

## **6. La fase decisoria**

### 6.1 Aspetti generali

### 6.2 La decisione amministrativa tra forma e sostanza: analisi logica

### 6.3 Vizi formali e sostanziali

### 6.4 I possibili esiti: atto, accordo e silenzio significativo

## **6. La fase decisoria**

Terminata l'istruttoria, con l'acquisizione e la qualificazione dei fatti e degli interessi, l'amministrazione procedente deve calare gli elementi concreti in suo possesso nella fattispecie astratta della funzione esercitata, onde pervenire ad una soluzione – in fatto e in diritto – che sfocerà nell'atto amministrativo. Tale operazione avviene nella fase decisoria, che, pur presentandosi diversamente nei procedimenti vincolati ed in quelli discrezionali, presenta connotati di fondo comuni.

Occorre preliminarmente esaminarne funzione e contenuti, quindi la natura giuridica, distinguendo tra aspetti formali e sostanziali e relativi vizi, che riflettono la portata del *decision making process*<sup>1</sup>.

### **6.1 Aspetti generali**

Quando si parla di decisione si fa riferimento a qualcosa di più del provvedimento amministrativo, o meglio di diverso, perché l'atto amministrativo è la fattispecie prodotta dal potere, mentre la decisione è la formazione del suo nucleo dispositivo<sup>2</sup>. Infatti, la decisione è la fase del procedimento, mentre il provvedimento amministrativo è la veste formale con cui il procedimento si conclude. In tal senso, occorre da subito precisare che la decisione si può cristallizzare non solo in un provvedimento, ma anche in un atto (es. accordo sostitutivo) o in un comportamento. La decisione può, allora, essere definita come l'attuazione del potere amministrativo che si compie nell'apposita fase del procedimento.

I riferimenti normativi della fase decisoria non sono evidenti nella legge 241/90, proprio perché nella concezione formale del procedimento è centrale il provvedimento, e la legge contiene molteplici indicazioni in ordine allo stesso (specie dopo l'introduzione del capo IV-bis, relativo all'efficacia e all'invalidità del provvedimento).

---

<sup>1</sup> Cap. III, nota 75. Il DMP è un concetto proprio della scienza dell'amministrazione, di cui nella presente sede si trattano l'ambito giuridico e i referenti positivi, all'interno della legge n. 241 del 1990.

<sup>2</sup> Il rafforzamento del profilo sostanziale della legalità fa emergere la distinzione. In tal senso, oggi, è lampante l'art. 21-*octies*, comma 2, nella parte in cui stabilisce la non annullabilità del provvedimento qualora “*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

La dinamica sottesa all'adozione del provvedimento può, tuttavia, cogliersi dalle disposizioni relative ai rapporti tra istruttoria e provvedimento, come quelle che condizionano la motivazione alle risultanze istruttorie (art. 3, comma 1; art. 6, comma 1, lett. e), o definiscono gli accordi – integrativi o sostitutivi – come conseguenti al contraddittorio procedimentale (art. 11, comma 1).

Vero è che la decisione non può imputarsi a una sola fase, poiché la sua formazione si distribuisce per tutto il corso del procedimento<sup>3</sup>.

Nella fase dell'iniziativa vengono acquisiti taluni degli interessi direttamente coinvolti nel procedimento: l'interesse pubblico primario, eventualmente l'interesse pubblico secondario, l'interesse privato direttamente coinvolto. Più nello specifico, se il procedimento è avviato d'ufficio, nell'atto di avvio si manifesta l'interesse primario, cioè l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è ente esponenziale; se il procedimento inizia su richiesta o proposta di altre pubbliche amministrazioni si manifesta l'interesse pubblico secondario; se il procedimento è ad istanza di parte si manifesta l'interesse del privato tipico della funzione ampliativa o conformativa della sua sfera giuridica. In entrambi i casi, l'interesse è sottinteso dall'istanza con cui si chiede all'amministrazione di provvedere in un settore dove ha la titolarità di un compito governato dalla legge.

