LAW AND LEGAL INSTITUTIONS
Atti di convegno – 5

La discrezionalità amministrativa

Scritti in occasione della ripubblicazione dell'Opera di Luigi Benvenuti

a cura di
Cristina De Benetti, Giuliano Fonderico
Marco Mancini, Marco Olivi

G. Giappichelli Editore

LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

Atti di convegno – 5

Comitato di Direzione

Coordinatore: Giovanni D'Alessandro

Benedetta Agostinelli
Francesco V. Albertini
Chiara Amalfitano
Carlo Bonzano
Andrea Buratti
Antonio Colavecchio
Cristiano Cupelli
Daniele Edigati
Gianpaolo Fontana
Giovanni Girelli
Elena Marinucci
Fulvio Maria Palombino
Antonio Preteroti
Maurizio Sciuto
Raffaele Torino
Marcello Toscano
Fabiana Tuccillo
Silvia Zorzetto

Comitato Scientifico

Coordinatore: Enrico del Prato

Carlo Focarelli
Gian Luigi Gatta
Claudio Luzzati
Carla Masi
Beatrice Pasciuta
Cesare Pinelli

La discrezionalità amministrativa

Scritti in occasione della ripubblicazione dell'Opera di Luigi Benvenuti

a cura di

Cristina De Benetti, Giuliano Fonderico

Marco Mancini, Marco Olivi

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-1809-4
ISBN/EAN 979-12-211-8319-1 (ebook - pdf)
ISBN/EAN 979-12-211-8458-7 (ebook - epub)

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Filosofia e Beni Culturali dell'Università Ca' Foscari di Venezia.

Università
Ca'Foscari
Venezia
Dipartimento di Filosofia e Beni Culturali

natura
etica
economia
diritto
NEED
Centro Studi

G. Giappichelli Editore

MARCHIO STORICO

Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

Università Ca'Foscari Venezia
Dipartimento di Economia

Governance & Social Innovation

CENTRO PER IL LIBRO E LA LETTURA

IL MAGGIO DEI LIBRI 2024

La discrezionalità amministrativa

in occasione della ripubblicazione de *La discrezionalità amministrativa* di Luigi Benvenuti

Mercoledì 15 maggio 2024, ore 15.30-18.30
Aula Baratto, Ca' Foscari - Dorsoduro 3246, Venezia

15.30 **Saluti istituzionali**
Alberto Urbani, Vicedirettore del Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia

Stefano Campostrini, Direttore Centro Governance & Social Innovation, Università Ca' Foscari Venezia

15.50 **Relazioni**
Presiede e coordina: **Enrico Follieri**, Università degli Studi di Foggia

Michele Trimarchi, Università degli Studi di Foggia
Discrezionalità e separazione dei poteri

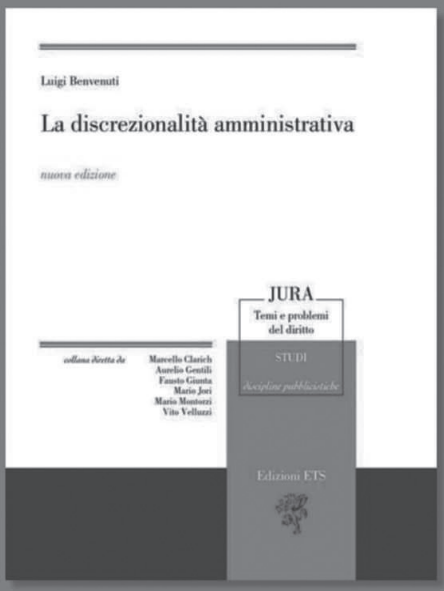
Daria de Pretis, Università degli Studi di Trento
Discrezionalità e valutazioni tecniche

Giandomenico Comporti, Università degli Studi di Siena
L'insostenibile leggerezza della discrezionalità

Fulvio Cortese, Università degli Studi di Trento
Interpretare l'interpretazione

Silvia Zorzetto, Università degli Studi di Milano Statale
La discrezionalità interpretativa nella specola della filosofia del diritto

Conclude: **Fabio Merusi**, Università di Pisa



L'ingresso è gratuito, i posti sono limitati e saranno assegnati in ordine di registrazione. L'evento è stato accreditato dall'Ordine degli Avvocati di Venezia per il riconoscimento di n. 3 crediti formativi in materie generali (applicabile solo per la partecipazione in presenza).

