

# Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche

Pierpaolo Forte

*Il lavoro sottopone la discrezionalità amministrativa ad una prova di sforzo in relazione al nostro tempo connotato da tecnica, conoscenze scientifiche, e dalla "distinzione" tra politica ed amministrazione, e trova riprove per assumere che quella amministrativa, depurata dalla quota politica, non è funzione delle finalità, ma una pratica per conseguire obiettivi stabiliti altrove, anche quando abbiano definizioni vaghe, indeterminate, poiché consiste proprio nel determinare una decisione. La decisione amministrativa odierna, quindi, deve dispiegarsi, si può dire fisiologicamente, utilizzando cognizioni tecno-scientifiche, saperi, expertise, conoscenze e consapevolezza attrezzate, fondandovi le ragioni della scelta decisionale e l'attendibilità dell'atto conseguente, in una sorta di tecnica del fatto singolare.*

## 1. La politica dentro la discrezionalità amministrativa

Se proviamo a fissare lo sguardo sull'aspetto tradizionale della discrezionalità amministrativa, senza andare troppo indietro nel tempo, dopo che sulle prime è stata trattata sostanzialmente come poco più di una questione di merito<sup>1</sup>, è maturata, è emersa, si è raffinata una lettura costituzionalmente avanzata, riferita agli interessi in atto nella decisione da

<sup>1</sup> Per tutti si v. C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1972, p. 997, il quale pur vedendo nella discrezionalità amministrativa il potere di scegliere applicando criteri non giuridici di buona amministrazione, li riteneva utilizzabili anche dal giudice, con la conseguenza che l'insindacabilità della discrezionalità sarebbe dovuta alla scelta del legislatore, non all'essenza del potere discrezionale. Ma si v. la ricostruzione di S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, spec. p. 81 ss.

assumere, nell'affare in corso<sup>2</sup>; ma, al contempo, questa impostazione ha implicato un'altra, importante rilevazione, più o meno coeva, circa la sussistenza di una «quota politica» della decisione amministrativa<sup>3</sup>, ovvero la irrinunciabile presenza di un certo vaglio della situazione, e soprattutto di possibilità di opzione, che avrebbe a che fare con la politica<sup>4</sup>.

Con l'evoluzione novecentesca, insomma, si può dire sia giunta sul proscenio una rinnovata, profonda lettura della decisione discrezionale e dunque, a maggior ragione in un contesto finalmente attento al rilievo della Costituzione, di tutta la Costituzione, si è cominciato a ritenere che il fulcro della decisione discrezionale sarebbe l'assetto degli interessi, ed anzi che proprio nel definire tale assetto la decisione che segue alla scelta, e dunque la opzione esercitata, corrisponde all'interesse pubblico, in quanto specie della finalità di una decisione pubblica; il quale interesse pubblico a sua volta non ha più, perciò, una strutturazione preconfezionata, non può essere definito a priori nella sua essenza reale, «naturale»<sup>5</sup>, ancorché possa esserlo in via di definizione, anzi di descrizione, astratta<sup>6</sup>. Vi è insomma un interesse pubblico che vorrei definire *descrittivo*,

<sup>2</sup> Per tutti, si v. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 82: d'identificazione, che qui si propone, della discrezionalità con la sostanza più propria dell'attività amministrativa, o la giustificazione che, per conseguenza, si offre dell'ufficio necessario della discrezionalità amministrativa, son difatti più che sufficienti a mostrare perché la ponderazione degli interessi, dell'interesse essenziale nei confronti di ogni altro interesse principale o secondario, rappresenti e costituisca un aspetto ineliminabile dell'azione amministrativa.

<sup>3</sup> G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in *amministrativamente.com*, 1, 2013, parla molto efficacemente di «frammento normativo che si è distaccato dal centro dell'istituzione raggiunge l'organo burocratico e viene ad includersi come nucleo centrale dell'azione discrezionale di quest'ultimo».

<sup>4</sup> Rilevazione che compare già in D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, 1932, p. 12 ss.: e poi in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 72 ss.

<sup>5</sup> Che l'interesse pubblico «non esista in natura» è affermazione ricorrente nella letteratura recente: cfr., ad es., A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso fine degli anni '90*, in *Il Foro it.*, 1997, V, p. 169; L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1112. Ma già L. MIGLIORINI, *ALCUNE CONSIDERAZIONI PER UN'ANALISI DEGLI INTERESSI PUBBLICI*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1968, p. 286, sosteneva che «LA RILEVANZA SOCIOLOGICA DI UN INTERESSE COME PUBBLICO È DATA DAL RIFERIMENTO DEL MEDESIMO AD UNA SERIE INDETERMINATA DI INDIVIDUI E NON DA SUE CARATTERISTICHE INTRINSECHE».

<sup>6</sup> Da tempo, si è già notato, l'interesse pubblico viene trattato «in concreto», in relazione, cioè, ai fatti reali in cui va inserito: tra molti, si v. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm)*, in

che consiste nell'assetamento ideale, o desiderato, che viene appunto indicato alla pubblica amministrazione (ma direi al mondo) in forma di finalità, non di rado dovuta all'integrazione tra previsioni normative anche lasche – ad esempio con la mera definizione di un'attribuzione, e dunque una competenza – e precisazioni periodiche in forma di indirizzo; e poi ve ne è la effettiva definizione, in forma di assetto di interessi personali o di gruppo (di impresa, di formazione sociale, di collettività parziale) coinvolti in una faccenda di rilievo pubblico<sup>7</sup>, dovuta appunto all'intervento amministrativo entro un quadro più o meno complesso di altri agenti<sup>8</sup>.

*Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 6 ss.; per A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57 ss., «l'interesse pubblico, al singolare, non è un interesse paragonabile ad altri, ma è uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici»; pur con riferimento a clausole generali e concetti indeterminati, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 3, 2013, p. 309, assume che l'amministrazione pubblica debba ricercare il significato del precetto nell'ordine giuridico della società. L'amministrazione pubblica, infatti, appare funzionalizzata alla sovranità popolare assai più che la struttura servente il potere politico». L'assunto si iscrive in una linea di pensiero molto solida: si vedano, ad esempio, G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *AA. VV.*, *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, II, p. 1303 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, I, spec. p. 179 ss.; arriva a parlare di «amministrazione capovolta» (rispetto alla società) G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, *passim*; In., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 458 ss.

<sup>7</sup> M.S. Giannini già nel 1939 vedeva emergere la «fissazione del valore comparativo degli interessi (attività intellettuale), [che] può essere disciplinata da regole non giuridiche, le quali emergono nei giudizi di merito» (M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 166 ss.).

<sup>8</sup> Un'ottima rassegna di come tale consapevolezza si sia progressivamente formata in dottrina è offerta da F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, II, Napoli, 1999, p. 1274 ss., ed anche lì, sia pure con riferimento all'interesse pubblico "in concreto", si afferma che compito dell'amministrazione ne sia «la raffigurazione»; un modo diverso di leggere il medesimo fenomeno si rinviene in F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in *Annuario AIPDA 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 15: «nella prospettiva dell'analisi economica l'obiettivo cessa di essere quello della miglior realizzazione dell'interesse pubblico come definito nella legge, e diventa quello di far sì che le transazioni tra i diversi interessati, compresi tra costoro i vari organi coinvolti nel processo di applicazione delle norme, si svolgano nella maniera più efficiente possibile, e cioè... in maniera da massimizzare il benessere complessivo di tutti gli individui interessati, con la conseguenza di «una disintegrazione della tradizionale nozione sostanziale di interesse pubblico, inteso come sintesi degli interessi comuni».

Tutto ciò considerato, può apparire, per usare le parole di un autorevole studioso della questione, che «non solo l'amministrazione ha il compito di individuare (o, meglio, costruire) l'interesse pubblico concreto da perseguire con la sua attività, sceverandolo nel fascio degli interessi pubblici previsti dalle norme astratte, ma può anche porre essa medesima, nella sua attività normativa e programmatica, interessi pubblici astratti»<sup>9</sup>. Non va però trascurato che questa importante evoluzione della discrezionalità è maturata ed è divenuta solida in epoca nella quale, per un verso, la consistenza e la poca eminenza culturale delle conoscenze in ogni ambito dello scibile scientifico, e delle tecniche, e soprattutto la storia dalla quale l'amministrazione pubblica giungeva, determinavano una condizione in cui la decisione non poteva che essere rimessa ad una valutazione «politica»<sup>10</sup>, e dunque si può dire che declinare la discrezionalità in una «comparazione di interessi»<sup>11</sup> è stato già un fecondo avanzamento nel giuridico<sup>12</sup>; e per altro verso, molti organi della pubblica amministrazione, e dunque i decisori amministrativi principali, erano anche, indubbiamente (e per dirla in breve), politici. Ed è perciò difficile stabilire cosa abbia dato causa e cosa invece sia stato effetto, se dunque venisse prima la gallina della natura dell'organo decidente (a causa della quale la decisione discrezionale è anche più o meno politica), o l'uovo

<sup>9</sup> F.G. COCA, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir., Agg. VI*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 90; in nt. 68, poi, precisa che «l'individuazione in astratto di interessi pubblici non indicati dalla legge non può essere compiuta con provvedimenti concreti, ma è rimessa all'attività regolamentare, o, più in generale, normativa, dell'amministrazione»; la quale, se si segue l'impostazione di questo lavoro, non è di competenza degli organi (dei decisori) amministrativi, ma di quelli di indirizzo politico, di governo.

<sup>10</sup> G. BERTI, *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 395, descriveva il diritto pubblico come un ordinamento «a diversa intensità di potere politico».

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74, rinveniva in ciò «l'apprezzamento politico della discrezionalità»; di recente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006., p. 412, avanza dubbi sul «valore esplicativo, rispetto ad un'analisi strutturale» della formula, che «sa di concettualismo».

<sup>12</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, *passim*; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, spec. p. 120. Ma già prima, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 77: «assegnando la cura di questo interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità».

della decisione discrezionale che comprende la opportunità politica (e richiede perciò organi, e dunque decisori, che abbiano anche responsabilità politica, per essere pienamente correlati con la loro capacità decisionale)<sup>13</sup>.

## 2. *La purificazione dell'attività amministrativa*

Già da molto tempo abbiamo anche capito, però, che in moltissime operazioni amministrative, e soprattutto se nella decisione sono implicate opzioni meramente tecno-scientifiche, forse non è il caso di fare troppa questione di interessi: è facile assumere che non possano avere un esito dipendente da una valutazione comparata di interessi un controllo sulla circolazione stradale, le eventuali sanzioni conseguenti, la famigerata misurazione del grado di alcolicità nelle bevande, o nel sangue umano dopo una bevuta delle medesime<sup>14</sup>; ma bisogna anche ammettere che ugualmente non è questione di assetto di interessi un esame universitario, o la elargizione di sostegni economici, o la concessione di un bene, o la iscrizione ad una organizzazione pubblica, ed insomma in tante altre circostanze di azione amministrativa, anche quando possano essere percepite come più o meno discrezionali: e non perché comparazione, selezione, preferenza di interessi, orientamenti, finalità ed obbiettivi, qui come lì, non vi siano, ma perché abbiamo compreso sempre meglio che vanno condotte e fissati fuori ed anzi *prima* dell'intervento propriamente amministrativo<sup>15</sup>, chiamato a rilevare la realtà (in forma di accertamento,

<sup>13</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 65 ss.: «nonostante qualche autorevole voce contraria, così la dottrina come la giurisprudenza sono difatti da noi concordi nel ritenere che esista, nella discrezionalità, un margine libero di scelta e di volontà, costituito appunto dall'attività rivolta alla ponderazione dell'opportunità di attuare in un modo o nell'altro questo o quell'interesse, del quale sia certa, nel caso concreto, la rilevanza rispetto agli scopi della funzione. Non si parli di merito, se si vuole, e non si distingua, se si preferisce, tra merito e discrezionalità; non si neghi però che la necessità della scelta discrezionale dipende soltanto dal valore che si assegni agli interessi emergenti dalla situazione, ossia da un giudizio *lato sensu* politico che in nessun modo risulta dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola di esperienza».

<sup>14</sup> Si vedano, per tutti, gli studi radunati in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, *La tecnificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2016.

<sup>15</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 236, già rilevava l'anticipazione della ponderazione di interessi «alla fase dei piani, del programmi,

acclamamento, o valutazione) e a sussumerla rispetto ai parametri prefissati in una sede antecedente, politica o di governo<sup>16</sup>.

E grazie a questa comprensione, diviene anche più chiaro che i decisori in faccende come queste non possano, anzi non debbano essere politici, vale a dire che non debbano rispondere del loro operato specifico, in tali ambiti, in termini politico-elettorali. E dove invece questa possibilità vi sia, occorre che la decisione abbia connotati politici, e politico sia il decisore.

Non per caso, perciò, viviamo un'epoca nella quale, giusto o sbagliato che sia, bene o male sia stato realizzato, vige il principio di distinzione tra politica e amministrazione, che incide proprio su tali aspetti, perché scinde le competenze distinguendo anche le tipologie di organi, e perciò di decisori, e con ciò non può non influire anche sulle rispettive decisioni, e sul loro statuto giuridico<sup>17</sup>.

dei bilanci di previsione, della fissazione generale dei criteri di azione nei quali soltanto è possibile procedere all'adeguata ponderazione comparativa degli interessi laddove essi si presentino in numero, varietà e complessità di reciproci rapporti, tali da escludere la possibilità di essere tutti contestualmente e congruamente considerati nel singolo caso concreto»; ma cfr. anche F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir., Ann. II-2*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 92.

<sup>16</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 278 ss., propone uno schema che definisce «norma- fatto-potere sull'an-effetto» in cui la legge determina gli effetti, ma rimane in capo all'amministrazione «la scelta sul se attribuire rilevanza ai fatti descritti in modo indeterminato (c.d. potere sull'an). In altri termini, se il potere viene esercitato, si verificheranno le conseguenze giuridiche previste dalla legge» e l'amministrazione «non pondera comparativamente gli interessi rilevanti, dovendo soltanto decidere – alla stregua di un giudizio complesso – se la valutazione di fatto sia sussumibile nell'ambito di estensione dell'ipotesi normativa (indeterminata)». A sua volta, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 249 ss., rileva che anche nelle situazioni vincolate potrebbe residuare potere costitutivo; tuttavia D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 387, ritiene che «in linea teorica, un atto dell'amministrazione può considerarsi vincolato quando si è in presenza di una fattispecie in relazione alla quale la legge stabilisce che, in presenza di un presupposto di fatto che l'amministrazione deve limitarsi ad accertare, senza operare scelte o valutazioni opinabili, l'amministrazione stessa può legittimamente prendere un solo provvedimento, predeterminato dalla legge, senza alcun margine di scelta neanche relativamente all'an. Per una discussione in ordine a tali questioni, si vedano, tra altri, D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, spec. p. 94 ss., S. CINTIARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., spec. p. 150 ss.; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 56.

<sup>17</sup> Cfr. lo studio recente condotto da E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come punto logico di partenza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2020.