Naturalmente in tale fase emergono anche i fatti che si correlano al principio di necessità dell'azione amministrativa, in relazione ai quali sorge per la P.A. il dovere di provvedere su istanza o d'ufficio.

Nella fase istruttoria si acquisiscono i fatti che connotano l'esercizio del potere e si procede alla loro valutazione.

Per quanto riguarda gli interessi, nei procedimenti d'ufficio, dove si è già manifestato l'interesse primario, con la comunicazione di avvio del procedimento entra in gioco anche l'interesse del privato inciso dal procedimento, che viene acquisito anche se il titolare non interviene fattivamente, essendo egli destinatario della comunicazione di avvio, in quanto parte necessaria. Nella fase istruttoria, inoltre, si acquisiscono gli altri interessi secondari, pubblici e privati, siano essi quelli dei controinteressati o dei soggetti determinati per legge (art. 7), o degli intervenuti (art. 9).

Nella fase predecisoria, che costituisce una porzione dell'istruttoria, sono valutati gli interessi, tramite la qualificazione giuridica.

La fase decisoria si configura diversamente in base all'esistenza o meno di un potere discrezionale.

Nei procedimenti vincolati l'amministrazione effettua la verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto della fattispecie e alla dominanza dell'interesse primario,

---

<sup>3</sup> Il principio di unità del procedimento che colora la decisione è rappresentato, sul piano organizzativo, dalla figura del responsabile del procedimento, il quale cura la fattispecie in tutto il suo divenire, sino, eventualmente, all'adozione del provvedimento finale.

cristallizzato nella norma attributiva del potere, che non lascia spazio a margini di scelta comparativa.

Nei procedimenti discrezionali l'amministrazione effettua, oltre alla verifica dei presupposti storici e giuridici della fattispecie, la ponderazione degli interessi, che è un'attività anche complessa, dove i vari singoli interessi, già vagliati nella loro intrinseca consistenza, vengono messi a confronto per ricavarne la corretta soluzione per l'interesse generale, che ne costituisce la sintesi.

La fase decisoria propriamente detta può essere anticipata in quella istruttoria (pareri vincolanti) o, addirittura, in quella dell'iniziativa (richieste vincolanti).

Sotto il profilo soggettivo, la decisione può essere monostrutturata, se interviene solo la P.A. procedente, o pluristrutturata, se viene assunta in concorso con altre P.A. (concerti, intese, accordi, conferenza di servizi decisoria), anche se poi il provvedimento finale è adottato dalla sola amministrazione procedente.

La decisione può essere adottata anche in concorso con il privato (accordi sostitutivi e integrativi). Accanto ai profili esteriori della fase decisoria, direttamente apprezzabili nella legge sul procedimento, si pongono quelli interni, non formalizzati in atti del procedimento, ma rilevanti ai fini del *decision making process*. È l'attività interna, riunioni e valutazioni che vengono fatti informalmente, per esempio tra i funzionari con il dirigente, consultazioni che il dirigente ha con altri dirigenti e così via, per stabilire qual è la soluzione legittima e più conveniente.

## **6.2 La decisione amministrativa tra forma e sostanza: analisi logica**

La decisione amministrativa può essere analizzata sotto il profilo della forma o della sostanza, che potrebbe voler dire sotto il profilo della legalità o del buon andamento.

Il tema è l'evoluzione dell'antitesi tradizionale tra formalismo e antiformalismo nell'ordinamento della pubblica amministrazione.

Oggi, quando si parla di teoria sostanzialistica si fa riferimento ad una nuova concezione dell'azione amministrativa, dove l'apprezzamento della bontà delle decisioni viene operato sulla base più della congruità dell'effetto prodotto che della rispondenza alle regole di formazione della decisione stessa. Questa impostazione viene poi assecondata sul piano della patologia degradando le ipotesi di illegittimità formali alla categoria dell'irregolarità. Quando c'è, nonostante la violazione della regola formale, un effettivo e valido perseguimento dell'interesse generale, il provvedimento merita di essere conservato.