Sarà possibile partecipare anche da remoto collegandosi al link Zoom ____

Comitato scientifico e organizzativo
Cristina De Benetti cdebenet@unive.it
Giuliano Fonderico giuliano.fonderico@unive.it
Marco Mancini marco.mancini@unive.it
Marco Olivi marco.olivi@unive.it

Per informazioni : **Cecilia Police** cecilia.police@unive.it

Indice

pag.

Nota dei curatori IX

Enrico Follieri
Intervento introduttivo al Convegno / *Introductory Presentation to the Conference* 1

Gian Domenico Comporti
L'insostenibile leggerezza della discrezionalità amministrativa / *The Unsustainable Lightness of Administrative Discretion* 5

Fulvio Cortese
Interpretare l'interpretazione / *Interpreting the Interpretation* 51

Michele Trimarchi
Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri (rileggendo Luigi Benvenuti) / *Administrative discretion and separation of powers (rereading Luigi Benvenuti)* 63

Silvia Zorzetto
Auctoritas facit ius? Discrezionalità e poteri in uno Stato di Diritto / *Auctoritas facit ius? Discretion and Powers within the Rule of Law* 79

pag.

Luigi Benvenuti
Osservazioni e riflessioni / *Observations and reflections* 105

Fabio Merusi
Sulla "nuova" discrezionalità amministrativa secondo Luigi Benvenuti / *On the "new" administrative discretion according to Luigi Benvenuti* 111

Giuliano Fonderico
Prospettive del diritto dell'Unione Europea sulla discrezionalità delle amministrazioni nazionali / *Perspectives of European Union law on the discretion of national administrations* 115

Marco Olivi
Dalla Teoria alla Prassi. La discrezionalità nell'attuazione dell'art. 16 della Direttiva "Habitat" / *From Theory to Practice. Discretion in the Implementation of Article 16 of the "Habitat" Directive* 127

Marco Mancini
Discrezionalità e procedimento elettorale "preparatorio" / *Discretion and "preparatory" electoral procedure* 147

Nota dei curatori

Nel 1986 Luigi Benvenuti pubblicava il suo studio su "La discrezionalità amministrativa".

In quegli anni la lettura della discrezionalità come ponderazione di interessi era consolidata. In controtendenza, il saggio di Benvenuti proponeva di intraprendere la via ermeneutica, attraverso la quale svelare "le caratteristiche strutturali" del meccanismo decisionale amministrativo e il processo circolare di progressiva comprensione del testo interpretato. Superando con ciò, in senso pragmatico, le formalizzazioni dogmatiche che erano sin lì prevalse in dottrina. Lo studio spaziava dalle teoriche del diritto amministrativo alla filosofia, fondendo la precisione quasi musicale della struttura bachiana con la profondità dell'ermeneutica gadameriana e segnando un termine di confronto per i decenni successivi.

Il saggio, ormai da lungo tempo esaurito, è stato ripubblicato nel 2023. L'Autore, che era tornato sull'argomento anche in anni anteriori – si pensi allo studio su "La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti", raccolto in un volume del 2002 – ha accompagnato la ripubblicazione con un'accurata e profonda postfazione nel quale si è confrontato con i mutamenti nel diritto positivo e con gli studi che nel frattempo si erano succeduti.

La ripubblicazione dell'Opera è stata l'occasione per un convegno presso l'Università Ca' Foscari, tenutosi il 15 maggio 2024. Vi hanno partecipato tra i più autorevoli studiosi del diritto amministrativo e della filosofia del diritto, con interventi e relazioni di pregio elevatissimo che hanno indagato l'attualità, la fecondità e le implicazioni problematiche del pensiero di Luigi Benvenuti nell'esperienza presente.

Gli stessi studiosi hanno poi generosamente accolto l'invito dei curatori del convegno a una stesura per iscritto dei loro lavori. Con un sentito ringraziamento, li si raccoglie in questo volume, nato con il supporto del Centro Studi NEED (Natura Etica Economia Diritto), unitamente ad altri scritti

sui temi della discrezionalità redatti dai curatori in omaggio deferente e con amicizia affettuosa per Luigi Benvenuti.

