amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un assaggio

di Giuseppe Palma

Sommario

1. Premessa; 2. Il potere provvedimentale e l'art. 97 Costituzione; 3. Ulteriori spunti ricostruttivi; 4. Ulteriore fissazione dei presupposti logico-giuridici; 5. Considerazioni ricostruttive dopo la destrutturazione della nozione.

1. Premessa

E' indubbio che la nozione di discrezionalità dell'Amministrazione pubblica viene periodicamente assoggettata a rimeditazione ad opera della dottrina, la quale, procedendo per cerchi concentrici nel riesame, tende a focalizzare il nucleo della complessiva struttura nozionale, rasentando, a volte in termini pregevoli, la sua ricostruzione dogmatica, quantunque sia da riscontrare negli ultimi tempi una sorta di rarefazione della frequentazione in ricostruzioni sì fatte ad opera dei giuristi, sospingendole perciò nell'ambito confinante della filosofia e pure non può negarsi che la dogmatica costituisce il fondamento e/o la base di ogni tentativo teso alla configurazione sistemica (1).

Invero è da riconoscere che gli attuali sforzi di penetrare e di saggiare l'intima essenza della discrezionalità amministrativa induce ad una sorta di scomposizione della nozione in esame pervenutaci, ancorché ad opera di autorevolissime opinioni, sotto una configurazione a dir così compatta; infatti si porta sempre più l'attenzione sui singoli momenti funzionali della sua struttura tecnica, svelando la relativa complessità appunto strutturale, come il momento intellettivo dell'interpretazione della legge da attuare, il momento della ponderazione degli interessi coinvolti (pubblici e privati), il momento della decisione e così via (2). Un tale panorama risulta vieppiù confermato dalla continua elaborazione giurisprudenziale, la quale per la sua stessa logica esistenziale si presenta meno interessata ad aprire nuove frontiere nella riconfigurazione teorica della difficile tematica.

E pure un sempre più accresciuto interesse si avverte, sul piano dei numerosi interrogativi finora inevasi, intorno alla curiosità intellettuale di indagare se la nozione, nella sua intima essenza, debba ancora oggi essere recuperata secondo la sua originaria e storica impostazione, quantunque autorevolmente prospettata, o se invece essa non possa essere riprospettata alla luce delle modificazioni, avvenute nel frattempo, di alcune coordinate istituzionali, le quali, a parere di chi scrive, non possono non riflettersi sulla stessa impostazione ricostruttiva tecnico-giuridica, anche se devesi concludere per una mera modificazione in termini di essenza giuridica dei momenti funzionali già invididuati, o piuttosto nello

 ISSN 2036-7821

scorgere un ulteriore momento, finora inesplorato da posizionare a dir così negli interstizi dei momenti già noti.
In una siffatta prospettiva, anzi e meglio in una siffatta spinta conoscitiva non può essere sottovalutata l'alterazione che attualmente si riscontra nel rapporto dialettico tra Parlamento e Governo, così come detto rapporto operativo si è andato atteggiando storicamente (sul punto si tornerà), né tampoco i mutamenti riscontrabili nella consistenza giuridico-tecnica della generale azione esplicata dalla pubblica amministrazione configurabile storicamente come mera azione esecutiva della legge, quando cioè l'amministrazione consisteva nel braccio operativo del potere sovrano (3), in confronto a quanto si è disposti a sostenere attualmente come azione di attuazione della legge in costanza dell'avvenuto progressivo illanguidimento dello stesso rapporto operativo funzionale tra Governo e Pubblica amministrazione.
La conseguenza più ovvia di quanto si afferma la si ottiene con l'avvento sul proscenio istituzionale della "nuova" figura del cittadino-persona che progressivamente ha obnubilato l'altrettanto contemporanea figura del suddito (4).
D'altronde, anche a voler trascurare per ora ulteriori, sia pure meno rilevanti, mutamenti della realtà istituzionale, nel loro attuale momento funzionale, nella loro dimensione fattuale, non può restare senza suggestione sul terreno di queste brevi riflessioni la generale constatazione dell' inimmaginabile allargamento del campo di azione dell'Amministrazione e quindi della sfera della discrezionalità, non più confinata nell'ambito dell'atto di polizia (aspetto pubblicistico contrapposto a quello meramente gestionale), che imponeva anche ideologicamente una pedissequa azione di esecuzione ed oggi sopravanzata dall'ampia azione provvedimentale (=gestione degli interessi) il cui riconoscimento è venuto in emergenza a livello della suprema legge costituzionale (sul punto si tornerà).
Ma tra le modifiche delle coordinate istituzionali non si possono tralasciare nuovi tratti fondamentali su cui sempre più poggia il ristrutturato edificio della giustizia amministrativa che, pur se in questo momento di transizione si continua a connotare come giustizia "nell'amministrazione", va atteggiandosi sempre più a passo sicuro come giustizia del cittadino nei confronti della macchina amministrativa e pertanto è indotta a slabbrare il conseguente sindacato proprio sulla sfera della discrezionalità. Certo non vale obiettare che l'approfondimento registrabile di detto sindacato è in parte stato indotto dagli indirizzi giuridici comunitari, i quali militano indubbiamente a favore della effettività giustiziale, ma resterebbe comunque un quesito: si è sicuri che una tale pregevole meta non fosse raggiungibile in forza del dettato costituzionale, il quale, sia pure in parte negletto, ha finito per suggerire i mutamenti di cui è qui parola? (5). Ad ogni buon conto rimane il fatto, a quanto è dato supporre, che la spinta alla attuale conoscenza dell'intima struttura della discrezionalità e l'esigenza, in parte già in atto, di superare i confini dello storico sindacato giustiziale si motivano reciprocamente, si tengono insieme con un reciproco rapporto di causa ed effetto.
Ci si rende conto che fin qui si è trattato soltanto di segnare alcune sbarre di confine, che si proverà in seguito a superare, si notava però la necessità di superare una certa astenia conoscitiva della realtà che quotidianamente si offre al nostro sguardo e che a volte si continua a percepire stancamente nella "certezza" di tramandate categorie, non scorgendo che i punti di visuale sono mutati o stanno mutando, ma di questi pur si è costretti a tenere conto ai fini della possibile rivisitazione della nozione giu-

ridica in esame. E lo scopo della presente indagine è esclusivamente quello di procedere ad un assaggio del mutamento possibile nella scomposizione tecnico-giuridico della sfuggente nozione di discrezionalità amministrativa.

2. Il potere provvedimentale e l'art. 97 Costituzione

In questa prospettiva, appena tracciata a grossi tratti, non appare opportuno evitare di accennare alla sopraggiunta differente angolazione, dalla quale si procede con maggiore sicurezza alla rilettura della endiadi composta dai due principi, quello della imparzialità e quello del buon andamento.