Per arrivare a questa soluzione si deve riconoscere che non tutte le regole giovano nel singolo caso al buon esito dell'azione amministrativa e, quindi, non sempre la loro violazione deve determinare l'illegittimità del provvedimento<sup>4</sup>.

Secondo l'opzione formalista, al contrario, la bontà del risultato è un corollario del rispetto delle regole. L'irregolarità è a monte nella tipologia della regola violata, esistendo norme prive di sanzione. Secondo questa dottrina, è il legislatore che stabilisce quando c'è irregolarità e quando illegittimità.

Secondo la corrente antiformalista ci possono essere decisioni che soddisfano il bene pubblico pur in presenza di violazioni di regole sull'*iter* di formazione della decisione, con la conseguenza che in presenza di risultati qualitativamente e anche quantitativamente (ottenuti mediante modelli di semplificazione) accettabili, o validi, si può prescindere, ai fini dell'imputazione di effetti definitivi, dal rispetto dell'*iter* di formazione. È dunque la rispondenza della decisione all'interesse sostanziale a condizionare la validità o meno del provvedimento. Il raggiungimento del risultato viene a coincidere con il raggiungimento dello scopo, quello per cui la norma attribuisce all'amministrazione il potere.

Viceversa, per la corrente formalista la bontà della decisione si apprezza in base all'aderenza alle regole previste per la sua formazione: il rispetto della legalità assorbe il risultato.

La decisione è valutata secondo moduli di astratta prevedibilità, perché per giudicare della validità di un atto (idoneità a modificare la realtà giuridica) non si prende come base la valutazione di sintesi del bene comune, andando cioè ad analizzare quanto previsto dalla norma e quanto raggiunto nell'ipotesi concreta, perché non può esserci divergenza tra i due parametri: quanto realizzato nel caso concreto deve essere attuazione di quanto la norma codifica. Ne consegue che i vizi di illegittimità devono portare all'annullabilità.

La distinzione tra le due impostazioni va inquadrata nello schema norma-potere-effetto.

Per la visione formalistica l'effetto è la conseguenza della sussunzione del potere nella norma<sup>5</sup>, è un modello deduttivo. La fattispecie concreta è conseguenza della fattispecie astratta, si tratta di applicare la fattispecie astratta al caso concreto. Questa idea muove dal postulato che l'interesse generale sia cristallizzato nelle norme (cd. indisponibilità).

---

<sup>4</sup> Predicare la legittimità della decisione "buona" anche se "irregolare" è una prerogativa delle concezioni antiformaliste: è legittimo ciò che è efficace, non già è efficace ciò che è legittimo.

<sup>5</sup> Si ricorda che "norma" è il complesso delle norme che disciplinano il potere, siano esse attributive, limitative, procedimentali.

**concezione formalista** (*deduzione rigorosa*)

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso (noto)	regola (nota e completa)	risultato
<b>Potere</b> ha per oggetto la applicazione della norma al caso concreto	<b>Norma</b> definisce analiticamente una classe di casi	<b>Effetto</b> prodotto dell'applicazione della norma al caso concreto

Per la visione sostanzialistica, invece, ci si muove da un postulato diverso: la legge non può prevedere l'ottimo perseguimento dell'interesse, può solo fissare lo scopo, ma la sua realizzazione è nel singolo caso. La fattispecie concreta deve naturalmente trovare giustificazione nel potere, ma non è schiacciata dal potere. Questa tesi nega che lo schema norma-potere-effetto risponda ad una logica deduttiva rigorosa, il rapporto fra potere e norma non è in termini di mera sussunzione.

**concezione sostanzialista** (*deduzione imperfetta*)

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso (noto)	regola (nota e incompleta)	risultato
<b>Potere</b> ha per oggetto la costruzione della norma nel caso concreto	<b>Norma</b> definisce gli elementi base di una classe di casi	<b>Effetto</b> prodotto dell'esercizio del potere conforme alla norma

Un segno della contrapposizione tra le due concezioni sarebbe nella distinzione tra vizi che hanno struttura formale (violazione di legge, incompetenza) e vizi che hanno struttura sostanziale (eccesso di potere), i quali ultimi non postulano una difformità diretta tra potere e norma.

