

Teoria e prassi delle decisioni amministrative*

Luisa Torchia

Sommario

1. Le decisioni amministrative come oggetto di studio
2. Competenza, volontà, imputazione: chi decide?
3. Pubblico e privato nella decisione amministrativa
4. *The sound of silence*. Dall'inerzia amministrativa alla decisione senza procedimento.
5. La dimensione degli interessi: quando serve un decisore di ultima istanza
6. Il behaviourismo preso sul serio. Il contesto e i materiali delle decisioni amministrative
7. L'impotenza della teoria, l'arbitrarietà della prassi.

Relazione al Convegno Aipda su “*Decisioni amministrative e processi deliberativi*”, Bergamo 5-7 ottobre 2017.

Ringrazio S. Cassese L. Casini, S. Del Gatto e M. Macchia per commenti e osservazioni su una prima versione dello scritto. Rimango naturalmente l'unica responsabile per errori ed omissioni.

1. Le decisioni amministrative come oggetto di studio

Le decisioni amministrative sono state originariamente oggetto di studio, da parte della scienza del diritto amministrativo italiano, con l'obiettivo di spiegare la natura e di individuare le caratteristiche di nuovi atti amministrativi, prima sconosciuti, come le pronunce di numerose commissioni istituite subito dopo la seconda guerra mondiale: commissioni per la rivendica dei beni pervenuti in possesso dell'Ar.a.r., per le concessioni di terre incolte, per l'epurazione degli impiegati pubblici, per il risarcimento dei danni di guerra¹.

In quegli studi è unanime il riferimento alla natura contenziosa del procedimento che porta alla decisione amministrativa – non a caso trattate insieme ai ricorsi amministrativi - mentre si discute se e quando la decisione abbia i caratteri dell'accertamento o del giudizio, quali siano i suoi effetti, in quali rapporti essa stia con gli atti che la precedono e che con quelli che la seguono e, a volte, la eseguono².

Si tratta di un dibattito, naturalmente, del tutto inattuale, al giorno d'oggi, sia perché la maggior parte di quegli atti non esiste più o, come i ricorsi amministrativi, ha grandemente perso di rilevanza, sia perché oggi tutti i procedimenti hanno natura "contenziosa", almeno se ci si riferisce al principio del contraddittorio e alle garanzie di partecipazione e di difesa.

Eppure quel dibattito è richiamato in tutti gli studi successivi anche più recenti³, non solo e non tanto per ragioni di completezza storica e di deferenza verso i maestri che avevano allora esaminato il tema, ma soprattutto per misurare il terreno percorso da allora e le modifiche intervenute quanto alla conformazione del potere di decidere, alla proliferazione dei decisori, alla moltiplicazione delle

¹ M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, definiva al tempo queste materie come "di scottante interesse, non soltanto e non precipuamente giuridico" (p.3).

² V., per tutti, M.S. Giannini, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, I, 1, 154; Id., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, *Foro it.*, 1952, IV, 169; M. Nigro, op. cit, passim.

³ A. Travi, *Decisione amministrativa*, in *Dig. pubb.*, IV, 1990, pp. 524-533; F. Merusi, G. Toscano, *Decisioni amministrative*, in in *Enc. giur Treccani*, X, 1988, pp. 1-5; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, 1996; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, 2001.

regole e dei vincoli relativi alle decisioni, allo sviluppo dei processi decisionali in forme sempre più variegata e complesse.

L'oggetto degli studi sulle decisioni amministrative si è andato così via via spostando di asse e ampliando. Dallo studio di una specifica categoria di atti amministrativi l'attenzione si è andata concentrando sul potere (o il dovere) di decidere attribuito alle amministrazioni pubbliche, sulle modalità di esercizio, sui processi necessari per esercitarlo, sulle relazioni fra il decisore ed il contesto entro il quale la decisione si colloca. È divenuto quindi difficile distinguere fra il termine "decisione" e il termine "atto" o "provvedimento" amministrativo, così come vengono sempre più spesso trattati indistintamente i processi deliberativi e i procedimenti amministrativi, cogliendosi, degli uni come degli altri, soprattutto il profilo legato alla determinazione di una scelta, sino a trasformare il tema delle decisioni amministrative nel tema della discrezionalità amministrativa: che riguarda, appunto, primariamente ed indefettibilmente, il potere di scegliere attribuito all'amministrazione e le modalità di esercizio di questo potere.

L'attenuazione progressiva dei tradizionali caratteri di unilateralità e di imperatività⁴, la generalizzazione della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, l'impossibilità di disporre di un ordine prestabilito fra gli interessi in gioco e la conseguente necessità di procedere sempre ad una ponderazione fra essi senza poter prevedere un esito predefinito hanno contribuito a mettere in primo piano il procedimento rispetto al provvedimento, il modo in cui si decide rispetto alla qualità e alla natura della decisione, la legittimità, o al massimo la proporzionalità della scelta rispetto ai suoi fondamenti e ai suoi effetti.

Lo stesso titolo del nostro convegno rispecchia, del resto, esattamente questa tendenza, come dimostrano i titoli delle relazioni e, ancora più, i temi discussi nei *panels*.

⁴ Anche se il dibattito sulla necessaria o eventuale natura autoritativa e imperativa degli atti amministrativi è ancora in corso: v., per gli scritti più recenti, su posizioni diverse, v. B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2012, 1; E. Giardino, *La pluralità della funzione amministrativa*, Torino, 2012, passim; M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 130 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 17 ss. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Giappichelli, 2017, 18 ss..

Si potrebbe in effetti discutere, sul piano della correttezza filologica, la scelta dei termini, ma il riferimento alle decisioni e ai processi decisionali sembra riflettere una intenzione di ricognizione di problemi, piuttosto che di perimetrazione di un oggetto di studio. 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. E’ il procedimento, e non la legge o la stessa Costituzione, come è stato osservato⁵, a operare come strumento di ordine fra gli interessi in gioco e lo studio del procedimento ci dice quindi solo qual è il “*framework*” da utilizzare per decidere, ma non ha forza predittiva e solo una limitata forza prescrittiva, connessa peraltro più al rispetto dei tanti principi, spesso in contraddizione fra loro, ai quali è sottoposto l’esercizio della scelta che non all’effettivo equilibrio fra interessi e fra principi, che può essere solo determinato concretamente *ex post*.

Non aiutano a fare chiarezza, sul punto, i contributi di altre scienze sociali, come la scienza politica, la sociologia o l’economia, che si sono concentrate, per la verità, soprattutto sulle politiche pubbliche e quindi sulle scelte strategiche o comunque di carattere generale, mentre le scelte puntuali e concrete hanno ricevuto solo un’attenzione marginale. In questi studi è molto più forte, rispetto agli studi giuridici, l’aspirazione alla costruzione di un modello che abbia, nei casi più ambiziosi, capacità prescrittiva, consentendo di arrivare alla “buona” scelta, o

⁵ Cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000: “il procedimento svolge il compito- per così dire – di “superlegge” o di decisione di secondo grado, con funzione di soluzione di conflitti tra interessi collettivi, che, divenuti pubblici, si riproducono nell’amministrazione” (p. 308).

almeno, negli approcci più realistici, capacità ricostruttiva, consentendo di comprendere come il processo di decisione si sia svolto e perché si sia giunti ad un determinato esito, per individuare – e possibilmente generalizzare - gli elementi che non possono essere ignorati dal decisore, specie quando questi si propone di innovare rispetto allo *status quo*.

La stessa nomenclatura utilizzata via via per indicare i diversi modelli succedutisi nel tempo testimonia come la realtà abbia spesso sconfessato quei modelli. Si è passati così dal modello basato sulla razionalità classica, che presume, appunto, una razionalità intrinseca che non richiede dimostrazioni o correzioni⁶, al modello di razionalità limitata che riconosce i limiti cognitivi del decisore⁷, all'incrementalismo, che si rassegna alle limitate possibilità di cambiamento ed enfatizza l'interdipendenza (“partigiana”)⁸ fra i diversi attori, sino al modello del bidone della spazzatura (*garbage can*)⁹, che enfatizza il mutamento e il peso del trascorrere del tempo all'interno dello stesso processo decisionale e quindi l'incertezza strutturale sul suo svolgimento e sul suo esito.

E' facile ironia notare che dopo il bidone della spazzatura è difficile immaginare qualcosa di diverso dal caos o dall'entropia, ma bisogna almeno apprezzare il realismo di questo indirizzo rispetto all'astrattezza dei modelli classici o alle pretese di trasferire modelli di altre scienze, come ad esempio le teorie comportamentali¹⁰ o la teoria dell'evoluzione¹¹, alla materia delle decisioni

⁶ Come ha osservato H.A. Simon, *Casualità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, 1985, pp. 356- 357: “Ciò che crea disagio di fronte alle assunzioni che stanno alla base dell'ipotesi delle aspettative razionali è il fatto che, sebbene siano assunzioni empiriche, quasi nessuna prova empirica le sostiene”. Il punto è ampiamente e analiticamente discusso ora in R.H. Thaler, *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, W.W. Norton & Company, 2015.

⁷ H.A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, II ed., 1967 (ed. originale, 1947).

⁸ C.E. Lindblom, *The science of “muddling through”*, *Public Administration Review*, 1959, n. 2; pp. 78-88.

⁹ J.C March, J.P. Olsen (eds.), *Ambiguity and Choice in Organizations*, Oslo, Universitetsforlaget; Id. *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*, New York The Free Press, 1989 (trad. it. *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, Il Mulino, 1992).

¹⁰ Utilizzate ad esempio da R.H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge*, Yale University Press, 2008, con espresso riferimento al lavoro di D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Strauss and Giroux, 2011 (trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012). Per una critica delle assunzioni e delle conseguenze del “nudging” v. S. Cassese, *Exploring the legitimacy of nudging*, in Kemmerer, Mollers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice architecture in democracies*, Hart, 2016,

collettive che nonostante lo sforzo di ricerca empirica non riescono ad imbrigliare in schemi predittivi e valutativi la natura inevitabilmente *ad hoc* e fortemente condizionata dal contesto delle decisioni pubbliche.

Il problema si pone, del resto, anche per gli studi giuridici, nei quali prevale, ormai, da tutti noi condivisa, l'enfasi sulla molteplicità dei fattori in gioco nei processi di decisione amministrativa: tanti attori, tante e diverse relazioni fra loro, tanti vincoli e regole da rispettare, una pluralità di interessi, spesso confliggenti, da tutelare e temperare, un'autorità che non può esercitarsi senza il consenso, un consenso così difficile da raggiungere da portare spesso all'inerzia o a forzature che a loro volta producono altre azioni e reazioni.

Non è un caso che gli studi si siano concentrati sempre più sul procedimento, come ancora di salvezza. In assenza di un ordine precostituito o almeno comunemente intellegibile e condiviso, il procedimento diventa uno strumento di composizione del conflitto, di confronto delle differenze, di raccolta delle conoscenze a correzione dell'ignoranza che così spesso affligge il decisore e offre, comunque, il balsamo che ogni giurista preoccupato dell'arbitrarietà delle scelte vuole spalmare sulle possibili ferite all'ordinamento: il procedimento garantisce il diritto di difesa, il contraddittorio, la partecipazione all'istruttoria, la motivazione della scelta concretamente operata o, in una parola, un potere limitato, giustificato, controllabile.