E' fuori dubbio che la disposizione in esame lasciò sconcertati i primi interpreti e non soltanto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, poiché sembrava poco plausibile, specialmente con riferimento al principio della imparzialità che l'Amministrazione pubblica potesse atteggiarsi in posizione di terzietà (a dir così) in ordine ad un interesse da perseguire con la sua azione costituente causa dello stesso potere attribuitole (6).

Un siffatto sconcerto veniva incrementato dal mancato riscontro nei relativi lavori preparatori, in sede di Assemblea costituente, di un ampio dibattito circa le ragioni che giustificassero l'adozione di una tale formulazione verbale, infatti essa venne definitivamente introdotto nella Carta ad opera del Comitato di coordinamento. La formula in esame soltanto in seguito si è andata arricchendo di significato operativo, sempre più condiviso in dottrina, come conseguenza inevitabile dei molteplici impulsi catapultati nel nostro ordinamento ad opera di quello comunitario, pertanto attualmente ogni escogitata regola tecnico-giuridica, soprattutto dovuta al diuturno lavoro della burocrazia comunitaria, si è disposti ad includerla nell'ambito della sfera operativa della adottata endiadi (7). Non è un mistero, infatti, come ad esempio, il principio-criterio della ragionevolezza, della proporzionalità ecc. venga attualmente "nobilitato" rinvenendo una sua sicura ascendenza nell'art. 97 Cost.. Il che può anche giustificarsi qualora si consideri che non risultano rintracciabili nella Carta differenti specifiche ed esplicite disposizioni.

Tuttavia soltanto in questi ultimi termini sembra poter recuperare un orientamento di tal fatta, il quale può conferire uno pseudo stadio di serenità inidoneo a sciogliere i restanti dubbi in proposito, poiché è da rilevare come il principio di ragionevolezza che, come è intuibile, ricomprende molteplici prospettive di operatività funzionali (ivi comprese ad esempio quella della proporzionalità (8) e quella della azione adeguata) dovrebbe (e potrebbe) ritenersi comunque ristrutturato nel genoma della stessa nostra pubblica amministrazione e si potrebbe sostenere sin dall'origine della Amministrazione dello Stato unitario in ragione della notevole opera creativa del Consiglio di Stato, ove si rileva che già nell'800 (come si ricordò molti anni fa in altra sede) in alcuni pareri il futuro giudice amministrativo ha proceduto a valutare la illegittimità dell'operato amministrativo alla luce del principio-valore della irragionevolezza (9).

Ad ogni buon conto anche volendo attenuare l'importanza del premesso rilievo, non certamente privo di forza ricostruttiva, vi è anche da porre sul piano argomentativo l'annotazione, altrettanto non esente da felici spunti significativi per la delineazione delle vigenti coordinate ordinamentali, che la tematica dell'Amministrazione pubblica non fu per niente negletta nell'entusiasmante stagione dei lavori preparatori della Costituzione, i quali non possono non costituire l'antecedente patrimonio culturale dei lavori poi svolti in Assemblea. Si deve ricordare infatti le pregevoli

indagini svolte ad opera della Prima e Seconda commissione Forti, nelle quali si opinò addirittura di introdurre nella disciplina costituzionale la nozione, allora in fase di elaborazione in dottrina, di procedimento amministrativo (10). E non si fa alcuno sforzo sulla via della persuasione, la quale induce sul fondamento di una tale piattaforma culturale, anzi di una tale sensibilità viva offerta peraltro all'altrettanto viva sensibilità dei componenti l'Assemblea, a desumere come la disposizione in parola abbia inteso in definitiva rivolgersi, quanto meno in modo preponderante, al potere provvedimentale in ordine al quale la struttura procedimentale imparziale è destinata ad assumere ed a riassumere l'intima logica esistenziale.

Non si vuole certamente sostenere che la dinamicità strutturale del procedimento non coinvolga anche la cd. attività vincolata, come la susseguente esperienza giurisprudenziale si è incaricata di dimostrare, ma è anche vero che essa assume in fatto (quantomeno) il massimo valore problematico sul piano di adozione del provvedimento, espressione dell'esercizio del potere discrezionale. E' da evidenziare come il principio dell'imparzialità (e del buon andamento) è destinato ad essere, per così dire, azionato quasi in modo esauriente nell'esercizio dell'azione discrezionale dell'Amministrazione ed in maniera poco rilevante nell'adozione dell'atto vincolato, la cui imparzialità (=uguaglianza) risulta accreditata già a livello legislativo (e comunque a livello di normazione primaria) , anzi si potrebbe anche sospettare che in ordine all'adozione vincolata (atto) la pubblica amministrazione è destinata a limitarsi ad un mero ruolo (tutt'oggi) di esecuzione e non di attuazione e che l'autoritatività del conseguente atto discenda direttamente dalla disposizione legislativa che ne attribuisce la facoltà.

Ma il punto, in questa sede, non viene ritenuto assodato; in questa sede per converso urge mettere in evidenza come l'art. 97 Cost. sembri privilegiare la disciplina dell'azione discrezionale, spettante all'Amministrazione, sembri cioè contemplare una (per così dire) linea di tendenza favorevole al riconoscimento della sfera di discrezionalità spettante all'Amministrazione; in altri termini il Costituente ha operato una scelta di fondo nel preferire (e quindi nel riconoscere), una sfera si fatta in linea tendenzialmente preponderante, che finisce a sua volta, per qualificare il ruolo attribuito al potere amministrativo. La qual cosa può realizzarsi ed essere rispettata da parte del legislatore con l'adozione, sempre in linea di tendenza, di leggi generali ed astratte e non di leggi materiali e disposizioni minute (11).

Invero, esprimendosi in termini di tendenza, non si nega che il legislatore possa in alcuni casi "essiccare" la sfera discrezionale dell'amministrazione pubblica, si intende piuttosto sottolineare, del resto conseguenza logica della tendenzialità riconosciuta fin qui, che il riconoscimento della sfera discrezionale (e quindi del potere discrezionale) è contenuto nella stessa Costituzione, è da questa attribuita ed autorizzata (12), per conseguenza il legislatore nella sua continua opera di normazione può in concreto disciplinarla, condizionarla e limitarla, sia pure in linea di tendenza come si è detto,ed a limite anche sopprimerla,quando si riscontrino giustificabili ragioni politiche, con leggi materiali e puntuali, vale a dire con leggi provvedimento. Del resto l'abuso, vale a dire l'uso non giustificato di leggi provvedimento viene anche sanzionato dalla Suprema Corte delle leggi.