Una delle ipotesi al vaglio di questo studio è che vi sia una correlazione inevitabile tra aumento dell'eminanza scientifica e tecnica nel mondo, e distinzione tra politica ed amministrazione, che potrebbe essere descritta come una vera e propria proporzionalità: più c'è conoscenza scientifica e capacità tecnica, più viene usata perché ha eminenza, affidabilità, e perciò meno spazio c'è per la politica *dentro* alle decisioni amministrative (e forse anche, non sembri paradossale, in quelle politiche)<sup>18</sup>. E che perciò oggi, in un'epoca in cui le tecno-scienze hanno influenza enorme, il momento politico delle decisioni pubbliche si esaurisce prima dell'intervento amministrativo<sup>19</sup>, fuori alla discrezionalità, o intorno ad essa, e comunque non al suo interno, con la conseguenza che non possiamo più affermare con la medesima certezza che la discrezionalità amministrativa sia anche un po' politica: è semmai vero il contrario, ovvero che la decisione politica ha anche un verso amministrativo, operativo, concreto, e tuttavia conseguente, distinto, successivo, e come si proverà a dimostrare, proprio perciò *tecnico*<sup>20</sup>. Vedremo, peraltro, che ciò non comporta affatto uno sminuimento né dell'attività politica, né di quella amministrativa.

<sup>18</sup> D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, p. 156, parla di «relazione inversamente proporzionale tra discrezionalità politica e certezza scientifica che delinea nuovi oneri procedurali»; ma si veda anche V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, p. 467.

<sup>19</sup> G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa*, cit., analizza «l'importanza dell'autorevole intuizione di chi, in tempi ormai remoti ed in differente ambientazione istituzionale, rilevò enucleato nella «compatta» azione discrezionale uno specifico momento di essenza politica, consistente esattamente nella necessaria ponderazione degli interessi coinvolti, ma piuttosto si è spinti a scorgere, sia pure con mille perplessità, se detto momento politico ancora oggi sia destinato ad esaurirsi nella esplicazione della menzionata ponderazione, ovvero si è andato adattandosi ad inglobare un aspetto funzionale diverso, che si dispone operativamente in modo logicamente antecedente alla ponderazione medesima (anzi quest'ultima conseguenza funzionale del primo), giustificando così un'ulteriore destrutturazione della nozione di discrezionalità, che ormai si fa fatica a riconoscerla ancora compatta».

<sup>20</sup> D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Ann.*, VII, Milano, Giuffrè, 2014, p. 49: «l'attività diretta ad individuare gli interessi ritenuti pubblici e quindi da curare – cioè la «politica», in uno dei significati di questo termine – può dunque, sul piano concettuale, venir distinta chiaramente da quell'altra attività (tecnica, organizzativa, economica) concretamente finalizzata alla cura di quegli interessi, cioè l'«amministrazione pubblica» in un altro più ristretto significato funzionale, e quindi oggettivo, della locuzione».

Resta però il problema che la gran parte di noi continua a ritenere che la discrezionalità amministrativa stia nella comparazione di interessi, dunque in un potere di dare assetti ad essi, ed accetta perciò che ciò possa comportare anche poterne privilegiare alcuni in ragione di interesse pubblico; e tuttavia bisogna anche ammettere che – per dare maggiore consistenza alla decisione propriamente amministrativa<sup>21</sup>, oltre che, in conseguenza, per un approccio che prenda sul serio il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, e dunque l'imparzialità di questa – la scelta di prevalenza di un interesse rimesso per intero alla valutazione unilaterale di qualcuno, rende costui inevitabilmente un "politico", o per essere più accurati, lo fa a causa del fatto che la sua decisione, se unilaterale, non può che essere politica<sup>22</sup>: eleggere un bisogno, o poter farlo prevalere come interesse, è tra i compiti "classici" della modernità politica, e perciò decidere in ordine agli interessi, alla loro rilevanza giuridica, alla prevalenza, alla misura con cui taluni di

<sup>21</sup> L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 2017, p. 3: «Se infatti, per un verso, la riflessione scientifica si è ampiamente esercitata sugli strumenti mediante i quali le scelte vengono operate – il procedimento come processo mediante il quale si opera la scelta e il provvedimento come esternazione giuridicamente qualificata della medesima scelta – ci manca, per altro verso, un'analisi approfondita della capacità di scelta, della qualità delle concrete scelte effettuate, dei risultati raggiunti e del collegamento, inevitabile ma raramente indagato, fra le scelte già compiute e quelle ancora da compiere. Non abbiamo, in altri termini, un modello che consenta di andare oltre la ricostruzione della scelta come una ponderazione procedimentalizzata fra diversi interessi riconosciuti come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento».

<sup>22</sup> Ancora di recente M. RAMAJOLI, *Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, p. 203, nell'esaminare la capacità di *direct regulation* per le sostanze chimiche, alimentari, farmaceutiche, osserva che «la decisione finale sul rilascio o meno dell'autorizzazione (tipico strumento di comando e controllo) dipende non solo dalla valutazione scientifica del rischio legato ad una certa sostanza chimica, ma anche da altri fattori non strettamente tecnici, che entrano nella ponderazione degli interessi in gioco», spiegando così l'attribuzione della relativa competenza alla Commissione europea (anziché ad agenzie, insomma ad uffici amministrativi). Ma assai prima, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 28 ss., rilevava come sia possibile «separare una amministrazione avente legittimazione democratico-rappresentativa da una amministrazione, l'amministrazione-apparato, intesa come l'insieme di forme organizzative prive di rappresentatività politica... poste al servizio di obiettivi rispetto ad essa totalmente predeterminati»; per la verità già V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 73, osservava la tendenza dell'epoca «a trasformare gli uffici tecnici (con competenza solo istruttoria o esecutiva) in organi tecnici (con competenza decisionale ed operativa piena)».

essi vengono trattati, non è prendersene cura in termini amministrativi, è questione politica<sup>23</sup>, così come, non per caso, lo è “bilanciare”<sup>24</sup>. Insomma è proprio qui, quando cioè si tratta di *definire* obiettivi e finalità, ma anche di *comparare* e *bilanciare* nel senso di dover *privilegiare* interessi, che si palesa la rilevanza del *nucleo politico* che già da tanto tempo è stato osservato e rilevato nella decisione amministrativa<sup>25</sup>; ed è perciò proprio qui che, piaccia o non piaccia, agisce il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, la cui essenza, una volta

<sup>23</sup> Vale ricordare la originale intuizione di G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, p. 66, che auspicava la possibilità per il Ministro di modificare la decisione amministrativa del dirigente, per chiari ed espliciti motivi (moventi) politici; e la posizione di A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 760 ss., che riteneva la opportunità di alcuni correttivi ai poteri di indirizzo degli organi di Governo, quali la possibilità del riesame, ed un generale potere sostitutivo.

<sup>24</sup> M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2020, 2, p. 3: «Se bilanciamento ha da essere, poi, è bene chiarire ch'esso spetta esclusivamente al legislatore. Le autorità amministrative che, in concreto, lo esercitano nei singoli casi pratici in realtà non bilanciano, ma applicano la decisione legislativa. E lo stesso fanno (dovrebbero fare) i giudici, anche costituzionali, perché il loro compito è controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, non pretendere di pesare essi stessi le grandezze poste a raffronto». D'altro canto, la Corte Cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, rinviene un «principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». Ma si veda anche la diatriba giurisprudenziale in merito al potere connesso all'autorizzazione paesaggistica: accanto ad alcune sentenze secondo cui l'amministrazione preposta alla tutela deve motivare l'autorizzazione «in modo tale che emerga l'apprezzamento di tutte le rilevanti circostanze di fatto e la non manifesta irragionevolezza della scelta effettuata sulla prevalenza di un valore in conflitto diverso da quello tutelato in via primaria» (così Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2008, n. 5267, ma si vedano anche tra altre, TAR Sicilia, sez. II, 4 maggio 2007, n. 1252, con nota di P. LOMBARDI, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, p. 1639; TAR Sicilia, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150, con nota di P. CARPENTIERI, *Paesaggio "contro" ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 931), ve ne sono altre che negano che ciò sia compito dell'amministrazione precedente: si v. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2011, n. 5921; Id., 7 ottobre 2008, n. 4823, con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI, *Impugnabilità dei provvedimenti in materia urbanistico-ambientale tra onere di notifica, obbligo di motivazione e sindacabilità dell'esercizio di discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.-Cds*, 2008, p. 3443.

<sup>25</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, II, p. 760, che ritiene che la discrezionalità amministrativa «ha, o quanto meno spesso può avere, un suo nucleo che è strettamente politico, ed è quindi soggetto alle variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa»; più di recente, per una descrizione delle differenze tra ponderazione e bilanciamento, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 32 ss.

scomposta la “decisione pubblica” in un flusso a più tratti<sup>26</sup>, sta proprio nel riservare alle postazioni decisionali politiche ciò che afferisce al rilievo degli interessi in quanto definizione delle finalità, e perciò di non pretendere che questo divenga, impropriamente, terreno decisionale per chi (o cosa, nel caso di macchine amministrative che decidono, dell’amministrazione algoritmica) non è addestrato, non è legittimato, non è chiamato insomma a farlo, e non sarebbe nemmeno giusto, perciò, pretendere che lo facesse; si tratta di un verso della distinzione tra politica ed amministrazione non sempre considerato a sufficienza<sup>27</sup>, dato che in genere se ne guarda più il lato con cui si cerca di limitare l’invasione del bisogno politico in quello amministrativo, mentre tutto si tiene se, e solo se, entrambe le funzioni interpretino la propria parte, e non quella altrui: la funzione amministrativa è chiamata a perseguire finalità collettive poste altrove, non più – oggi – in via esclusiva in un ambito propriamente politico, e nemmeno, forse, prevalente mediante strutture e forme pubbliche, ma senza finalità già poste la funzione amministrativa non è se stessa, da chiunque venga tenuta.

La conciliazione ed una certa gerarchia<sup>28</sup> fra interessi pubblici molteplici è ben possibile ed anzi necessaria nelle società contemporanee<sup>29</sup>, ma a patto che questi siano stati già identificati come tali con una deliberazione che è inevitabilmente politica (nel nostro sistema, basata sulla legge – art. 97 co. 2 Cost.), e che la preferenza politica non sia compiuta

<sup>26</sup> Descritto con eccellente sintesi da A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 254 ss.: «dalla legge che pone le finalità generali, all'atto dell'organo politico che lo traduce in obiettivo, dal responsabile dell'ufficio dirigenziale generale che lo trasforma in programma di azione al dirigente di base che lo realizza».

<sup>27</sup> E tuttavia si v. E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, cit., p. 108 ss., con la dottrina ivi citata.

<sup>28</sup> V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, p. 839 e ss.; A. MOLTNERI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, 2017, p. 703, rileva «l'operatività di un “regime amministrativo speciale”, tendenzialmente insensibile ai fenomeni di semplificazione e destrutturazione dei processi decisionali, e prevalentemente caratterizzato dall'applicazione dei principi e delle categorie tradizionali dell'azione amministrativa».

<sup>29</sup> G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 89 ss.

da un decisore amministrativo<sup>30</sup>, il quale possa da sé imporla cioè unilateralmente e in via definitiva<sup>31</sup>; afferendo a fenomeni di complessità, tale operazione ben può conoscere formule propriamente amministrative di coordinamento<sup>32</sup>, come ad esempio accade oggi – oltre che nel procedimento – soprattutto in conferenza di servizi, nella quale, come è noto, se non si riesce a definire un assetto appropriato in via amministrativa<sup>33</sup>, non per caso va trovata una soluzione che viene affidata al livello decisionale di governo, con una responsabilità inevitabilmente di tipo politico<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Si tratterebbe infatti di interessi a protezione *necessaria*: cfr. G. Rossi, *Potere amministrativo e interesse a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 365: «alla tutela del paesaggio (che il MIBAC esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione», con la conseguenza che «il parere del MIBAC in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica»; e ad un'amministrazione non è consentita «una attività di comparazione e di bilanciamento dell'interesse affidato alle sue cure (la tutela del paesaggio) con interessi pubblici di altra natura e spettanza».

<sup>32</sup> G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 143 e ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 124; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 46 e ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4374. assume che all'amministrazione procedente tocca «esercitare un potere discrezionale bilanciando le ragioni manifestate in seno alla conferenza, verificando in che termini si delinea la prevalenza del soddisfacimento degli interessi in gioco. Pertanto, il ruolo assunto dall'amministrazione procedente non è meramente notarile, ma di sintesi delle ragioni emerse, dovendone ponderare l'effettiva rilevanza per come sono state in concreto prospettate, al fine di esprimere un giudizio di prevalenza»; tuttavia, nelle *Linee guida operative* della Presidenza del Consiglio dei ministri del 10 gennaio 2013, si indica che per «posizioni prevalenti» devono considerarsi quelle aventi «un peso specifico superiore alle altre per l'importanza degli interessi tutelati in relazione al caso concreto e al risultato collegato del procedimento in esame», dunque non per effetto di un giudizio, di una valutazione compiuta dall'amministrazione procedente medesima, che possa così «imporla» alle altre.

<sup>34</sup> L'amministrazione dissenziente, è noto, può oggi sollevare un vero e proprio ricorso, peraltro – se statale – ad opera del Ministro, che, oltre a sospendere ogni determinazione (art. 14-*quinquies*, co. 3, l. n. 241/1990), comporta un intervento della Presidenza del Consiglio e, in caso di contrasto persistente, una delibera di Governo che autorizza la determinazione finale in coerenza; questo schema, peraltro, può incidere anche sui lavori della conferenza di servizi, come nota S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Torino, Giappichelli, 2016, p.

Si discute, poi, di attività che sembrano comprendere, nelle medesime operazioni, politica ed amministrazione, un po' dell'una e un po' dell'altra; la questione è troppo grossa per essere trattata qui con l'attenzione che merita, ma va rilevato che in seguito alla distinzione tra politica ed amministrazione l'attività «politica e amministrativa» (per usare il lessico dell'art. 95 Cost.) è non per caso intestata ad organi di Governo, a persone, gruppi, insomma luoghi decisionali dove si compiono le valutazioni e le scelte riferibili agli interessi che abbiamo visto essere afferenti all'area della politica. E che ciò desti funzioni peculiari<sup>35</sup>, persino di rilievo costituzionale<sup>36</sup>, e denominazioni variegata (come «alta amministrazione», «indirizzo politico-amministrativo»<sup>37</sup>, «indirizzo politico minore»<sup>38</sup>, e simili), cambia poco il discorso che qui si conduce: ai nostri fini, insomma, non rileva che effettivamente possano compiersi attingimenti di finalità politiche mediante attività molto contigue a quelle amministrative, e che ciò possa avvenire, come è normale in ambiti politici, anche ricorrendo direttamente a serbatoi sociali<sup>39</sup>; quando ciò avviene, a compiere tali operazioni deve essere un decisore dotato di responsabilità politica diretta o indiretta<sup>40</sup>, e altrimenti, se si tratta di un decisore amministrativo, può giungere a prospettare, a dispiegare le medesime finalità, ma traendole

25, il quale osserva che così si «ne esce rafforzata la posizione dell'amministrazione precedente: quanto più i potenziali "dissenziati" sanno che l'eventuale decisione adottata senza il loro consenso può essere ribaltata solo con l'esperimento vittorioso del rimedio oppositivo, tanto più essi saranno indotti ad accettare il compromesso per raggiungere una decisione unanime in sede di conferenza di servizi».

