzare i fatti e le pretese che si incontrano nella dinamica propria della procedura amministrativa.

Ogni attuazione di un procedimento amministrativo costituisce una sfida adattiva per l'amministrazione; sfida che si gioca tanto sul piano dell'attività quanto su quella dell'organizzazione.

La procedura amministrativa è un luogo di incontro e di scontro fra pretese di contenuto diverso e quindi di interrelazioni fra poteri divergenti, di natura tanto pubblica quanto privata; il valore massimo dell'organizzazione si coglie proprio in questo frangente.

E qui si comprende le ragioni per le quali lo spazio amministrativo deve rimanere distinto da

quello di governo.

In primo luogo, per ragioni di tutela delle pretese delle parti interessate che sono intuitive e sulle quali si è scritto molto. L'organizzazione deve essere neutrale rispetto agli interessi in gioco e la qual cosa è possibile solo se l'amministrazione è autonoma da quella di governo, poiché l'ultima non può esserlo.

Questo lo aveva ben presente la giurisprudenza inglese, nella formazione della *Natural Justice*; visto che per indicare tale obbligo conformativo, al posto del termine *Imparzialità*, preferì servirsi della più ricca di significati espressione *Rule against Bias*²⁹. Sicché l'organizzazione amministrativa deve essere libera non solo da interessi propri, ma pure da pregiudizi.

In secondo luogo, per la ragione che l'organizzazione tradizionale è funzionale all'attività di governo, ma non a quella amministrativa; sicché le riforme amministrative, avvenute a partire dagli anni novanta del secolo scorso (non solo quella sul procedimento, ma pure quella attinente alla distinzione fra attività d'indirizzo politico ed attività amministrativa culminata con la disciplina contenuta nell'art. 14 e segg. del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) hanno disegnato assetti organizzativi eterogenei, di governo e di amministrazione, che possono e devono interagire, ma che non possono più confondersi³⁰.

²⁹ Cfr. H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 380 ss.

³⁰ Sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e quella del responsabile del procedimento*, in questa rivista, n.1/19, p. 373 ss.