Non è poco, naturalmente, anzi costituisce una delle condizioni essenziali di un ordinamento democratico. Sotto il profilo scientifico non aiuta, però, a costruire una teoria della decisione amministrativa, né sotto il profilo pratico ci aiuta a comprendere quali forze siano effettivamente in gioco nel processo di decisione, perché e quando alcune scelte siano giuste e altre sbagliate o perché a volte sia impossibile decidere. E' importante, ad esempio, tenere conto del contesto anche culturale entro il quale i processi si svolgono, se si vuole capire perché le medesime regole – si pensi alla disciplina europea degli appalti –

pp. 241-246. Per un tentativo di ulteriore sviluppo del modello v. Cass R. Sunstein, *Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*, OUP, 2015.

¹¹ L. Gerrits, P. Marks, *Understanding Collective Decision Making. A Fitness Landscape Model Approach*, Edward Elgar Publishing, 2017.

vengono applicate in modi molto diversi in ciascun ordinamento ad esse sottoposte e producono risultati altrettanto divergenti. La stessa capacità di decidere può essere ritenuta un valore o un rischio, come dimostra la ricorrente polemica italiana contro il c.d. decisionismo e i processi deliberativi possono essere strutturati in modo che ci sia comunque un decisore di ultima istanza o essere, invece, condizionati dalla ricerca dell'unanimità.

L'ampiezza del tema sconsiglia, naturalmente, approcci totalizzanti e richiederebbe studi empirici che non vanno, per ora, oltre qualche studio di caso¹² e il riconoscimento della coesistenza di più modelli, antichi e nuovi, nel diritto amministrativo¹³. Si è scelto allora di adottare qui uno specifico punto di vista, concentrandosi sui rapporti fra teoria e prassi, facendosi guidare dall'osservazione secondo la quale in teoria, la teoria e la pratica coincidono, ma in pratica non è così¹⁴. Si tratta, naturalmente, di un punto di vista assai più modesto e limitato rispetto alla riflessione filosofica che, da Aristotele in poi, ha discusso sull'unità fra teoria e prassi, con i noti sviluppi e rovesciamenti dovuti principalmente a Marx, ripresi in Italia da Gentile, Croce e, soprattutto, Gramsci, secondo il quale *“l'identificazione di teoria e pratica è un atto critico, per cui la pratica viene dimostrata razionale e necessaria o la teoria realistica e necessaria”*¹⁵.

La non coincidenza fra teoria e prassi, quando rilevata nell'esperienza di un ordinamento giuridico, pone quindi innanzitutto una questione relativa alla giustificazione e alla verifica, sul piano teorico dei modelli prevalenti e sul piano concreto delle prassi prevalenti.

La separazione può essere, naturalmente, dovuta a diverse cause. La teoria può essere sbagliata, o può avere un campo di applicazione più ristretto di quello

¹² Per l'Italia v., con approcci differenti, B. Dente, *Le decisioni di policy. Come si prendono, come si studiano*, Il Mulino, 2011; L. Bobbio, *La democrazia non abita a Gordio. Studio sui processi decisionali politico-amministrativi*, Franco Angeli, 1996; L. Torchia (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Editoriale scientifica, 2016.

¹³ R.B. Stewart, *Administrative law in the twenty-first century*, New York Law Review, colt. 28, n. 2, 2003, secondo il quale coesistono nell'ordinamento americano – ma l'osservazione può essere generalizzata – “tort and adjudicatory models” insieme ad “analytic management of regulation and interest representation” (p.444).

¹⁴ “In theory there is no difference between theory and practice. In practice there is”, attribuito a Yogi Berra Quotes, www.brainyquotes.com.

¹⁵ A. Gramsci, *Il materialismo storico*, Editori Riuniti, Roma, 1971, p. 44.

che si ritiene, o può richiedere condizioni operative non sempre presenti. La prassi può essere a sua volta frutto di un errore di chi, consciamente o inconsapevolmente, non ha rispettato le regole, oppure può essere il frutto di tradizioni ed abitudini non incise dalla teoria (ogni sistema amministrativo è *path dependent*, perché per definizione deve garantire la stabilità e la continuità), oppure ancora può essere frutto di una innovazione o trasformazione che la teoria non ha ancora riconosciuto.

La ricognizione del fenomeno nel suo complesso in questo momento storico non può certo essere svolta compiutamente ed esaurita in questa sede. Ci si limiterà, dunque, ad indicare alcune possibili linee di indagine, muovendo dai criteri di individuazione del decisore per verificare come, in alcuni casi scelti in via esemplificativa, sia la natura sostanziale della decisione amministrativa a determinare la titolarità del potere di decidere e le relative modalità di esercizio, e non viceversa.

2. Competenza, volontà, imputazione: chi decide?

La teoria si è soffermata, per quanto riguarda il profilo soggettivo, su tre diverse questioni: la questione della competenza, la questione della volontà e la questione dell'imputazione.

La questione della competenza è stata per lungo tempo la più facile da risolvere. La competenza è attribuita alle pubbliche amministrazioni dalla legge, deve essere espressa e conformata quanto ai fini e alle modalità di svolgimento. I poteri impliciti sono in linea di massima vietati dall'ordinamento, in ragione dei principi di tipicità e di nominatività o comunque ritenuti ammissibili sotto stringenti condizioni e limiti, al fine di rendere sempre il potere di provvedere immediatamente riconoscibile. Le modalità di esercizio del potere possono essere determinate con gradi diversi di dettaglio, a seconda della natura del potere o della natura dell'amministrazione o, ancora, della natura dell'attività da porre in essere. Così, ad esempio, i poteri sanzionatori ed ablatori sono disciplinati minutamente, a differenza dei poteri regolatori attribuiti alle autorità indipendenti, per i quali però le norme – e la giurisprudenza – richiedono un procedimento circondato da

particolari garanzie. La natura dell'attività può imporre il rispetto di parametri non solo giuridici, ma anche tecnici e scientifici, non definiti in sede normativa, ma ai quali le norme rinviano, oppure può richiedere decisioni di natura organizzativa – come nella prestazione di servizi – che richiedono una concreta declinazione a seconda delle circostanze e del contesto.

E' opinione comune e fenomeno facilmente percepibile che la distribuzione della competenza fra i diversi soggetti pubblici si sia andata sempre più frammentando e complicando nel corso del tempo, tanto che oggi i conflitti di competenza sono numerosi e che l'ordinamento conosce specifici istituti volti a regolare in via ordinaria questa dispersione, primo fra tutti la conferenza di servizi. Si spiega così anche perché il fuoco delle analisi giuridiche si sia sempre più spostato dal soggetto decisore al processo decisionale, ma resta il problema, sempre e comunque, di individuare chi decide, per dare una risposta alle tre questioni di fondo indicate prima: verificare che la decisione sia stata presa dal soggetto titolare del relativo potere, individuare con certezza la manifestazione di volontà e imputarla, anche a fini della responsabilità, ad un soggetto determinato.

Nella letteratura più recente le tre questioni sono spesso affrontate insieme sul piano della ricostruzione e poi separate nuovamente sul piano della qualificazione giuridica.

Proprio la frammentazione e la dispersione delle attribuzioni in capo a numerosi soggetti ha reso via via sempre più marginale l'individuazione del titolare del potere di decidere. Ciascuna decisione dipende dalle interazioni fra tanti diversi soggetti pubblici, ciascuno titolare di una quota di competenza. L'elemento necessario ai fini della decisione è la convergenza fra questi soggetti e questa convergenza può essere (raramente) spontanea o incentivata o conformata dall'ordinamento. Su questa convergenza incide, peraltro, anche l'obbligo di consentire la partecipazione di soggetti privati, destinatari della decisione o comunque interessati, a qualche titolo, ad essa: di qui, ad esempio, la sostituzione del soggetto decisore con la "coalizione decisionale", che consente di dare risalto

a tutte le interazioni sottese al processo decisionale¹⁶, l'analisi dei processi decisionali come processi di negoziazione¹⁷, il rilievo dato ai conflitti strategici¹⁸.

Gli approcci sostanzialisti, apprezzabili per il loro realismo, non sono riusciti però sinora a trovare pieno sviluppo sul piano delle qualificazioni giuridiche. Pur nella consapevolezza che il decisore scompare, per così dire, dietro il processo decisionale, permane la necessità di individuare un soggetto al quale la decisione possa essere formalmente ricondotta. Si spiega così la separazione fra il processo decisionale mediante il quale si forma la volontà e la manifestazione della medesima volontà mediante un atto espresso. Si tratta di un fenomeno qualitativamente diverso rispetto al riconoscimento del fatto che la volontà pubblica, proprio perché pubblica, dev'essere evidenziata in tutti i suoi momenti e quindi procedimentalizzata, già messo in luce da Giannini¹⁹. In questo caso il procedimento non evidenzia la formazione di volontà di un soggetto, ma la costruzione di una decisione mediante l'apporto di diversi soggetti pubblici e privati, fra i quali soltanto uno è però abilitato ad esprimere formalmente la volontà alla cui formazione tutti hanno contribuito. Si consente, così, l'imputazione della decisione ad un soggetto che probabilmente è titolare solo di una quota, anche limitata, del potere di decidere, sia al fine di consentire la tutela – quale che sia il giudice competente, si tratterà sempre di un processo di parti e non di giurisdizione oggettiva – sia al fine di far valere eventuali responsabilità, secondo il complesso regime della responsabilità pubblica, che può avere a seconda dei casi natura amministrativa, civile, contabile, penale.

¹⁶ M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., passim.

¹⁷ S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, p. p601 ss.

¹⁸ G. Napolitano, *Strategies and Conflicts in Administrative Law*, in International Journal of Constitutional Law, 2014.

¹⁹ La procedimentalizzazione della formazione della volontà o almeno l'evidenziazione dei diversi passaggi attraverso la quale essa si forma non è più oggi, peraltro, un carattere distintivo delle amministrazioni pubbliche, ma si presenta, sia pure in misura meno generale, per molti soggetti di natura sicuramente privata. Basti pensare, in proposito alle regole, normative o di autodisciplina, valide per le società quotate, che impongono meccanismi di trasparenza e *accountability* nei confronti di terzi ulteriori e diversi rispetto agli azionisti, come dimostra anche lo sviluppo delle funzioni di *compliance* interna, rese sempre più spesso obbligatorie o comunque considerate rilevanti dalle autorità di regolazione: v. per un'analisi recente i saggi raccolti in G. Rossi (a cura di), *La corporate compliance. Una nuova frontiera per il diritto?*, Giuffrè, 2017.

Sotto questo profilo sono, evidentemente, ragioni pratiche a guidare la riflessione teorica nella determinazione delle qualificazioni giuridiche, mentre, per altro verso, la teoria è stata in grado di analizzare e spiegare l'evoluzione dei processi decisionali. Vanno emergendo, però, con sempre maggiore frequenza casi in cui la risposta alla domanda "chi decide" non può essere facilmente accomodata negli schemi teorici prevalenti, perché la distanza fra il fenomeno e la sua qualificazione diventa troppo ampia e finisce per lacerare il collegamento, pure elastico e flessibile, che consente di ricondurre, appunto, la pratica alla teoria.

Per illustrare la tensione alla quale questo collegamento è sottoposto, si esaminano di seguito tre diversi casi di distonia fra teoria e prassi.

Nella prima ipotesi rientrano i casi che la teoria qualifica come decisioni consensuali, nelle quali quindi la decisione dipende da un incontro di volontà e non invece dalla manifestazione della volontà unilaterale, sia pure procedimentalizzata, dell'amministrazione. In almeno alcuni di questi casi però, come si cercherà di dimostrare, nella realtà non è il consenso ad essere l'elemento qualificante, quanto lo scambio fra risorse pubbliche e risorse private, reso necessario dall'impossibilità per la funzione amministrativa di giungere autonomamente a compimento.