<sup>35</sup> V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 101 ss.

<sup>36</sup> G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.

<sup>37</sup> E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), Milano, Giuffrè, 2006, I, p. 516 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009.

<sup>38</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1962, p. 189.

<sup>39</sup> Si veda ad es. G. BERTI, *Amministrazione come responsabilità*, in *Scritti in onore di Sergio Galeotti*, I, Milano, Giuffrè 1998, p. 119 ss.

<sup>40</sup> A. ZITO, *Atti di indirizzo politico-amministrativo e proposte di riforma delle pubbliche amministrazioni: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, Cedam, 2007, p. 321.

dai presupposti giuridici della sua funzione, insomma attuando indirizzi, perseguendo obiettivi, rispettando o al massimo interpretando disposizioni normative (anche a livello di principi e norme fondamentali)<sup>41</sup>. La decisione amministrativa deve rivelarsi coerente con le norme, ma ancor più con valori e principi che, a partire dalle disposizioni costituzionali, esse recano; siamo abituati a vedere in ciò un principio di legalità, ma è ben noto che è possibile rinvenirvi un valore di coerenza, non contraddizione, congruenza, compatibilità<sup>42</sup>, che ben potrebbe essere l'unica condizione possibile di verità, e dunque il gran merito, del “discorso” giuridico<sup>43</sup>, in grado così di farsi paradigmatico per altri tipi di argomentazioni<sup>44</sup>.

Divengono cioè importanti la forma, la forza, il valore della istruzione impartita in sede politica all'amministrazione. Per fare un esempio, un diritto fondamentale prevale, deve prevalere su un qualsiasi altro atto di indirizzo che fosse con esso contrastante, e la decisione amministrativa ha tutti gli strumenti giuridici per riconoscere e realizzare quella prevalenza, soprattutto considerando che il diritto è definito dalla Costituzione come *inviolabile*<sup>45</sup>; ma per la medesima ragione, quando vi sia equivalenza tra le istruzioni politiche, come ad esempio nel caso del cd. diritto alla salute e dell'interesse della collettività (entrambi notoriamente indicati dalla medesima istruzione politica recata dall'art. 32 Cost.), non ci si

<sup>41</sup> Come nella ricostruzione dogmatica della «sovranità trattenuta» ricostruita da L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61; d'altro canto, «la socialità, se assunta al di fuori delle regole, non può che essere arbitrariamente presunta»: così C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393.

<sup>42</sup> N. D. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1990, spec. p. 339 ss.

<sup>43</sup> Anche perché, secondo Dworkin, capace di mantenere l'integrità, valore fondamentale per l'individuo e la comunità: cfr. R. M. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. Mondadori, Milano, 1989, p. 219.

<sup>44</sup> In quanto forma di ragionamento pubblico: N.D. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 7.

<sup>45</sup> Da ultimo, cfr. L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, spec. p. 47.

può aspettare dall'amministrazione pubblica la soluzione dell'eventuale contrasto nell'attuazione di quei due indirizzi, è la politica che deve intervenire al riguardo<sup>46</sup>.

Con il che possiamo sottoporre a prova di sforzo un assunto, che sa di assioma: l'attività amministrativa, almeno quella che possiamo definire ora "pura", non caricata più cioè dell'opzione politica che oggi è collocata intorno ad essa, prima come scopo, regola, missione, obbiettivo, e poi come verifica, e reazione per adeguarla ai risultati del controllo<sup>47</sup>, non è tra quelle chiamate a definire finalità<sup>48</sup>, e diventa per ciò stesso

<sup>46</sup> La questione ha avuto una enorme rilevo in relazione alla pandemia in corso; il decreto legge n. 19/2020 ha stabilito (art. 2, comma 5), che «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto», e, in sede di conversione, a tale disposizione è stata anteposta la previsione in forza della quale «Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati (art. 2, comma 1)»; si è trattato insomma della cd. "parlamentarizzazione", non differente dalla procedura prevista dalla legge n. 234/2012 per la partecipazione a momenti deliberativi dell'Unione europea. La Corte costituzionale, con la sentenza 12 marzo 2021, n. 37, ha dapprima rilevato che «fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19), convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13, il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Allo stato, il quadro normativo vigente si articola soprattutto sul d.l. n. 19 del 2020 e sul d.l. n. 33 del 2020, con i quali una tale sequenza ha trovato ulteriore specificazione». E poi, con la recentissima sent. 22 ottobre 2021, n. 198, la Corte ha chiarito, con riguardo al rapporto tra fonte primaria e d.P.C.M., che «la fonte primaria, pertanto, non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale». M. CAVINO, *La natura dei d.P.C.M. adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 85, rileva come «non è chi non veda che la possibilità per le Camere di formulare indirizzi rispetto alla adozione dei d.P.C.M., senza intervenire sul contenuto della normativa primaria che la consentiva, vale a dimostrare l'esistenza di un margine di discrezionalità politica che lo stesso legislatore ha ritenuto utile affidare alla cura del Parlamento».

<sup>47</sup> C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2723.

<sup>48</sup> D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 49: «non può essere dimenticato che l'attività puramente amministrativa, che cioè, per definizione, non implica scelte politiche, può però implicare scelte di altro tipo cioè riguardanti gli aspetti tecnici, economici, organizzativi inerenti all'attività di amministrazione».

essenzialmente una decisione già dotata di una destinazione, insomma ha a che fare con i *mezzi*<sup>49</sup>.

### 3. *La decisione amministrativa non è politica*

Abbiamo menzionato il fatto, talmente noto da non dover venire troppo giustificato, che la decisione amministrativa sia una parte di una più ampia fattispecie, che qui chiameremo convenzionalmente *decisione pubblica*, composta da attività e da statuizioni, oltre che amministrative, di tipo politico, anche di governo e, se sussistenti, giurisdizionali<sup>50</sup>; se insomma uno storico dovesse descrivere quale sia lo stato di qualcosa, deciso in termini pubblici in un determinato momento, specialmente se l'indagine fosse rivolta all'epoca presente, dovrebbe tener conto appunto di tutti questi lati della decisione pubblica, per ricavarne l'assetto effettivo, e compiuto, che cercava.

È ben noto che far parte di un circuito così complesso non impedisce a quella amministrativa, quando c'è, di essere una decisione<sup>51</sup>; e perciò è utile tener conto del fatto che una decisione è essenzialmente frutto di una scelta, dunque interviene in un contesto in cui c'è possibilità di opzione per il decisore<sup>52</sup>, il quale ovviamente dispone di un certo grado

<sup>49</sup> M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 84, per il quale la funzione amministrativa, come ogni altra funzione, è «la rilevanza giuridica non del solo atto, ma dell'intera attività sotto il profilo dell'attitudine dei mezzi scelti al fine giuridico da conseguire».

<sup>50</sup> Assunto difficilmente discutibile; per es. cfr. F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1376: «la dottrina più avvertita ha da tempo rilevato che l'attività amministrativa è qualche cosa di profondamente diverso dagli atti in cui si esprime; e che essa è costituita, si potrebbe dire, da un lato dal complesso di finalità e scopi affidati all'amministrazione, dall'altro, da un *continuum* di iniziative, di attività materiali, organizzative, decisorie certamente, esecutive, la cui considerazione soltanto consente di individuare un rapporto tra organizzazione, attività, fini e scopi affidati»; G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Id.*, *La democrazia come problema*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 270: «la parola "funzione" assolve al compito essenziale di mettere innanzi a tutto il fine, lo scopo dell'attività, quella *deputatio ad finem* rispetto alla quale chi sia, poi, ad agire poco importa».

<sup>51</sup> Per tutti, si vedano gli studi radunati in AA.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Annuario AIPDA 2017, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>52</sup> L'assunto mi sembra appropriato con qualsiasi funzione si voglia riconoscere nella decisione, anche in quelle più estremamente «transattive» e «compositive», come illustrate, ad esempio, da F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, e M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996.

di autonomia, in taluni casi persino di arbitrio, ma per la pubblica amministrazione, è noto, tale capacità non può avere ampiezza illimitata e perciò qualifichiamo tale condizione con l'espressione "discrezionalità", un sostantivo che viene perciò usato in termini gergali, dato che nel linguaggio corrente, non specialistico, la parola ben può significare altro; la funzione amministrativa è infatti per sua stessa natura fisiologicamente circoscritta, almeno, da finalità<sup>53</sup> che non sono poste dal decisore, e che nella impostazione più teorica che si può immaginare sono determinate, essenzialmente, da istruzioni che possono essere remotamente condotte ad un sovrano<sup>54</sup>.

Secondo alcuni orientamenti, ciò sarebbe ricompreso anche nella chiara riserva di legge operata dal secondo comma dell'art. 97 Cost., che tuttavia è percepita unanimemente come relativa: ciò può significare, per un verso, che stando entro l'«organizzazione dei pubblici uffici», la fissazione delle finalità dovrebbe rimanere trattenuta entro la norma di legge dal vincolo costituzionale, ma a causa della relatività di questo non si può del tutto escludere che, almeno in parte ed in via di integrazione, possano parteciparvi anche gli esecutivi (e le Autorità amministrative indipendenti, per i settori che le riguardano). Il punto è controverso, specie in relazione all'ampiezza di questa capacità integrativa<sup>55</sup>, ma mi

<sup>53</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 989, parla di «attività resa idonea ad un fine» e, in questo senso, una *funzione*, e anche per lui una «*deputatio ad finem*».

<sup>54</sup> E ciò anche quando le finalità siano generalissime, come in chi ritiene che «nello Stato costituzionale la posizione dell'amministrazione non è caratterizzata più soltanto dal semplice rispetto delle libertà, ma innanzitutto dal compito positivo di realizzare determinati risultati di rilievo per tutta la collettività generale (art. 3, secondo comma, Cost.):» così E. FERRARI, *I principi dell'azione amministrativa nel DDL Senato XIV – 1281*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna 2004, p. 7 ss.

<sup>55</sup> In particolar modo in relazione alla sussistenza di un vero e proprio interesse pubblico in capo a tali autorità; tra molti, cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001; il tema si è poi allargato allorché la legge ha preso a legittimare le autorità ad agire in giudizio (si v. ad es. l'art. 21-bis della l. n. 287/1990, e di recente l'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016), con il che la questione si è estesa anche alla natura della giurisdizione al riguardo: cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 97 ss.; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, p. 45 ss.; N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agi-*

sembra abbastanza chiaro che ad essa, comunque, non siano chiamati a partecipare gli organi propriamente amministrativi<sup>56</sup>, se non per ausili e sostegni, oltre che per la “micro organizzazione” (che però ne è già una prima attuazione), ed insomma con apporti strumentali<sup>57</sup> anche in confronto alla *performance*<sup>58</sup>.

Per quanto sia difficile negare che l'indirizzo politico abbia origine e parte del proprio sviluppo, e persino della sua formazione, in una realtà che non è necessariamente un ambiente giuridico<sup>59</sup>, tuttavia non abbiamo bisogno di addentrarci in quella questione per rilevare che il Diritto non si manifesta solo in codici, pandette, norme prodotte cioè da fonti formali, ma giace a dire così nella dinamica del tessuto sociale, cui partecipa a pieno titolo<sup>60</sup>. E non è il caso di discutere qui quanto

*re dell'AGCM*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 807 e ss.; S. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle Autorità Indipendenti. Il caso Anac*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 197 e ss.

<sup>56</sup> Ad es., in ordine alla cd. “regolazione”, cfr. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 113 ss., a mente dalla quale deve fornire «la garanzia che in quel determinato settore venga assicurata l'operatività di principi e valori indicati nel momento legislativo, rispetto al quale l'amministrazione si pone in una posizione di neutralità».

<sup>57</sup> Si vedano le competenze elencate, ad esempio, nell'art. 16, co. 1, lett. a) e a-bis), d. lgs. n. 165/2001: cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, p. 69 ss.

<sup>58</sup> Questione ben spiegata in E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, cit., p. 113 ss.

<sup>59</sup> Sulle correnti “esistenzialiste” dell'indirizzo politico, si veda A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, p. 108; S. D'ALBERGO, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XII, p. 603 ss.

<sup>60</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist. Giuffrè, Milano, 1998, p. 74 ss.; più di recente, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 28, nota la tendenza «ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante»; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, p. 53, a proposito della giurisprudenza costituzionale osserva che «se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l'identificazione del diritto con la legge. Una volta che la prospettiva cambi e si arricchisca, la creatività, sempre sospetta agli occhi del positivista legalista, cederebbe il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa». Si può forse dire che oggi ad essere in discussione, al riguardo, più di quella amministrativa è la funzione giurisdizionale, che viene non di rado percepita come capace di agire senza legge (e ciò a maggior ragione in confronto al giudice costituzionale, ritenuto da alcuni ormai in grado di “riscrivere” la Costituzione): tra molti altri, si v., ad es., C. PANZERA, *Sentenze «normative» della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 497 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, p. 755 ss.; più di recente,

sia vero che tra i compiti della (autorità) politica vi sia la creazione di Diritto<sup>61</sup>, né appurare quanto indirizzo politico possa ancora darsi in ambito nazionale per gli Stati che compongono l'Unione europea<sup>62</sup>, né affermare che qualunque attività dello Stato sia fisiologicamente giuridica (e dunque che non ve ne sia, ad esempio, di propriamente politica, sia pure giuridicamente regolata)<sup>63</sup>: ai nostri fini è sufficiente notare che in questo complesso compito, comunque lo si guardi, chiunque lo svolga e dovunque si maturi, sta la definizione di scopi, obbiettivi, finalità, in una certa epoca ed in un certo luogo, qualunque denominazione, e qualunque forma espressiva, a loro volta assumano<sup>64</sup>.

Senza negare, insomma, che vi siano funzioni ulteriori e più strumentali degli indirizzi politici e delle norme che ne vengono generate<sup>65</sup>, credo sia indiscutibile che la legalità, intesa in senso ampio<sup>66</sup>, consista anche

si vedano al riguardo L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4, 2016, 13 ss.; A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, II, p. 1452 ss.; G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, *ibidem*, p. 1486 ss.; i contributi pubblicati nel fasc. 2, 2016 della rivista *Diritto pubblico*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 14, 2017; A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online, Studi*, 2015, III, p. 769 ss.

<sup>61</sup> M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 211.

<sup>62</sup> Molto utile, per il dibattito al riguardo, il numero 3, 2017 della *Rivista AIC*, che riporta i contributi al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, il cui tema era «Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio».

<sup>63</sup> V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urb.*, 1939, p. 178 ss.

