



CAPITOLO 2

LA DISCREZIONALITÀ TRASVERSALE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA NELLE PRATICHE E NELLE POLITICHE

di *Monica Raiteri*

*L'Italiano non dice mai bene di
quello che fa il Governo, anche se è
fatto bene; però non c'è italiano il
quale non affiderebbe qualunque co-
sa al governo e non si lagni perché il
Governo non pensa a tutto.*

Giuseppe Prezzolini,
Codice della vita italiana (1921)

1. Culture giuridiche e regolazione dei fatti nei processi amministrativi

Il lavoro di ricerca presentato nel volume ci consegna una rappresentazione delle amministrazioni fortemente contrassegnata dai ruoli e dalle culture giuridiche degli operatori e, soprattutto, da una azione incentrata sulla regolazione del fatto: ossia una azione che appare meno impensierita dall'adesione allo schema della delega legislativa (Bar-Gill e Sunstein 2015) e più attenta all'utilizzazione degli spazi attribuiti alla "discrezionalità interpretativa" al fine di configurare il problema e individuare le "procedure ed indirizzi operativi" che consentono al funzionario amministrativo di ricercarne la soluzione e di "volgere il proprio compito in un modo ragionevolmente accettabile" (Galligan 1999: 126-126).

Questa narrazione emerge in particolar modo dai contributi sulle politiche penitenziarie, scolastiche e dei servizi idrici, ma è presente anche nelle analisi dedicate ai conflitti ambientali e nelle indagini incentrate sui modelli regolativi indotti dall'osmosi fra il trattamento penale e il diritto amministrativo: uno scambio dal quale è derivata una sempre più marcata centralità dell'azione amministrativa nell'organizzazione e nel funzionamento delle agenzie formali del controllo.

Complessivamente le indagini empiriche sembrano così restituire un'immagine positiva e, in definitiva, archetipica dell'amministrazione e dei suoi processi. Come è noto dall'analisi weberiana la "burocrazia" nasce per contrastare le personalizzazioni, i particolarismi (bloccati da una azione "razionalmente orientata") e i privilegi che caratterizzavano l'organizzazione feudale imponendo ai funzionari un'etica professionale e della responsabilità fortemente influenzata dalla Riforma (Weber 1948; Weber 19812; Rebuffa 1991: 125-134). In questo scenario la discrezionalità che caratterizza il metodo decisionale dell'amministrazione può essere considerata fisiologica, ossia necessariamente "flessibile" in quanto destinata appunto a regolare i fat-

ti, e in questo senso si pone come “il nucleo dello Stato occidentale moderno” (Weber 19812: I, 217). Tuttavia una eventuale indagine sulla connessione tra forma di organizzazione politica e amministrazione, che nel XVII e XVIII secolo era stata elevata ad oggetto della “science of policing the state”, fondata su indicatori (riferiti ad una serie di fattori, dalla consistenza delle risorse alla produzione agricola alle finanze statali) che davano conto del grado di centralizzazione istituzionale, oggi restituirebbe un’immagine dell’amministrazione ormai definitivamente superata, come documenta l’elenco delle Amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato stilato dall’Istituto Nazionale di Statistica.

Il risultato a cui pervengono le ricerche qui selezionate non è affatto trascurabile, se si pensa che nel tempo le rappresentazioni dell’amministrazione sono state gravate da molteplici ed eterogenee ipoteche, per la gran parte riconducibili alle “disfunzioni” mertoniane della burocrazia più che alla “gabbia d’acciaio” weberiana, lato “oscuro” dei processi di razionalizzazione. La connessione tra razionalizzazione e burocratizzazione, riletta in termini di teoria dell’organizzazione da Simon ne *Il comportamento amministrativo* (1947), è stata prima sconfessata da Crozier ne *Le phénomènes bureaucratiques* (1963) e poi rivisitata in chiave neoistituzionalista da DiMaggio e Powell nei primi anni Ottanta. Nel quadro delineato dal dibattito scientifico si deve poi immettere la peculiarità del caso italiano, dove la cultura giuridica amministrativistica di derivazione ottocentesca ha condizionato a lungo una caratterizzazione della organizzazione amministrativa “composta soltanto dalle regole formulate dal legislatore (o in qualche caso dalla giurisprudenza) e dai concetti elaborati dalla dottrina”, benché tale immagine sia stata successivamente ritenuta “astratta e non realistica” (Rebuffa 1985: 1101).

Questo condizionamento ha portato a descrivere il diritto amministrativo essenzialmente come il prodotto della dottrina (e della metafora) dello Stato-persona e della sua volontà unitaria, e quindi come un sistema dogmatico-formale: una “storia di leggi” (Rebuffa 1985: 1105) incentrata su una tipologia degli atti descrittiva dell’attività dei soggetti pubblici e non, invece, sull’azione dell’amministrazione. Conseguentemente le forme di tutela erano previste unicamente nei confronti dei possibili vizi di tali atti, che ci si preoccupava di proteggere dall’interferenza della giurisdizione ordinaria, senza preoccuparsi di predisporre forme di garanzia nei confronti dei destinatari delle decisioni.