Nella seconda ipotesi rientrano invece i casi in cui la teoria qualifica come decisione amministrativa un'azione privata che è in effetti sostitutiva della prima, con l'obiettivo, peraltro, eminentemente pratico, di assicurare le medesime garanzie – in termini di legittimità e di diritti dei terzi – che si avrebbero ove si fosse in presenza di un'autentica decisione amministrativa. L'evoluzione della materia ha portato ad una estensione del meccanismo di sostituzione che va, però, ormai ben al di là delle sole esigenze di tutela e sembra richiedere un aggiornamento della riflessione sul rapporto tra processo decisionale ed effettiva determinazione della decisione.

Nel terzo caso esaminato viene in luce, infine, la necessità di far fronte a rischi sistemici che vanno oltre le capacità di soluzione dei singoli ordinamenti

nazionali, con l'accentramento del potere di scelta in capo ad un decisore di ultima istanza.

3. *Pubblico e privato nella decisione amministrativa*

Secondo lo schema classico, a fronte del potere amministrativo stanno le pretese degli amministrati e il decisore deve ponderare attentamente e compiutamente interessi pubblici e privati, per trovare un equilibrio, da cristallizzare poi in un provvedimento o in un accordo (le questioni relative alla qualità di questo equilibrio, sotto il profilo degli elementi che la condizionano, saranno esaminate al par. 6).

L'ordinamento prevede però da tempo casi in cui l'interazione fra potere e pretese è regolata in modo da non poter essere spiegata né attraverso lo schema del provvedimento, né attraverso lo schema dell'accordo, anche se la teoria continua, tralasciamente, ad usare la formula "amministrazione per accordi"²⁰.

Il fenomeno è particolarmente evidente in una provincia classica del diritto amministrativo: l'urbanistica e le connesse funzioni di pianificazione e gestione del territorio. Si tratta di una materia per la quale la possibilità di accordi fra il soggetto pubblico pianificatore e il soggetto privato proprietario fondiario o operatore economico è sempre stata parte integrante della disciplina, prima soltanto in attuazione puntuale della pianificazione attuativa e successivamente anche nella fase di formazione degli atti di pianificazione²¹. La dottrina e la

²⁰ V., in termini generali e successivamente alla previsione degli accordi nella legge sul procedimento, *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2001, Giuffrè, 2002; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, EdD, Agg, V, Milano, 2001, 1 ss.; G. Greco, *Accordi amministrativi fra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Plus, 2011; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.

²¹ V. P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000; A. Travi, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, Foro it., 2002, pt. V, c. 274 ss.; L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Giuffrè, 2005, pp. 121 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, p. 27; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Giuffrè, 2016; A. Simonati, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale fra tradizione e sperimentazione: per una nuova*

giurisprudenza sono ormai convergenti nel ricondurre la formazione della volontà che viene cristallizzata nell'accordo allo schema della volontà procedimentale, mettendo appunto il procedimento in primo piano come strumento per un verso di legittimazione dell'incontro di volontà e, per altro verso, grimaldello che consente di sottoporre l'accordo al medesimo tipo di controllo e di sindacato giurisdizionale previsto per i provvedimenti amministrativi.

Proprio in ragione della natura consensuale dell'accordo, si è dubitato che esso possa intervenire nel procedimento di formazione degli atti di pianificazione, per i quali l'apporto privato è qualificato come meramente collaborativo, fatte salve le eventuali garanzie di tutela contro eventuali lesioni illegittime²². Per le medesime ragioni si sono sempre considerati ammissibili, invece, gli accordi stipulati "a valle" delle prescrizioni urbanistiche, come le convenzioni urbanistiche²³, che trovano la loro *ratio* e funzione nella formalizzazione degli

urbanistica "reticolare", Riv. giur. edil., 2016, pp. 267 ss.; D. De Pretis, A. Simonati (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*; Giappichelli 2017.

²² V. ora, però, ad esempio il progetto di legge della Regione Emilia Romagna in materia di urbanistica, esaminato di seguito nel testo, che all'art. 61 dispone, sotto la rubrica "Accordi con i privati", che nel corso della fase di formazione del PUG "*anche in accoglimento di osservazioni o di proposte presentate, gli enti locali possono concludere accordi integrativi con i soggetti privati, nel rispetto dei principi di imparzialità amministrativa, di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori, di pubblicità e di partecipazione al procedimento di tutti i soggetti interessati, allo scopo di assumere nel PUG previsioni di assetto del territorio di rilevante interesse per la comunità locale condivise dai soggetti interessati e coerenti con gli obiettivi strategici individuati negli atti di pianificazione. Gli accordi possono attenere al contenuto discrezionale del piano, sono stipulati nel rispetto della legislazione e pianificazione vigente e senza pregiudizio dei diritti dei terzi*". L'accordo deve indicare le ragioni di rilevante interesse pubblico che giustificano il ricorso allo strumento negoziale e deve contenere una motivazione puntuale e circostanziata sulla compatibilità delle scelte di pianificazione concordate rispetto ai criteri generali del piano. La legislazione regionale contempla diverse ipotesi di accordi "a monte", sui quali manca invece una disciplina statale e pesa l'orientamento contrario della giurisprudenza amministrativa (v., *ex multis*, Cons. St., nn. 6685/2002 e 1626/2000; Tar Toscana, n. 383/2009).

²³ Qualificate, comunque, come una istanza del privato volta ad ottenere un provvedimento amministrativo, di modo che l'effetto conformativo derivasse dal provvedimento e gli aspetti consensuali e contrattuali della convenzione rimanessero marginali sul piano della ricostruzione giuridica: cfr. V. Mazza, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979 e Id., *Convenzioni urbanistiche*, in Enc. dir., Agg. V, Giuffrè, 2001, pp. 294 ss; v. anche A. Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 186 ss.; P. Urbani, *Scritti scelti*, Giappichelli, 2015, vol. II, pp. 1141 ss. Ancora oggi, del resto, si ritiene che il consenso del privato, elemento essenziale della convenzione e dell'accordo, vada inteso come una sorta di adesione preventiva all'operato dell'amministrazione: cfr. P. Urbani, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011., p. 216; A. Fioritto, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Giappichelli, pp. 94-95.

obblighi del soggetto attuatore nei confronti del Comune, per quanto concerne le opere di urbanizzazione, le relative cessioni, le tipologie costruttive e le sanzioni convenzionali. In questi casi la convenzione nulla aggiunge, infatti, alle prescrizioni già determinate con il piano e il suo contenuto è obbligato all'applicazione in concreto delle medesime prescrizioni.

Ci sono però casi sempre più frequenti in cui l'accordo – si utilizza qui per ora il termine in modo generico – ha ad oggetto un vero e proprio scambio di risorse pubbliche con risorse private e questo scambio non è solo una fra le opzioni possibili a disposizione del soggetto titolare del potere di pianificazione, ma è invece una condizione necessaria perché quel potere possa esercitarsi e raggiungere i suoi obiettivi, che restano altrimenti inattuabili.

In questa direzione è andato, negli ultimi anni, il processo di progressiva trasformazione degli strumenti urbanistici. Da un sistema basato sulla pianificazione a cascata e imperniato sulle verifiche di conformità, si è passati ad un sistema fondato su strumenti di pianificazione più flessibili e meccanismi di negoziazione via via più estesi quanto a perimetro e contenuto, sino a ridurre sempre più l'area di pianificazione conformativa e a rimettere la stessa determinazione della disciplina attuativa all'iniziativa privata.

Il fenomeno ha trovato compiuta disciplina in alcune leggi urbanistiche regionali, come ad esempio il progetto di legge approvato da ultimo nella regione Emilia Romagna²⁴, non a caso subito attaccato come “neoliberista” dai conservatori in servizio permanente effettivo²⁵. La legge prevede che il Comune adotti un piano urbanistico (che sostituisce anche il regolamento urbanistico e gli strumenti di pianificazione attuativa) e che la definizione della disciplina urbanistica di dettaglio e l'attribuzione dei diritti edificatori sia definita non più

²⁴ Il progetto di legge (atto n. 218, del 27.02.2017, “Progetto di legge di iniziativa della giunta regionale recante «Disciplina regionale sulla tutela e l'uso del territorio» - Proposta all'assemblea legislativa regionale”, già approvato dalla giunta regionale e in attesa di approvazione da parte del consiglio regionale) modifica significativamente la disciplina sugli accordi di pianificazione per l'attuazione del piano operativo comunale già dettata con la L.R. n. 20/2000.

²⁵ *Consumo di luogo. Neoliberismo nel disegno di legge urbanistica dell'Emilia-Romagna*, a cura di Ilaria Agostini, prefazione di Tomaso Montanari, Pendragon, 2017.

con strumenti di pianificazione, ma mediante la stipula di accordi operativi²⁶. Le norme pongono, in proposito, un limite espresso alla potestà conformativa del Comune: per le porzioni di territorio urbanizzato soggette alla formazione di accordi operativi è addirittura vietato al PUG di stabilire la capacità edificatoria, anche potenziale, anche se nel medesimo PUG possono essere stabilite norme di carattere strategico e sulla qualità ambientale non derogabili dagli accordi operativi²⁷.

Gli accordi devono definire un progetto urbano che includa sia gli insediamenti privati, sia le opere pubbliche che gli operatori si impegnano a realizzare. Gli impegni assunti dall'operatore, anche quanto a tempi e garanzie prestate, sono definiti con una convenzione urbanistica e con un piano economico finanziario. L'iniziativa per la formulazione dell'accordo è rimessa prevalentemente agli operatori, anche se i Comuni hanno compiti di promozione e di sollecitazione e possono a loro volta adottare piani di iniziativa pubblica²⁸.

L'accordo è qualificato come un vero e proprio strumento sostitutivo della pianificazione attuativa, dotato del valore e degli effetti dei piani urbanistici attuativi ed è soggetto, prima della stipula, ad un articolato iter procedimentale che prevede fasi di pubblicità, controllo e valutazione²⁹ e a termini, qualificati come perentori, specificamente disciplinati dalle norme³⁰. L'accordo può avere,

²⁶ L'art. 38 stabilisce che le previsioni del PUG relative al riuso e alla rigenerazione del territorio urbanizzato ed alle nuove urbanizzazioni si attuano principalmente attraverso Accordi Operativi, fatte salve le trasformazioni soggette ad intervento diretto (quindi con permesso di costruire o Scia o altri titoli abilitativi edilizi previsti dalle leggi regionali). I comuni possono promuovere la presentazione di proposte di accordi operativi attraverso la pubblicazione periodica di avvisi pubblici di manifestazione d'interesse, nei quali si esplicitano gli obiettivi prioritari da perseguire nell'attuazione delle previsioni del PUG.

²⁷ La distinzione fra accordi "a monte" e "a valle" ne risulta così depotenziata, perché per i privati diviene meno rilevante la partecipazione alla formazione dello strumento generale, se la capacità conformativa "a monte" è attenuata rispetto all'ampiezza della capacità realizzativa "a valle".

²⁸ Secondo l'art. 38 del progetto di legge, l'amministrazione comunale può dotarsi di "piani attuativi di iniziativa pubblica, in particolare per gli ambiti che presentano un particolare valore sotto il profilo paesaggistico, ambientale, architettonico, storico artistico e testimoniale o che sono caratterizzati da una significativa carenza di tali fattori identitari, dalla mancanza di dotazioni territoriali, infrastrutture e servizi pubblici o da significative criticità ambientali".