In conclusione, a giudizio di chi scrive, non appare scorretto che, alla luce del progressivo accreditamento in termini di significato contenutistico dell'art. 97 Cost., 2° co., si possa scor-

gere, come nell'introdotto regime di Amministrazione democratica coniato dal Costituente, una regola generale di conferimento e di attribuzione al potere amministrativo di una sfera di discrezionalità, la cui salvaguardia la si trova nella tendenziale competenza del legislatore ad esprimersi con leggi generali ed astratte (le attuali coordinate istituzionali sembrano proiettare qualche ombra anche sull'orientamento culturale di configurare la legge come espressione della volontà generale; si deve pure ammettere che è la stessa filosofia della storia ad aver segnato rilevanti mutamenti), (13) in nome della sancita sorta di riserva operativa dell'amministrazione, pur dovendosi riconoscere al legislatore il potere di intervenire in materia nel senso limitativo di detta facoltà ma in linea tendenzialmente recessiva.

Come si può notare la tesi abbozzata non mette in crisi il consacrato principio del primato della legge (e non lo si potrebbe in un ambiente istituzionale di Repubblica parlamentare), ma più restrittivamente (in un ambiente istituzionale che si avvia a connotarsi come democrazia partecipativa) si vuole sottolineare che l'originaria "equivoca" disposizione costituzionale sembra assumere anche il significato di salvaguardare la sfera di discrezionalità spettante al Potere Amministrativo, quantomeno in grado preferenziale, inducendo razionalmente a riconoscere in detta disposizione il prevalente regime (giuridico) del potere (discrezionale) provvedimentale (14).

3. Ulteriori spunti ricostruttivi

Si avverte la necessità di ulteriori motivi di essenza argomentativa per facilitare la comprensione nella prospettiva nella quale si preferisce procedere. Si manifesteranno in prosieguo le ulteriori ragioni che, se non si erra, tendono a favorire l'intrapresa interpretazione del primo comma dell'art. 97 Cost.. Sarebbe illogico non riconoscere che alcune coordinate istituzionali siano, soprattutto negli ultimi tempi, mutate, ancorché una certa consuetudine nell'osservazione della realtà funzionale sulla scia dei cristalli politi di impostazione teorica, rielaborati dalla autorevole dottrina del passato, impedisca ancora la loro emersione a livello di rilettura.

E' evidente che la società attuale, ma già da tempo relativamente remoto, si connota sempre più come società tecnologica, che rende ogni unità statale permeabile agli interessi sopranazionali ed addirittura globalizzati, in conseguenza il mondo intero appare etero–governato dagli interessi economico-finanziari sopranazionali (15).

La conseguenza più naturale consiste innegabilmente nella estrema tecnicizzazione dei rapporti sociali e quindi pubblici: in altre parole la vita sociale si è complicata notevolmente e per governarla si impone un'ampia competenza tecnologica e tecnico - economica non più la vecchia e ordinariamente diffusa conoscenza pragmatica, che nelle passate epoche ha retto, in modo più o meno soddisfacente, le sorti di società perimetrate nei confini del soggetto statale. Il che si traduce nel convenire sul rilievo che il Parlamento nella sua composizione ordinaria (quantomeno prevalsa finora), si mostra (e sempre più si mostrerà in futuro) non in grado di governare la complessità rilevata di una società pluralista, frammentata soprattutto in ragione di interessi economici, perché non esaurientemente competente in termini di cognizione tecnica, appunto.

Pertanto progressivamente avverte l'esigenza dell'ausilio funzionale della compagine governativa in quanto quest'ultima, per così dire, "dirige" (sul punto si tornerà) la complessa struttura tecnico-professionale della pubblica amministrazione, in conseguenza la dialettica

funzionale tra Parlamento e Governo (e PA.) va modificandosi (se non risulta già modificata), il che va recuperato in termini di conoscenza (scientifica) non più come patologico frutto dell'attuale balordo funzionamento, ma come la normale sistematica dei coinvolti poteri istituzionali.

E' naturale allora che l'attività legislativa sempre più si atteggi come prodotto della "cooperazione" tra Governo e Parlamento, in guisa che l'impostazione dell'atto normativo sia frequentemente di iniziativa governativa (sulla scia degli orientamenti tecnici maturati nell'ambito della struttura tecnica professionale amministrativa) e con ciò si spiega la proliferazione dei decreti legge, sui quali altrettanto frequentemente si ricorre alla fiducia, e non va neppure sottaciuto che il decreto legge volentieri contiene la previsione della competenza governativa di adozione del decreto legislativo (frequentemente elaborato dalla burocrazia amministrativa) e così via. Il risultato che è dato rilevare consiste nella circostanza in forza della quale le leggi risultano in pratica sempre più contrattate, poiché il Governo offre maggiore "propensione" a percepire ed interpretare tecnicamente le esigenze, che nel tempo avanzano e si impongono sul proscenio delle rivendicazioni sociali (anche perché senza quest'ultimo intervento risulterebbe inane lo sforzo di districare i nodi della complessità attuale delle società industrializzate) (16) e la conseguente adozione della legge ad opera del Parlamento (soprattutto se costretta dalla posta fiducia) finisce per essere una legge configurabile (così ci si espresse in altra sede) come "amministrativizzata" (l'osservazione trova una parziale conferma nel rilievo che la legge e l'atto di normazione in genere diviene sempre più un atto sostanzialmente motivato)(17).

Ma ai fini presenti importa vieppiù rilevare che l'atto legislativo, frutto della cooperazione dinamica, implicitamente include e contempla anche la necessità (e forse l'opportunità) di far rinvio alla competenza tecnico-professionale della struttura burocratico-amministrativa per rifinire, a dir così, la disciplina sancita nel tratto ultimo della sua attuazione (in cui si tramuta la storica esecuzione). L'atto legislativo amministrativizzato necessita sporadicamente di un atto regolamentare di esecuzione, poiché parte, anzi gran parte, delle linee dispositive, che in precedenza sarebbero confluite nell'atto di secondo grado, sono già state appostate nel decreto legge (ovvero recuperate nel collegato decreto legislativo) e sotto differente aspetto si procede, ancora una volta in modo implicito, a riservare (si starebbe quasi per dire a delegare) alla pubblica amministrazione il consistente potere di attuazione, in altri termini una alquanto ampia facoltà (discrezionale) di attuare in concreto la disciplina adottata "rifinendola" (ma su ciò più avanti) (18), storicizzandola, proprio in ragione dell'avvertita esigenza di procedere ponderatamente alla sua storicizzazione, di cui si fa interprete autorevole ed in buon grado fedele la compagine governativa alla quale sempre più frequentemente è dovuta l'iniziativa del processo di normazione. Insomma la raggiunta consapevole convinzione che ogni nuova disciplina si connota, nella massima parte dei casi, per i suoi ampi profili tecnici e richiede perciò ai fini di assicurare lo scopo pratico una sempre maggiore competenza tecnico-professionale, appannaggio quasi esclusivo della struttura amministrativa (della quale, come è noto, si avverte l'opportunità di semplificarla, ma anche l'intento di qualificarla maggiormente a livello tecnico), si è conseguentemente indotti a far sempre più ricorso alle potenzialità (discrezionali) della pubblica amministrazione, nel senso -starei per dire- di lasciarsi ausiliare nel momento dell'attuazione.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