Da tale assetto derivava una amministrazione caratterizzata da una forte asimmetria di potere tra Stato e cittadini e impegnata ad arginare due ingerenze: da un lato quella della politica, che l’amministrazione ha inteso fronteggiare con la rigidità dei procedimenti decisionali e della macchina amministrativa, producendo come effetto collaterale una scarsa attuazione delle politiche (Rebuffa 1985). L’altra possibile intromissione era, appunto, quella del giudice ordinario, che non poteva ingerirsi “nell’attività amministrativa... espressa non già con un atto amministrativo in senso proprio bensì pure con un comportamento materiale... purché diretto a conseguire i fini pubblici assegnati alla pubblica amministrazione”. Questa forma di protezione è stata per lungo tempo assicurata mediante una pluralità di giurisdizioni “domestiche” che si sono via via commisurate con la questione dell’imparzialità della funzione giurisdizionale, ancora di recente simboleggiata da un (immaginario) “giudice ‘della’ pubblica amministrazione”. Da tale ingerenza deriva un conflitto (ancora

in atto) che sul piano della ricerca empirica offre interessanti occasioni di una analisi delle funzioni della giustizia amministrativa che potrebbe rivelarsi utile per travalicare l'autoreferenzialità delle concettualizzazioni offerte dalla cultura giuridica e politica. Si tratta di un tema quanto mai attuale perché è solo da poco tempo che la magistratura amministrativa ha la facoltà di accedere ad una interpretazione diretta delle norme costituzionali e in tal modo potrebbe abbandonare il "tradizionale paradigma autoritativo dell'Amministrazione". Questo perdurante impedimento nell'attività interpretativa, unito all'impossibilità che il giudice amministrativo si pronunci relativamente a (e quindi possa sindacare) poteri amministrativi non ancora esercitati, ha consentito all'amministrazione di conservare un atteggiamento di salvaguardia della propria discrezionalità: e ciò nonostante l'incombere della giustizia ordinaria, che viceversa non ha difficoltà a configurare le pretese di tutela come diritti soggettivi di derivazione costituzionale sia attivando forme di tutela cautelare sia conformando l'azione delle amministrazioni, che possono essere "condannate a rimborsare, a rimuovere e a fare".

2. Pretese, libertà di scelta, giurisdizioni: le trasformazioni del diritto amministrativo

Il conflitto tra le due giurisdizioni prima delineato è manifesto nella vicenda delle scelte alimentari alternative a scuola. Qui in discussione non è tanto la configurazione della pretesa in termini di diritto soggettivo, quanto la determinazione delle famiglie di incidere sulla discrezionalità dell'azione amministrativa nell'organizzazione del servizio scolastico di ristorazione. Si tratta di una istanza che, prima ancora di ricevere legittimazione dal punto di vista giuridico, e quindi risultare leggibile nei termini di una commistione tra poteri diversi o di una lesione del potere dell'amministrazione – ossia di uno "scrutinio intrusivo" delle decisioni amministrative, a cui tuttavia non farebbe da contraltare una migliore dotazione del giudice amministrativo in termini di capacità di affrontare questioni tecnicamente complesse (Jordao e Rose-Ackerman 2014) – riguarda, in concreto, le modalità operative del servizio (o della fruizione delle modalità alternative di ristorazione).

Parallelamente allo sviluppo di queste vicende il diritto amministrativo si è convertito da dominio per eccellenza del formalismo e della dogmatica riservato alla cultura giuridica amministrativistica europeo-continentale (Williams 1994; D'Alessio 1983) in una scomposizione e una indagine su procedimenti, strutture e pratiche fortemente sollecitata dai processi regolativi e dalle corrispondenti tecniche giuridiche (Gifford 1983; McCubbins *et al.* 1989). Si è giunti in tal modo a definire un ambito in cui l'implementazione delle politiche richiede agli operatori di interpretare normative che risultano sempre più caratterizzate da un contenuto tecnico.

Nel volume questa trasformazione è attestata, per esempio, dall'analisi dedicata all'implementazione delle politiche di coesione territoriale nelle regioni del Mezzogiorno, che non solo delinea diverse concezioni di discrezionalità, ma propone una tipologia di culture giuridiche riferite all'azione amministrativa; e, ancora una volta, quelle dedicate alla ristorazione scolastica, dove l'interpretazione delle normative, che spesso richiede la mediazione di "saperi specialistici", è affidata alla gestio-

ne del personale scolastico, che deve declinarla anche rispetto agli enunciati educativi che costituiscono il suo mandato, il cui grado di cultura giuridica serve (come vedremo) ad orientare l'elaborazione e la gestione di una serie di nuove "responsabilità" dell'amministrazione (Black 2005).

Si tratta di una trasformazione rimarchevole, e certamente più rilevante di quella descritta da Stewart (2003) nei termini del passaggio da una funzione negativa del diritto amministrativo (che consiste nell'impedire l'esercizio di un potere amministrativo illegittimo o arbitrario nei confronti dei privati) ad una funzione positiva (che consiste nella costruzione di vincoli procedurali idonei ad assicurare la partecipazione di tutti gli attori, e dei relativi interessi, coinvolti nelle decisioni). Come mostrano le ricerche empiriche presentate nel volume, che evidenziano senza alcuno sforzo fili conduttori comuni tra ambiti apparentemente molto diversi, la trasformazione descritta ha consentito di separare il concetto di "burocrazia" da quello di "stato" per adattarlo weberianamente alla descrizione del funzionamento di qualsiasi organizzazione (Giddens 1983: 70-73; Powell e DiMaggio 2000: 88-89).