²⁹ L'art. 38 del progetto di legge richiama in proposito, quale norma generale di riferimento, l'art.11, comma 3, della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990).

³⁰ Entro il termine perentorio di 60 giorni dal ricevimento della proposta, l'ufficio di piano del comune deve verificare la conformità della proposta al PUG e alla pianificazione

inoltre, il valore e gli effetti di titolo abilitativo edilizio³¹, per tutti o parte degli interventi previsti e la sottoscrizione comporta l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità per le opere pubbliche e di interesse pubblico previste.

L'accordo operativo contiene, dunque, una scelta, rimessa almeno sul piano propositivo all'operatore privato, che è necessaria per portare a compimento le scelte generali contenute nel piano urbanistico generale³². Quella scelta – pur sottoposta, come si è visto, ad un vero e proprio procedimento amministrativo prima di poter trasformarsi in un accordo operativo - non è il frutto del tipico confronto fra interesse pubblico e interesse privato, governato dai criteri di ponderazione fra il sacrificio che può essere imposto e la soddisfazione che può essere riconosciuta, per una semplice ragione di sostanza: almeno alcuni obiettivi posti con il piano regolatore generale, come la riqualificazione e la rigenerazione urbana, l'adeguamento sismico e l'efficientamento energetico, l'applicazione di standard tecnici, ambientali e tecnologici nuovi, richiedono un ruolo attivo degli operatori privati e dei proprietari nella stessa determinazione della disciplina

territoriale e settoriale vigente e valutare l'interesse pubblico alla sua realizzazione. Nei dieci giorni successivi la giunta comunale deposita la proposta di accordo presso la sede comunale, per sessanta giorni dalla data di pubblicazione sul sito web del Comune e sul BURERT del relativo avviso di pubblicazione, anche al fine di consentire la presentazione di osservazioni da parte del pubblico. La proposta di accordo viene anche trasmessa ai soggetti competenti in materia ambientale per acquisirne il parere e al comitato urbanistico competente, che si esprime entro trenta giorni sulla sostenibilità ambientale e territoriale dell'accordo operativo (con meccanismo di silenzio assenso in caso di inutile decorso del termine). Nei trenta giorni successivi il consiglio comunale autorizza la stipula dell'accordo, in applicazione dell'art. 11, 4 bis della legge sul procedimento, secondo il quale *“A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione concluda accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”*. Il Consiglio deve adeguare l'accordo all'eventuale parere del comitato urbanistico e alle prescrizioni derivanti dalla verifica di assoggettabilità (art. 39 del progetto di legge). Entro i successivi dieci giorni il privato e il responsabile dell'ufficio di piano stipulano l'accordo.

³¹ L'amministrazione comunale deve comunque accertare che sussistano i requisiti e condizioni prescritti per le opere edilizie e siano stati acquisiti i pareri, le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati, previsti dalla normativa vigente. Eventuali varianti possono essere autorizzate in fase attuativa con ordinari titoli edilizi.

³² Si prevede che le indicazioni di carattere progettuale e localizzativo che la “strategia per la qualità urbana ed ecologico ambientale ha facoltà di disporre possono essere modificate in sede di accordo operativo senza che ciò costituisca variante al Piano urbanistico generale”.

attuativa, che va ben al di là della semplice partecipazione o della mera adesione consensuale.

Le ragioni di questo nuovo assetto decisionale sono quindi eminentemente pratiche e relative alla limitatezza delle risorse, finanziarie ma non solo, di cui dispone il titolare del potere di pianificazione.

Per quanto riguarda le risorse finanziarie, a seguito delle politiche di contenimento della finanza pubblica e, ancor di più, una volta che la giurisprudenza costituzionale ha stabilito il criterio del valore di mercato per gli espropri, le amministrazioni pubbliche nella maggior parte dei casi non dispongono delle risorse necessarie per l'esercizio del potere ablatorio: l'esercizio di quel potere diviene quindi virtuale. Se l'acquisizione autoritativa delle aree non è possibile, diventa necessario trovare un accordo con i proprietari delle medesime aree sulle regole che a quelle aree possono essere applicate. Sotto altro profilo, la mobilitazione di risorse private è altresì necessaria anche sul piano tecnico e organizzativo, in quanto non si tratta tanto di costruire, quanto di ridefinire la qualità delle costruzioni e dell'assetto urbanistico esistenti, utilizzando conoscenze, strumenti, meccanismi dei quali spesso i privati dispongono in misura maggiore, più celermente e con maggiore facilità rispetto all'amministrazione pubblica.

Se ci si limita all'analisi formale, il cambiamento più importante rispetto all'assetto tradizionale sembra la riduzione del potere urbanistico conformativo. Quel potere è ormai, però, spesso quiescente: come è stato notato l'urbanistica conformativa ha finito per diventare "urbanistica dello stato di fatto", con varianti che si succedono a varianti senza che il parametro di conformità sia rideterminato, come dovrebbe per essere effettivo.

Già questa prima succinta analisi della questione consente di evidenziare come la disciplina urbanistica attuativa trovi il suo fondamento in un fenomeno che la teoria ha lasciato in ombra, e cioè lo scambio fra risorse pubbliche - quali il potere di regolazione e il potere autorizzativo - e risorse private (patrimoniali, finanziarie, tecniche, organizzative). Questo scambio non è, peraltro, né eventuale né facoltativo, ma tanto necessario da essere tutelato mediante l'apposizione sia di

un limite alla potestà conformativa dell'amministrazione, che non può determinare con atto unilaterale ciò che la legge rimette alla determinazione dell'accordo operativo, sia di un limite procedimentale: il Comune che decida di non autorizzare l'accordo, a meno che non si fondi su un parere contrario del comitato urbanistico, deve fornire una motivazione dettagliata e specifica della scelta di non procedere.

Si tratta, quindi, di una scelta per la quale il ricorso all'accordo non è opzionale e il ricorso al provvedimento è precluso, a differenza di quanto prevede, in astratto, la disciplina dettata con la legge sul procedimento.

Una ulteriore conseguenza può rilevarsi sul piano della qualificazione della funzione pubblica. Questa non può in effetti svolgersi senza l'attivazione dell'iniziativa privata: viene così in discussione la stessa compiutezza della funzione pubblica, sinora considerata, almeno sul piano teorico, come un vero e proprio postulato, in quanto tale indiscutibile.

4. The sound of silence³³. Dall'inerzia amministrativa alla decisione senza procedimento.

L'inerzia dell'amministrazione è un caso in cui la teoria si è ingegnata a ricondurre una vera e propria disfunzione ad una funzione, con modalità che dipendono significativamente dalla struttura degli strumenti di tutela.

Nella maggior parte dei paesi a diritto amministrativo la tutela del privato è affidata, infatti, alla possibilità di invocare il sindacato giurisdizionale su di un atto della pubblica amministrazione, ma questa possibilità è neutralizzata nel caso in cui l'amministrazione rimanga inerte. L'inerzia amministrativa, pur riconosciuta come *“la più grave delle fattispecie omissive, e anche la più insidiosa”*³⁴ è stata, per così dire, trasfigurata mediante la progressiva creazione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, della categoria dei silenzi significativi. L'attribuzione di un significato (di rifiuto, di rigetto, di accoglimento) al silenzio ha trasformato sul piano giuridico la non scelta

³³ Dal titolo della canzone di Simon e Garfunkel, 1964.

³⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, vol. II, p. 642.

dell'amministrazione in una scelta, in modo da consentire di attivare i meccanismi di tutela apprestati dall'ordinamento nei confronti delle scelte espresse.

Il fenomeno non è solo tipicamente italiano e anzi si verifica nei sistemi di *civil law* come in quelli di *common law*³⁵, anche se le dimensioni appaiono, pur in assenza di studi empirici su dati quantitativi, più ampie nell'ordinamento italiano rispetto ad altri ordinamenti europei. La differenza più significativa sta, però, nel ricorso al silenzio, da parte del legislatore, come regola o come eccezione. Mentre nella maggior parte degli ordinamenti il silenzio significativo è limitato a casi di specie (ad esempio in materia di titoli abilitativi in edilizia) o comunque disciplinato come un'eccezione rispetto alla regola generale della scelta amministrativa espressa, il legislatore italiano ha generalizzato, per passi progressivi, l'applicazione del silenzio a tutti i casi di istanza di parte, pur prevedendo significative eccezioni per un considerevole numero di materie³⁶. Contemporaneamente, la tutela giurisdizionale è stata estesa oltre il tradizionale accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere che presume l'illegittimità del silenzio, lungo due direzioni: la possibilità per il terzo di impugnare l'accoglimento silenzioso di una istanza di parte e la possibilità per il giudice di determinare, seppure in casi limitati, la fondatezza della pretesa³⁷.

Non mette conto qui di discutere le possibili variazioni di questo schema, sulle quali la dottrina e la giurisprudenza si sono esercitate appunto in ragione

³⁵ V. V. Parisio (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa*, Giuffrè, 2006; G. Anthony, *Administrative silence and UK public law*, in J-B Auby, T. Perroud, (eds.), *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, pp. 713-726; O. Jansen, *Silence of the administration*, Maastricht Working Papers Faculty of Law, 3, 2015; M. Deguergue, *Le silence de l'Administration en droit administratif français*, Les Cahiers de droit, vol. 56, n. 3-4, 2015, pp. 389-410. Nell'Administrative Procedure Act americano il silenzio è incluso nell'azione amministrativa: si legge al par. 551 dedicato alle definizioni, n 13: "agency action" includes the whole or a part of an agency rule, order, license, sanction, relief, or the equivalent or denial thereof, or failure to act".

³⁶ Anche la Francia è andata in questa direzione con una recente riforma, ma la regola del silenzio conosce molte deroghe, tanto che sono state contate 1125 eccezioni: v. Jean-Philippe Derosier, *La nouvelle règle "le silence vaut acceptation" si rarement applicable*, J.C.P. 2014. Sul rapporto tra regola ed eccezione e sui problemi applicativi v. lo studio richiesto dal governo al Conseil d'Etat, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Paris, La Documentation française, 2014.

³⁷ Il relativo potere è stato espressamente riconosciuto al giudice amministrativo con l'art. 31 del codice del processo amministrativo per quanto riguarda il silenzio inadempimento.

della frequenza dell'inerzia amministrativa³⁸. Ai nostri fini è utile invece rilevare un vantaggio e uno svantaggio dello schema teorico di trasformazione dell'inerzia in scelta amministrativa.

Quanto al vantaggio, è evidente che la qualificazione in termini provvedimentali dell'inerzia consente di considerarla non più come una disfunzione da correggere – con misure organizzative o con la sanzione in sede giurisdizionale o di controllo della violazione dell'obbligo di provvedere – ma come uno strumento di decisione, con i connessi effetti giuridici e strumenti di tutela.

Quanto allo svantaggio, è altrettanto evidente che si tratta di una decisione *sui generis*, presa in assenza di un procedimento, senza istruttoria, senza contraddittorio, senza partecipazione, senza motivazione. Di qui anche il tentativo di ricostruirla come strumento di promozione dell'azione amministrativa: trattandosi di una decisione per *default*, l'amministrazione che vuole evitare quell'esito può sempre intervenire e adottare un provvedimento espresso che eviti il rigetto o l'accoglimento per *default*³⁹. Si tratta però di un'ipotesi assai rara sul piano dell'esperienza, mentre più spesso accade che il silenzio sia contestato da un terzo che se ne considera leso o sia oggetto di una (ri)considerazione da parte dell'amministrazione, con l'ulteriore paradosso di una scelta per *default* che diviene oggetto di un procedimento e di un provvedimento di autotutela.