L'orientamento formalista è tipico dello Stato liberale, che è una cerchia chiusa di interessi, di compiti amministrativi e di interessi privati. Ci sono regole certe, codificate, chiare e non particolarmente numerose e questo consente un accorciamento delle distanze tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

Il sostanzialismo si è affermato quando la distanza fra fattispecie astratta e fattispecie concreta è aumentata, perché sono aumentati gli interessi e le tecniche di azione. Questa distanza è stata colmata con le norme sul procedimento, che però – avendo natura strumentale – lasciano spazio

all'amministrazione di adeguare la fattispecie astratta al caso concreto, preoccupandosi di dettare la disciplina dell'esercizio della potestà amministrativa in questo spazio.

Quindi, il bene pubblico non è fissato una volta per tutte dalle norme. La legge pone solo le direttive, ma il bene pubblico viene identificato solo nel procedimento dove la fattispecie concreta si realizza.

Allora, è dall'assetto della legge sul procedimento che dipende l'atteggiarsi del rapporto tra le due concezioni. La previsione di uno schema generico, indeterminato, elastico di procedimento favorisce l'antiformalismo, lasciando ampi spazi per lo sviluppo della fattispecie concreta; al contrario la previsione di uno schema puntuale, tassativo, rigido, favorisce il formalismo, determinando una perdita della flessibilità della fattispecie in cui si cala il potere amministrativo.

La legge 241/90 sposa una soluzione intermedia.

Peraltro la concezione sostanziale si concilia con la previsione di forme dell'attività degli enti pubblici, cioè di regole procedurali che siano numericamente contenute e certe quanto alla loro applicazione. Regole limitate, ma forti, che prevedano oneri a carico dell'amministrazione, essenziali alla corretta determinazione dell'interesse pubblico e che assicurino al contempo al cittadino coinvolto dal potere un parametro di riferimento per potersi difendere. La 241/90 ha enucleato proprio una serie limitata, ma essenziale, di regole sulla formazione della decisione, che costituiscono vere e proprie norme guida dell'esercizio del potere: l'art. 7, forse la più importante, oltre ovviamente l'art. 2, l'art. 3 e l'art. 10-bis. Sono norme di organizzazione dell'azione amministrativa, più nello specifico, dell'organizzazione dell'*iter* attraverso cui la decisione si forma. Queste norme, dunque, non sono espressione del formalismo, ma piuttosto dell'antiformalismo.

La legge 241/90 è leggera ma non generica. Essa è stata, in altri termini, una scelta di compromesso.

La concezione formale ha imperato fino alla fine degli anni '50. Il procedimento era concepito come articolazione di sequenze preordinate a implementare, nel caso concreto, quegli elementi che erano indicati dalla legge.

Successivamente si è affermata l'idea del procedimento non come mera collocazione di elementi predeterminati, ma come un luogo dove gli stessi elementi si formano.

Dunque, la scala di valori che certamente è fissata dalla norma, come dispone lo stesso art. 1 ("*i fini sono indicati dalla legge*"), deve poi essere adattata alla concreta realtà in cui si cala e ciò avviene all'interno del procedimento. Quindi, il procedimento non è più solo il luogo di emersione della fattispecie astratta, ma è anche il luogo di costruzione e di adattamento dei fini. Ecco che così

l'affermazione di cui all'art. 1 assume un nuovo volto: *“l'attività amministrativa persegue i fini indicati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità ed efficacia”*.

Oggi, come anticipato, il principio del buon andamento è il motore dell'antiformalismo.

### **6.3 Vizi formali e sostanziali**

La distribuzione dell'illegittimità dell'atto amministrativo tra vizi formali e sostanziali può, in fondo, essere vista come un ulteriore – ed anzi primitivo – strumento di temperamento tra le due concezioni della decisione: dando pieno risalto alla concezione formale nell'ambito dei vizi di illegittimità formale, dando invece risalto alla concezione sostanziale nell'ambito dei vizi di illegittimità sostanziale.