Attraverso queste pagine, gli autori esplorano come il potere amministrativo debba trasformarsi per affrontare i grandi mutamenti del nostro tempo: dalla gestione delle fragilità sociali, alla cura della biodiversità e delle transizioni ecologiche. Dalla critica ai modelli tradizionali di Zanobini e Giannini all'analisi del rapporto tra lingua e potere, il libro rilegge una discrezionalità che non è più arbitrio, ma scoperta razionale della soluzione più ragionevole per il caso concreto, maturata nell'alveo del procedimento amministrativo.

I curatori

Enrico Follieri [*]

Intervento introduttivo al Convegno

Introductory Presentation to the Conference

In un recente convegno del 9 e 10 novembre 2023, organizzato all'Università di Foggia dal prof. Michele Trimarchi su "Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo", è stata presentata la ristampa del libro di cui oggi discutiamo e, in quella occasione, ho evidenziato che la struttura del volume presenta aspetti che vanno sottolineati.

Il libro è diviso in due parti, ogni parte in due capitoli ed ogni capitolo in otto paragrafi. Questa simmetria nella distribuzione strutturale degli argomenti mi ha fatto pensare ai tempi della musica, soprattutto perché Luigi è un grande intenditore ed appassionato di musica, un musicologo a tutto tondo.

Alla mia domanda sul se la mia impressione fosse esatta, Luigi mi ha risposto che la mia idea ha un qualche fondamento e che, all'epoca in cui scriveva la monografia, ascoltava prevalentemente Johann Sebastian Bach.

I tempi nella musica sono divisi in due grandi categorie: tempi semplici e tempi composti. Il tempo semplice non indica una musica di più facile approccio e componimento. È una questione ritmica ed i tempi sono l'elemento metrico che differenzia i vari brani tra loro; essi si esprimono in un numero frazionario che si scrive all'inizio del brano musicale. Il numeratore rappresenta la quantità di pulsazioni, il denominatore il valore in termini di note musicali che ogni battito riceve.

La monografia di Luigi Benvenuti è in due ottavi (2/8), cioè due pulsazioni ed otto note musicali, ed è un tempo semplice con divisione binaria.

Il riferimento a Bach è pertinente.

---

[*] Professore Emerito, già ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Foggia.

Bach è stato un grande compositore, vissuto a cavallo tra il 1600 e il 1700, autore di armonie complesse, inventore del contrappunto ed ha operato un'originale sintesi tra lo stile dei compositori italiani (specie Vivaldi) e quello dei tedeschi.

Ebbene, anche Luigi è autore di armonie giuridiche complesse ed ha sintetizzato in modo originale la dottrina italiana e quella tedesca, specie di Hans Georg Gadamer.

Il dato musicale ritorna sul piano della dottrina.

La discrezionalità amministrativa di Benvenuti si può anche definire, quanto alla struttura, come un'opera musicale.

La discrezionalità è un tema proprio delle scienze pubblicistiche, non trattato dai privatisti perché loro non affrontano un potere che si ammanta di autorità tra il legislativo, il giudiziario e l'esecutivo, ma affondano il bisturi della conoscenza sotto tutti i profili dei rapporti inter-privati nei quali troneggia l'autonomia che è una cosa diversa dalla discrezionalità. Da una parte c'è la libertà dei fini e delle scelte propri del diritto privato, dall'altra c'è la predeterminazione di fini, scopi e interesse pubblico, che condiziona enormemente lo svolgimento dell'attività dei pubblici poteri.

Vedendola da un altro punto di vista, la discrezionalità è stato un mezzo (come è stato scritto da tanti) per arrivare a sindacare l'esercizio del potere, perché non si trasformi in arbitrio.

La monografia ripubblicata è stata preceduta nel 1984 da una edizione parziale in cui Luigi Benvenuti ha esposto, in sostanza, il capitolo I della parte prima su "prospettive di storia e metodo" e, nel 1986, dalla monografia che oggi è stata ristampata. La ristampa presenta una postfazione nella quale si considerano le linee di tendenza della giurisprudenza e gli orientamenti della dottrina, per poi operare delle precisazioni sulla monografia del 1986 e sul volume del 2017 "Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica".

Nella postfazione, Luigi Benvenuti individua il nucleo centrale della sua idea di discrezionalità: "respinta ogni diversità per così dire qualitativa, tra interpretazione e discrezionalità non vi sarebbero differenze sostanziali ma solo di misura" (p. 297).