In effetti lo sforzo teorico di trasformare l'inerzia amministrativa da disfunzione in peculiare modo di esercizio della funzione amministrativa, o addirittura in una sua semplificazione, non è mai giunto a riconoscere la sostanza del problema: e cioè che una decisione privata si sostituisce alla decisione amministrativa e ne acquisisce, di conseguenza, alcuni caratteri, soprattutto per

³⁸ V., per tutti, in termini generali, F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; G. Morbidelli, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, pp. 267 ss. e per un esame aggiornato del diritto positivo vigente e della giurisprudenza in materia M. D'Orsogna e R. Lombardi, *Il silenzio assenso*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, pp. 965 ss.

³⁹ A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit. pp. 285-287.

quanto riguarda gli effetti e la possibile attivazione di strumenti di tutela. Non a caso sia la dottrina sia la giurisprudenza enfatizzano il ruolo della legittimazione *ex lege* che abilita il privato a fare l'istanza e ad ottenerne l'accoglimento per *default*, senza che ci sia, per dirla con i termini tradizionali, una spendita di potere amministrativo. Se si porta a compimento questa costruzione si giunge, però, necessariamente a concludere che la legittimazione *ex lege* comporta l'esistenza di una decisione privata, in sé compiuta, rispetto alla quale l'amministrazione rimane estranea al processo decisionale.

Il fenomeno è ancora più intenso nei casi in cui la legittimazione *ex lege* consente al privato addirittura di limitarsi ad una dichiarazione o ad una comunicazione all'amministrazione, che valgono, salva la possibile attivazione di poteri inibitori, come abilitazioni ad agire⁴⁰. Secondo la ricostruzione più convincente, siamo in presenza, in questi casi, di una riserva di attività privata, rispetto alla quale non sussiste un regime amministrativo di autorizzazione⁴¹, ma solo una riserva – eventuale – di inibizione. E' riemersa, così, sia pure con un processo di attuazione contorto e stratificato, l'originaria impostazione data al problema nella fase di formazione della legge sul procedimento dalla commissione Nigro, che aveva già qualificato le fattispecie in esame come dichiarazioni sostitutive di autorizzazione.

⁴⁰ V. Cons. St., Ad. Plen n. 15/2011, sulla funzione legittimante della dichiarazione preventiva relativamente ad un'attività direttamente ammessa dalla legge, sulla quale incombe il potere di divieto. In termini generali sulla fattispecie v. L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996; W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, Giappichelli, 2008; L. Donato, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli Editoriale scientifica, 2015. I tentativi di costruire sulla base di queste fattispecie un modello di "autoamministrazione" sono stati trattati criticamente sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza, intente a mantenere una linea di discriminazione fra potere amministrativo e autonomia privata che preservi la diversità dei piani sui quali ipoteticamente essi operano (v. P. Duret, *Sussidiarietà e automministrazione dei privati*, Cedam, 2004; contra, con diversi argomenti, G. Falcon, *L'autoamministrazione dei privati, in Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997, pp. 158 ss.; A. Travi, *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in Enc. dir., Annali, II, 2008, pp. 358- 359; E. Scotti, *La segnalazione di inizio attività*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, 2016620-622)..

⁴¹ Anche se le norme della legge di delega n. 124/2015e soprattutto il decreto delegato n. 226/2016 qualificano la scia come un'attività a regime amministrativo.

In questi casi lo schema teorico che viene applicato non è più quello della valenza provvedimentale dell'inerzia, tanto è vero che il legislatore, seguendo la prevalente giurisprudenza, ha espressamente dichiarato che la Dia prima e la Scia poi non sono provvedimenti, con la conseguenza che esse non possono essere portate direttamente dinanzi al giudice amministrativo dal terzo che si ritiene leso. Si palesa così la natura privata della decisione o scelta di svolgere un'attività, rispetto alla quale sussiste una tutela indiretta, relativa all'eventuale esercizio del potere di inibizione attribuito all'amministrazione. A differenza di quanto accade per i silenzi significativi, il potere di inibizione non può essere assimilato al potere di autotutela, mancando in questo caso sia formalmente, sia sostanzialmente, il provvedimento da rimuovere, anche se, come si vedrà fra breve, la previsione legislativa di un termine oltre il quale tanto il potere inibitorio, quanto il potere di autotutela non possono più essere esercitati, priva la questione di effettiva rilevanza pratica⁴².

Sul piano, appunto, della prassi, questo schema teorico ha incontrato non poche difficoltà di applicazione, soprattutto perché la mera enunciazione della regola si è rivelata insufficiente ad individuare con certezza le fattispecie concrete da ricomprendere. Si è così passati da un sistema basato su di una regola con un elenco di esclusioni, all'individuazione espressa con norma primaria dei casi inclusi in quella regola (nel d.lgs. n. 222/2016).

Non mette conto qui discutere i contenuti dell'elenco individuato da legislatore delegato, se non per evidenziare il condizionamento esercitato dal fatto che le norme sul silenzio, come quelle sulla Dia e sulla Scia hanno storicamente assunto carattere generale, nel nostro ordinamento, grazie alla loro collocazione nella legge sul procedimento amministrativo. Di qui l'intitolazione del decreto legislativo: *“Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e*

⁴² Il riferimento è naturalmente all'art. 21nonies, comma 1, come novellato dal d.lgs. n.222/2016, sul quale v. L. Carbone, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, www.giustiziaamministrativa.it; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit. , pp. 1173 ss.

comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124". Il riferimento ai procedimenti è, però, tralasciato, in quanto quei procedimenti non sussistono più in quanto tali, ma sono appunto sostituiti da scelte private, che possono sostituirsi alla decisione amministrativa in assenza di istruttoria, in assenza della partecipazione di terzi interessati, senza che si svolga una ponderazione di interessi.

Questa sostituzione è tanto più significativa se si tiene conto del fatto che essa può avere ad oggetto non soltanto dichiarazioni, certificazioni e attestazioni, da parte del privato, relative a stati, fatti o qualità personali di cui egli sia a diretta conoscenza, ma anche accertamenti tecnici di regola riservati all'amministrazione.

Si è posto, di conseguenza, il problema di individuare il meccanismo di produzione degli effetti e di imputazione della responsabilità, risolto almeno in parte dal Consiglio di Stato con l'enucleazione della nozione di autoresponsabilità del privato relativamente alla veridicità delle dichiarazioni, certificazioni e attestazioni rese⁴³.

L'astuzia della ricostruzione giuridica non può nascondere, però, alcuni rilevanti problemi pratici, derivanti dalla questione di fondo che si cerca di ignorare: l'inerzia dell'amministrazione è una disfunzione e il tentativo di qualificarla come strumento di semplificazione o addirittura di liberalizzazione incontra limiti evidenti.

Non è affatto sicuro, innanzitutto, che per il privato si tratti di una semplificazione e che di questa semplificazione non finisca per giovare soprattutto l'amministrazione, per almeno due ordini di ragioni. Sul privato vengono scaricati, in primo luogo, adempimenti e attività che spetterebbe all'amministrazione compiere e che spesso possono essere molto onerosi⁴⁴. La

⁴³ V. Cons. St., Ad. Plen., n. 15/2011; Cons. St., parere n. 839/2016, ove si legge che l'attività oggetto della Scia può essere "intrapresa senza il bisogno di un consenso 'a monte' dell'amministrazione, perché esso è surrogato dall'assunzione di auto-responsabilità del privato, insita nella segnalazione certificata costituente, a sua volta, atto soggettivamente e oggettivamente privato".

⁴⁴ V. in generale sui possibili effetti inattesi della semplificazione dei procedimenti autorizzatori G. von Wangenheim *Games and Public Administration. The Law and Economics of*

decisione privata sostitutiva, pur considerata equivalente sul piano degli effetti abilitativi ad una decisione amministrativa, non gode mai, in secondo luogo, del medesimo grado di certezza e riconoscibilità di un provvedimento amministrativo espresso, come dimostrano le difficoltà che spesso si incontrano nell'assicurare il finanziamento di attività intraprese sulla base di titoli abilitativi "silenziosi".

A queste difficoltà occorre aggiungere una sorta di resistenza delle amministrazioni a limitarsi all'esercizio eventuale dei poteri inibitori, con l'uso strumentale della possibilità di richiedere informazioni ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle effettivamente necessarie. La lunga e difficile gestazione dei moduli unici relativi a ciascuna attività oggetto di silenzio, Dia o Scia è un effetto proprio di questa tendenza, che aggiunge un ulteriore elemento di incertezza al "regime amministrativo" delle attività private in questione.

Sotto altro profilo, infine, la riserva di inibizione consente l'introduzione di una nuova figura di divieto tacito, per inosservanza del termine impartito per l'adeguamento, anche se, di converso, si è previsto uno dei rarissimi casi in cui il potere si esaurisce, con un termine lungo (ad esempio rispetto alla inoppugnabilità dell'atto amministrativo), ma almeno determinato e superabile solo in circostanze specificamente determinate⁴⁵. L'ordinamento replica così per la decisione privata la garanzia di stabilità in genere riservata al provvedimento amministrativo, sia pure con termini temporali dilatati (18 mesi) rispetto al tradizionale termine di decadenza⁴⁶

Regulation and Licensing, Cheltenham, Edwars Elgar, 2004; R. Occhilupo, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, pp. 39 ss.

⁴⁵ Sulla nuova disciplina v. M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2015; M. Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015; M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto e falsi miti*, in *Federalismi.it*, 2015; M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2016; specificamente sulle questioni connesse alla inesauribilità del potere amministrativo v. M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2016, pp. 56 ss..

⁴⁶ Per un'analisi comparata della garanzia di stabilità v. G. Falcon, D. de Pretis (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011.

In conclusione, si può dire che nei casi esaminati la decisione privata sostituisce la decisione amministrativa, ma resta soggetta all'esercizio eventuale di un potere di inibizione - che nel caso dei silenzi significativi viene qualificato come potere di autotutela, in ragione della equiparazione del silenzio al provvedimento – esercitabile entro un orizzonte temporale predeterminato dalla legge.

Si verifica, così, un caso inverso a quello descritto al paragrafo precedente. Accanto alle funzioni amministrative che non possono giungere a compimento senza l'iniziativa privata, ci sono decisioni private dotate di natura abilitativa, ma che per compiersi devono superare la riserva di inibizione. Il potere decisionale non è quindi riconducibile all'amministrazione pubblica, né alla "coalizione decisionale", ma spetta principalmente al privato, sul quale si sposta, di conseguenza, anche la responsabilità.

5. La dimensione degli interessi: quando serve un decisore di ultima istanza

Un effetto poco studiato della crescente procedimentalizzazione dei processi di decisione è il progressivo abbandono della dimensione degli interessi come criterio di allocazione del potere di decisione, nella riflessione scientifica come nel diritto positivo.

La ricerca di una corrispondenza fra dimensione dell'interesse e dimensione del decisore si è rivelata, peraltro, via via sempre meno fruttuosa per diversi ordini di ragioni. Quella corrispondenza è apparsa, in primo luogo, spesso più plausibile in astratto che in concreto, perchè richiede una classificazione degli interessi in verticale – ad esempio: nazionale, regionale, locale – che raramente corrisponde alla realtà, in quanto la maggior parte degli interessi eccede i confini astratti della classificazione e la connessa tutela non può quindi essere attribuita in via esclusiva ad uno specifico soggetto o ad una classe di enti in ragione della loro ampiezza territoriale.