In conclusione, al fine di compiere un ulteriore passo nella prospettiva in cui muove l'indagine, si deve svelare come le premesse argomentazioni portino ad avvalorare l'impostazione ermeneutica, che si è tentata più sopra, della disposizione costituzionale esaminata, anzi ad incrementare il valore che in essa è stato riscontrato, infatti se si ritiene di convenire sulla conclusione che detta disposizione, comprendente la surriferita endiadi, voglia privilegiare l'attività discrezionale amministrativa, atteggiandosi tale preferenza in una sorta di tendenziale riserva di potere discrezionale (19), allora la modificata dialettica delle coordinate istituzionali, di cui è parola, favorisce, senza ragionevole dubbio, a rileggere la disposizione medesima dall'angolo interpretativo tracciato, evitando di sottovalutarla come mera suggestione, pure in considerazione del fatto che, anche in diritto, l'elemento quantitativo ad un certo punto deve tramutarsi in qualità.

4. Ulteriore fissazione dei presupposti logico-giuridici

La esposizione dei mutamenti delle coordinate istituzionali, intrapresa in questa sede, impone come progressione logico-ricostruittivo di procedere, sia pur per sommi tratti, nell'accenno della sopraggiunta modifica, in termini funzionali e lentamente sviluppatasi storicamente, del rapporto dialettico tra Governo e Pubblica Amministrazione, vale a dire dell'apparato burocratico, poiché soltanto su questo si preferisce per ora soffermare l'attenzione.

Anche un siffatto rapporto sembra aver subito notevoli influssi a causa del diverso atteggiamento, assunto nel tempo dalla "quotidiana" vita istituzionale, la quale a ben vedere non lascia tranquillo colui che voglia, ancora senza perplessità ragionevoli, aderire alle autorevoli ricostruzioni teoriche formulate in differenti fasi e stagioni (alcune geologiche) politico istituzionali. Nell'intento di esporre l'aspetto rilevato in modo più che riassuntivo, si prova a far notare come alcune ricostruzioni giuridiche prevalse (e per lungo tempo condivise) negli anni iniziali dello Stato unitario, quando cioè l'Amministrazione era giustamente considerata il braccio operativo (starei per dire cieco) del poter sovrano sembrano ormai non aver lasciato residui argomentativi, anche con il progressivo successivo attestarsi dell'istituto parlamentare. Rappresentava una naturale conseguenza porre, in quel tempo, l'accento sulla facoltà, che doveva essere di mera e stretta esecuzione, spettante appunto all'apparato amministrativo. Occorreva apporre un confine netto ed invalicabile tra la classe parlamentare ed il "reale" apparato amministrativo, pertanto a quest'ultimo competeva esclusivamente esprimere nella società la volontà della prima condensatasi nell'atto di normazione.

Del resto nell'epoca pochi erano gli interessi considerati generali (anzi generalissimi) e che perciò venivano connotati come pubblici, meritevoli perciò di essere soddisfatti mediante un'attività a regime pubblico-amministrativo (rientrante nella generica sfera di attività ricostruttivamente passata sotto la dizione di "polizia") e per cui impellente appariva, anche sotto il profilo teorico, di escludere ogni pur minima oscillazione nell'esecuzione ad opera degli organi amministrativi. Cosicché anche il Governo esauriva con il suo intervento, soprattutto mediante la normazione di secondo grado, ordinanze, ordini e circolari, ogni possibile ulteriore facoltà di valutazione degli organi burocratici. D'altro canto gli scarsi interessi sociali, progressivamente recepiti nell'azione statale, venivano delegati nell'ambito dell'attività di mera gestione, soggetta ad un diritto che può definirsi comune, il quale faceva propen-

dere per intravedere un momento di autonomia negoziale, piuttosto che frammenti di discrezionalità tipica di una pubblica amministrazione. Quest'ultima attività veniva presa in considerazione dallo Stato essenzialmente ed esclusivamente nella prospettiva della finanza e contabilità pubblica.

L'attestarsi progressivo dello Stato liberale fece maturare l'azione politica a favore di sempre più interessi sociali e conseguentemente portò alla espansione dell'area di influenza del diritto pubblico amministrativo e si aprì la strada alla trasmutazione ricostruttiva della sfera funzionale di autonomia in quella della discrezionalità, con il suo riconosciuto nucleo politico; l'esempio più emblematico è fornito dalla nota vicenda del contratto stipulato dal Comune di Milano per la illuminazione urbana, che, volendosi in seguito sostituire l'energia elettrica al gas ed opponendosi la ditta appaltatrice, venne dalla dottrina (e dalla giurisprudenza) ricostruito in termini tecnico-giuridico di concessione pubblica soggetta legittimamente al potere di revoca amministrativa (il che pone in evidenza che l'estensione del regime pubblicistico fu determinato dall'esigenza di prestare la massima garanzia al soddisfacimento dell'interesse promosso come pubblico) (20).