Tra i due concetti c'è una distinzione di quantità e non di qualità. Ma oltre a questo, il libro di Benvenuti presenta, nella prima parte, un'importante ricostruzione storica delle idee.

Questa parte dell'opera, che di solito non è tenuta nella giusta considerazione, è per me fondamentale per capire l'approccio alla problematica da parte di Benvenuti. Egli ha fatto la storia della letteratura sulla

discrezionalità, scavando nel pensiero degli autori per comprendere le ragioni delle diverse teoriche, collegandosi alla visione che questi studiosi hanno avuto dello Stato e all'impostazione di teoria generale sugli elementi dell'atto, in particolare la volontà e la causa. Non è un'esposizione delle varie tesi, ma l'Autore le penetra per scoprire le ragioni che sono alla base delle diverse soluzioni e, soprattutto, ricerca una plausibile spiegazione. Questa parte è, secondo me, veramente interessante perché dei diversi giuristi che hanno affrontato la discrezionalità, Benvenuti mette in luce le matrici ideologiche dell'epoca in cui sono state esposte e la personalità degli autori. È veramente uno scrigno molto prezioso per capire perché i padri della nostra dottrina hanno detto certe cose.

È un'applicazione della ermeneutica secondo l'orientamento di Chladenius e Friedrich Schleiermacher che ricercano il significato di un testo indagando anche nel contesto storico, culturale e sociale in cui ha operato l'autore; l'ermeneutica non finisce con la lettura di un testo ma deve individuarne il significato più profondo. Nello stesso tempo, nell'interpretare un testo si deve anche tenere conto della visione che ha chi lo interpreta, secondo l'evoluzione che si è avuta con Gadamer.

L'impostazione di Luigi Benvenuti che conduce ad unità la discrezionalità, non solo per aver attutito le differenze tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa, ma anche per aver svalutato l'attività vincolata che richiede sempre apprezzamenti che nessuna norma può escludere, può condurre a due considerazioni, una volta affermata la natura interpretativa dell'esercizio del potere discrezionale.

Il potere dell'autorità amministrativa è omogeneo quale che sia lo spazio lasciatogli o non lasciatogli dalla norma; esso si risolve con l'interpretazione da cui non si distingue qualitativamente, ma solo quantitativamente, per misura.

L'interpretazione è eseguita dalla pubblica amministrazione che esercita il potere, ed in questa attività è irrilevante la tradizionale distinzione tra discrezionalità tecnica e amministrativa e attività vincolata perché ogni manifestazione si appunta nel processo interpretativo che riguarda la norma, ma anche il fatto concreto su cui intervenire, e si distingue sul piano quantitativo.

Ciò porta a due conseguenze tra loro antitetiche e che possono giustificare sul piano teorico il diverso sindacato del giudice ordinario e di quello amministrativo.

Il giudice è interprete, al pari della pubblica amministrazione, e prende in esame la fattispecie astratta e concreta, per cui non dovrebbe avere alcuna limitazione nel conoscere e sindacare l'attività amministrativa oggetto del suo giudizio.

È quanto si verifica nello svolgimento della funzione giurisdizionale da parte del giudice ordinario, specie di quello penale, il quale ripercorre ogni aspetto e valutazione eseguita dall'autorità amministrativa.

Il giudice ordinario non si preoccupa di mettersi al posto della pubblica amministrazione e svolge un sindacato pieno e completo, ritenendo che non vi siano aree franche riservate al potere esclusivo dell'autorità amministrativa.

La base teorica di questo sindacato si può trovare proprio nell'idea di Benvenuti: la discrezionalità è interpretazione ed il giudice, quale interprete, deve necessariamente conoscere l'attività discrezionale, per cui non vi sono limiti alla sua indagine e decisione.

Il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, per cui il potere autoritativo non può essere conosciuto e sindacato se non entro determinati limiti.

È quanto avviene nell'attività giurisdizionale del giudice amministrativo che è interprete del dato normativo e fattuale come l'autorità amministrativa, ma il diritto positivo gli impedisce una conoscenza piena e completa dell'attività amministrativa di diritto pubblico.

Anche in questo caso, la base teorica può essere costituita dall'impostazione di Luigi Benvenuti.