Si tratta, in secondo luogo, di una corrispondenza che enfatizza, appunto, la competenza territoriale dei soggetti decisori, mentre l'organizzazione

amministrativa conosce ormai molti soggetti dotati di competenza settoriale, orizzontale e trasversale, che è difficile collocare contro la scala della dimensione dell'interesse.

La stessa riflessione sulla complessità dell'interesse pubblico⁴⁷ si è sviluppata, in terzo luogo, anche grazie alla consapevolezza della natura composita del medesimo interesse e anzi sono le dimensioni ad essere comprese nell'interesse e non viceversa. Per fare un esempio ovvio: la costruzione di un'opera nazionale richiede, sin dal momento della sua localizzazione, e ancor più della realizzazione, il coinvolgimento necessario di diversi soggetti pubblici dotati di competenza sul territorio di riferimento, e la dimensione nazionale non è da tempo sufficiente a giustificare l'attrazione verticale e gerarchica nella sfera di competenza dello Stato, quale unico soggetto a competenza nazionale, come si è incaricata più volte di chiarire la giurisprudenza costituzionale.

La dimensione degli interessi come criterio di allocazione ha goduto per la verità di un ritorno di attenzione grazie all'elaborazione sul principio di sussidiarietà, ma anche in questo caso il principio è stato utilizzato come criterio di flessibilità per giustificare scelte *ad hoc*, più che come criterio di allocazione *ex ante*⁴⁸. Di conseguenza l'attenzione si è spostata dall'attribuzione del potere di decisione alla conformazione del processo decisionale, dai meccanismi di formazione della volontà di un soggetto ai meccanismi di cooperazione (leale o doverosa, necessaria o superabile a determinate condizioni) fra diversi soggetti: basti pensare, in proposito, alla giurisprudenza costituzionale sulla cosiddetta "chiamata in sussidiarietà".

Vanno però oggi emergendo circostanze nelle quali la dimensione dell'interesse da tutelare viene nuovamente utilizzata come criterio di individuazione di allocazione del potere di decidere, con una novità significativa: a venire in rilievo non è tanto e soltanto lo spazio sul quale la decisione incide, ma la natura sistemica dell'interesse.

⁴⁷ Icasticamente resa da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 1970, vol. I, p. 106, nel paragrafo non a caso intitolato "Eterogeneità degli interessi pubblici".

⁴⁸ Corte cost., sentenza n. 303/2003.

Dalla bidimensionalità del rapporto fra decisore e territorio o, se si preferisce, fra decisione e perimetro di riferimento, si passa ad una dimensione, per così dire, tridimensionale, che mette in primo piano la natura sistemica degli interessi da tutelare e la natura altrettanto sistemica dei rischi connessi ad una tutela carente di quegli interessi. Si tratta di rischi e di interessi che non possono essere confinati ad uno specifico ordinamento nazionale, ma che per loro natura sono indifferenti ai confini nazionali e a fronte dei quali non è più sufficiente la costruzione di una rete fra tanti decisori nazionali, ma si richiede un decisore di ultima istanza,

L'esempio più evidente di questa tendenza è l'unione bancaria europea, che va configurandosi come un sistema amministrativo *sui generis*, nato e via via sviluppato appunto per far fronte ai rischi sistemici che il settore creditizio ha corso negli ultimi dieci anni, senza che i regolatori e le autorità di vigilanza nazionali fossero in grado di affrontare efficacemente il problema⁴⁹.

Proprio la natura sistemica dei rischi, con la conseguente possibilità di contagio, rispetto alla quale ben poco possono le barriere nazionali entro il mercato unico europeo, spiega perché sia stato necessario concentrare le funzioni amministrative, di vigilanza e di risoluzione e creare strumenti e procedure comuni almeno in parte nuovi⁵⁰ rispetto alla tradizione europea basata più sulla cooperazione e sulla composizione, che non sulla integrazione (di apparati, regole, strumenti). Anche i poteri strumentali, la fase istruttoria delle decisioni e i flussi

⁴⁹ Sull'Unione bancaria, in termini generali v. Clarich, M., *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, Diritto pubblico, 2013, 975; Cassese, S., *La nuova architettura finanziaria europea*, Giornale di diritto amministrativo, 2014, p. 79; E. Barucci, M. Messori (eds.), *Towards the European Banking Union*, Passigli, 2014; Torchia, L., *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, Giornale di diritto amministrativo, n. 1, 2015; Macchia, M., *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n. 6, 2015; Perez R., *Il meccanismo europeo di vigilanza finanziaria e la ripartizione delle competenze*, Giornale di diritto amministrativo, 2015, 589 ss.; Chiti, E., Vesperini, G., (eds.), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015; G. Ferrarini, D. Busch (eds.), *European Banking Union*, OUP, 2015; J.E. Castañeda, D.G. Mayes, G. Wood (eds.), *European Banking Union: Prospects and Challenges*, Routledge, 2016; M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016.

⁵⁰ Come la *framework regulation*, i manuali operativi per gli stress tests, i gruppi congiunti. Sui manuali di vigilanza v. Brescia Morra, C., *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, Banca, impresa, società, 2015, 73 ss.

procedurali e informativi, specie per quanto riguarda il meccanismo unico di vigilanza, sono stati significativamente accentrati ed integrati, come accade in genere nei sistemi unitari, di modo che la Bce, già decisore di ultima istanza per quanto riguarda la politica monetaria, va sempre più assumendo il medesimo ruolo per quanto riguarda le attività di vigilanza e di supervisione.

La tendenza alla individuazione di un decisore di ultima istanza è, un po' paradossalmente, ancora più evidente nel meccanismo unico di risoluzione bancaria⁵¹, nonostante il suo carattere più accentuatamente intergovernativo rispetto al meccanismo unico di vigilanza.

La disciplina europea in materia⁵² prevede che in ogni ordinamento nazionale sia designata un'autorità di risoluzione⁵³, ma attribuisce il potere di decisione tanto sulla necessità di attivare una procedura di risoluzione, come sulla determinazione concreta dei piani di risoluzione al Comitato di risoluzione, costituito come un'agenzia europea autonoma, che deve agire nell'interesse generale e dell'Unione nel suo insieme, senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni o organismi dell'Unione, governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici o privati. Al Comitato è attribuita anche l'amministrazione e la definizione della strategia di investimento del Fondo di risoluzione.

⁵¹ Sulle differenze fra modello unico di vigilanza e meccanismo di risoluzione v. Macchia, M., *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2, 2016, pp. 367 ss.. D. Sorace, *I "pilastri" dell'Unione bancaria*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pacini, 2016, pp. 91 ss... La questione relativa al decisore di ultima istanza è diversa da quella relativa alla individuazione in un arbitro finale che giudichi sull'attuazione del diritto europeo, affrontata soprattutto sul piano del diritto costituzionale e, di recente, con specifico riferimento ai rinvii da parte della Corte costituzionale tedesca alla Corte di giustizia sui programmi di acquisti di titoli da parte della Bce. V. in proposito, R. Ibrido, *L'Unione bancaria. Profili costituzionali*, Torino, 2017, pp. 138 ss..

⁵² Per l'analisi della disciplina contenuta nel Regolamento 806/2014/UE v. S. Del Gatto, *Il Single Resolution Mechanism. Quadro d'insieme*; M. Macchia, *Il Single Resolution Board*; A. Magliari, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M. P. Chiti and V. Santoro, *L'Unione bancaria europea*, cit.; R. Parry – P.J. Omar (eds), *Banking and Financial Insolvencies. The European Regulatory Framework*, Nottingham – Paris, Insol Europe, 2016; E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Giappichelli, 2017.

⁵³ Un'apposita unità di risoluzione è stata costituita in Italia presso la Banca d'Italia. Sulla prima applicazione in Italia delle misure di risoluzione v. Macchia M., *Misure di risoluzione delle banche in crisi: profili di diritto amministrativo*, Giornale di diritto amministrativo, 2, 2016.

E' utile soffermarsi brevemente sulla composizione e sulle regole di decisione del Comitato, per mostrare perché la decisione finale possa qualificarsi, appunto, come decisione di ultima istanza e quali siano le conseguenze.

Il Comitato ha una composizione variabile. Il nucleo centrale e stabile è costituito da un presidente e quattro membri a tempo pieno scelti con una procedura di selezione aperta, basata sul merito sulle esperienze e sulle conoscenze in materia bancaria e finanziaria⁵⁴. A questi membri si possono aggiungere, a seconda del tipo di decisioni da prendere, rappresentanti delle autorità nazionali di risoluzione e, come osservatori permanenti, rappresentanti della Commissione e della BCE (con diritto di accesso alla documentazione e di intervento nella discussione, ma senza diritto di voto). Alle sedute possono essere invitati rappresentanti dell'Abe e del meccanismo europeo di stabilità⁵⁵.

Il Comitato può operare in sessione esecutiva o in sessione plenaria⁵⁶. Le decisioni del Comitato in sessione esecutiva possono essere prese con la partecipazione dei membri designati dagli Stati membri, oppure a maggioranza semplice del nucleo stabile e, quindi, dal presidente più i quattro membri indipendenti, nel caso in cui non si raggiunga il consenso nella composizione allargata entro un termine fissato dal presidente. I componenti designati dagli Stati membri dispongono, dunque, di un diritto di voto limitato ai casi in cui si raggiunga il consenso, mentre se il consenso non viene raggiunto, quel diritto di voto viene sterilizzato. Vi sono poi, invece, decisioni che possono essere prese solo a maggioranza qualificata, quando abbiano ad oggetto la raccolta di

⁵⁴ Nel procedimento di selezione intervengono il Parlamento europeo, la Commissione e il Consiglio. Il Comitato è responsabile nei confronti delle tre istituzioni per il proprio operato relativamente al funzionamento del meccanismo unico di risoluzione, anche mediante la trasmissione di una relazione annuale che viene inviata alle istituzioni europee e ai Parlamenti degli Stati partecipanti.

⁵⁵ V. anche *Interinstitutional Agreements Agreement between the European Parliament and the Single Resolution Board on the practical modalities of the exercise of democratic accountability and oversight over the exercise of the tasks conferred on the Single Resolution Board within the framework of the Single Resolution Mechanism*, in GUUE 24.12.2015

⁵⁶ La sessione esecutiva prepara le decisioni della sessione plenaria e, secondo l'art. 50 del regolamento "il programma di risoluzione preparato dalla sessione esecutiva è considerato adottato a meno che, entro tre ore dalla presentazione del progetto da parte della sessione esecutiva alla sessione plenaria, almeno un membro della sessione plenaria abbia convocato una riunione del Comitato in sessione plenaria. In questo caso, la sessione plenaria decide in merito al programma di risoluzione".

contributi *ex post*, i prestiti volontari fra meccanismi di finanziamento, i mezzi di finanziamento alternativi e la messa in comune dei meccanismi di finanziamento nazionali al di sopra dei mezzi finanziari disponibili nel Fondo⁵⁷.