Alcune tesi hanno sostenuto che l'inquadramento della discrezionalità nei termini di una questione connessa al diritto pubblico può apparire riduttivo (Grey 1979). In effetti, come notano Jordao e Rose-Ackerman (2014: 38), in Italia la giustizia amministrativa non sembra essersi particolarmente distinta nel compito di conformare le dottrine del diritto pubblico alle nuove manifestazioni dello "Stato regolatore" contemporaneo. Parallelamente si è registrato un declino del carattere (e del significato del lemma) "pubblico" inteso nel senso di funzionale allo Stato e ai suoi apparati. Come abbiamo già osservato, oggi l'elenco delle "amministrazioni pubbliche" è eterogeneo: oltre a comprendere numerosi enti che non sono parte dell'apparato statale tradizionalmente inteso è anche il risultato di operazioni di liberalizzazione e privatizzazione (trattate nel volume in riferimento alle risorse idriche e ai servizi pubblici locali) che hanno progressivamente smantellato situazioni monopolistiche. La conversione del carattere "pubblico" della discrezionalità dell'amministrazione in una più lineare "protezione procedurale" ha anche comportato una riconfigurazione delle relazioni tra i cittadini e l'amministrazione che erano state tradizionalmente incentrate, oltreché sulla legge, sulle prerogative di quest'ultima.

3. Per una conferma del carattere processuale della regolazione

In questo panorama si amplia il ruolo delle decisioni giudiziarie aventi ad oggetto servizi (tra cui i benefici di welfare, il lavoro e l'istruzione) per la cui erogazione i cittadini sono stati abitualmente "dependent upon government largesse" (Kirp 1976: 843). Inoltre nell'ambito delle politiche (Raiteri 2004; Pennisi e Agodi 2001), in primo luogo quelle ambientali (Pulber 1985; Oates 1994), è osservabile l'emersione della funzione regolativa del diritto amministrativo, caratterizzata dal coinvolgimento di una pluralità di attori sociali che non sono più soltanto i destinatari di decisioni autoritative. Lo spazio assegnato al procedimento è l'esito dello spostamento del focus dall'atto amministrativo (e dalle circoscritte forme di tutela di cui si è detto), inteso come espressione metaforica di una unitaria volontà dello Stato a cui è completamen-

te estraneo qualsiasi riferimento all'attore, verso la decisione. Questa transizione ha condotto ad una definizione del carattere processuale (e dinamico) della regolazione: un carattere che può costituire un utile strumento analitico nella misura in cui consente di operare confronti tra contesti variamente regolati e di interpretare le differenze osservabili come esiti di pratiche organizzative, giuridiche e culturali. Tuttavia si tratta di un metodo che appare ancora scarsamente utilizzato se confrontato al prevalente approccio del *Mode (of Regulation)*, ossia la descrizione di "stati" intesi come sistemi regolativi completi. Quest'ultimo è un orientamento che rende possibile effettuare unicamente comparazioni tra MoR alternativi (Raiteri 2004), e che sembra eludere sia le trasformazioni delle culture giuridiche coinvolte nei processi regolativi, che un tempo si sarebbero definite "esterne" in quanto non appartenenti ad operatori giuridici e, viceversa, oggi sono costitutive dell'implementazione delle politiche; sia le diverse declinazioni e i diversi usi delle discrezionalità delle diverse amministrazioni (scolastica, penitenziaria, ecc.) come manifestazioni del potere di elaborare decisioni in settori nei quali non esiste una "right formula" (Grey 1979), ossia un modello normativo predefinito. L'azione amministrativa dovrà quindi "creare gli standard della decisione e dar loro applicazione" e in tal modo stabilire "dei punti fermi, o dei cartelli indicatori lungo il percorso": ossia predisporre "dall'interno" i vincoli che presiederanno ai processi decisionali, la cui mancata o insufficiente considerazione potrebbe invalidare la decisione (Galligan 1999: 37-38).

Un primo elemento di discussione trae origine da una retorica del linguaggio politico che tende a spiegare il grado di insufficiente implementazione di talune politiche mediante l'"insufficienza dei controlli". Si tratta di una argomentazione che non tiene in considerazione il nesso tra la struttura delle norme attraverso le quali la politica è prodotta e i costi della loro implementazione (*enforcement*) (Rutherford 1994: 118). Si tratta di costi che non sono solo economici, ma che dipendono in grande misura dalle condizioni materiali che è necessario soddisfare per dare concreta attuazione alle norme e in tal modo realizzare la politica. A grandi linee questo è il quadro che all'inizio degli anni Novanta iniziano a tratteggiare le decisioni dei giudici di merito sul tema della libertà delle scelte individuali, e in particolare della libertà di professione e cultura religiosa intesa come "diritto soggettivo di diretta derivazione costituzionale...rispetto al quale la possibilità di avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche si pone in rapporto di immediata strumentalità". Si tratta di uno scenario che oggi si caratterizza per le pretese di tutela di molte altre di quelle "strumentalità", e conseguentemente dalla proliferazione di "diritti che costano": che sono in primo luogo, ma non esclusivamente, i diritti sociali. Tale moltiplicazione è favorita dall'ampliamento dei "diritti protetti dal costituzionalismo contemporaneo" e dall'espressione di nuove "generazioni" di diritti (Pino 2017), gran parte dei quali appare "a parziale copertura costituzionale" (Boggero 2017: 15), o "espressione e manifestazione di alcuni diritti fondamentali di rilevanza costituzionale" (come una delle decisioni del Tribunale di Torino qualifica il diritto alla scelta alimentare alternativa a scuola). Questa espansione segna, e, rende empiricamente osservabile (in particolare nel settore dei servizi pubblici), il passaggio dal "paradigma autoritativo dell'amministrazione" (a lungo sostenuto dalla giustizia "domestica", che ne ha costituito il principale supporto) ad un contesto in cui l'amministrazione non è più solo l'esecutrice della "volontà della legge", ma assume un ruolo attivo nei