<sup>64</sup> T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 134 ss., che individua come «essenziale e preminente» la fase «teleologica» nell'attività di indirizzo politico, oltre a quelle strumentale ed effettuale, nella quale «si operano le scelte primarie e si conduce ad unità la multiforme realtà politica espressa dalla comunità statale»; a sua volta, G. SILVESTRI, *Potere dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 697, assume che «la nozione stessa di indirizzo non possa esistere indipendentemente dalla essenziale normatività della fase fondamentale dell'individuazione dei fini».

<sup>65</sup> A parte le norme che presiedono alla produzione di altre (secondarie, o sulla normazione, o metanorme), quelle di condotta, quelle di struttura, saranno qui rilevanti quelle «performative», che «fanno quel che dicono»: su tutto ciò si v. i classici argomenti di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, Einaudi, 1965, p. 88 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 36 ss.; R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 158.

<sup>66</sup> Ne fa un eccellente sintesi F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., nt. 64: «La disciplina previa dell'attività amministrativa può essere contenuta in fonti di natura legislativa o rego-

nel fissare indirizzi<sup>67</sup>, nel predisporre e perseguire tutele e mutamenti<sup>68</sup>, e che ciò avvenga abbastanza indiscutibilmente in relazione alla pubblica amministrazione<sup>69</sup> ambientata in un contesto di sovranità popolare, limitata e, al contempo, orientata dai diritti<sup>70</sup>, e comunque tenuta a rispettare quel principio, e vincoli di bilancio, imparzialità, buon andamento.

Ed anche se l'indirizzo politico non si può trovare tutto nella legge, e nemmeno tutto in norme<sup>71</sup>, e più in generale è assai discutibile che vi sia un il monopolio dell'autorità pubblica rispetto a tutto ciò che sia di pubblico interesse<sup>72</sup>, ancora una volta ai fini del nostro discorso tutto ciò rileva poco: ci basta convenire sulla circostanza che l'amministrazione pubblica è attività che trova già dispiegato un indirizzo, e che in esso vengono definiti (oltre che standard di comportamento<sup>73</sup>) obbiettivi,

lamentare, eteronome od autonome: può accrescersi e specificarsi in più atti normativi o programmatici di diversa natura, ordinati dal più astratto al più concreto, e può (ed anzi in qualche misura deve) contenere anche i criteri obbiettivi per consentire che le scelte discrezionali siano oculate ed imparziali».

<sup>67</sup> C. MARZUOLI *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

<sup>68</sup> Si riferisce alle *rules of change* H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 89 ss.

<sup>69</sup> G. BERTI, *Figure del diritto amministrativo: procedura, controllo, responsabilità*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p. 149, rileva che quando «le leggi hanno per bersaglio l'amministrazione, esse mutano radicalmente la loro funzione», che non è più quella di garanzia e il principio di legalità diviene in tale ambito «un rafforzamento, ottenuto appunto per legge, del legame di suditanza dell'amministrazione verso il potere politico». Parlava al riguardo di «indirizzo politico minore» C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1952, p. 189.

<sup>70</sup> La stessa sovranità popolare è soggetta a «limiti» (art. 1 Cost.): L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 34: «neppure il popolo è sovrano nel vecchio senso di "superiorem non recognoscens" o di "legibus solutus" (...) tanto meno lo è la maggioranza, essendo la garanzia dei diritti di tutti – anche contro la maggioranza – il tratto caratteristico dello Stato democratico di diritto». Per una complessa lettura della sovranità popolare, trattenuta entro i diritti e le libertà, si v. la ricostruzione operata da L.R. PERFETTI, nelle opere indicate *supra* in nt. 41.

<sup>71</sup> C. MARZUOLI *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 28. Ma si v. anche Corte cost. 14 ottobre 1997, n. 309, che parla di organizzazione che, come «nucleo essenziale, resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge».

<sup>72</sup> Così molto efficacemente L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 60.

<sup>73</sup> M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *PA. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 204, fa notare che «nel rapporto tra norma e potere non si danno due momenti staccati, quello dell'attribuzione (o della fondazione) e quello della

scopi, orientamenti, in una parola finalità<sup>74</sup>. Con la conseguenza che si può affermare che nella pubblica amministrazione odierna il decisore non è autore, né dispone, della finalità per cui deve agire, la quale viene assegnata *ab externo*, ed è perciò (e non solo per un rapporto dell'atto amministrativo con la legge) che la capacità di scelta, se c'è, è limitata, e proprio per questo dunque appare come peculiare *discrezionalità*, e la decisione che la esprime appartiene alla famiglia di quelle che non devono contemplare anche l'elaborazione delle finalità: l'amministrazione non è funzione delle finalità<sup>75</sup>.

Ciò non significa affatto che la finalità sia *estranea* alla decisione amministrativa, ma anzi, al contrario, che essa – fissata altrove – ne è come insita, interna, in qualche modo implicita<sup>76</sup>; in effetti non bisogna mai

disciplina; ma un momento solo: quello della disciplina legale del potere, che riguarda i profili soggettivi e quelli oggettivi della validità degli atti con i quali esso viene esercitato». Il fatto che il principio di imparzialità, in concorso con quello di legalità, comporta che l'attribuzione di poteri venga accompagnato da criteri di esercizio è stabilito da tempo risalente: cfr. C. cost., 12 marzo 1962, n. 14; 9 dicembre 1968, n. 123; 29 maggio 1995, n. 209; 26 giugno 1996, n. 225; n. 325/2011; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 125.

<sup>74</sup> Parla di «parte di attività in quanto ordinata a un fine» M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 27; e di organizzazione che «appare primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obiettivati nella stessa Costituzione e poi nelle leggi» G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 325. Insomma, «pur con importanti differenze, i dati della ipostatizzazione in una persona giuridica che partecipa della sovranità e della funzionalizzazione ai fini pubblici sono elementi caratterizzanti di entrambe le concezioni», quella istituzionista e quella normativista: così L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 49.

<sup>75</sup> Per A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 59 ss., «accanto al profilo garantistico del principio di legalità si pone (...) quello istituzionale, relativo alla posizione complessiva dell'amministrazione e al suo rapporto con gli organi rappresentativi, ai modi cioè in cui la prima, sia come attività che come organizzazione, può essere indirizzata verso il conseguimento degli obiettivi costituzionali e degli indirizzi politici: e ciò indipendentemente dal carattere autoritativo o meno degli strumenti da essa utilizzati»; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 95 ss. ha sostenuto la necessità dell'assoggettamento degli atti privatistici di organizzazione a vincoli funzionali, e a sua volta A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 274 ss., nota, come altri, che «l'impiego delle clausole generali di correttezza e buona fede nel giudizio sugli atti esercizio di poteri privati dell'amministrazione sembra (...) aprire la via ad una se pure indiretta ricaduta sul singolo atto privatistico delle norme di principio che orientano l'attività amministrativa ai fini di interesse generale».

<sup>76</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 70 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di*

trascurare la circostanza che l'ufficio amministrativo agente esiste ed agisce proprio perché c'è quella finalità di cui prendersi cura, insomma la finalità è tra le ragioni genetiche, tra l'essenza stessa della sua vita, e dunque anche della decisione: senza quella, non ci sarebbe nemmeno questa<sup>77</sup>.

#### 4. *Decidere amministrativamente è determinare*

Potrebbe però ostare all'assunto appena proposto il variegato volto con cui si presenta da ormai molto tempo ciò che si riassume con le formule che si rifanno alla "crisi" (della legge<sup>78</sup>, della sovranità<sup>79</sup>, dello Stato<sup>80</sup>, dei partiti<sup>81</sup>, della rappresentanza politica<sup>82</sup>, e così via<sup>83</sup>), perché in quel molteplice mutamento in corso possono trovarsi anche le tentazioni della politica di rinunciare ad alcuni, a molti o a tutti i propri compiti

*la del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 22 ss.

<sup>77</sup> B.G. PETERS, *La pubblica amministrazione*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1999, p. 237 ss.; R.W. SCOTT, *Istituzioni e organizzazioni*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1998, p. 173.

<sup>78</sup> Tra tanti, L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. civ.*, 1, 2014, p. 27 ss.; M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari, Laterza, 2010; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, p. 7 ss.; M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia. Legge, diritto e giustizia*, Vol. 30, ed. Il sole 24 Ore, Milano, 2006, p. 1005 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 1989, p. 411 ss.

<sup>79</sup> R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene, p. 369 ss.; A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-Mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014; nega che la sovranità sia concetto sensato in termini giuridici L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, spec. p. 43 ss.

<sup>80</sup> P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, p. 54 ss., legge insieme «la crisi dello statalismo e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti».

<sup>81</sup> Fra tanti, si possono vedere, di recente, i lavori radunati in F. BIONDI, G. BRUNELLI, M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

<sup>82</sup> M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, p. 113 ss.; ma si veda già ID., *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano 2001, p. 109 ss.

<sup>83</sup> Molto utile per una rassegna ampia di questi temi sono i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, svoltosi a Catania il 3 ed il 4 aprile del 2017, per gran parte riportati sul numero 3,2017 della rivista *Osservatorio sulle Fonti*.

tradizionali, che ricadrebbero, *in parte qua*, sull'amministrazione che diverrebbe, così, quantomeno un effetto delle tante facce di quella crisi; ed in tal caso la tesi che si sta delineando crollerebbe miserevolmente, dato che, appunto, sulla funzione amministrativa ricadrebbe anche il grave della fissazione delle finalità, compresa la selezione degli interessi, sia pure in supplenza.

Ebbene, a parte il fatto che la tenuta di un compito in forma vicaria e precaria non smentisce che esso sia intestato ad altri, ed altrove perciò andrebbe svolto, e come l'eccezione conferma la regola, così la supplenza non potrebbe che ribadire l'assunto teorico che l'amministrazione non è funzione di finalità; ma poi sarebbe ingenuo pensare oggi ad una politica che, ritraendosi in quanto in crisi<sup>84</sup>, lasci completamente sguarnito il perimetro delle finalità, dato che negli ordinamenti contemporanei vi è tale densità e ampiezza di disposizioni<sup>85</sup> che appare davvero difficile immaginare uno spazio vuoto, non occupato da valori che abbiano assunto nemmeno la forma di principio codificato in alcun modo, e disponibile perciò, per intero, all'appropriazione amministrativa.

Più realistico è ammettere che, al massimo, la funzione amministrativa trovi le proprie finalità già espresse ma in termini *vaghi*<sup>86</sup>, *indetermina-*

<sup>84</sup> Addirittura, in forma «capricciosa»: cfr. A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1147 ss.

<sup>85</sup> M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 1020 ss., rinvia tre macro-aree di complessità normativa (dei centri di produzione, degli interessi regolati, del sistema delle fonti), dopo aver individuato sei tipologie di «complicazione» (qualità, densità, frammentazione, mancata attuazione, eccessivo tecnicismo, pollicentrismo della produzione). A loro volta P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, p. 54 ss., legge, oggi, insieme «la crisi dello statalismo e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti», e R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva «quantistica»*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 72, rileva un «sub-sistema legislativo»; F. CORTESE, S. PANASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Riv. AIC*, 5, 2015, p. 14 e 16, rilevano forme di «co-partecipazione (...) all'esercizio della funzione normativa», e di «sussidiarietà della fonte legislativa»; ed in giurisprudenza si parla di «formanti (e meta-formanti) normativi», come in Cons. Stato, V, 11 marzo 2005 n. 102.

<sup>86</sup> C.S. PEIRCE, *Vague*, in J.M. BALDWIN (a cura di), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, New York-London, II, 1902, p. 748: «A proposition is vague when there are possible states of things concerning which it is intrinsically uncertain whether, had they been contemplated by the speaker, he would have regarded them as excluded or allowed by the proposition. By intrinsically uncertain we mean not uncertain in consequence of any ignorance of the interpreter, but because the speaker's habits of language were indeterminate; so that one day he would regard the proposition as excluding, another as admitting, those states of things. Yet this must be under-

*tr*<sup>87</sup> (accanto, non bisogna mai trascurarlo, a disposizioni semplicemente generali, astratte<sup>88</sup>, e a istruzioni di comportamento, che a loro volta possono essere strutturate come tutele in favore di chi subisca l'azione amministrativa<sup>89</sup>); orbene, poiché viviamo in un mondo che ho provato a definire «a complessità aumentata»<sup>90</sup>, anche la politica, perciò, può essere complessa, e può esprimersi in modi variegati, plurimi, eterodossi<sup>91</sup>, e dunque disporre istruzioni per la pubblica amministrazione non solo con più forme (dai diritti fondamentali alle direttive di governo, agli obiettivi di *performance*), ma anche in termini generali, di principio, e dunque vaghi, indeterminati, e ciò può anche essere conseguenza non già di una crisi, ma, al contrario, di una fisiologia della complessità<sup>92</sup>, e persino una struttura se ci riferiamo alle costituzioni contemporanee,

*od to have reference to what might be deduced from a perfect knowledge of his state of mind; for it is precisely because these questions never did, or did not frequently, present themselves that his habit remained indeterminate.*

<sup>87</sup> Oltre che equivoci o ambigui, incapaci cioè di determinare il proprio riferimento a causa di omonimia, polisemia, ampiezza di contesto, «vaghezza di grado», «vaghezza combinatoria»: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè 1990, p. 46; W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, trad. it. Bologna, 1971, p. 139 e ss.

<sup>88</sup> C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 305 ss., avvisa sul rischio di confusione della vaghezza «con la generalità e/o con la genericità».

<sup>89</sup> Si veda la osservazione teorica di F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 97: «vanno tenuti separati due profili, rispecchianti le due fondamentali esigenze positivamente affermate nell'attuale ordinamento: da un lato l'esigenza della soddisfazione degli interessi assegnati all'amministrazione (interessi pubblici); dall'altro l'esigenza del trattamento corretto ed imparziale dei soggetti che con l'amministrazione vengono giuridicamente in contatto», cfr. anche B. TONOLETTI, *Testi giuridici ed efficienza della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, Senato della Repubblica, 2017, p. 266: «la legge amministrativa instaura sempre, implicitamente, una sorta di tensione tra tendenza espansiva e tendenza limitativa dell'azione amministrativa».

<sup>90</sup> P. FORTE, *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 2143 ss.

<sup>91</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 7, 2016, par. 3.

<sup>92</sup> Cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, che a proposito del «principio di ordine generale» che «occorre l'intervento del legislatore per l'istituzione di un ente pubblico», ai sensi dell'art. 4, l. n. 70 del 1975, afferma che «può ammettersi che un siffatto riconoscimento sia desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge», ancorché «occorre nondimeno che la volontà del legislatore in tal senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente inequivoco».

viste come documenti politici di lunga durata<sup>93</sup>, processi<sup>94</sup>, insomma oggetti evolutivi<sup>95</sup>.