Il vizio di illegittimità sostanziale per eccellenza è l'eccesso di potere, dove si ha la violazione non della norma, ma dei vincoli che la norma pone in via generale, violazione che però si concretizza nella contraddizione con principi immanenti nell'ordinamento. La violazione di tali principi si collega ai cd. vizi sintomatici dell'eccesso di potere, per cui ai principi di logicità, congruità, giustizia, corrispondono i vizi di illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta; ulteriori principi come parità di trattamento, coerenza, corretta valutazione dei fatti, motivazione completa ed esauriente, razionalità, completezza dell'istruttoria forgiavano altrettante figure sintomatiche di eccesso di potere.

L'eccesso di potere rappresenta, dunque, un momento di risalto della concezione antiformalistica, perché sanziona non la violazione delle regole di formazione della decisione, ma le violazioni di carattere sostanziale.

La distinzione sarebbe accreditata dall'art. 21-*octies*, comma 2, che sottrae l'eccesso di potere al meccanismo di sanatoria dell'illegittimità fondato sull'irrelevanza del vizio per la decisione.

In realtà questa tesi non persuade del tutto.

L'eccesso di potere, tradizionalmente inteso, appartiene pur sempre all'area del principio di legalità, pur in un'accezione sostanziale. Infatti, la distanza fra fattispecie astratta e fattispecie concreta viene controllata pur sempre nell'ottica puramente legale, non con riguardo a una norma specifica, ma all'intero ordinamento. La norma pone i vincoli di scopo e l'azione amministrativa nel caso concreto deve attuarli. Se il provvedimento rispetta le regole puntuali, non significa che sia in grado di attuare lo scopo. Dovrà, dunque, verificarsi, la rispondenza della decisione amministrativa ai principi che ne connotano in termini generali l'azione.

Nei casi di attività vincolata le norme di legge possono predeterminare il contenuto del provvedimento. In queste ipotesi la violazione di legge inficia il provvedimento in via diretta,

perché la fattispecie concreta diverge da quella astratta. In altri casi non c'è la predeterminazione del contenuto del provvedimento, ma solo la fissazione delle modalità della sua formazione, allora il mancato rispetto delle norme sul procedimento comporta uno scollamento della fattispecie concreta da quella astratta, perché essa non si è formata secondo le regole predeterminate.

Se il contenuto non è predeterminato, bisogna altresì verificare se i margini della discrezionalità siano stati correttamente rispettati. È necessario, cioè, verificare se l'interesse pubblico è stato soddisfatto. Se la risposta è negativa il provvedimento sarà viziato da eccesso di potere, il quale mette in evidenza se il contenuto del provvedimento sia comunque riconducibile allo scopo per cui il potere è stato conferito e quindi, in generale, alla fattispecie astratta.

Naturalmente, quando si ha una violazione della regola procedimentale non è detto che questa incida sul contenuto. Se il contenuto è predeterminato, si può agevolmente verificare se la fattispecie concreta rispecchia la fattispecie astratta pur in presenza di violazioni procedimentali. Ecco perché l'art. 21-*octies* contempla l'illegittimità non invalidante nell'ipotesi di attività vincolata. L'art. 21-*octies* rappresenta, dunque, l'emblema del temperamento fra concezione formale e concezione sostanziale, ma ancora nell'ottica della legalità.

Oggi, invece, l'impostazione antiformalista reclama una nuova considerazione del buon andamento, e una valorizzazione delle regole economiche come parametro dell'azione amministrativa. La decisione amministrativa, cioè, deve essere valutata secondo il criterio della "*customer satisfaction*", cioè della soddisfazione reale dell'utenza, anche al di là del rispetto, formale e sostanziale, della fattispecie astratta, la quale guarda a quel soddisfacimento da un'angolazione prettamente giuridica.

La nuova frontiera della decisione amministrativa è nell'analisi costi-benefici, nella ricerca della produttività, redditività, convenienza della decisione amministrativa, non più come parametro pregiuridico, intrinsecamente insindacabile, ma come regola normativa dell'agire amministrativo, capace di integrarsi con quelle tradizionali.