processi che specificano i contenuti dei, e garantiscono efficacia ai, diritti costituzionali (Boggero 2017: 8). Poiché l'amministrazione non si colloca più in una posizione di asimmetria di potere rispetto ai cittadini, questi ultimi non hanno remore a rivendicare, direttamente o con la mediazione dei giudici, l'inserimento nei suoi circuiti decisionali e, in alcuni casi, addirittura pretendere di condizionarne la discrezionalità indicando per esempio le forme di finanziamento dei servizi e l'iter procedimentale da adottare per rendere effettivo il diritto (nel caso della scelta alimentare alternativa a scuola) : e questo in un modo che appare del tutto autonomo dai limiti e dalle indeterminanze della cosiddetta "partecipazione", spesso ricondotta ai meccanismi di voto e alla regola di maggioranza, della quale è stato messo addirittura (e, come vedremo, sul piano metodologico con qualche ragione) in discussione il carattere giuridico, ma che in definitiva serve a strutturare la discrezionalità e quindi promuovere una azione *responsive* dell'amministrazione (West 1984: 346).

4. Tecniche normative per la graduazione della discrezionalità degli operatori

Per lungo tempo la struttura delle norme giuridiche, anziché essere considerata parte integrante della politica e della sua funzione di produzione, è stata data per scontata, se non addirittura considerata irrilevante. Viceversa, per le nostre analisi, orientate ad indagare la discrezionalità delle amministrazioni, lo schema normativo selezionato dal legislatore, ossia il modello di formulazione degli enunciati, diventa essenziale e si traduce in una vera e propria tecnica regolativa. La "tecnica" prescelta consente sia di calibrare la discrezionalità degli operatori nella fase dell'implementazione alla luce della considerazione secondo cui ad ogni livello di discrezionalità corrisponde una funzione (Grey 1979) sia di controllare gli "usi" successivi della norma da parte degli operatori e dei destinatari delle decisioni orientate da, o che danno applicazione a, tale norma (Black 1995).

Nelle sezioni dedicate alle analisi della discrezionalità delle amministrazioni avremo modo di osservare che la questione si pone a maggior ragione nei casi in cui la pretesa, e conseguentemente la discrezionalità, che caratterizzano l'azione amministrativa, siano riferite ad una situazione non inquadrabile in una fattispecie normativa delineata dal legislatore, ma (liberamente) derivabile da precetti costituzionali (per esempio il diritto all'istruzione, alla salute, il diritto alla libertà nelle scelte alimentari ricavato dagli articoli 2 e 32 Cost., ecc.).

Lo schema prescelto dal legislatore deve trovare corrispondenza negli obiettivi di policy perseguiti, nel tipo di implementazione e di management che la politica richiede e nella tecnica regolativa prescelta entro la gamma disponibile (in realtà molto più estesa di quella comunemente utilizzata), tenendo conto che le attività di *enforcement* delle varie tecniche hanno costi variabili e implicano differenti e più o meno incisive modalità di controllo sui processi che le caratterizzano (Stewart 1981; Raiteri 2004: 71-83).

In sintesi si tratta di delimitare l'estensione dell'azione amministrativa, il che, in concreto, significa stabilire se il compito dell'amministrazione si debba risolvere in un controllo sull'ottemperanza alle norme e sull'attività sanzionatoria, definendo per-

tanto un tipo di intervento che si colloca nella fase “finale” del processo di *rule-making*; o se, viceversa, all'amministrazione sia, o debba essere, assegnato anche il potere (strutturalmente delegato) di produrre norme. In questo secondo caso il carattere del *rule-making* (che consiste nell'adozione di *standards* regolativi mediante la produzione di norme) e le questioni procedurali della *adjudication*, ossia le modalità di tipo processuale attraverso cui si strutturano i processi decisionali (Stewart 1981) passerebbero in secondo piano per concentrare l'attenzione sul tema dei vincoli alla produzione delle norme.

Il modo in cui la delegazione del potere normativo all'amministrazione risulta strutturata definisce anche l'ampiezza del potere di controllo sull'azione amministrativa che il legislatore decide di riservarsi e non è assegnato in via esclusiva al potere giudiziario. Si evita così la problematicità della relazione tra il *decision making* amministrativo e il *judicial review* che ha storicamente costituito un tema centrale nel diritto costituzionale, a partire da quello statunitense (Kahn 1970; Cass 2015; si veda però de Pretis 2004: 417): un tema e una relazione problematica che nel volume sono oggetto delle riflessioni sulla cultura amministrativa del sistema giudiziario e sulla formazione del convincimento del giudice riguardo alla situazione geo-politica del paese di provenienza dello straniero richiedente protezione internazionale. Si tratta anche di una forma di controllo che consente di discutere criticamente l'argomentazione “classica” dell'*expertise* (risalente ad una conoscenza specialistica tipica della visione del *New Deal*) in modo da giustificare una estensione della discrezionalità dell'amministrazione dipendente dal livello di dettaglio della formulazione degli enunciati: oggi questa visione indica tendenzialmente l'uso di procedure speciali o di strumenti “non judicial” di implementazione delle normative oppure l'esperienza che si sviluppa grazie ad una reiterazione delle decisioni nel corso del tempo (Jordao e Rose-Ackerman 2014: 15) e che produce weberianamente la “competenza acquisita nel servizio, cioè mediante le cognizioni di fatti appresa nel corso del servizio o ‘messe agli atti’” (Weber 19812: I, 219).