Per molti concetti indeterminati si può dire anche che costituiscano un distillato astratto da casi concreti accaduti, costruito dunque in base ad enorme esperienza ed addestramento, anche in funzione dei casi non ancora accaduti, ma prevedibili, e vi è poco dubbio che, nonostante le apparenze, ciò costituisca uno straordinario strumento di definizione e operatività, verrebbe da dire di effettività<sup>96</sup>, per una sorprendente disciplina del caso concreto<sup>97</sup>.

La pluralità dei significati potenziali è un carattere indiscutibile di concetti indeterminati e clausole generali, ma si può discutere che questo sia un difetto, ed in ogni caso il compito del Diritto è, al riguardo, proprio quello di trovare i modi per determinare quelli e concretizzare queste il più possibile, e questo difficile impegno, per quanto non possa aspirare ad una soluzione assoluta, ma forse *probabile*<sup>98</sup>, non è una missione impossibile, come sarebbe se i significati fossero infiniti, in continuo e inarrestabile rinnovamento; dunque nei casi più complessi abbiamo un

<sup>93</sup> M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

<sup>94</sup> A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3, 1998, p. 343 ss.

<sup>95</sup> M.S. GIANNINI, *La libertà dall'ignoranza e dal bisogno. I diritti sociali*, ora in Id., *Scritti*, 1963-1969, V, Milano, Giuffrè, 2004, p. 62, fa l'esempio del principio di uguaglianza, considerata dapprima una libertà (dal privilegio, dall'arbitrio dell'autorità) o un frammento (di libertà) accessorio ad altra in cui si realizzava, e in seguito via via specificato come "principio istituzionale", come tale capace di investire virtualmente ogni istituto giuridico, tanto da valere in materia tributaria, di ordini di polizia, di requisizioni, in materia di canoni di concessioni ecc.

<sup>96</sup> A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

<sup>97</sup> F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 339 ss.; si v. al riguardo anche L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1213.

<sup>98</sup> A. GIULIANI, *La controversia: contributo alla logica giuridica*, Pavia, Tip. del libro, 1966, p. 88; G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, p. 36, assumono che «la norma imprecisa (...) può essere definita come una primordiale definizione della discrezionalità tecnica».

pugno di significati possibili<sup>99</sup>, e ad eleggere tra essi quelli che vanno usati con maggiore probabilità di appropriato funzionamento, e soprattutto di validità giuridica, diviene decisivo contemplare la finalità per la quale si sta agendo, qualunque denominazione assuma, per ogni operazione di determinazione<sup>100</sup>.

Insomma, se può apparire che «la chiarificazione del concetto indeterminato non segue un moto progressivo e la indeterminatezza del concetto stesso è destinata a conservarsi nel tempo, attraverso la evoluzione degli usi linguistici e giurisprudenziali»<sup>101</sup>, ciò tuttavia è vero sino ad un certo punto, giacché i casi umani non sono infiniti, le opinioni morali non sono tante quante sono le persone, e affermare oggi che «ogni testa è un tribunale» come ieri «*tot capita, tot sententiae*» è un efficace modo per rappresentare la varietà, la pluralità e la difficoltà dell'esperienza umana, ma non si può dire che sia esatto, che sia più di un enfatico motto popolare e vada cioè preso alla lettera, anzi al numero. Ogni descrizione di un concetto nasce infatti socialmente indeterminata<sup>102</sup>, e subisce un

<sup>99</sup> G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 846: «vale la pena di notare che nella pratica la tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza sono infiniti si rivela falsa: sono molto frequenti i casi in cui gli enunciati interpretativi sono due, sono presenti casi in cui sono tre, molto rari i casi in cui sono quattro, non ricordo nessun caso in cui sono cinque».

<sup>100</sup> «è sull'interprete che grava per intero il compito di riportare a coerenza l'insieme delle disposizioni legislative, onde ricavarne la norma del caso, norma che deve necessariamente essere reperita (nonostante le lacune della legislazione) e deve essere necessariamente univoca e non smentita da altre norme concorrenti»: R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in *forumcostituzionale.it*, p. 3.

<sup>101</sup> F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto?*, cit., p. 366, che lo spiega nel senso che «già la definizione del significato del concetto indeterminato in quanto tale, ma soprattutto l'utilizzo dello stesso nei casi concreti che si presentano, e dunque l'applicazione della disposizione che contiene il concetto indeterminato al fatto della vita, se per un verso esemplifica una determinazione del concetto, per altro verso contribuisce all'oscuramento della nozione nei limiti in cui l'ultima concretizzazione si distanzia o confligge con concretizzazioni precedenti e nei limiti in cui la concretizzazione è combattuta da altre interpretazioni alternative»; ma come si vedrà subito nel testo, questo non è un processo che si protrae all'estremo, o all'infinito, e che si rinnova sempre, e continuamente, invariabilmente, costringendoci a cominciare sempre, periodicamente, da zero.

<sup>102</sup> Tutti i concetti giuridici sono originariamente (necessariamente) indeterminati: K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1970, p. 171; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 352 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 4 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., p. 242; sulla vaghezza fisiologica del linguaggio cfr. poi R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 59 ss.

processo progressivo di determinazione, una *emersione* che tuttavia trova un meccanismo e dunque poi un momento, un processo ed un punto di *fissazione*<sup>103</sup>, e ce ne consente un utilizzo, a questo punto sì, sociale<sup>104</sup>, così come ogni parola, ogni espressione, ogni opera rappresentativa; se così non fosse, infatti, ciò renderebbe impossibile non solo il fenomeno giuridico, ma il linguaggio, la comprensione, la musica, l'arte, la convivenza stessa tra gli umani.

Senza dunque negare che la questione dell'indeterminatezza sia notoriamente di grandissimo rilievo in Diritto, ancora una volta possiamo dire che lo sia meno ai nostri fini: se l'indirizzo rivolto all'amministrazione è vago o indeterminato, non significa che non ci sia, e per quanto è complesso, sono disponibili diversi strumenti per contemplare anche le finalità definite in termini vaghi e utilizzarle in quanto tali; e ciò vale sia per i concetti giuridici indeterminati, sia per le clausole generali, se si intende queste connotate diversamente da quelli<sup>105</sup>: insomma, considerato che è difficile distinguere indeterminato così da indeterminato cosà, vago colì da vago colà<sup>106</sup>, e persino ciò che lo sia

<sup>103</sup> M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, 2009, spec. p. 232 ss.; A. REINACH, *Sulla fenomenologia*, in Id., *La visione delle idee*, a cura di S. BESOLI, A. SALICE, trad. it. Macerata, Quodlibet, 2008, p. 183; J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, trad. it., Torino, 2006, p. 34, che lo spiega con il fenomeno dell'intenzionalità collettiva: «l'idea è che se noi intendiamo fare qualcosa insieme, allora ciò consiste nel fatto che intendo farlo con la credenza che anche tu intenda farlo; e tu intendi farlo con la credenza che anch'io intenda farlo. E ciascuno crede che l'altro abbia queste credenze, e ha queste credenze riguardo a queste credenze, e riguardo a queste credenze, ecc., in una gerarchia potenzialmente infinita di credenze»; e tuttavia, egli stesso non riesce a sfuggire all'idea che in questo meccanismo vi sia «un elemento di magia, il comparire di un trucco, un gioco di prestigio»: *ibidem*, p. 55.

<sup>104</sup> Sulle «mutevoli regole socialmente tipiche cui rinvia la metaregola giuridica che contiene la clausola generale», e al contempo sulla «mera indeterminatezza delle regole staticamente intesa» cfr. C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, 1999, p. 117 ss. e p. 128 ss. Si veda al riguardo anche A. ROMANO TASSONE, *Sulla vicenda del concetto di «merito»*, in *Direttoriale*, 2008, p. 547.

<sup>105</sup> Questione difficile in termini teorici e assai dibattuta: cfr., ad es., G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, spec. p. 436 ss.; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Notar.*, 2010, p. 303 ss.

<sup>106</sup> Cfr., in termini assai più rigorosi, e consoni, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 62 ss.; a loro volta, G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indirizzo nella decisione amministrativa*, cit., p. 61, richiamano «l'operatività di distinte linee guida di natura legislativa o logico-argomentativa».

volontariamente da ciò che lo sia senza intenzione<sup>107</sup>, per quanto si possa comprendere che sulle prime ci si trovi in difficoltà con qualunque indeterminatezza e qualsiasi vaghezza, dopo un po' di pratica, di precedenti, di esperienza, e forse di connessioni logiche ed analogiche con principi e persino norme<sup>108</sup>, quella indeterminatezza e quella vaghezza possono essere se non eliminate, ridotte senz'altro, ad esempio nelle operazioni di *concretizzazione* della clausola generale<sup>109</sup>, di *determinazione* dei concetti<sup>110</sup>, e più in generale di valutazione e di identificazione di una vera e propria regola di condotta di qualsiasi natura, che si compie per applicare un concetto indeterminato o una disposizione vaga.

Decidere significa in effetti stabilire quale tra diverse opzioni è preferita, dunque *determinare*; ed è per questo che una decisione può sembrare necessaria anche di fronte alle interpretazioni<sup>111</sup>, e si è avanzata l'ipotesi che la discrezionalità sia in fin dei conti un'operazione di comprensione delle norme da applicare<sup>112</sup>; ma poi si può trarre la conseguenza che anche di fronte all'indeterminatezza dovuta all'opinabilità tecno-scientifica, si tratta pur sempre di condurre la medesima operazione, determinare,

<sup>107</sup> S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti in generale*, I, Torino, 1991, p. 403.

<sup>108</sup> M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 365 ss.

<sup>109</sup> V. ad es. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2013, spec. p. 34 ss., con ampi richiami di letteratura; G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, cit., p. 40.

<sup>110</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 202 ss.; V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. p. 96 ss.; G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, cit., p. 60 ss., individuano quattro fasi di concretizzazione dei concetti indeterminati.

<sup>111</sup> G.U. RESCIGNO, *L'ultima lezione. Come ho pensato di poter conciliare la politica rivoluzionaria e la scientificità della professione di giurista*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2011: «l'attività di interpretazione sta proprio nel ragionamento in base al quale chi interpreta formula (o esibisce) sia A che B, come possibili riscritture del testo originario. Stabilire però che la interpretazione corretta è A e non B, o viceversa, è una decisione, giustificata quanto si vuole dalla interpretazione svolta, ma distinta dalla attività di interpretazione: viene infatti dopo la interpretazione, e sceglie una riformulazione (una interpretazione) e scarta l'altra (che pure è stata formulata).

<sup>112</sup> L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; ID., *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, spec. p. 64 ss.; si vedano gli argomenti al riguardo addotti da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 135.

che non a caso è il sintagma usato dalla legge (l'art. 3, l. n. 241/1990) per descrivere l'evoluzione decisionale, la meccanica di ogni decisione, nella pubblica amministrazione: «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno *determinato* la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria».

Per quanto normalmente gli osservatori giuridici riconducano le operazioni di determinazione alla funzione giurisdizionale<sup>113</sup>, (forse per tutti, ma certamente) in confronto alla pubblica amministrazione (e perciò nel Diritto amministrativo) è importante che esse siano condotte già nell'esercizio dell'attività amministrativa<sup>114</sup>, fuori dall'aula giudiziaria, prima del giudice<sup>115</sup> ed anzi possibilmente senza di esso<sup>116</sup>.

Ed è poco discutibile che il ventaglio di strumenti determinativi (chiamiamoli così per brevità) debba stare nel bagaglio tecnico, professionale, nell'addestramento e nella esperienza accumulata di un funzionario decisore nella pubblica amministrazione, sotto forma di precomprensione<sup>117</sup>,

<sup>113</sup> Sulla «centralità del (ruolo e del) potere attribuito dalla legge al giudice: natura, limiti e controllabilità in sede di impugnazione» si v. E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Ann. V*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 249 ss.; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2008, p. 7 «l'obbligo del giudice di decidere le controversie che gli vengono sottoposte ha come naturale corrispettivo il suo potere di stabilire la regola giuridica applicabile, e ciò anche quando manchi una chiara ed univoca disposizione. In altre parole, il dover rendere comunque il giudizio trova il suo necessario complemento nella competenza del giudice a risolvere i casi di oscurità, ambiguità, vaghezza, imprecisione, lacunosità, antinomicità del dettato normativo». R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, cit., p. 2, ritiene che quanto più un ordinamento è disordinato e complesso tanto più diventa necessaria l'attività di interpretazione dei giudici per ricondurlo ad unità, coerenza e completezza.

<sup>114</sup> Sulla necessità intrinsecamente fattuale dell'amministrazione cfr. da ultimo M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 353 ss.

<sup>115</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, cit., «l'utilizzo da parte del legislatore di concetti indeterminati, elastici o generali non è vicenda che appartenga in esclusiva al diritto amministrativo. In esso, però, acquista un connotato particolare. Ciò perché il concetto giuridico indeterminato dev'essere, in prima battuta, interpretato e applicato dall'autorità amministrativa titolare del potere pubblico. Solo in seconda battuta, in occasione del sindacato compiuto sull'atto di esercizio del potere, viene all'attenzione del giudice».

<sup>116</sup> A. FALZEA, *Standards giuridici*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 416 ss.

<sup>117</sup> A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. Milano, Giuffrè, 2003, p. 160 ss.

predeterminazione<sup>118</sup>, stati intenzionali di funzione<sup>119</sup>, nei quali sono compresi i doveri d'ufficio, gli obblighi ed i principi che presiedono alla validità giuridica della sua condotta amministrativa: la completezza di istruttoria, la ragionevolezza, la logicità, l'uso di *standard* e prassi, insomma l'insieme di elementi riferiti al fatto o a precedenti; ma è normale attendersi che l'amministrazione, anche quando trova finalità ed indirizzi vaghi, debba, prima di procedere, disporre ed utilizzare una «base enunciativa»<sup>120</sup>, un *bouquet* di principi che concorrono al suo orientamento ma che non sono da essa costituiti; e perciò se vi sono opzioni anche ad un livello amministrativo, e per esercitarle ai fini di una decisione si maneggiano principi, le scelte amministrative non finiscono comunque per avere perciò anche un proprio rilievo politico, e non debbono averlo<sup>121</sup>.

Questi connotati non cambiano quando la decisione amministrativa sia basata su inferenze tecno-scientifiche; anche in quel caso è connotata dal principio della completezza istruttoria, combinato con obblighi di accessibilità, trasparenza sostanziale, motivazione, e ciò può condurre a ritenere necessaria la giustificazione cd. esterna, e cioè la esplicitazione comprensibile tra i motivi che hanno determinato la decisione, anche di quelli che hanno fatto escludere le altre soluzioni disponi-

<sup>118</sup> A. FALZEA, *Prassi giuridica*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., I, p. 443 ss., secondo cui «le regole dei sistemi culturali esterni al diritto costituiscono (...) criteri di determinazione delle regole giuridiche».

<sup>119</sup> È il linguaggio descrittivo usato da J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, cit., p. 147 ss.