Ma queste avventure vissute dalla nozione dell'interesse pubblico, sempre più allargate per il sopraggiungere al Governo di forze politiche progressiste, non comportarono una repentina modificazione nel patrimonio culturale –a così dire- della classe governativa, la quale continuò a nutrire la più sopra rilevata diffidenza nei confronti della esecuzione spettante all'apparato burocratico; è sufficiente a tal proposito ricordare la complessa battaglia ingaggiata per la consacrazione del principio della giustizia nell'Amministrazione (con la conseguente creazione di una giurisdizione costretta ad agire nell'area interclusa della pubblica amministrazione). E' bene precisare, sebbene può considerarsi la vicenda ben nota, che una siffatta battaglia era pur sempre alimentata dalla preoccupazione che nel momento dell'esecuzione della legge l'Amministrazione (burocratica) potesse subire l'influenza delle forze politiche, vale a dire dei partiti, che finiva per interrompere quel filo (ritenuto) diretto tra la legge (Parlamento) e gli organi amministrativi deputati all'adozione dell'atto provvedimentale di esecuzione (21). Ed ancora in questo primo tratto del lungo percorso storico, il Governo non cambia atteggiamento, privilegiando la mera esecuzione ad opera del "sottostante" apparato amministrativo, integrando, ai fini della esecuzione medesima, le disposizioni legislative imprimendo indirizzi, di cui richiedeva il rispetto nell'adozione dei singoli atti provvedimentali e di cui esso assumeva la responsabilità politica nei confronti della maggioranza parlamentare di cui era diretta espressione (22), cosicché la facoltà discrezionale risultava notevolmente condizionata e l'apparato burocratico amministrativo assumeva lo stabile ruolo di braccio operativo non più del sovrano ma della compagine governativa temporaneamente in carica e sul piano speculativo i due soggetti venivano considerati assieme, congiunti da un indistinguibile rapporto dicasteriale.

E' ragionevole sostenere che, nel tempo attuale e precisamente nel tempo post-costituzionale, è riscontrabile un fenomeno, invero ancora in fase di assestamento, che sembra muoversi in senso opposto a quello appena accennato, in forza del quale la pubblica Amministrazione vede attenuarsi il rapporto che in precedenza la collegava intimamente alla compagine governativa e più specificamente alla figura ministeriale in chiave gerarchizzata ed alcuni interventi legislativi, relativamente recenti, ap-

paiono in proposito come uno sciame appunto di assestamento della sopraggiunta progressiva attenuazione di siffatto rapporto (23). Infatti ogni confine che si tenta di apporre tra l'organo governativo, politico per antonomasia, e l'apparato amministrativo, configurato come distinzione tra politica ed amministrazione, non può non avere l'effetto di mettere in valore quel connotato della imparzialità inerente all'attività amministrativa ed ancora una volta si deve richiamare all'attenzione come (anche per il passato) l'obiettivo di garantire la giustizia nell'Amministrazione implica la necessità di escludere (quantomeno in via teorica) ogni influenza partitica. E' ovvio desumere allora che il primo comma dell'art. 97 Cost. ponga (o favorisca) una distinzione anche sul piano funzionale tra Governo e l'Amministrazione, dappoichè il primo è essenzialmente espressione dei partiti di maggioranza. Del resto una siffatta profilatura sembra rinvenire il suo fondamento nella stessa Carta ove si consideri la disposizione topografica (a dir così) del Governo nella Sezione I del titolo III e l'Amministrazione nella Sezione II del medesimo titolo (24).

In conseguenza del fenomeno delineato a grossi tratti, in via di progressivo consolidamento, si può supporre che anche la compagine governativa e più precisamente i ministri devono, sempre come linea di tendenza, operare in modo che le facoltà discrezionali, spettanti all'apparato amministrativo, non siano espunte completamente, pur ammettendo in via generale che queste possono essere condizionate ed in conclusione limitate. Un tale fenomeno, che può supporsi in via di consolidamento, definibile come il progressivo distanziamento tra compagine governativa e specificamente ministero ed apparato amministrativo, il quale può ben configurarsi come lo scivolamento delle piattaforme continentali, è già iniziato ove si pensi all'accento posto anche normativamente sulla separazione tra politica ed amministrazione, tra ministro e dirigenza burocratico – amministrativa, ma è anche destinata ad incrementarsi a seguito dell'incremento del ruolo che si attribuisce (e che viene attribuito) al Governo a livello di cooperazione legislativa (come si è visto) in via di assestamento fisiologico e non più patologico.

E' logico desumere che quest'ultimo risulti più immediatamente sensibile alle esigenze tecniche e più favorevole perciò a venire incontro alle necessità inerenti alla pratica attuazione ad opera degli organi amministrativi e pertanto disposto ad operare, mediante l'attività normativa, in modo tale da consentire agli organi amministrativi un'ampia facoltà di valutazione discrezionale per aderire appunto alle ragioni tecniche che si offrono in fatto nel momento dell'attuazione. Era questo del resto che si voleva rappresentare quando tempo addietro ci si esprimeva in termini di scarsa esaustività delle norme di legge sotto il profilo della loro diretta attuazione (ma non soltanto per questo motivo) (25). E pertanto la stessa linea di tendenza, prima riscontrata, di una sorta di riserva del potere discrezionale a favore dell'Amministrazione è destinata sempre più a suggerire l'esatta interpretazione della disposizione costituzionale.

Certo i mutamenti istituzionali, anzi delle coordinate istituzionali, non sono da rinvenire in un dato e certo momento iniziale, devono essere intuibili essenzialmente lungo il rispettivo periodo storico di lenta trasformazione in virtù di una notevole sensibilità storico-politica, unica profilatura idonea a percepire tali modificazioni (26). Per ora appare appropriato comunque mettere in emersione la circostanza che la stabilizzazione di un fenomeno di tal fatta produce, con tutti i potenziali condizionamenti possibili, un consistente al-

largamento dell' enucleato momento politico (19), in una dimensione prima per niente percepibile, ed ancora più in una dimensione prima sconosciuta. Resta un interrogativo, che si fa sempre più pressante, quel momento politico (27), di cui si è fatto testè parola, subisce esclusivamente l'allargamento dimensionale, ovvero tende anche a mutare nella sua essenza, in altri termini risulta configurabile in termini tecnico-scientifici conformi all'impostazione dottrinale finora seguita, ovvero suggerisce una impostazione concettuale differente e meglio una ricostruzione giuridica diversa, rimirato nella differente prospettiva tracciata dalla presente indagine.

In verità è da avvertire, non si intende contrastare 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 (28), 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.

In verità, se ci si limita ad apprendere la problematica in discussione in termini meramente dogmatici, si potrebbe convenire sulla ininfluenza dell'ulteriore destrutturazione, ma se essa si mostrerà utile ad influenzare il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, spostando in avanti il tradizionale confine del sindacato giurisdizionale, nell'attuale periodo storico in cui molti fattori militano per l'avvento di una giustizia effettiva, allora vale la pena (quantomeno) di tentare una siffatta via, che in termini di rinnovata lettura della tematica prevedibilmente conduce anche ad una diversa ricostruzione e ricomposizione della nozione, per sua stessa essenza poco determinata.