Come abbiamo osservato una strutturazione delle norme giuridiche coerente con gli obiettivi e il modello di gestione della politica che si intende produrre ha la funzione di circoscrivere e graduare la discrezionalità dell'amministrazione. Tuttavia in Italia tale strutturazione ha assunto una connotazione specifica perché i diritti proceduralmente costruiti in realtà non prevedono modalità di intervento nel procedimento amministrativo che consentano ai destinatari della (futura) decisione di “raccontare la loro parte della storia” (Kirp 1976). È questa la principale caratteristica dei diritti procedurali, che non esprimono solo una pretesa nei confronti del risultato del procedimento (per esempio una erogazione monetaria), ma anche l'esigenza di “far presente la propria situazione e...chiedere una spiegazione ed una giustificazione” che configura un “diritto al procedimento” che è rappresentato come analiticamente distinto da quello che si riferisce al risultato perché “indipendentemente dai risultati, assicura una specifica modalità procedurale” (Galligan 1999: 223, 305). L'assenza nel nostro ordinamento di formule equiparabili al *due process* procedurale statunitense sollecita l'ostilità degli operatori nei confronti di questo modello normativo, che è percepito come incombente sul funzionamento dell'organizzazione, con il risultato di influire negativamente sul grado (e sulle pratiche) di implementazione delle politiche.

5. Gli usi della discrezionalità nella strutturazione delle procedure amministrative

L'uso di procedure giuridiche serve ad articolare i processi decisionali in modo da fornire garanzie ai destinatari della decisione e, in ultima analisi, aggregare e convogliare consenso verso gli esiti allocativi delle politiche indipendentemente dall'esito della decisione stessa (Black 2000: 597-614; Black 2001: 33-58). Nei termini del *new proceduralism* il diritto serve a ordinare l'organizzazione, le procedure e la distribuzione delle competenze istituzionali in uno scenario in cui la produzione delle politiche tende a preferire gli strumenti (non sempre, e non necessariamente, giuridici) della pianificazione (tecnica la cui applicazione nel volume è riferita alla gestione delle risorse idriche) a detrimento delle forme e delle tecniche giuridiche di stampo tradizionale.

Si sostiene che l'uso della pianificazione sia più confacente alle variabili "locali" perché facilitano i *policy makers* nel recupero di modelli culturali, sociali e di sviluppo autoctoni da incorporare nella progettazione dei piani (Tarlock 2000). Il piano "locale" della progettazione serve anche a giustificare l'eterogeneità, e al contempo la concretezza, degli esiti dei processi regolativi. D'altro lato, però, il livello locale delle politiche evidenzia la irrisolutezza delle tesi che interpretano i rapporti tra livello locale e statale alla luce di teorie che collocano al centro del sistema regolativo lo Stato e che individuano criteri di valutazione dell'efficienza delle norme giuridiche, lasciando così in ombra sia le molteplici interazioni tra attori statali e non-statali sia quello che è stato definito il carattere policentrico (o "decentrato", "multicentrico" o "nodale") della regolazione (Black 2005).

Gli elementi fin qui delineati mostrano l'esigenza di estendere l'analisi della discrezionalità oltre la sua tradizionale dimensione giuridica (e, all'interno di essa, la sua dimensione "pubblica"). Infatti tale dimensione, pur con le qualità di cui si dirà oltre, è stata eccessivamente improntata prima dalla cultura giuridica amministrativistica di derivazione ottocentesca e poi da alcune riduttive chiavi di lettura dell'azione amministrativa. In sintesi si tratta di spiegazioni a cui sono ricondotte alcune torsioni del *policy making* che individuano nella discrezionalità lo strumento di istituzionalizzazione del pluralismo connesso all'azione dei gruppi di interesse utilizzato dai legislatori e dai giudici (West 1984), ma che lasciano sullo sfondo l'analisi di alcuni fattori che hanno profondamente inciso sui modi in cui sono strutturati l'azione amministrativa e i relativi processi decisionali: in particolare la partecipazione di attori esterni ai processi decisionali delle burocrazie (oggetto di analisi di diversi lavori presentati nel libro) e le modalità di valutazione dell'azione amministrativa, che appare ancora eccessivamente orientata all'analisi costi-benefici.

Il più rilevante tra i fattori disattesi da queste chiavi di lettura appare però la giudiziizzazione del *rule-making* (Gifford 1980: 577-620; Raiteri 2006), corrispondente ad un fenomeno di *overjudicialization* delle procedure (Brown 1990), ossia di diffusione dei metodi specifici della decisione giudiziaria al di fuori delle sedi processuali (per tale ragione definiti procedure quasi-giurisdizionali). Questa particolare articolazione dei procedimenti decisionali è, ancora una volta, finalizzata a circoscrivere la discrezionalità delle amministrazioni (West 1984), ma può essere considerata anche l'esito della transizione dai diritti costituzionali ai diritti economici e della correlati-

va espansione del ruolo del giudiziario che ha contribuito ad un'ampia ridefinizione dei rapporti tra potere giurisdizionale, legislatore e amministrazione.