<sup>120</sup> R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

<sup>121</sup> Cfr., al riguardo G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1998, p. 103 ss.: «si potrebbe sostenere che per giudicare del maggiore o minore peso e importanza di un principio rispetto ad un altro dobbiamo possedere una visione a sua volta coerente dell'ordinamento nel suo complesso, e in tal senso si potrebbe anche parlare di una sorta di coerenza di ritorno, che opera a livelli più generali, in apparenza neanche troppo dissimile dalla *integrity* dworkiniana. Ma la differenza fondamentale è che la coerenza anche a questi livelli più generali, ammesso che ci si debba arrivare, rimane sempre un valore strumentale alla realizzazione di altri valori, non diventa esso stesso un valore politico indipendente».

bili<sup>122</sup>, in ragione delle circostanze del caso concreto, ma, soprattutto, in relazione alle finalità perseguite: l'interesse pubblico *in concreto*, cioè, anche nelle inferenze tecno-scientifiche dipende dall'interesse pubblico *in astratto*, nel senso che da esso deve procedere, come una elaborazione di tipo sillogistico, in cui vi è bisogno di una coerenza complessa<sup>123</sup>, in cui *omnis determinatio est (etiam) negatio*<sup>124</sup>, per far emergere l'assetto più appropriato, che può apparire perciò anche come «norma singolare»<sup>125</sup>.

Il decisore amministrativo ha così la possibilità di usare la proporzionalità per la verifica della «necessità» di una certa decisione<sup>126</sup>, come risultato del confronto con ipotetiche scelte alternative, che si compie attraverso misurazioni che non implicano solo apprezzamenti circa l'accettabilità

<sup>122</sup> Cfr. al riguardo (anche per una comparazione tra decisione amministrativa e giudiziaria) R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 235 ss.; per L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, p. 72, è «essenziale l'ascolto di più voci, tramite l'instaurazione di un serio contraddittorio tra esperti, in cui siano rispecchiate in modo fedele le posizioni presenti della comunità scientifica».

<sup>123</sup> G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica*, cit., p. 118.

<sup>124</sup> Principio mai espresso da Spinoza, ma attribuitogli da Hegel: cfr. G.W.F. HEGEL, *Scienza della logica*, trad. it. Bari, Laterza, 1968, p. 108.

<sup>125</sup> F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto?*, cit., p. 352: «ogni classificazione, e dunque anche questa, va considerata con grande prudenza. Non soltanto perché difficilmente potrebbe essere veramente esaustiva, e ancor più difficilmente potrebbe aspirare a durare apprezzabilmente nel tempo (in considerazione della evoluzione della materia che ne costituisce oggetto); ma anche perché, se consente un guadagno esplicativo, questo risultato è ottenuto sacrificando in parte la effettiva complessità del fenomeno (...) L'opera di valutazione, il giudizio, realizza non solo una specificazione del significato potenziale della regola generale applicata al caso concreto, ma anche una integrazione della regola medesima: che da disposizione generale diventa norma singolare, destinata a disciplinare uno specifico fatto storico. Norma costruita anche in ragione delle caratteristiche del fatto medesimo». Si rammenti anche H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 154: «il potere legislativo stabilisce criteri molto generali e poi delega ad un organo normativo amministrativo, che sia a conoscenza dei vari casi, il compito di foggare norme adatte alle loro particolari esigenze».

<sup>126</sup> Parla di «una risposta proporzionale al rischio potenziale (...) inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva» Cons. Stato, III, sent. 19 settembre – 3 ottobre 2019 n. 6655, che rileva come «la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esecutivo fondato sul binomio analisi dei rischi – carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura».

del sacrificio in relazione al valore degli interessi implicati<sup>127</sup>, conducendo l'istruttoria in termini adeguati e completi, fornendo ampia e compiuta motivazione, adottando scelte attendibili, ragionevoli, logiche in relazione ai fatti rilevati<sup>128</sup>.

Se a questi canoni di imparzialità e buon andamento, agli elementi della ragionevolezza e della logicità, della proporzionalità, e alle loro declinazioni operative, si aggiungono gli argomenti dello sviluppo evolutivo, procedimentale della decisione<sup>129</sup>, i fattori di contesto, le ragioni di coerenza con le finalità, si conferma la visione della decisione amministrativa che altro non è se non una "determinazione", una scelta fisiologicamente frutto di un'opzione che non dipende dall'opinione personale del decisore, la cui qualità dipende dagli elementi che vengono in rilievo al decisore al fine di porre termini, dare un percorso alla volizione, muoverlo verso un'opzione, e dalle modalità per la loro valutazione, sia in termini assoluti, che in comparazione, in relazione gli uni agli altri.

Si tratta, insomma, di una pretesa a che la decisione amministrativa abbia una forma di "ragionevolezza", di seguire un percorso di formazione progressiva della determinazione, appunto, e secondo uno schema che, mano a mano che le decisioni debbano affrontare stati di complessità maggiori, diventa sempre più *multicriteriale*<sup>130</sup>, conosce la cd. «riduzione

<sup>127</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, p. 390 ss.

<sup>128</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 321.

<sup>129</sup> Sulla funzione come «processo formativo di una decisione» cfr. per tutti F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in Id., *Scritti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 242; e più in generale A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, p. 81 ss.

<sup>130</sup> Ho illustrato «la sovrapposizione abbastanza evidente tra la logicità, la proporzionalità, la ragionevolezza come canoni giuridici e i percorsi utilizzabili dall'AI per la formazione delle decisioni algoritmiche» in P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di Intelligenza Amministrativa Artificiale (AAI)*, spec. p. 284 ss., cui si permetta il rimando; e si v. anche al riguardo V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, ES, 2019, spec. p. 161.

progressiva della discrezionalità amministrativa»<sup>131</sup>, gli auto-vincoli<sup>132</sup>, ed anche il giudicato *a formazione progressiva*<sup>133</sup>, che rileva in confronto alla decisione amministrativa come «fatto» e non come «atto»<sup>134</sup>, capace di addurre limiti alla capacità decisionale dell'amministrazione in sede

<sup>131</sup> Che oggi trova anche un importante appiglio gius-processuale (nel quadro dell'ampio discorso teorico della *full jurisdiction*), laddove il codice del processo amministrativo sostanzialmente equipara l'attività vincolata a quella, pur originariamente connotata in termini discrezionali, in cui «non residuano ulteriori margini di discrezionalità» (art. 31, comma 3, del Codice del processo amministrativo); Al riguardo, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 128, ne parla come una «vincolatezza in concreto»: «all'esito dell'attività istruttoria operata dall'amministrazione per accertare i fatti e acquisire gli interessi e gli altri elementi di giudizio rilevanti e all'esito della ponderazione di interessi può darsi che residui, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, un'unica scelta legittima tra quelle consentite in astratto dalla legge. Nel corso del procedimento la discrezionalità può cioè ridursi via via fino ad annullarsi del tutto (secondo la dottrina tedesca *Ermessensreduzierung auf Null*); secondo N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistemática del codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, p. 265, «l'art. 31, comma 3, c.p.a. va interpretato nel senso che s'impone al giudice il divieto di adottare pronunce di condanna per l'ipotesi in cui residui un margine "ulteriore" di sola discrezionalità amministrativa o "pura"»

<sup>132</sup> P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., spec. p. 233 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. p. 269 ss.; in giurisprudenza, si v. cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8209: «la garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti». Per le strutture di base nei procedimenti pianificatori urbanistici (pur nelle loro peculiarità), ed in particolare sul ruolo dei documenti «preliminari», cfr. P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, Jovene, 2003, p. 283.

<sup>133</sup> Cfr. Cons. Stato, A.P., 9 giugno 2016, n. 11: «l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introdotto di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale».

<sup>134</sup> Il linguaggio e gli spunti sono tratti dalla sent. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che opera al riguardo un richiamo «alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova» che consentirebbe al giudice di concentrare «in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza».

di ottemperanza, di modo che non possa pregiudicare impropriamente l'effetto favorevole per il ricorrente<sup>135</sup>, e che oggi viene trattato come principio del *one shot* temperato<sup>136</sup> in chiara funzione ancillare al principio di effettività della tutela<sup>137</sup>. E su tutto incombe il serbatoio determinativo degli indirizzi, degli obiettivi, insomma degli orientamenti che provengono dalla politica e dalle sedi di governo, che si aggiungono ed anzi fanno come da guida al resto del lavoro<sup>138</sup>.

Tutto ciò ci fa finalmente giungere alla tesi che qui si propone, tanto semplice da essere banale: quando la scelta della decisione riguarda opzioni tecno-scientifiche, effettivamente c'è poco di diverso da ogni altra ipotesi di discrezionalità propriamente amministrativa, non per le ragioni che, un tempo, sostenevano quella tesi<sup>139</sup>, ma paradossalmente per motivi del tutto opposti.

Il difetto della prima omologazione tra “discrezionalità amministrativa” e “tecnica” stava nel fatto che, appunto, si assimilavano operazioni che importavano nell'un caso opzioni politiche, nell'altro tecno-scientifiche<sup>140</sup>,

<sup>135</sup> M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, *passim*.

<sup>136</sup> In base al quale, in sede di riesame di una vicenda controversa, sussiste un dovere per l'amministrazione di procedere alla verifica di tutti i profili rilevanti, dunque non soltanto di quelli investiti dalla sentenza che la induce al riesame, «allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale possa essere frustrato dalla reiterazione di provvedimenti, basati sempre su inediti supporti motivazionali»: così Cons. Stato, IV, 4 marzo 2011, n. 1415; ma si vedano anche Cons. Stato sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371.

<sup>137</sup> U. GRAZIANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 111 ss.

<sup>138</sup> Cfr. tra molti altri, R. ALEX, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Bologna, il Mulino, 2012, spec. p. 621 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 270 ss.

<sup>139</sup> O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Pierro, 1912, p. 365 ss.: «la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica».

<sup>140</sup> Lo dice molto bene S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità Indipendenti*, in *Dir. Amm.* 2020, p. 101: «Frammentare il tema dell'incertezza riportandolo a due categorie generali (quella della discrezionalità e quella della valutazione tecnica) e ipotizzare che la distinzione tra ciò che è discrezionale e ciò che non lo è dipenda dal fatto di presupporre o meno un bilanciamento di interessi, non significa postulare che compiere una “mera” valutazione tecnica non incida sugli interessi in gioco. Vi incide, come vi incide ogni scelta amministrativa, ma si distingue perché è fatta non sulla base della prerogativa (politica) di decidere quanto soddisfare ciascun interesse a vantaggio o detrimento di ciascuno degli altri, ma del dovere (tecnico) di decidere come si possa assicu-

con la migliore comprensione del primo fenomeno, e con la conseguente definizione della distinzione tra politica ed amministrazione<sup>141</sup>, oggi siamo in grado di comprendere meglio che la discrezionalità amministrativa è anch'essa sostanzialmente "tecnica"<sup>142</sup>, conduce apprezzamenti in cui la politica – lo abbiamo visto – c'è ma è tutt'intorno, orienta, indirizza, induce e verifica la decisione amministrativa, ma non ne è parte<sup>143</sup>.

Il decisore amministrativo, si potrebbe dire, in effetti si comporta razionalmente, in fin dei conti prima come uno scienziato, e poi come un tecnico: procede per acquisizione accumulativa di elementi cognitivi che vengono a poco a poco a formare il quadro del fenomeno del fatto che viene indagato e permetterà la sua comprensione<sup>144</sup>, e a differenza dello scienziato, che normalmente ha il grande privilegio di non esservi tenu-

rare, a ciascun interesse, il massimo grado di soddisfazione possibile nel caso concreto, nel rispetto dei vincoli ordinamentali (a partire dalle direttive politiche che eventualmente modulino il peso dei valori coinvolti, definendone un ordine di priorità). In questa prospettiva, insomma, la misura dell'impatto sugli interessi nella valutazione tecnica non è nella disponibilità del valutatore, come è invece nella disponibilità del titolare di un potere discrezionale; il conseguente impatto in concreto non è il criterio della scelta, ma la sua ricaduta.

<sup>141</sup> A riprova, si vedano gli argomenti usati da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, *passim*, circa la maggiore idoneità della pubblica amministrazione rispetto al giudice a scegliere tra diverse soluzioni opinabili, proprio perché ha «multiplici, diretti e sistematici canali di raccordo con la società nel suo insieme attraverso la rappresentanza politica e attraverso altre forme di rappresentanza e partecipazione» (*ivi*, p. 217).

<sup>142</sup> Le attività discrezionali lo sarebbero «in quanto esprimendosi nell'applicazione di regole dell'arte della «buona amministrazione», costituenti, a loro volta, in un certo angolo visuale, regole «tecniche» o «specialistiche» afferenti alla c.d. scienza dell'amministrazione»: così D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 233.

<sup>143</sup> Ed è perciò che se il lavoro da svolgere ha un «contenuto» tecnico, occorre pretendere che la struttura che ne sia incaricata sia dotata in conseguenza, e disponga di adeguate capacità tecniche in grado di essere *standing* col problema da affrontare: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 332; da ultimo, si vedano le notazioni di F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 481 ss.; C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 1 ss.; ma già in precedenza si v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., spec. p. 215 ss.; sulla crisi dell'organizzazione tecnica, da ultimo, cfr. L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 249 ss.

<sup>144</sup> G. TERRACCIANO, A. M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, cit., p. 42 ss. rilevano «la differenza concettuale tra l'accertamento del fatto (delle premesse di fatto del potere amministrativo), secondo il metodo probatorio, la qualificazione e sussunzione dello stesso nella norma, attività tutte non involgenti valutazioni di interesse pubblico e la distinta fase del momento valutativo eolitivo in cui si manifesta la volontà amministrativa con la scelta discrezionale».

to<sup>145</sup>, deve poi usare questa comprensione per decidere, se ha opzioni, cosa fare alla luce delle sue conoscenze, come un tecnico, appunto, e qui non può che usare le finalità che gli sono assegnate<sup>146</sup>.

Con questo approccio, sembra forse più semplice affrontare, per un verso, anche le vicende più apparentemente vincolate, e cioè quelle in cui, in sostanza, le qualificazioni o le incertezze siano risolte per intero dalla legge, e mediante misurazioni mere o soluzioni indiscutibilmente tecniche<sup>147</sup>, anche se sussistesse, come alcuni autori fermamente ritengono, un elemento discrezionale<sup>148</sup>, non afferente cioè ad una ragione tecnica di prevalenza di una soluzione, non si vede quale altra motivazione po-

<sup>145</sup> K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it. Torino, Einaudi, 1970, p. 311, l'impegno della scienza è «la ricerca critica, persistente e inquieta della verità», ed in ciò non vi è margine per la decisione.

<sup>146</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., p. 319: «chi agisce individua lo scopo dell'azione e i mezzi che considera adeguati allo scopo, impiegando gli strumenti conoscitivi dei quali dispone»; cfr. in termini più generali F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 53, che distingue una «realtà rilevante» nella quale «troviamo i fatti, tratti a giuridico rilievo in quanto valutati normativamente nella loro conformità morfologica alla fattispecie», e poi una «realtà regolata», quella che si riferirebbe agli «interessi (o, comunque entità diverse dai fatti), dei quali la giuridicità esprime il loro essere regolati da una norma di diritto». Ma forse già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74 ss., aveva colto il punto, allorché asseriva che «l'esercizio del potere discrezionale è, insieme, giudizio e volontà, come scelta della soluzione imposta da tale valutazione».