5. Considerazioni ricostruttive dopo la destrutturazione della nozione

Fin qui si sono messi a dimora i presupposti logico-giuridici che consentano una più specifica rilettura delle fasi, per così dire, di cui si compone la composita azione discrezionale ed infatti, sulla scorta delle considerazioni analitiche esposte in precedenza, si può concludere come l'attuale atteggiamento che la compagine governativa tenta di assumere sul piano istituzionale l'induce a prestare –quantomeno in fatto- sempre maggiore attenzione nel garantire un'ampia sfera di operatività dell'apparato amministrativo, quantomeno maggiore consistenza operativa a favore di detto apparato, chiamato all'attuazione; e proprio questa maggiore consistenza consente all'Amministrazione di esercitare le sue competenze in maniera imparziale ed adeguata.

Il convincimento sopraggiunto sulla insostituibilità della intermediazione di valutazioni tecniche, le quali non possono essere esaurite a livello centrale, in fase cioè di iniziativa normativa, stante il coinvolgimento del Governo, in linea orizzontale, in termini di cooperazione con il Parlamento (come si è visto), per cui a quel livello ci si limita agevolmente in termini generali ad impostare il tessuto normativo da adottare, esaurendo con ciò anche il potere di normazione secondaria, cui in passato il Governo faceva frequentemente ricorso, in conseguenza il passato intervento di essenza norma-

tiva, vale a dire di rifinitura della norma primaria in direzione applicativa, finisce per "scivolare" a livello degli organi dell'apparato amministrativo delegati ad attuare la norma stessa.

E' comprensibile come l'attuale complessità sociale sconsiglia politicamente di emanare norme puntuali e minute per affidarsi all'azione imparziale della p.A., ecco perché in altra sede si affermava che la legge, nella maggior parte dei casi, si presenta scarsamente esauriente ai fini della relativa applicazione. Pertanto si può sostenere che un "frammento" di quel potere, storicamente riconosciuto al Governo ed ai Ministri di indirizzare la concreta attività di applicazione della norma primaria, si va sempre più allocando nell'ambito competenziale del singolo organo amministrativo agente (29).

Ma un tale trasferimento allocativo impone di ritenere che perciò non muta la sua essenza tecnico-giuridica, poiché rimane pur sempre di essenza normativistica, nel senso che quel 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. L'asserzione è presto dimostrata, ove si consideri che strumentalmente per raggiungere un effetto siffatto non vi è altra via che lasciare la fattispecie poco definita in termini legislativi (e comunque normativi), in modo che sia l'organo agente a doverla integrare, o se si preferisce completarla. Ed un tale intervento, non limitandosi soltanto ad interpretare la disposizione normativa, che si è chiamati ad attuare, ma sulla scia dell'operazione ermeneutica è tesa a fissare quegli elementi non definiti della fattispecie, plausibilmente può essere configurata come intervento integrativo della sfera normativa (30), il quale deve essere realizzato conformemente, e nel senso più proprio nel rispetto dell'elemento teleologico della disposizione, ma che conserva in sé il genoma dell'attività normativa (naturalmente) di secondo grado.

Come si comprende un tale intervento, tutt'altro che meramente esecutivo, trova il suo antecedente logico nella preventiva esatta e corretta interpretazione della norma, teso a percepire a chiare lettere l'obiettivo da raggiungere con la sua attuazione, ma non si confonde con siffatta operazione, sia pure non facilmente distinguibile e che perciò rimane solamente confuso con l'operazione ermeneutica, dappoichè esso rimane incapsulato nella composita azione discrezionale, tra l'interpretazione, appunto, e la determinazione della misura provvedimentale.

In conseguenza si svela in forza della premessa sbozzatura come il momento politico, fulcro dell'attività discrezionale, va assumendo una sua peculiare identità e maggiore consistenza, perdendo quel limitato grado di imprecisione che spingeva verso una relativa definibilità (31). Per altro verso l'intento di separare la politica dall'Amministrazione, peraltro in parte già legislativamente adottato, nella continuità della remota intenzione, come si è visto, di impedire interferenze partitiche, svela all'occhio attento l'ulteriore esigenza di ostacolare che le influenze partitiche (specialmente di opposizione) possano alterare la linea di coerenza che pur deve esistere ovviamente tra l'integrazione della fattispecie e la fattispecie stessa. Prima di aggiungere ulteriori necessarie precisazioni va sottolineato come la tesi sbozzata sembra aggiungere motivi a favore della qui tentata interpretazione dell'art. 97 Cost., il quale impone di scorgere la finalità di privilegiare il potere provvedimentale.

Ad ogni buon conto conviene procedere ad ulteriori precisazioni al fine di evitare fraintendimenti ed a tal fine occorre incamminarsi nel

rilievo secondo cui il legislatore muove nel delineare una disposizione dall'inovviabile operazione di delineare la fattispecie (legale) nella quale deve essere sussunta quella reale, ad opera dell'Amministrazione agente, ma la fattispecie legale, soprattutto per quanto fin qui detto, viene fissata in modo non esauriente nella maggiore parte dei casi, o se si vuole a grossi tratti o con la previsione soltanto di alcuni tratti, cosicché (32) la P.A. che è chiamata a darle attuazione (e non soltanto ad eseguirla), deve anch'essa inovviabilmente integrarla con la fissazione dei tratti mancanti, ovvero con la maggiore determinazione di alcuni tratti, operazione necessaria al fine della determinazione della misura da adottare, vale a dire del dispositivo provvedimentale. Così come nell'ipotesi dello scioglimento di un assembramento non si precisa legislativamente cosa debba intendersi per assembramento, in conseguenza questa nozione va determinata alla luce delle circostanze storico-ambientali (pace sociale, effervescenza sociale, ecc.), operazione che in definitiva integra la stessa fattispecie legale. Così come nella previsione di autorizzare un impianto industriale, l'Amministrazione non può evitare di non autorizzarlo in zona altamente sismica o idrologicamente delicata, ecc.

Certo gli esempi possono essere molti, ma urge soltanto dar conto del senso seguito in questa indagine, mettendo in luce come la fattispecie legale finisce per prendere corpo soltanto a seguito della integrazione-concretizzazione amministrativa e quest'ultima concorre a rendere esauriente la disposizione cui si darà attuazione. E' ben nota la teoria della indeterminatezza di una disposizione (33), ma qui il fenomeno viene assunto in termini più generali e starei per dire istituzionalizzati, in forza dei quali ci si dispone a riconoscergli una diversa essenziale configurazione giuridica, di attività essenzialmente di natura di integrazione normativistica, naturalmente di normazione secondaria. E ciò è consentito e reso possibile con il concreto esame della zolla sociale sulla quale l'Amministrazione agente è destinata ad operare, prendendo in considerazione l'insieme delle circostanze reali che in detta zona si rinvengono, ma anche in seguito alla operata individuazione di tutti gli interessi coinvolti nella specie ad anche su eventuali suggerimenti provenienti dalla istaurata partecipazione dei privati. In conseguenza al termine di siffatta operazione si ottiene l'effetto di dover ritenere che, a seguito dell'integrazione della fattispecie a fini pratici, questa si offre all'esame come se fosse stata così sin dalla sua originaria adozione, così pure l'intervento del privato risulta non più relegato nell'ambito della sola scelta della misura provvedimentale, vale a dire del dispositivo (è anche questa una manifestazione del progressivo attestarsi della democrazia partecipativa?).