Questo snodo suggerisce un ulteriore percorso di ricerca: al di là degli evidenti aspetti di rilievo costituzionale e politologico il diniego della possibilità di “raccontare la propria storia” nell’ambito del procedimento, e quindi l’“imperfetta” strutturazione delle procedure amministrative, teoricamente progettate per offrire ai destinatari delle decisioni garanzie dirette ad operare come fattori di semplificazione e “alleggerimento” del sistema politico, produce trasversalmente agli ambiti regolati ricadute negative (in termini di aggravio dei carichi di lavoro) sul sistema giudiziario. Questi effetti collaterali non possono essere dati per scontati (come ritiene la letteratura maggiormente accreditata), e infatti nel volume sono testimoniati dalla vicenda e dai dati riguardanti i ricorsi presso le sezioni specializzate dei Tribunali ordinari avverso le decisioni della Commissione Territoriale in materia di riconoscimento della protezione internazionale, nel quadro della modificazione degli strumenti, degli obiettivi e delle procedure concernenti il trattamento degli stranieri che la cultura giuridica italiana sta portando avanti.

Una eloquente presa di distanza dalla dimensione tipicamente giuridica della discrezionalità è la proposta del *new proceduralism*. Questo approccio astrae dalle competenze istituzionali in tema di produzione normativa per porre l’accento sulle strutture procedurali del processo deliberativo e si prospetta come alternativa alle tesi che tratteggiano la discrezionalità amministrativa attraverso le “narrazioni” (in parte ideologizzate) del comportamento delle burocrazie. L’analisi del *new proceduralism* è incentrata sulla partecipazione al procedimento da parte di attori esterni che hanno la possibilità di influenzare le decisioni: un fenomeno che è stato definito “proliferazione del *public involvement* nel processo di formazione delle politiche” (Bull 2013). La provenienza degli attori che partecipano al procedimento deve a sua volta costituire oggetto di tematizzazione: per esempio, l’analisi della relazione tra carcere e salute mostra come per la parte sanitaria siano in parte responsabili dell’azione dell’amministrazione penitenziaria attori che, non essendo incardinati nelle strutture gerarchiche, sono portatori di una cultura professionale che si distingue dalla cultura giuridica “interna” degli operatori penitenziari.

6. La capacità organizzativa delle amministrazioni come chiave di lettura della discrezionalità “tecnica”

Dopo avere tracciato i profili non giuridici della discrezionalità il riferimento alla sua dimensione giuridica, secondo un approccio riconducibile alle costruzioni dottrinali che per lungo tempo hanno “governato” la sindacabilità degli atti in sede giurisdizionale, può tuttavia essere utile per riconsiderare (anche alla luce delle considerazioni fin qui svolte) la nota (e ineludibile) distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica recepita in dottrina. La formula della “discrezionalità tecnica” è riferita a valutazioni fondate su parametri tecnici che richiedono l’applicazione di conoscenze “specialistiche”, cioè elaborate da discipline diverse dal diritto, o l’utilizzo di dati dell’esperienza propri della disciplina in questione o, ancora, “conoscenze... proprie di un certo gruppo di persone che si considerano esperte

di quel sapere” (de Pretis 2004) che la norma giuridica individua come metodologie o strumenti essenziali per definire una varietà di soluzioni tecnicamente ammissibili o ragionevoli rispetto alle quali l’amministrazione esercita un potere di scelta nel momento in cui elabora la decisione (de Pretis 2004). Oggi questa categoria di valutazioni non è più riservata all’amministrazione e limitatamente al profilo della correttezza del criterio tecnico adottato e del procedimento che ha condotto alla sua applicazione è sindacabile dal giudice.

Tuttavia questa modalità assorbe e dissimula una questione: occorre infatti stabilire se ci troviamo effettivamente in presenza della discrezionalità dell’amministrazione; o se, viceversa, si tratta “semplicemente” di uno scenario riconducibile alla trasformazione della produzione legislativa in una direzione paragonabile al case law, in cui la discrezionalità non è più il presupposto, né il risultato, di una asimmetria di potere tra l’amministrazione e il cittadino-suddito, ma corrisponde ad uno “strumento meccanico” (Titmuss 1971) e quindi ad una tecnica neutrale di parcellizzazione e assegnazione delle risorse.

Come mostreranno in modo più approfondito i contributi riguardanti l’amministrazione nelle comunità il grado di implementazione delle normative è connesso alla capacità organizzativa delle amministrazioni. A differenza del concetto politologico di *administrative capability* (su cui è incentrata la riflessione dedicata alle politiche di coesione territoriale) tale espressione allude, pragmaticamente, alla disponibilità di, o alla capacità di finanziare e predisporre infrastrutture (locali, attrezzature, impianti, ecc.): per esempio riattivare le cucine ancora esistenti e attrezzate delle scuole comunali per organizzare centri di cottura di zona) necessarie a dare concreta attuazione al diritto: in letteratura si parla di *supportive environment, equipment* (support) e di *expertise* (knowledge).