<sup>147</sup> Ad es., si v. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, cit., p. 101 ss.: «considerare in modo unitario la discrezionalità tecnica, in cui la scelta ha una base tecnica ma è risolta attraverso il criterio dell'interesse pubblico, e la valutazione tecnica, in cui invece il criterio finale che risolve l'incertezza è la perizia tecnica (quindi un fatto proprio del decisore, la sua perizia, e non ad esso esterno, l'interesse pubblico), porta con sé il rischio di introdurre limiti di sindacabilità standardizzati che però si attagliano all'una e non all'altra: per esempio, se può avere una sua giustificabilità applicare lo *standard* della manifesta irragionevolezza, rispetto alla discrezionalità tecnica, non appare giustificato limitare il controllo ad essa per le mere valutazioni tecniche, come invece lo *standard* della attendibilità tecnica, che si può agevolmente applicare alle valutazioni tecniche, può risultare più problematico quando la scelta abbia una coloritura politica». In effetti, ad esempio, la giurisprudenza dominante continua ad affermare l'insindacabilità del parere medico legale delle commissioni mediche ospedaliere: Cons. Stato, V, 3 ottobre 1995, n. 1391; IV, 9 aprile 1999, n. 601; 16 marzo 2004, n. 1341; 4 maggio 2011, n. 2683; 15 maggio 2008, n. 2243; VI, 23 settembre 2009, n. 5664; 11 dicembre 2013, n. 5936. Su ciò si v. G. FERRARI, *Il procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e la liquidazione dell'equo indennizzo*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 1972.

<sup>148</sup> Per tutti, si v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 442.

trebbe addursi per eleggere una decisione piuttosto che un'altra se non ragioni connesse alle finalità per le quali si agisce, soprattutto quando abbiano forma di diritti fondamentali<sup>149</sup>.

### 5. *Partecipazione procedimentale tecno-scientifica*

Abbiamo potuto qui prestare poca attenzione alla questione del principio personalista, che invece rileva per tanti aspetti, ed anche per un profilo organizzativo, di cui qui ci occuperemo solo per quanto attiene all'aspetto funzionale, nel quale emerge, anzitutto, il metodo dialogico della decisione amministrativa, che come è noto oggi comprende nel processo della sua formazione fenomeni di partecipazione e dunque forme di comunicazione che, con le più recenti evoluzioni, si sono fatte bidirezionali, più rispettose se non propriamente paritarie, con una sostanziale potenzialità di «contraddittorio sulla decisione»<sup>150</sup>.

Il discorso non può prescindere tuttavia dagli ultimi ritocchi apportati alla disciplina vigente durante il periodo pandemico, non solo per l'ovvia considerazione del Diritto vigente, e dunque per una irrinunciabile attenzione dello studioso del Diritto alla positività delle disposizioni, ma anche perché le innovazioni recate dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990<sup>151</sup>, secondo cui «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», sono stati introdotti in reazione al periodo pandemico, in un contesto nel quale il mondo intero ha sperimentato,

<sup>149</sup> Senza tuttavia trascurare l'evoluzione del fenomeno dell'interesse pubblico, e dunque cadere nella trappola logica di una superata visione che vorrebbe distinguere i casi in cui la «finalità perseguita dalla norma primaria (...) tutelati in via diretta l'interesse pubblico», allorché «la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, assumendo così consistenza di interesse legittimo», e in conseguenza sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo (così, per tutte, Cons. Stato, A.P., 24 maggio 2007, n. 8); per una critica a tale impostazione, si v., tra altri, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, V ed., 2010, p. 470; il «grado di certezza» di soddisfazione che l'ordinamento assicura alla pretesa del cittadino», e dunque una differenza tra *dovere* ed *obbligo* di provvedere, potrebbe tuttavia scorgersi nella norma, secondo l'impostazione proposta da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, § 14; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, spec. p. 26.

<sup>150</sup> L'espressione è di F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 550;

<sup>151</sup> D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120.

in prima persona ed in miliardi di persone, come cavie di un immenso laboratorio, una sorta di prova generale della civiltà delle macchine<sup>152</sup>; una prova ancora iniziale, senza dubbio, ma che – proprio come all’avvio di una ricerca applicata, quando dalla definizione teorica si passa alla verifica operativa, che aiuterà ad implementare al meglio la raffinazione del prodotto – consente di testare buona parte della fenomenologia e delle relazioni umane in ogni ambito, siccome dominate dalla mediazione attiva ed irrinunciabile, o persino dal governo, di macchine.

Il dialogo partecipativo nel procedimento amministrativo, perciò, letto alla luce dei principi resi espliciti dal medesimo art. 1 co. 2-bis e della particolarissima atmosfera in cui lo sono stati, oltre a poter essere ormai condotto anche in forme diverse da quella scritta, può indurre approcci che in letteratura non si esita a definire «costruttivi», oltre che «collaborativi»<sup>153</sup>.

I doveri riguardanti l’appropriatezza, la completezza, la veridicità degli antecedenti cognitivi<sup>154</sup>, potremmo dire i *dati* da considerare nelle valutazioni istruttorie e nella decisione provvedimento, ad esempio, gravano in questa ottica da tempo su tutti coloro che ne siano implicati, e non solo sull’amministrazione procedente e il responsabile del procedimento: si pensi alle dichiarazioni o istanze e alla loro rettifica se erronee o incomplete (art. 6, comma 1, *lett. b*), l. n. 241/1990), e la conseguente pratica del «soccorso istruttorio» (art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici); o alle recenti soluzioni giurisprudenziali inerenti la cd. “autotutela tardiva”, che può intervenire cioè, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico

<sup>152</sup> Basti pensare che si stima che lo smart working abbia coinvolto il 94% dei dipendenti della pubblica amministrazione: cfr. D. CORONA, *Lo Smart Working oltre il Covid-19: qual è il futuro del lavoro dopo l'emergenza sanitaria?*, in Osservatori.net, 16 novembre 2020, <https://blog.osservatori.net/itit/smart-working-emergenza-covid>; per una rassegna delle accelerazioni durante il periodo pandemico, cfr. F. MUSELLA, *Amministrazione 5.0*, in *Rivista di Digital Politics*, 2021, p. 101 ss..

<sup>153</sup> S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 13; M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, ibidem*, 2000, p. 1 ss..

<sup>154</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, *passim*.

interesse, ed anche oltre i termini fissati in base a legge, quando il provvedimento sia stato adottato in base ad una falsa, o comunque erronea, rappresentazione della realtà materiale<sup>155</sup>.

Va notato che questa impostazione del rapporto pre-decisionale, una volta immerso in un contesto ad eminenza tecno-scientifica, consente un confronto che non è più necessariamente legato alla dimensione degli interessi in gioco, come era un po' scontato in passato pure in relazione ai fenomeni partecipativi, ma anche proprio alle questioni tecniche o scientifiche involte, che ben possono costituire oggetto delle «memorie scritte e documenti» di cui all'art. 10 l. n. 241/1990, e ovviamente dare consistenza alle reazioni di buona fede e collaborative richieste – s'è visto, per tutte le “parti” del procedimento – dal nuovo comma 2-bis dell'art. 1 della legge medesima.

Ciò significa che ci possa essere piena possibilità di usare consulenti di parte già in ambito procedimentale, e dunque il dialogo con l'amministrazione può vertere già in sede pre-decisionale su argomenti tecno-scientifici, ma proprio perché sussistono doveri di buona fede, collaborazione, e pur sempre imparzialità, nella sua declinazione di specializzazione del principio di eguaglianza, occorre che la pubblica amministrazione si procuri comunque il panorama compiuto e completo delle opzioni tecno-scientifiche disponibili per la decisione in questione<sup>156</sup>.

Il confronto pre-decisionale (art. 10-bis l. n. 241/1990, anch'esso modificato dal medesimo d.l. n. 76/2020, sul modello del *notice and comment*<sup>157</sup>), è a sua volta strumento che può generare tra gli interessati

<sup>155</sup> P. CERBO, *Brevi note sul potere di autotutela tardivo*, in *Giur. it.*, 2020, n. 3; in giurisprudenza si v. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12 marzo 2019, n. 155; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 settembre 2018, n. 1604; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 7 novembre 2016, n. 5141; in tali casi d'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte»: così Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8.

<sup>156</sup> E. CARDI, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, I, *Lo schema teorico e le qualificazioni*, I, Rimini, Maggioli, 1983, p. 17; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, Monduzzi, 2005, p. 570 ss.; S. CONFORTIN, *Principio di completezza dell'istruttoria ed onere di cooperazione privata nel procedimento amministrativo (nota a Tar Veneto, sez. III, 14 aprile 2006, n.ri. 1015 e 1018)*, ne *Il Foro amm./TAR*, 2007, p. 459 ss.

<sup>157</sup> Modello largamente usato presso alcune Autorità amministrative indipendenti; per AGCOM, ad esempio, si veda N. SPADARO, *AGCOM e procedura di notice and comment*, in *Riv. della Rego-*

che ne siano parte contestazioni, ma anche adesioni, rinunce, persino caute forme di conciliazione<sup>158</sup>, insomma costituisce uno strumento di potenziale collaborazione procedimentale capace di esaminare, discutere, accogliere opzioni modificative o alternative; e va considerato, più in generale, quanto sia ormai diffusa la «logica della soluzione alternativa», in luogo del mero diniego: si pensi al cd. dissenso costruttivo e a quello qualificato in conferenza di servizi, ed alle formule usate per il permesso di costruire (art. 20, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e per l'autorizzazione all'insediamento di attività produttive (cd. procedimento unico: art. 25, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, presso lo sportello unico di cui all'art. 6, d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447)<sup>159</sup>, o alla logica degli accordi integrativi (art. 11, l. n. 241/1990)<sup>160</sup>.

## 6. Sovranità umana

Viviamo un tempo connotato dall'esponentiale aumento delle conoscenze in ogni ambito dello scibile, e da una notevole percezione di affidabilità nel loro utilizzo, con la conseguenza che una decisione pubblica oggi quasi sempre deve dispiegarsi utilizzando cognizioni tecno-scientifiche, saperi, *expertise*, conoscenze e consapevolezze, fondandovi le ragioni

*lazione dei Mercati*, 2014, p. 375 ss.

<sup>158</sup> M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *giustiziansieme.it*, 25 febbraio 2021, e dottrina e giurisprudenza ivi indicata.

<sup>159</sup> G. DE GIORGI CEZZI, *Il procedimento semplificato mediante autocertificazione per la realizzazione di impianti produttivi nel regolamento sullo sportello unico*, in E. STICCHI DAMIANI, G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI, *Localizzazione di insediamenti produttivi e semplificazione amministrativa. Lo sportello unico per le imprese*, Milano, 1999, p. 17; G. GARDINI, *Un nuovo modello di azione pubblica: il procedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 572.

<sup>160</sup> La tendenza si rinviene anche in ambito giurisdizionale, come ad es. quando la giurisprudenza giunge ad affermare che il parere paesaggistico «non possa limitarsi ad un giudizio di segno negativo, ma debba rendere esplicite le effettive ragioni di contrasto tra l'intervento progettato ed i valori paesaggistici oggetto della tutela, e in particolare spiegare con quale tipo di accorgimento tecnico o di modifica progettuale l'intervento potrebbe essere invece assentito (...). Diversamente, infatti, qualunque vincolo paesaggistico non si differenzierebbe, nei risultati ultimi, da un vincolo di inedificabilità assoluta, imposto oltretutto senza indennizzo alcuno»: così Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2968; in termini: Id., 24 marzo 2014 n. 1418; 15 dicembre 2014 n. 6149; in dottrina, v. E. BOSCOLO, *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 930.

della scelta decisionale e l'attendibilità dell'atto conseguente<sup>161</sup>. Ciò spiegherebbe la fatica che si fa oggi a trovare decisioni amministrative che effettivamente siano dovute a comparazioni pure, dirette ed esaustive di interessi in gioco: persino gli atti un tempo considerati talmente discrezionali da essere tuttora rimessi alla competenza di organi elettivi, quelli dotati di responsabilità politico elettorale dei soggetti pubblici, come i piani urbanistici<sup>162</sup>, nei quali si verificano confronti di interessi che per la loro dimensione sono apparsi persino *misteriosi*<sup>163</sup>, sono oggi tenuti ad essere trattati come decisioni amministrative, e dunque vanno adottati dopo analisi e studi che forniscano set di conoscenze adeguate a consentire una consapevole determinazione (pur avendo, comprensibilmente, un proprio modo di esplicitarsi<sup>164</sup> e di venire motivati<sup>165</sup>).

In fin dei conti il Diritto amministrativo ha sempre avuto a che fare con la questione della appropriata considerazione della perizia<sup>166</sup>; se ben ci si

<sup>161</sup> F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 983.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, spec. p. 178 ss.

<sup>162</sup> Per tutti v. L. MAZZAROLI, *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, p. 223 ss.

<sup>163</sup> E. CARDI, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, p. 865.

<sup>164</sup> C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 263 ss.

<sup>165</sup> Si v. Cons. Stato, IV, 22 gennaio 2013, n. 361; in dottrina, da ultimo, lo studio di F. SAITTA, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, p. 421 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinari; ma si veda già M. MONTEDURO, *Interpretazione e violazioni delle prescrizioni degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. urban.*, 2010, p. 243 ss.; secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., p. 313 ss., la giurisprudenza in argomento «mostra come la verifica di legittimità possa assumere una portata diversa, a diritto invariato, secondo il livello dell'analisi cui è sottoposta l'istruttoria amministrativa nel suo collegamento con la motivazione: un'analisi approfondita consente di mettere in discussione la sostanza di scelte che, ad un esame superficiale, parrebbero sottratte al sindacato di legittimità, in quanto pertinenti al merito».