Ad essere toccata dal mutamento di prospettiva sarebbe essenzialmente l'attività discrezionale, non a caso oggi esclusa dal perimetro dell'art. 21-*octies*, comma 2. Infatti, la violazione di norme che non invalida il provvedimento è quella violazione che resta all'interno della legalità dell'azione amministrativa, perché la fattispecie concreta nel suo contenuto dispositivo non è diversa dalla fattispecie astratta e questo è verificabile perché si tratta di attività vincolata, dove il contenuto è predeterminato in sede astratta. Viceversa, nell'attività discrezionale le norme procedimentali operano come norme guida della generazione della volontà, a salvaguardia del contenuto dispositivo, quindi è difficile stabilire se e quando la loro violazione non incida sul contenuto del provvedimento e non vada a disarticolare la corrispondenza fra fattispecie concreta e fattispecie



astratta. Anzi, in un'ottica di pura legalità può ragionevolmente ritenersi (e in tal senso ha opinato il legislatore) che le violazioni procedurali conducono generalmente al distacco della fattispecie concreta da quella astratta, perché la decisione discrezionale non può non risentire pregiudizio da un *iter* scorretto di formazione, che “naturalmente” impedisce un risultato conforme al fine pubblico o alla causa del potere.

L'esclusione dell'eccesso di potere (vizio tipico della discrezionalità) dalle violazioni suscettibili di sanatoria conferma l'assunto, poiché il riscontro dell'eccesso di potere comporta sempre una valutazione sull'alterazione del risultato previsto dalla fattispecie legale.

La previsione di cui all'art. 21-*octies* per certi aspetti rappresenta un rimedio alla codificazione dell'eccesso di potere (obbligo di motivazione, di avviso dell'avvio del procedimento, etc.), che rischia di far scivolare il vizio sostanziale in vizio formale, assegnandogli rilevanza indipendentemente dalla sua incidenza sulla formazione della decisione amministrativa.

È condivisibile leggere la disposizione in un'ottica antiformalistica. Essa, infatti, non disegna una categoria di irregolarità (cioè una classe di norme imperfette, prive di sanzioni), la qual cosa sarebbe del tutto coerente con la visione formalista. Prevede, invece, una complessa fattispecie di sanatoria tesa a verificare la portata, appunto, sostanziale, del vizio formale. Non si tratta di verificare una generica difformità dell'atto affetto dalla violazione dall'interesse pubblico<sup>6</sup>, quanto di interpretare funzionalmente l'atto, onde accertare se il risultato dell'azione amministrativa prefigurato sia stato ugualmente realizzato.

La teoria dell'irregolarità in diritto amministrativo faceva leva sulla distinzione tra elementi marginali ed elementi essenziali della fattispecie, l'inosservanza dei quali produceva invalidità. Con il 21-*septies* la mancanza degli elementi essenziali è causa di nullità, sicché il senso della classificazione viene meno e non può essere recuperata con riferimento al 21-*octies*.

La portata dell'art. 21-*octies* esprime il punto di equilibrio – in una visione moderna, ma non nuova, dell'ordinamento amministrativo – dell'antitesi formalismo/antiformalismo, che trova una *reductio ad unum* nel principio di legalità: il formalismo colora la legalità formale, mentre l'antiformalismo quella sostanziale.

La modernità del concetto risiede nel prendere nota della separazione tra il profilo formale e quello sostanziale della legalità – un tempo uniti nella “onnipotenza” della fattispecie astratta, in grado di governare il potere e orientarne i contenuti nella fattispecie concreta – e nell'apprestare una collocazione tale da garantirne il perdurante collegamento, all'interno del sistema amministrativo.