E' chiaro che l'integrazione in parola non può realizzarsi in contrasto ed in violazione dell'obiettivo –elemento teleologico prefissato dalla norma primaria (34), ma deve essere predisposta in perfetta coerenza con esso, in maniera adeguata, razionale, proporzionale ecc., da assicurare il buon andamento della conseguente azione di attuazione, vale a dire della scelta della misura tra le tante che possono offrirsi all'organo agente. E si può anche dedurre, in conformità alle considerazioni premesse, come il momento tipico di valutazione della opportunità amministrativa (a dir così) si emargina nell'ultimo tratto della scelta della misura provvedimentale, laddove il consistente tratto dell'integrazione permane logicamente nell'allargata area della ben nota nozione della legittimità, anzi della legalità, pienamente sindacabile del giudice amministrativo.

Infatti, in un sindacato del genere, si tratterà pur sempre di valutare se l'integrazione sia stata realizzata in modo logico, proporzionato, adeguato ecc. con l'obiettivo prefissato nella norma primaria. Al fine della massima chiarezza della esposizione occorre far notare come il sindacato del tipo suindicato, ove si ottenga l'adesione da parte del giudice, finisca per recuperare nella complessiva area della legalità amministrativa, nella quale si scioglie concettualmente l'endiadi di cui all'art. 97 Cost., 1° co, anche il profilo del giusto andamento, poiché va da sé che la correttezza dell'azione non possa obliterare l'aspetto della sua efficienza ed efficacia, nel significato più proprio secondo cui un possibile contrasto tra l'operata integrazione con l'obiettivo teleologicamente prefissato dal legislatore non può –e si comprende- non coinvolgere anche il giudizio di inefficienza ed inefficacia dell'intrapresa azione amministrativa ed indurre a valutare scorretta l'attuazione (35). E' indubbio che l'adozione di una conclusione di tal fatta implica anche che il sindacato giurisdizionale assuma una dimensione ed una profondità ben maggiori di quelli fin qui impiegati tradizionalmente dal giudice, evolvendosi a favore di un sindacato di legalità (ivi compreso la legalità costituzionale imposta dal doveroso rispetto dei principi consacrati nel più volte citato art. 97). Che poi il sindacato possa essere convenzionalmente ancora designato con l'espressione eccesso di potere, quasi consunto dalla rilettura continua cui storicamente la dottrina ha proceduto, è una questione più di essenza verbale che di sviluppo concettuale.

Un dato è però certo che il momento politico, più sopra definito sfuggente a livello di determinazione concettuale, si avvia ad assumere una maggiore consistenza di significazione operativa nell'insieme dei mutamenti politico – giuridici di alcune coordinate istituzionali, ma soprattutto non rimane più parzialmente decifrabile in quanto incapsulato nella complessiva azione discrezionale, ma tenta di emergere disponendosi come una delle fasi (e non di lieve importanza) della destrutturata azione amministrativa. In definitiva si può ben dire che la condivisa effettività della garanzia giurisdizionale pretende e giustifica ogni concepibile restringimento dell'area del merito amministrativo ancora oggi escluso dal sindacato giurisdizionale.

NOTE

1) Il tema della discrezionalità amministrativa presenta una bibliografia inesauribile e non soltanto nella dottrina italiana pertanto si può consigliare la consultazione di G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1924, I, 281; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano 1972, 997 ss; la classica opera di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939; sempre del MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noss. D.I.*, vol. V, Torino 1968, 1102 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. Dir*., vol. XIII, Milano 1964, 65 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'Attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, T. I., spec. 668 ss.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino 1999, spec. 121 ss; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2012, spec. 146 ss. Per un più ampio panorama della dottorina cfr. E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale – Per una definizione della discrezionalità*, Napoli 2008, passim.; nonché D. GAL-

LIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano 1999, nella pregevole Traduzione di F. INNAMORATI.

2) Sul punto cfr. il già cit. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale* e GALLIGAN ugualmente cit., loco cit..

3) Si ricordi in proposito quanto scriveva G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali del diritto amministrativo*, p. 14 "l'autorità e la forza obbligatoria di qualunque funzione o atto amministrativo non può eccedere l'intento immediato per il quale l'atto o la funzione furono stabiliti dalla legge".

4) In senso meramente riepilogativo del cennato mutamento cfr. *Fondazioni, tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, a cura di G. PALMA e P. FORTE, Torino 2008, 1 e segg. e già in G. PALMA, *Beni di interessi pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971.

5) Si intende che l'interrogativo di cui nel testo si riferisce ad un periodo storico-giuridico precedente all'introduzione dell'art. 111 Cost.. Per risolvere analoghi interrogativi v. G. CORSO, *L'attività amministrativa*, cit., passim;

6) Per un'ampia esposizione della problematica inerente all'art. 97 Cost. (anzi tra i primi commenti) cfr. P. CORETTI, *La pubblica amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna, Roma, 1994, 1 e ss.

7) A favore del riconoscimento dell'endiadi ci si è espressi già in *Itinerari di diritto amministrativo*, Verona 1996, (I ed) passim.

8) Sul principio di proporzionalità cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità – Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2010; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

9) Si rinvia a G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Pubb*. 1963 n. 1, 63 e segg..

10) Rinvio ancora a G. PALMA, *Ricordando A. M. Sandulli*, in *Rileggere i Maestri*, a cura della Università Federico II, Facoltà di giurisprudenza, Napoli 2011, 115 segg..

11) Ormai è ben nota la problematica insorta sull'interrogativo, non ancora risolto, se l'art. 97 Cost. contenga una riserva di potere discrezionale a favore della P.A.; sul punto cfr. l'ampia indagine svolta da D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, passim; cui adde A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova 1973, passim; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione*, cit. loco cit..

12) Per l'autorizzazione costituzionale cfr. FERDINAD KOPP – ULRICH RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 9 Auflage, München, 2005 - XXIII, p. 672 segg.

13) In materia rinvio all'attenta osservazione di M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000, spec. p. 698; per ulteriori considerazioni interessanti in argomento cfr. anche E. GARCIA DE ENTERRÌA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. e saggio introduttivo di S.R. Masera, Pres. di A. TRAVI, Milano, 2007, spec. XVII e segg.