<sup>166</sup> P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, trad. it. Torino, Rosenberg & Sellier, 2015, pos. 899/3261, nota che «il riconoscimento di una tecnocrazia ammantata delle virtù della razionalità e del disinteresse ha così perduto la sua evidenza in una società più lucida e più educata», e che va distinta «una legittimità per imparzialità dalla legittimità elettorale» (*ibidem*, pos. 1085/3260, corsivi originali), giacché «il paese, divenuto adulto, non sopporta più che gli si dica dall'alto quello che deve fare o non fare» (*ibidem*, pos. 947/3260). Negli studi giuspubblicistici italiani è ormai chiaro che non valga più la legittimazione, l'attendibilità di una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'ammi-

pensa, infatti, la discrezionalità dell'amministrazione, ad un certo punto della storia, ne è divenuta anche la forma di legittimazione, dacché si è considerato preferibile un decisore professionale addestrato come un dirigente di un ufficio pubblico ad un politico non solo quando si trattasse di dare attuazione meramente esecutiva ad impostazioni normative, ma anche quando vi fosse un necessario margine di discrezionalità<sup>167</sup>. E questa preferenza è stata prevalentemente giustificata proprio dall'essere esperta, professionale, perita appunto, non tanto in ordine alla valutazione politica della situazione su cui intervenire, quanto sul modo con cui darvi orientamento di interesse pubblico, una sorta di *tecnica del fatto singolare* che come abbiamo visto presuppone l'indirizzo politico; quasi a dire che dovunque vi fosse opzione la scelta dovesse essere affidata ad una figura addestrata a fare proprio quello, e accompagnata da uno statuto giuridico coerente con questa peculiare *expertise*. Ma se è vero

nistrazione pubblica: non per mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da «capacità tecnica di scegliere e di decidere [che] viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare *ex ante* rispetto alla allocazione del potere di scelta»: L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 1 ss.; né per il solo intervento dell'autorità, per quanto tecnicamente attrezzata, in ragione della moltiplicazione delle conoscenze e dei dati disponibili, dell'aumento del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena. A sua volta, con considerazioni ancora più ampie, L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 59: «sul versante delle relazioni in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettiva, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità». Su tutto ciò si vedano, giusto per menzione, E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011; A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, p. 17 ss.; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.l.u. nel processo amministrativo, in giustizia-amministrativa.it*; V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5, 2005, p. 31 ss.

<sup>167</sup> E. FORSTHOFF, *Trasformazioni strutturali della democrazia moderna* (1964), trad. it. in A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova, Cedam, 1995, p. 156: nella «moderna società industriale» si danno «compiti che non possono più essere assolti con la scelta di volontà democratica di vecchio stampo (...) per il soddisfacimento di questi compiti non c'è più bisogno di una decisione sostanzialmente politica, ma piuttosto di una scelta tecnica fondata su dati di fatto».

l'assioma che abbiamo fissato in precedenza, la specificità professionale, l'*expertise* di legittimazione per il funzionario amministrativo, anche quando sia decisore nelle scelte discrezionali, non contempla, in sé, la possibilità di fissare le finalità, ma solo di scegliere i mezzi, e dunque di farlo *alla luce*, in vista delle finalità che gli sono assegnate.

Lungi perciò dall'aver imboccato una fatale conseguenza del declino, l'area della politica si rivela quella della decisione pubblica che non solo si staglia nell'epoca in cui la scienza e la tecnica dominano, ma per di più appare l'unica ad essere irriducibile dalla tecnologia, per la semplice, evidente ragione che è l'arte delle finalità, la *basiliké téchne* platonica<sup>168</sup>, la tecnica regale che fornisce all'amministrazione fini ed obbiettivi, indirizzi ed orientamenti, rendendo quest'ultima, perciò, in fin dei conti una *téchne* senza aggettivi, che non deve dirci se e perché, a quale scopo qualcosa vada fatto, ma come vada fatto, e deve piuttosto dimostrare il modo in cui quel *come* aderisca e sia fedele a quel *perché* e a quel *se*. In ciò sta l'*expertise* specifico del decisore amministrativo pubblico.

Queste considerazioni potrebbero apparire abbastanza scontate, se non fossero collocate, si ripete, in un'epoca in cui scienza e tecnologia appaiono dominanti<sup>169</sup>; aderendo ad alcune teorie, infatti, la sovranità non potrà mai essere tecnologica perché le macchine non hanno finalità proprie, e non possono averne qualunque sia la loro sofisticatezza<sup>170</sup>. Dunque, anche qualora si riuscisse a dotarle di programmi, codici o altre strutture che fornissero loro una simil-coscienza, ed una simil-coscienza della propria simil-coscienza, e in definitiva riuscissero insomma a generare scopi della propria vitalità<sup>171</sup>, questi non potrebbero che essere presi a nolo dalle finalità umane, e dunque non sarebbero mai loro

<sup>168</sup> PLATONE, *Politico*, a cura di P. ACCATTINO, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 311: la politica è «capace di far trionfare ciò che è giusto attraverso il coordinamento e il governo di tutte le attività che si svolgono nella città» (304 a).

<sup>169</sup> È come si vedrà una eminenza, e non un dominio, una signoria: per le ragioni che si spiegheranno, non si concorda con le ricostruzioni che ritengono la tecnica divenuta il soggetto della storia, e che l'umano ne sia ormai il funzionario: cfr. U. GALIMBERTI, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2000.

<sup>170</sup> È una delle tesi di M. FERRARIS, *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 243 e ss., e *passim*.

<sup>171</sup> E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, Adelphi, 1988, p. 40 «qualunque possa essere il fine assegnato dall'esterno all'Apparato, quest'ultimo possiede di per sé

proprie, delle macchine. Possiamo arguire da tale spunto che ciò che definisce e preserva la sovranità umana in un mondo di macchine (cioè in cui gran parte del valore produttivo, economico, industriale, dei beni e dei servizi, ed anche la pubblica amministrazione in quanto *tekné*, sia generato e gestito, anche in maniera estremamente intelligente, efficace, preferibile, da macchine, da automatismi tecnici) sia la capacità di definire la finalità ultima di ogni azione, e perciò di disporre dei moventi e, se necessario, anche degli indirizzi e degli obbiettivi che inducono le valutazioni, le decisioni e i comportamenti delle intelligenze artificiali e dei meccanismi automatici.

Nell'azione amministrativa, insomma, anche quando siano implicate basi scientifiche o tecniche, e persino quando esse siano determinanti, rimane comunque rilevante un valore profondo: ciò che chiamiamo "politica" (che potrebbe avere anche la complessa forma del "costituente", in un ambito giuridico<sup>172</sup>), ovvero la capacità umana di avere, riconoscere e darsi finalità, scopi, obbiettivi, orientamenti, e valori cui ispirarsi, tutti elementi dei quali anche la più elevata scienza o la tecnica più sofisticata non sono, non possono, non vogliono essere dotate.

Certo, la politica oggi non può essere più basata – se mai lo sia stata – esclusivamente su una libera, irrelata definizione delle proprie scelte, e deve a sua volta tener presente conoscenze ed evidenze scientifiche<sup>173</sup>,

stesso un fine supremo: quello di riprodursi e di accrescere indefinitamente la propria capacità di realizzare fini» (che, come affermato nel testo, non sono tuttavia propri dell'apparato medesimo).

<sup>172</sup> Come per esempio in D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica*, cit., p. 149, a mente del quale «la ragionevolezza strumentale, non toccando l'ambito dei fini, preserva una sfera di merito governata non dalla "ragione" ma dalla volontà della politica o del costituente». Ma già prima si v. G. GUARINO, *I tecnici e i politici nello Stato contemporaneo, Prolusioni e conferenza*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 202: «spetta ai politici adottare le decisioni ultime e procurare ad esse nel maggior grado possibile l'adesione della collettività; tra tecnici e comunità essi operano come cerniera»; di recente, si v. l'argomento di S. CASSESE, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in AA.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bonomia University Press, 2018, p. 5, circa la «superlegalità»: «(non basta la legge a legittimare l'azione amministrativa, perché anche la legge deve, a sua volta, essere legittima, e per esserlo deve essere conforme alla Costituzione: in tal modo, Costituzione e amministrazione stabiliscono un legame diretto e la seconda acquisisce una legittimazione democratica). Tutto questo è opera delle Corti costituzionali che, attivate dalle ordinanze di rimessione dei giudici amministrativi, fanno scendere la Costituzione nel corpo del diritto amministrativo».

<sup>173</sup> Corte cost. sent. n. 274 del 2014 e n. 282 del 2002; U. ADAMO, *Materia «non democratica» e ragionevolezza della legge*, in *Consulta online*, I, 2018, p. 296 ss.; sulla «tendenza dei rappre-

possibilità tecniche, oltre che (quando non è “costituente”) le finalità e le limitazioni stabilite in Costituzione. E dunque anche il politico può avere struttura discrezionale<sup>174</sup>: si può pretendere un legislatore «tecnico»<sup>175</sup>, o un legislatore «scienziato»<sup>176</sup>, o nessun legislatore, allorché cioè in talune circostanze deve perciò lasciare il passo<sup>177</sup>, perché non è in questione un

sentanti di governo a richiamare le indicazioni scientifiche a fondamento delle proprie scelte» si veda A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, 2020; a sua volta A. IANNUZZI, *Leggi «science drive» e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 2020, p. 119 ss., convinto che «la politica basata sulla scienza può rivelarsi un antidoto potente proprio contro i rischi di derive populistiche o antidemocratiche» e «misura di legittimazione delle istituzioni rappresentative», cita al riguardo un'intervista rilasciata al Corriere della Sera (M. Galluzzo, Coronavirus, Conte: «Blocco totale e chiusura delle scuole saranno prorogati. Tutela per le aziende strategiche», 16.3.2020) in cui il Presidente del Consiglio del tempo dichiarava che «abbiamo in qualche modo, doverosamente, ceduto il passo alla comunità scientifica, che in alcuni momenti della storia può anche guidare le decisioni politiche». L'argomento è ovviamente molto commentato in pandemia, e secondo F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?, ne il diritto delleconomia.it*, l'emergenza coronavirus rilancia l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione.

<sup>174</sup> A maggior ragione al livello di Governo; si pensi al caso, affrontato da Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 81, della nomina degli assessori della Giunta regionale della Campania, in violazione dei vincoli statutori scaturenti dalla disciplina sulla parità di genere, con l'affermazione della piena sindacabilità dell'atto di nomina: «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»; M. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 200 ss., rileva nella giurisprudenza della Corte che «l'obiettivo del buon andamento può essere conseguito mediante strumenti e modalità differenti, magari di pari efficacia, l'opzione fra i quali non può che rientrare nelle prerogative esclusive del legislatore».

<sup>175</sup> Cfr. Corte cost. 11 dicembre 1989, n. 531.

<sup>176</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 151/2009: «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»; la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 96/2015 rimette all'opera di «un legislatore “scientificamente informato”, per così dire, o a un legislatore che in qualche modo recepisca quanto emerge in sede di organi tecnico-scientifici, o a essi direttamente rimetta, la individuazione (...) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili».

<sup>177</sup> Cfr., ad es., Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, con riferimento alla scelta delle modalità terapeutiche: «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni».

“problema democratico”, di preferenze popolari<sup>178</sup>, non v'è da stabilire finalità e orientamenti *politici*.

Ma se l'argomento regge, se la politica rimane cosciente della propria, essenziale funzione nell'essere arte delle finalità, la rilevanza dell'indirizzo politico serve anche a orientare il comportamento amministrativo nell'ambito dell'opinabile tecno-scientifico, quell'area della scelta in cui essa deve manifestarsi come *attendibile*, in cui cioè l'opzione, se è consentita dall'opinabilità tecno-scientifica, non può che essere da quello attratta. L'essere una tecnica del fatto singolare, che deve saper cioè contemplare diversi criteri di peculiarità delle situazioni specifiche con cui viene a contatto, consente all'attività amministrativa di ammortizzare un rischio evidente nell'ampio ricorso alla tecno-scienza nelle decisioni umane, ovvero la standardizzazione, l'irrilevanza dello spazio<sup>179</sup>, la scomparsa del territorio, della comunità, della casistica, delle circostanze, del caso singolo<sup>180</sup>; il modo *tecnico* con cui, abbiamo provato a descriverlo, la decisione amministrativa combina il passato col presente, il fatto con l'indirizzo, il diritto col bisogno, il collettivo col singolare, la tecnica con la politica, autorizza l'opinione che essa debba avere perciò un'area decisionale riservata, proprio per preservare questi margini operativi connessi alla conoscenza ed all'adeguamento della decisione alle peculiarità del particolare<sup>181</sup>. A sua volta l'indirizzo politico, se fa bene il

<sup>178</sup> S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 499.

<sup>179</sup> N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. p. 104 ss.; interessanti al riguardo le sentenze della Corte costituzionale che hanno cassato i tentativi di leggi regionali di utilizzare comunità scientifiche, per dir così, territoriali: si vedano i riferimenti da una presunta «Comunità scientifica toscana» recati dalla sent. n. 338 del 2003, o al caso pugliese trattato nella sent. n. 137 del 2019.

<sup>180</sup> M. LUCIANI, *Dal cháos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 349 ss.: «*tópos e téchne* stanno in rapporto di non sormontabile polarità. Se il luogo è ancorato alla propria fissità spaziale, la tecnica è disancorata da qualunque determinazione territoriale. Se il luogo è geograficamente incatenato (...) la tecnica passa impunemente attraverso le maglie forgiate dalle pre-determinazioni di spazio (...) Nel momento stesso in cui il pensiero politico tocca il mondo della tecnica, il suo aggancio al luogo, al quale è antonomasticamente legato (*pólis!*) si sfilaccia, si indebolisce, si perde».

<sup>181</sup> Che sembra rilevante anche in epoca tecno-scientifica ed algoritmica, almeno a giudizio di A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 346, il quale, forse un po' riducendo le capacità dell'intelligenza artificiale, ritiene che «un'amministrazione ridotta totalmente all'applicazione di un mero algoritmo, inteso come “qualsiasi

proprio mestiere, resiste in maniera sorprendente ad ogni tecnocrazia<sup>182</sup>, e può ritrovare enormi ambiti di influenza, dato che può orientare le scelte amministrative, rafforzando la loro attendibilità e riducendo la loro discutibilità sul piano giuridico, anche laddove vi sia opinabilità tecno-scientifica<sup>183</sup>.

metodo speciale per risolvere un certo tipo di problema” tradisce la funzione costituzionalmente affidata: il compito più difficile per l’amministrazione è infatti scegliere la soluzione tecnica da applicare al problema particolare, valutare i fattori implicati nella decisione, gli elementi di fatto e gli interessi coinvolti». Sulla questione (secolare, ormai) della «riserva di amministrazione» si vedano, tra altri, D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 413 ss.; G.U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2013 ss.; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 673 ss.; F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e «valore di legge»*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 33 ss.; S. SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007; e, non solo perché recentissimo, si v. il vol. 1 di *The Lawyer Quarterly*, 2020, p. 2 ss., interamente dedicato ad un’osservazione sovranazionale del tema delle «*tailor-made Laws*», ed in particolare L.R. PERFETTI, *Tailor-made law and emergency powers in contemporary public law*, p. 23 ss.; P. FORTE, *Global and local, general and particular, rules and measure: a post-modern reflection*, p. 11 ss.; J. HANDRICA, L. FERRARA, «*Tailor-made laws* in public law – Introductory note, p. 2 ss.

<sup>182</sup> Si vedano le conclusioni dello studio di A. CARDONE, «*Decisione algoritmica*» vs. *decisione politica? A.I. legge democrazia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, spec. p. 176 ss., e *passim*.

<sup>183</sup> Cfr. le considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, svolte in occasione dell’Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, in *costituzionale.it*: «solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla “esplosione” dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l’impiego di un “diritto giurisprudenziale” che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell’interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l’esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di non lasciare aree dell’ordinamento (specie se particolarmente “sensibili”) prive di garanzia e tutela giurisdizionale».