Gli schemi di risoluzione adottati dal Comitato devono essere approvati dalla Commissione ed eventualmente, su richiesta della Commissione, dal Consiglio. E' bene rilevare, però, che non si tratta di un potere di approvazione che sposta la responsabilità per la decisione. La Commissione e il Consiglio hanno la possibilità di chiedere delle modifiche al piano, ma non hanno potere d'iniziativa, non possono sostituirsi al Comitato, né possono modificare direttamente il piano⁵⁸ e, nel caso in cui non si pronuncino entro, rispettivamente, 24 ore ed ulteriori 12 ore, il piano di risoluzione si intende approvato⁵⁹. Il loro coinvolgimento è dovuto soprattutto alla deferenza, ormai sempre più tenue, alla cosiddetta dottrina Meroni e ai limiti che essa pone alla delega di poteri discrezionali alle agenzie europee⁶⁰.

Si tratta, come si vede, di un sistema nel quale convivono, ancora, logiche diverse di allocazione della competenza, delle quali peraltro il legislatore europeo è consapevole, tanto che è previsto nel Regolamento che la Commissione europea

⁵⁷ L'art. 52 del Regolamento prevede che queste decisioni siano prese a maggioranza dei due terzi dei membri del Comitato che rappresentino almeno il 50% dei contributi durante il periodo transitorio di otto anni fino alla completa messa in comune del Fondo, e a maggioranza dei due terzi dei membri del Comitato che rappresentino almeno il 30% dei contributi successivamente.

⁵⁸ Il Comitato è però tenuto ad accogliere (entro otto ore) le modifiche eventualmente richieste dalla Commissione e dal Consiglio, se le obiezioni si fondano sul mancato soddisfacimento del criterio dell'interesse pubblico o sull'importo del Fondo previsto nel programma di risoluzione (art. 18, comma 7 del Regolamento).

⁵⁹ Il regolamento prevede che il programma di risoluzione entra in vigore se non vi sono obiezioni della Commissione e del Consiglio entro 24 ore dalla trasmissione. Il Consiglio può, però, esercitare un potere di veto nel caso in cui ritenga insoddisfatto il criterio dell'interesse pubblico. In questo caso la risoluzione avverrà in base alla legislazione nazionale rilevante. Ritiene che il decisore di ultima istanza sia la Commissione E. Rulli, *Contributo*, cit. pp. 164-165, mentre sostiene che il Comitato disponga di poteri tali da non poterlo definire come una istituzione ausiliaria della Commissione o in posizione di soggezione rispetto ad essa, M. Macchia, *Il Single Resolution Board*, cit., p. 336. Né la Commissione né il Consiglio hanno, infatti poteri istruttori, ma il loro (eventuale) coinvolgimento consente di distribuire la responsabilità per decisioni che hanno sicura rilevanza politica, oltre che tecnica, su un novero più ampio di istituzioni: così M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, cit., p. 389.

⁶⁰ Il medesimo meccanismo è previsto anche per la determinazione delle norme tecniche da parte dei regolatori europei dei mercati finanziari: v. L. Torchia, *I poteri amministrativi delle autorità di controllo*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Collana della Rivista delle società, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 355-378.

predisponga, entro il 31 dicembre 2018, un rapporto sul funzionamento del meccanismo di risoluzione nel quale verifichi, tra l'altro, se è necessario che le funzioni attribuite al Comitato, alla Commissione e al Consiglio siano esercitate esclusivamente da una istituzione europea indipendente - e quali modifiche normative occorra adottare in questo caso - e se occorra modificare i meccanismi di votazione in sessione esecutiva e plenaria.

Per quanto riguarda la natura delle decisioni del Comitato, è stato osservato che si tratta di una amministrativizzazione di decisioni ordinariamente assunte in sede giurisdizionale, che le garanzie procedurali sono ridotte quanto a rispetto dei principi di contraddittorio e di partecipazione e che ugualmente limitata è la tutela nei confronti della decisione, sia sul piano dei ricorsi amministrativi, da presentare al *Board of appeal*, sia sul piano della tutela giurisdizionale, attribuita alla Corte di giustizia europea⁶¹.

E' difficile dire se questi elementi siano propri di un sistema amministrativo nella fase iniziale di costruzione, e verranno quindi superati nella sua evoluzione o se invece siano tratti distintivi e caratteristici delle decisioni di ultima istanza. Si può però rilevare come a fronte del rischio sistemico l'interesse privato, o nazionale, non abbia la stessa forza e la medesima tutela di cui dispone di fronte all'interesse pubblico tradizionalmente inteso.

Questa esperienza sollecita allora una nuova riflessione teorica sui criteri di attribuzione del potere di decidere, non più con fuoco esclusivo sulla proceduralizzazione quale correzione della frammentazione del potere, ma piuttosto con una distinzione fra decisioni frutto di composizione di poteri e decisioni di ultima istanza. A venire in primo piano, in questi casi, non è tanto il processo decisionale, quanto la natura della decisione, determinata dalla necessità di fronteggiare rischi che richiedono, appunto, l'attribuzione di un potere di ultima istanza. Si può ipotizzare, in linea di prima approssimazione, che il rapporto tra

⁶¹ V. S. Cassese, *A New Framework of Administrative Arrangements for the Protection of Individual Rights*, in corso di pubblicazione; M. Haentjens and B. Wessels, *Three paradigm shifts in recent bank insolvency law*, in *Journal of International Banking Law & Regulation*, 2016; G. Sciascia, *Unione bancaria. La revisione quasi giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca, Impresa, Società*, 3, 2015, pp. 363 ss..

procedimento e provvedimento, tra processo decisionale e decisione in questi casi si inverte: la decisione non è l'esito finale del procedimento, determinata dallo svolgimento procedimentale, ma piuttosto il procedimento è conformato in modo da poter giungere comunque ad una decisione, dotata di particolare robustezza rispetto sia alle istanze di garanzia, con un'applicazione attenuata dei principi di contraddittorio e di partecipazione, sia alle istanze di tutela, con un sindacato giurisdizionale limitato *ex lege*.

6. Il behaviourismo preso sul serio. Il contesto e i materiali delle decisioni amministrative, ovvero del rischio del decisore.

I criteri d'individuazione del decisore vanno quindi esaminati guardando oltre l'attribuzione formale del potere di esternare la decisione, perché trovano, almeno in alcuni casi, il loro fondamento e la loro giustificazione nella natura della decisione - di scambio o sostitutiva - o nella dimensione sistemica di rischi da affrontare e degli interessi da tutelare. Lo stato attuale della riflessione teorica ha considerato solo marginalmente questi elementi e non li ha compiutamente integrati nella ricostruzione delle decisioni e dei processi decisionali amministrativi.

Uno sforzo teorico in questa direzione dovrebbe comunque evitare il rischio dell'astrattezza e tenere conto, per una ricostruzione compiuta e realistica, anche del contesto entro il quale le scelte vengono prese e quindi degli elementi – culturali, organizzativi, finanziari – che condizionano l'esercizio del potere di decidere⁶². L'evocazione di schemi behaviouristici per spiegare scelte e comportamenti amministrativi potrebbe trovare così applicazione ed essere soggetta a verifiche empiriche, per ora molto rare.

Ci si limiterà, qui, a segnalare alcuni elementi ricorrenti nell'ordinamento italiano, che operano come “condizioni al contorno” delle scelte amministrative e che contribuiscono, tutti insieme, a determinare il rischio che incombe sul decisore. La considerazione e la misurazione di quel rischio non è oggetto di

⁶² Per un tentativo in questa direzione, in termini generali v. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, 2017 II ed.

riflessione teorica, ma pesa significativamente sulla prassi amministrativa e spesso ne determina gli esiti.

Occorre innanzitutto tenere conto, sul piano culturale, della vera e propria ostilità che nell'ordinamento italiano opera contro la stessa possibilità di decidere. La ricorrente polemica contro il "decisionismo", già ricordata all'inizio, non trova eguali in altri ordinamenti: basti pensare all'enfasi che in altre culture nazionali e in tutti i documenti di organizzazioni internazionali dedicati alla buona amministrazione si pone proprio sulla capacità di decidere e di farlo celermente. Una scelta significa necessariamente che una opzione verrà preferita alle altre, ma in Italia in genere i sostenitori delle opzioni scartate continuano la loro battaglia fuori dai procedimenti amministrativi, davanti al giudice: spesso non solo quello amministrativo, ma anche quello contabile o penale. Si crea così una forte preferenza per le decisioni prese all'unanimità, che tentano di soddisfare tutti gli interessi in gioco, a scapito della qualità della scelta finale e, spesso, della stessa possibilità di decidere.

La resistenza ad accettare una composizione di interessi, che necessariamente comporta una rideterminazione in concreto di ciascun interesse è del resto un atteggiamento diffuso tra i soggetti privati come fra i soggetti pubblici - a conferma del fatto che si tratta di un elemento permanente della cultura generale - tanto che per porre rimedio all'incapacità di costruire una comune volontà pubblica si è dovuto sia prevedere che in sede di conferenza di servizi le amministrazioni statali, regionali e locali devono designare, rispettivamente, un rappresentante unico⁶³, sia applicare anche ai rapporti tra amministrazioni il meccanismo del silenzio assenso⁶⁴.

Sempre sul piano culturale, ma questa volta più specificamente all'interno della cultura giuridica, occorre considerare, poi, la diffidenza verso la negoziazione - sempre vista come possibile terreno di corruzione o comunque di scambi illeciti - invece che come uno strumento di decisione efficiente e

⁶³ V. art. 14-ter, comma 3, della legge n. 241/1990.

⁶⁴ V. art. 17-bis della legge n. 241/1990.

trasparente⁶⁵. La negoziazione viene quindi sempre inserita in procedimenti amministrativi che dovrebbero assicurare la tutela dell'interesse pubblico, che evidentemente si ritiene non possa essere garantita fuori dalle forme di diritto amministrativo e assoggettata a limiti e controlli particolarmente intrusivi, tanto da rendere spesso semplicemente impossibile o comunque molto difficile ricorrere a strumenti – si pensi al *project financing* – che in altri paesi funzionano bene e in via ordinaria⁶⁶.

Passando dal contesto culturale alle condizioni organizzative, una riflessione sulle decisioni amministrative non può prescindere dall'esame della competenza non più come attribuzione di potere, ma come capacità tecnica di scegliere e di decidere. Questa capacità 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'esperienza mostra, però, la fallacia dell'assunzione.

Per fare solo un esempio: in Italia tutte le amministrazioni pubbliche hanno la capacità, almeno potenziale, di agire come stazioni appaltanti, anche se è ormai diffusa la consapevolezza che quella capacità andrebbe attribuita selettivamente e a determinate condizioni⁶⁷. Che questa capacità sussista solo in astratto è dimostrato dalla lunga resistenza che l'ordinamento italiano ha mostrato contro criteri di aggiudicazione che comportano una valutazione qualitativa, a favore di meccanismi automatici di scelta, quali il prezzo più basso. La preferenza per i meccanismi automatici è, anzi, stata occasione di un contrasto con il diritto europeo per quanto riguarda la giustificazione e la valutazione delle offerte

⁶⁵ Sui “pregiudizi anticontrattuali” diffusi nel nostro ordinamento v. A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit. p. 477.

⁶⁶ Lo stesso destino ha subito e va subendo il ricorso a strumenti e figure del diritto privato, come le società e le fondazioni, alle quali il legislatore applica sempre più frequentemente regole e vincoli propri del socio o del fondatore pubblico, distorcendo così gli strumenti di diritto privato quando ad utilizzarli sia un'amministrazione pubblica.