In questo scenario la discrezionalità tecnica degli operatori non appare più “sussidiaria” alla discrezionalità amministrativa: non solo per una ragione strettamente giuridica, in quanto a partire dal 1999 le Sezioni Unite della Cassazione hanno fortemente inciso sulla rigida cesura tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, a sua volta oggetto dei “concordati giurisprudenziali” tra le giurisdizioni superiori (di cui si tratta nel volume), e perché di recente anche il giudice amministrativo è stato ritenuto “idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa” (con un’ampia area di azione che coinvolge in primo luogo i servizi pubblici). La rivalutazione della discrezionalità tecnica si collega al fatto che i diritti soggettivi fatti valere in giudizio riguardano rapporti in cui l’amministrazione agisce “esercitando il proprio potere autoritativo”: in tal modo la funzione giurisdizionale diviene uno strumento in grado di costituire in via esclusiva l’efficacia di un diritto. Occorre sottolineare che si tratta di un effetto costitutivo del diritto stesso perché, come osserva, per esempio, il giudice di Napoli, in mancanza della parte “applicativa”, e dei necessari strumenti, la “semplice” enunciazione del “principio”, o della “titolarità”, equivale ad una sostanziale negazione del diritto: in altri termini appare pleonastico riconoscere (o accertare in via di principio) un diritto se non è accompagnato dalla descrizione dell’apparato che ne garantisce l’efficacia.

7. Idee per una sintesi

In definitiva occorre prendere atto che oggi la gran parte dei diritti si costruisce “dal basso”, attraverso pretese avanzate in sede giudiziaria, (teoricamente) traducibili in diritti che, pur non essendo enunciati in documenti normativi, sono ricavabili per via interpretativa dal documento costituzionale, andando a costituirne i “contenuti”, e come tali devono essere garantiti. Tra i contributi presentati nel volume è soprattutto il caso dell’ambiente, con le analisi dedicate ai laboratori di democrazia partecipata della Val di Susa, ai movimenti urbani tarantini che hanno messo in crisi il modello di sviluppo industriale novecentesco, alla promozione dei mutamenti legislativi e delle prassi amministrative da parte di attori informali nel caso Eternit di Casale Monferrato e al comitato ecologista salentino No Tap, e del diritto alla libertà individuale di scelta nei confronti dell’amministrazione scolastica.

Quella descritta è una delle connessioni che suscita un rinnovato interesse da parte della sociologia del diritto: essendo stato superato ormai da tempo il dibattito su una funzione simbolica dei diritti (Feinberg 1970) disgiunta dalla loro effettiva applicazione e consegnata alla teoria del diritto la riflessione su ineffettività o inesistenza dei “diritti di carta” (Pino 2017), pur senza scendere qui nei dettagli tecnici di una non facile catalogazione, sui cui lo stesso diritto costituzionale mostra qualche incertezza ad inoltrarsi, in questa fase la nostra disciplina intende dedicarsi alla riflessione sui modi in cui la decisione amministrativa rende possibile collaborare alla costruzione di, e soprattutto rendere efficace, questa nuova generazione di diritti.

Riferimenti bibliografici

- Bar-Gill, O. and Sunstein, C.R. (2015), ‘Regulation as Delegation’, 7 *Journal of Legal Analysis* 1-36.
- Black, J.M. (1995), “Which Arrow?”: Rule Type and Regulatory Policy’, 39 *Public Law* 94-117.
- Black, J.M. (2000), ‘Proceduralizing Regulation: Part I’, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 597-614.
- Black, J.M. (2001), ‘Proceduralizing Regulation: Part II’, 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 33-58.
- Black, J.M. (2005), ‘Proceduralisation and Polycentric Regulation’, 99 *Direito GV Law Review* 99-130.
- Boggero G. (2017), ‘«There is no such thing as a free lunch». Il pasto domestico a scuola come diritto costituzionalmente garantito?’, V *AIC Osservatorio costituzionale* 1-17.
- Brown, A.C. (1990), ‘The Overjudicialization of Regulatory Decisionmaking Natural Resources and Environment’, 5, *Administrative Law and Practice* 20-22; 48-49.
- Bull, R.T. (2013), ‘Making the Administrative State Safe for Democracy: A Theoretical and Practical Analysis of Citizen Participation in Agency Decisionmaking’, 65 *Administrative Law Review* 611-664.
- Cass, R.A. (2015), ‘Vive la Deference: Rethinking the Balance between Administrative and Judicial Discretion’, 83 *George Washington Law Review* 1294-1329.