14) Cade acconcio ricordare quanto affermava G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1881, Volume III, parte II, a p. 654 "perché sovente accade che senza compromettere la utilità generale, che si propose la legge, se ne trovi il giusto componimento con gli speciali interessi e le circostanze dei casi".

15) In materia cfr. E. FORSTHOFF, *Lo Stato della Società industriale*, a cura di A. MANGIA, Milano 2011, passim.

16) In argomento cfr. *Itinerari di diritto amministrativo*, cit. spec. p. 38 e segg..

17) Cfr, *Itinerari*, cit., lo. cit. e 227 ss., cui adde G. PALMA, P. FORTE e G. DI FIORE, *L'Amministrazione partecipata e decentrata come valore intangibile per leggi e regolamenti*, in *Annuario dell'Ass. it. dei professori di dir. Amm.*, 2004 (Milano 2005, 77 ss.).

18) Per un interessante accenno in siffatta direzione cfr. E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. Tr. Dir. Pubb.*, 1957; l'A. a p. 307 afferma "Bisogna partire dalla considerazione che in sostanza si tratta della fattispecie normativa di un atto, volutamente, anche se soltanto puntualmente, lacunosa, la quale va completata dall'amministrazione, attraverso la scelta –operazione volitiva ed intellettiva ad un tempo – tra più possibilità che gli si offrono".

19) La linea di tendenza di cui nel testo si muove in una prospettiva che si giustifica in forza dei mutamenti istituzionali premessi ma anche in forza di quanto si sosterrà più avanti, pertanto si muove secondo un indirizzo differente dalle argomentazioni sviluppate da M. Dogliani, Riserva di Amministrazione, cit. passim.

20) Per questo originario momento storico-evolutivo v. Beni di interesse pubblico cit.. E' da ricordare, ma l'aspetto è di comune conoscenza, che l'attuale fase storica sembra far propendere per una più massiccia introduzione del diritto comune nell'agire amministrativo (cfr. G. CORSO, *L'attività amministrativa*, cit.); tuttavia pur volendo assecondare un tale indirizzo resta da notare che comunque una sfera politico-discrezionale rimane nello strumentario dell'azione della p.A.;

21) Il tema ormai è ben noto, a puro scrupolo memorativo, si rinvia a S. SPAVENTA, in S. RICCI, *La giustizia amministrativa*, 1993. Del resto proprio allo scopo di evitare interferenze "anomale" sin dall'origine dell'ordinamento dello Stato unitario il Parlamento ha fatto ricorso all'atto legislativo, all'atto legislativo di poi definito legge-provvedimento, come si può ad esempio ricordare in materia di concessione del demanio marittimo (codice della marina mercantile del 1877 e successivo regolamento del 1879) o in materia di approvazione di grandi opere (legge ben nota del 1865).

22) Sul punto cfr. S. SPAVENTA, cit., loco cit.

23) Ci si intende riferire, a es. al d.lg.s 3 febbraio 1993 n. 29 (spec. art. 4) e d.lgs. 3 marzo 2001 n. 165 (spec. art. 4); in materia cfr., fra tante, la trattazione di F. CARINGELLA, A CRISAFULLI, G. DE MARCO, F. ROMANO, *Il nuovo volto della pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione*, Napoli, 1997, passim.

24) Non si obietti che il secondo comma dell'art. 95 Cost., con l'affermazione che i ministri "individualmente" sono responsabili degli atti dei loro dicasteri, sembri contestare l'indirizzo argomentato nel testo, poiché si può in proposito obiettare che la responsabilità di cui è parola sembra atteggiarsi in termini squisitamente politici del complessivo apparato dicasteriale, ma non anche degli atti (per di più provvedimentale) della struttura burocratica. Comunque in generale cfr. P. CIARLO, L'art. 95, in Commentario della Costituzione, fondato da G. BRANCA, cit., Bologna, 1994, 321 ss.

25) Si rinvia ancora ad Itinerari, cit., loc. cit.

26) Su questa esigenza v. G. PALMA, *Un tentativo di ricostruzione del potere municipale nella funzionalità del sistema delle autonomie politiche*, in Lezioni a cura di G. PALMA, Napoli 2011, p. 437 e segg.

27) E' appena il caso di ricordare che il trattato momento politico richiama la famosissima opera di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 1939.

28) Si rinvia ancora all'opera di M.S. GIANNINI, testè cit.

29) Da ultimo cfr. le interessanti osservazioni di D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo au-*

toritativo nell'esperienza tedesca, Relazione al Convegno annuale dell'Ass. dei profess. di diritto amm.vo, Bozza Provvisoria, Bari 30 settembre - 1 ottobre 2011, p. 9, secondo cui "l'atto amministrativo è, di questo processo di concretizzazione, l'ultimo segmento, la norma giuridica concreta, datata dello stesso tipo di forza conformativa e stabilizzatrice della norma giuridica astratta "e più avanti" avvicina l'atto dell'amministrazione alle altre forme di manifestazione del potere pubblico, prima fra tutte ovviamente la funzione normativa"

30) Per una prima intuizione in tal senso cfr. G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità* (1963), cit., nonché *Fondazioni*, cit., loc. cit.

31) Il fenomeno descritto può ben essere incluso, nei suoi termini generali, nella tendenza di recente rinvenuta da G. CIANFERROTTI, l'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana, in Riv. Tr. Dir. Pubbl., 2011, 725 ss, secondo cui l'attività amministrativa prima interna viene sempre più in emergenza.

32) In argomento cfr. la notissima opera di C. LUZZATTI, *La Vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990, passim.

33) E' interessante ricordare che già Romagnosi, cit., a p. 660, avvertiva che il "potere legislativo non può discendere dal precetto universale ed astratto della legge ed immischiarsi nelle disposizioni di mero eseguimento senza invadere il campo del potere esecutivo e senza scemare, ciò che importa d'assai, la responsabilità dell'amministrazione". Il che va appena ricordato per mostrare che anche nella politica istituzionale possono rinvenirsi "ricicli" concettuali.

34) "Nell'esercizio dei poteri delegati riveste evidente e fondamentale importanza la dichiarazione degli obiettivi e degli scopi ad opera del legislatore", così GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 125.

35) Non è da sottovalutare in proposito che il giudizio innanzi alla Corte dei Conti implicitamente include nel sindacato di legittimità le nozioni di buon andamento ecc.; cfr. fra tante, Sez. Giurisd. Regione Lazio n. 2212 del 2009; n. 2111 del 2009; n. 1309 del 2009, n. 1153 del 2009.