⁶⁷ Il nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) prevede un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti volto appunto a verificare la sussistenza di questa capacità e a differenziare di conseguenza la possibilità di agire delle stazioni appaltanti, ma la previsione è rimasta per ora lettera morta, non essendo stati adottati i decreti attuativi. V. M. Macchia, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2017, pp. 50 ss.

anomale, per le quali il diritto europeo prevede sempre un procedimento in contraddittorio e, quindi, una valutazione delle giustificazioni dell'operatore, mentre il diritto italiano ha a lungo previsto che la stazione appaltante dovesse decidere in base ad elementi puramente quantitativi, ponendo soglie di rilevanza normativamente determinate.

Lo studio delle decisioni amministrative non può prescindere, inoltre, dalla considerazione del diverso peso dei diversi "materiali" utilizzati nel processo decisionale.

Fra i materiali spiccano per importanza gli interessi da considerare, che vengono considerati, in genere, astrattamente equivalenti, mentre sono dotati, per ragioni di fatto come di diritto, di peso e rilevanza diversi.

E' facile osservare, per esempio, sul piano fattuale, che gli interessi connessi alla finanza pubblica – e soprattutto alla riduzione della spesa – sono stati prevalenti negli ultimi anni, condizionando non solo il perimetro del potere di decidere (non si possono prevedere nuove spese), ma anche il tipo di decisioni, come dimostra l'inserimento in quasi ogni norma relativa all'organizzazione e all'attività amministrativa dell'inciso "senza nuovi oneri per la finanza pubblica" o della formula – un po' ipocrita – per cui compiti nuovi saranno svolti da uffici esistenti "nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente".

Il peso più accentuato di alcuni interessi deriva, inoltre, sul piano giuridico, dalla previsioni di particolari garanzie procedimentali, come accade per la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute, con la previsione di termini più ampi per la conclusione dei procedimenti e di specifiche modalità per l'espressione di dissenso rispetto all'esito finale del procedimento stesso. Trova così riconoscimento sul piano giuridico il fenomeno di progressivo rafforzamento di interessi che per essere diffusi e superindividuali erano, in origine, più deboli delle situazioni soggettive direttamente riferibili ad un individuo, mentre godono oggi di sempre maggiore adesione e difesa, per così dire, dal basso: tutti i processi decisionali che hanno ad oggetto questi interessi vedono una partecipazione di gruppi, comitati e organizzazioni che sostengono

attivamente la prevalenza della tutela di quegli interessi rispetto ad altri⁶⁸. Le decisioni in materia sono, quindi, particolarmente difficili da raggiungere per quanto riguarda il processo decisionale e più fragili, rispetto ad altre, per quanto riguarda la loro stabilità, frequentemente messa in discussione dal ricorso al giudice penale, che spesso non tiene in alcun conto l'esistenza e la rilevanza dei provvedimenti amministrativi o addirittura li utilizza come sintomo di reato⁶⁹, creando così un ulteriore livello di rischio per il decisore.

La considerazione dell'elemento del rischio come un fattore rilevante per le scelte amministrative richiederebbe anche un diverso approccio nello svolgimento delle funzioni di controllo e di valutazione. Il controllo, a venticinque anni dall'abbandono del paradigma del controllo preventivo di legittimità⁷⁰, è ancora prevalentemente orientato a valutare la legittimità e la conformità della decisione a parametri peraltro sempre più incerti e che lo stesso controllore a volte determina o integra *ex post*. La diffusa convinzione che non si possa determinare la decisione giusta, ma solo la decisione adeguata, idonea e giustificabile, dovrebbe portare ad un diverso orientamento delle funzioni di controllo e di valutazione, finalizzate innanzitutto ad analizzare i risultati, per verificare in ragione di quale dinamica fra incentivi e rischi si è giunti ad una determinata soluzione, se essa sia soddisfacente e come si possano ottenere risultati migliori in

⁶⁸ Sulla “svolta identitaria e quindi conservatrice” nella cultura e nell'opinione pubblica italiana almeno dalla fine degli anni '90 in poi v. G. Amato, A. Graziosi, *Grandi illusioni. Ragionando sull'Italia*, Il Mulino, 2013, pp.219-220, ove si individua fra gli elementi costitutivi di quell'atteggiamento “un quasi morboso attaccamento ad un paesaggio urbano che pure era stato di recente stravolto” e la difesa della cosiddetta stratificazione storica, contro qualsiasi cambiamento di “un paese che si voleva di fatto morto”.

⁶⁹ Gli esempi nella cronaca più recente non mancano, dai casi in cui il giudice (più spesso, per la verità, il pubblico ministero) ha considerato penalmente rilevanti attività debitamente autorizzate con l'AIA e rispettose dei limiti ivi determinati (come per l'Ilva di Taranto, la Tirreno Power di Savona, gli impianti Eni in Basilicata), ai casi in cui sono stati considerati come abusivi manufatti e costruzioni conformi alla disciplina urbanistica vigente (come nei comuni di Monticchiello e di Monteriggioni), ai casi in cui si sono ipotizzati comportamenti penalmente rilevanti da parte di scienziati che si erano semplicemente attenuti alle regole scientifiche e tecniche riconosciute dalla comunità (così nei casi della Xylella in Puglia e del procedimento aperto e archiviato dopo 10 anni a carico della virologa Ilaria Capua, sul quale v. Ilaria Capua, *Io, trafficante di virus. Una storia di scienza e di amara giustizia*, Rizzoli, 2017). Nessuno dei relativi processi è ancora giunto a compimento, quindi si tratta di vicende ancora in corso.

⁷⁰ Con le riforme poste in essere da Sabino Cassese quale ministro della funzione pubblica nel governo Ciampi nel 1992.

futuro. Controllare e valutare per imparare a decidere meglio potrebbe essere più utile, o almeno altrettanto utile, che controllare per giudicare e sanzionare⁷¹.

Fra i materiali utilizzati per costruire le decisioni amministrative non si possono ignorare, infine, le fonti del diritto che l'amministrazione concretamente applica nel processo decisionale.

La moltiplicazione delle fonti è fenomeno così noto, e studiato, che non mette conto di soffermarsi su di esso, se non per notare che manca, invece, uno studio del peso specifico che, al di là della loro collocazione sulla scala della gerarchia e della competenza, i diversi materiali normativi assumono nella prassi. Il fenomeno viene, per la verità, in genere esaminato sotto il profilo del margine di discrezionalità che le diverse fonti normative lasciano alla capacità di scelta dell'amministrazione, ma si tratta appunto dell'applicazione dello schema astratto basato sulla "forza" di ciascun tipo di fonte⁷².

Quella forza dipende però non soltanto dalla qualificazione formale della fonte, ma anche e soprattutto, empiricamente dalla misura in cui la fonte è plasmabile nel processo decisionale. Paradossalmente, sono proprio le fonti dotate di maggiore forza formale, come le norme primarie, ad essere maggiormente plasmabili dall'amministrazione, in ragione del loro carattere almeno tendenzialmente generale ed astratto, mentre fonti secondarie possono rivelarsi dotate di maggior grado di cogenza: basti pensare, in via esemplificativa, alle determinazioni con le quali le autorità di vigilanza interpretano le norme, spesso con l'obiettivo dichiarato di incentivare determinate scelte e scoraggiarne altre. Quelle determinazioni, specie se l'autorità di vigilanza dispone anche di poteri sanzionatori, "peseranno", ai fini del processo decisionale, ben più della stessa

⁷¹ Non a caso la riflessione in materia di risultati dell'amministrazione ha avuto solo limitati sviluppi nel nostro ordinamento: v., in proposito, M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario Aipda*, 2002, Milano, 2003, pp. 107 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, ibidem, pp. 127 ss.; S. Cassese, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004 p. 941; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità, e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir proc. amm.*, 2005, pp. 1 ss.; R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, 2016, pp. 337 ss..

⁷² V. i saggi raccolti in *Annuario Aipda 2015, Le fonti del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2016.

norma che interpretano e condizioneranno, quindi, significativamente la scelta finale⁷³.

Non è sufficiente, dunque, fermarsi alla constatazione del fenomeno di “turbolenza” normativa, dovuto alla moltiplicazione, all’incertezza e alla confusione delle fonti, che non possono essere più nitidamente ordinate secondo i criteri tradizionali di gerarchia e competenza, ma occorrerebbe analizzare e misurare la forza e il peso di ciascuna fonte nei processi decisionali, per verificare se non vi siano schemi ricorrenti e strutture ripetitive che possano essere generalizzate ed utilizzate per spiegare come i diversi materiali vengono composti nella decisione e come la condizionano, indirizzando il decisore verso la scelta che comporta i rischi minori.

7. L’impotenza della teoria, l’arbitrarietà della prassi

La separazione fra teoria e prassi, come ha osservato Adorno⁷⁴, rende impotente la teoria e arbitraria la prassi. E’ quindi giustificato lo sforzo – che si è cercato di compiere sinora - volto almeno ad individuare i punti di non corrispondenza e ad indagarne le ragioni, anche al fine di indicare, seppure solo esemplificativamente, le linee di indagine che potrebbero percorrersi nel tentativo di riconciliare le due.

Nei casi analizzati si è cercato di mostrare l’insufficienza di una teoria che privilegia la sua capacità normativa a scapito della capacità interpretativa della realtà⁷⁵. Sappiamo, di conseguenza, come si dovrebbe decidere e quali dovrebbero essere i caratteri delle decisioni, ma dobbiamo “forzare” entro quei modelli anche le decisioni che hanno natura e caratteri diversi. Uno fra i prezzi pagati a questa

⁷³ Sul peso effettivo della regolazione, anche quando è definita “soft”, v. M. Ramajoli, *La soft regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016; G. Morbidelli, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2016, che inserisce fra gli effetti “esistenziali” delle linee guida il fatto che esse forniscono “un parametro di riferimento sotto l’usbergo dell’auctoritas del regolatore e nel contempo uno scudo di protezione verso la responsabilità di ordine personale” (p. 315).

⁷⁴ T. W. Adorno, *Parole chiave. Modelli critici*, Sugar, Milano 1974 (ed. originale 1969).

⁷⁵ Sulla necessità di verificare volta per volta che la capacità prescrittiva e predittiva di una teoria o di un modello non confligga o addirittura annulli la sua capacità descrittiva della realtà, per quanto riguarda l’economia e specialmente la teoria classica., v. R. Thaler, *Misbehaving*, cit. passim.

forzatura è, ad esempio, il “sovraccarico” del procedimento, dietro il quale si nasconde la difficoltà di individuare secondo criteri realistici il decisore, specie quanto questi è privato e non pubblico, o di ammettere che lo scambio fra risorse pubbliche e risorse private è condizione per l’esercizio effettivo di alcune funzioni pubbliche, in decisioni che non possono essere ricondotte facilmente allo schema tradizionale del confronto e della ponderazione fra interessi.

Sotto altro profilo, lo schema procedimentale non può essere invocato nello stesso modo e con la stessa forza euristica indipendentemente dalla natura e dalla dimensione degli interessi tutelati, come dimostra l’emersione di interessi sistemici che richiedono – paradossalmente in misura più accentuata in sede sovranazionale che negli singoli ordinamenti nazionali – l’individuazione di un decisore di ultima istanza.

Una teoria delle decisioni e dei processi decisionali non può, infine, ignorare come i fattori di rischio e i materiali disponibili incidono sui processi decisionali e contribuiscono a determinarne gli esiti, se vuole essere, per riprendere la formula gramsciana, realistica e necessaria: o, in altri termini, ancora utile.