Se forma e sostanza si divaricano, la decisione amministrativa, che rappresenta lo svolgimento del potere, si alimenterà sui due piani, quello della forma e quello della sostanza: la forma sarà gestita

---

<sup>6</sup> Impostazione priva di qualsiasi affidabilità, non offrendo un criterio specifico per distinguere l'atto invalido da quello valido, con conseguente legittimazione di interpretazioni creative del giudice.

nell'ambito degli aspetti estrinseci dell'atto e delle norme sul procedimento; la sostanza è imputabile ai profili che nutrono il comportamento procedimentale della P.A.<sup>7</sup>, inteso come *decision making proces*<sup>8</sup>. Nel *decision making process* trovano ingresso aspetti non legati a previsioni formali, come l'acquisizione di fatti o interessi che non sono imposti da prescrizioni specifiche, la cui omessa o incompleta considerazione può causare l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere.

Nella costruzione della decisione amministrativa esistono, dunque, elementi direttamente illuminati dalla fase attizia (perché formalizzati) ed altri insiti nella fase comportamentale. Mentre per i primi esiste una presunzione di attinenza al *decision making process*, che può essere vinta nel caso concreto in presenza di determinate condizioni (21-*octies*, comma 2)<sup>9</sup>, per i secondi l'attinenza al *decision making process* è un elemento da accertare sempre in concreto.

Questa impostazione, tuttavia, resta ancora immune dalla prospettata valorizzazione del buon andamento, essendo volta a razionalizzare il modello delle norme di azione, scisso tra regole formali e sostanziali, in nome del principio di reale aderenza della decisione amministrativa ai valori da perseguire; non già a implementare nell'ordine giuridico regole economiche, mercé la loro rilevanza diretta sul processo decisionale, con la conseguenza, da un lato, che la loro violazione può rilevare direttamente e non solo quando trasmodi in eccesso di potere, dall'altro che il loro rispetto possa neutralizzare la violazione di norme formali anche nei casi di attività discrezionale.

#### **6.4 I possibili esiti: provvedimento, accordo e silenzio significativo**

La decisione amministrativa e, dunque, il procedimento amministrativo, possono sfociare in atti giuridici diversi dai provvedimenti.

Una prima ipotesi è ben nota: sono gli accordi sostitutivi di cui all'art. 11 legge 241/90, il cui ambito di applicazione è stato generalizzato dalle modifiche apportate con la legge 15/05. Qui il procedimento sfocia in un atto consensuale, che produce i medesimi effetti del provvedimento, ma riceve un regime giuridico differenziato.

Altra ipotesi nota è quella del silenzio significativo, in particolare con valore di assenso, modificato e rafforzato dalla legge 80/05, che completa la 15/05 nel potenziare i modelli alternativi di sbocco della decisione.

---

<sup>7</sup> E' chiaro che quando si parla di comportamento procedimentale si fa riferimento a una visione funzionale dell'attività amministrativa, dove ciò che rileva è la capacità dell'azione di costruire la funzione amministrativa. Quindi, alla fine, atto e comportamento, devono confluire nel procedimento indipendentemente da quello che sia il momento soggettivo dell'esercizio del potere.

<sup>8</sup> Si ricorda che tale definizione qui vale a indicare il processo che forma il contenuto dispositivo del provvedimento.

<sup>9</sup> L'indagine, dunque, non può che essere *ex post*, mirando ad accertare se la violazione formale – che *ex ante* appare rilevante per la formazione della decisione – in quello specifico caso non ha intaccato il processo decisionale.

Vi sono, poi, le ipotesi di cd. auto-amministrazione, in particolare la dichiarazione di inizio di attività, riformata anch'essa più volte e infine trasformata in segnalazione certificata. In tale ipotesi la decisione amministrativa si manifesterebbe nella verifica successiva dei presupposti sottesi all'attività del privato, che non necessita di autorizzazione.

Infine, c'è l'amletica categoria dei comportamenti autoritativi, che sarebbero espressione di potere in forma non attizia, distinguendosi sotto tale profilo dai comportamenti di diritto comune.

La pluralità di modelli di fattispecie concreta idonei a costituire il rapporto giuridico secondo lo schema norma-potere-effetto conferma, da un lato, la distinzione tra decisione e provvedimento e, dall'altro, la centralità della categoria del potere rispetto a quella dell'atto amministrativo.