- D'Alessio, G. (1983), 'I giuristi e l'organizzazione amministrativa', 63 *Queste istituzioni* 5-29; <http://www.questeistituzioni.it/categoria/archivio/1973-1983>.
- De Pretis, D. (2004), "Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione", in G. Comandé, G. e Ponzanelli, G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato* (Torino: Giappichelli) 415-432.
- De Pretis, D. (1998), 'I vari usi della discrezionalità tecnica', 4 *Giornale di diritto amministrativo* 331-334.
- Feinberg, J. (1970), 'The Nature and Value of Rights', 4 *Journal of Value Inquiry* 243-257.
- Ferrari, G. e Tarantino, L. (2011), 'La discrezionalità tecnica come strumento per valutare l'uso corretto del potere discrezionale', XV *Urbanistica e appalti* 96.
- Finn, C. (2002), 'The Justiciability of Administrative Decisions: A Redundant Concept', 30 *Federal Law Review* 239-264.
- Galligan, D.J. (1999), *La discrezionalità amministrativa*, tr. it. Milano: Giuffrè.
- Giddens, A. (1983), *Sociologia. Un'introduzione critica*, tr. it. Bologna: Il Mulino.
- Gifford, D.J. (1980), 'Rulemaking and Rulemaking Review: Struggling Toward a New Paradigm', 32 *Administrative Law Review* 577-620.
- Gifford, D.J. (1983), 'Discretionary Decisionmaking in Regulatory Agencies: A Conceptual Framework', 57 *Southern California Law Review* 101-135.
- Grey, J.H. (1979), 'Discretion in Administrative Law', 17 *Osgoode Hall Law Journal* 107-132.
- Jordao E. and Rose-Ackerman S. (2014), 'Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review', 66 *Administrative Law Review* 1-72.
- Kahn, A.E. (1970), *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (New York: John Wiley & Sons).
- King, J.A. (2007), 'The Justiciability of Resource Allocation', 70 *Modern Law Review* 197-224.
- Kirp, D.L. (1976), 'Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting', 28 *Standard Law Review* 841-876.
- McCubbins, M.D., Noll, R.G., Weingast, B.R. (1989), 'Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies', 75 *Virginia Law Review* 431-482.
- McCubbins, M.D., Noll, R.G., Weingast, B.R. (1997), "Le procedure amministrative come strumento di controllo politico", in D. Fabbri, G. Fiorentini, L.A. Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto* (Roma: La Nuova Italia Scientifica) 261-275.
- Oates, W.E. (ed.) (1994), *The Economics of the Environment* (Aldershot: Edgar Publishing Ltd.).
- Pennisi, C. e Agodi, M.C. (a cura di) (2001), *Il diritto delle burocrazie. Il welfare di cui non si parla* (Milano: Giuffrè).
- Pino, G. (2017), *Il costituzionalismo dei diritti* (Bologna: Il Mulino).
- Powell, W.W. e DiMaggio, P.J. (2000), "La gabbia di ferro rivisitata. Isomorfismo istituzionale e razionalità collettiva nei campi organizzativi", in W.W. Powell e P.J. DiMaggio (a cura di), *Il neoistituzionalismo nell'analisi organizzativa* tr. it. Torino: Edizioni di Comunità 88-115.

- Pulber, S.D.F. (1985), 'Effluent Regulation and Long-Run Optimality', 12 *Journal of Environmental Economics and Management* 103-116.
- Raiteri, M. (2004), *Diritto, regolazione, controllo* (Milano: Giuffrè).
- Raiteri, M. (2006), "Forme di giuridiziarizzazione del rule making", in A. Febbrajo *et al.* (a cura di), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia* (Milano: Giuffrè) 109-135.
- Raiteri, M. (2008), "I diritti sull'acqua. Profili etici di una politica 'pubblica'", in I. Fanlo Cortès e R. Marra (a cura di), *Filosofia e realtà del diritto* (Torino: Giappichelli) 249-258.
- Rebuffa, G. (1985), 'Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi', *Archivio ISAP*, Nuova serie 3 L'Amministrazione nella storia moderna (Milano: Giuffrè) 1101-1170.
- Rebuffa, G. (1986), 'La crisi delle istituzioni: potere esecutivo, apparati amministrativi, classe politica', XIII *Sociologia del diritto* 19-28.
- Rebuffa, G. (1991), *Nel crepuscolo della democrazia. Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello stato* (Bologna: Il Mulino).
- Reich, C.A. (1965), 'Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues', 74 *Yale Law Journal* 1245-1257.
- Rotelli, E. (2016), 'Autonomie e territori nei progetti normativi dei professori di scienze amministrative (1976-1993)', XLVI *Amministrare* 271-319.
- Rutherford, M. (1994), *Institutions in Economics. The Old and the New Institutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Sandulli, A. (2009), *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)* (Milano: Giuffrè).
- Scott, C. (2000), 'Accountability in the Regulatory State', 27 *Journal of Law and Society* 38-60.
- Shapiro, M. (1983), 'Administrative Discretion: The Next Stage', 92 *Yale Law Journal* 1487-1522.
- Siegel, J. (2007-2008), 'A Theory of Justiciability', 86 *Texas Law Review* 73-140.
- Stewart, R.B. (2004), 'Il diritto amministrativo del XXI secolo' LIV *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1-29.
- Stewart R.B. (1981), 'Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework', 69 *California Law Review* 1256-1377.
- Tarlock, A.D. (2000), 'Contested Landscapes and Local Voice', 3 *Festschrift* 513-537.
- Titmuss, R. (1971), 'Welfare Rights, Law and Discretion', 42 *Political Quarterly* 113-132.
- Videtta, C. (2009), *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo* (Napoli: Jovene).
- Weber, M. (1948), "La politica come professione", in Id., *Il lavoro intellettuale come professione* tr. it. Torino: Einaudi 45-121.
- Weber, M. (1981²), *Economia e società*, tr. it. Milano: Edizioni di Comunità, vol. I 212-220 e vol. IV 58-101.
- West, W.F. (1984), 'Structuring Administrative Discretion: The Pursuit of Rationality and Responsiveness', 78 *American Journal of Political Science* 340-360.
- Williams, D.G.T. (1994), 'Law and Administrative Discretion', 2 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 191-212.