La discrezionalità è interpretazione, ma è una sua misura che si esprime quantitativamente ed una parte della interpretazione – quella più propriamente discrezionale amministrativa o tecnica – può essere prevista come limite all'esercizio del sindacato giurisdizionale.

La tesi di Luigi Benvenuti, quindi, può costituire la base teorica generale che può essere posta alla base di un sindacato pieno e completo ovvero quantitativamente limitato.

Gian Domenico Comporti [*]

L'insostenibile leggerezza della discrezionalità amministrativa

The Unsustainable Lightness of Administrative Discretion

SOMMARIO: 1. La sfida di una lettura *leggera* di un tema ideologicamente ingombrante. – 2. Le coraggiose aperture offerte dall'indagine epistemologica di Luigi Benvenuti. – 3. Come andare oltre ai condizionamenti indotti dai *dicta* di Zanobini e di Giannini. – 4. Il necessario superamento, tramite disambiguazione, del mito dell'interesse pubblico: le indicazioni della scienza economica e della Scuola di Messina verso una teoria dell'azione fondata sulla relazione strumentale cose-prestazioni utili a soddisfare i bisogni umani. – 5. Voci fuori dal coro: Pietro Gasparri e Pierangelo Schiera. – 6. Fatti e persone nell'orizzonte di senso di un'amministrazione tenuta a curare le fragilità sociali e a governare la complessità e salvezza del mondo. – 7. Conclusioni: la discrezionalità oltre il vincolo di scopo definito dalla (norma che definisce la) dotazione organizzativa di partenza degli uffici pubblici.

1. *La sfida di una lettura* leggera *di un tema ideologicamente ingombrante*

Difficile parlare di discrezionalità dopo che i grandi Maestri del Novecento che si sono cimentati con quello che è considerato un "autentico assillo" della nostra cultura giuridica [1] hanno sancito l'insolubilità di un problema [2], indagato "sotto il segno dell'ambiguità se non della confusione", e

[*] Ordinario diritto amministrativo Università di Siena

[1] Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444.

[2] Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, 351.

con "l'ansia mai appagata di una riduzione o trasformazione del margine di libertà riconosciuta all'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni" [3].

Difficile, ma in qualche modo necessario [4] per chi si occupa di diritto delle amministrazioni pubbliche, visto che la discrezionalità ha rappresentato in ogni epoca la sintesi e il cuore dei suoi principali aspetti, rinviando al nodo della legittimazione e autonomia dello stesso potere esecutivo [5] e della sua evolutiva combinazione con le istanze di tutela delle situazioni giuridiche soggettive affermatesi con lo Stato di diritto.

Ancora oggi – richiamando l'attualità del pensiero di Karl Polany (1886-1964) per comprendere i movimenti che scandiscono le Grandi Trasformazioni – nel manifestare preoccupazioni per certe derive autoritarie che emergono a livello internazionale e per le "tendenze illiberali che mettono in discussione alcuni fondamenti dello Stato di diritto" uno studioso avvertito come Maurizio Ferrara evoca il problema dei "limiti certi e codificati al potere esecutivo e alla sua discrezionalità" [6], lasciando così intendere che la soluzione passa attraverso una adeguata limitazione del potere amministrativo.

A sua volta, il nodo del "giusto equilibrio tra livello di dettaglio delle regole e ampiezza della discrezionalità" è ritenuto paradigmatico di quella carenza di effettività che rappresenterebbe "la pietra d'inciampo del diritto amministrativo" [7].

Più in generale, poi, è noto l'atteggiamento polemico che economisti e scienziati sociali riservano al fenomeno burocratico, considerato come inutile freno [8] allo sviluppo della società e dell'economia e, in quanto elevato a

---

[3] Cfr. A PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65.

[4] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 1 ss., ha parlato in proposito di un "rebus necessario" per comprendere sia i meccanismi dell'azione amministrativa che gli strumenti di tutela avverso di essa.

[5] Che è stato "il principale bersaglio di ogni teoria della separazione dei poteri", come notato di recente da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 394.

[6] Cfr. M. FERRARA, *L'Europa antidoto alle derive illiberali*, in *Corriere della Sera*, *La Lettura*, 12 maggio 2024, 47.

[7] Cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, 19, 164.

[8] F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. ec.*, 2013, 357. Più in generale, si veda l'analisi dei problemi che affliggono una burocrazia diventata "una sorta di ragnatela che avvolge il potere" effettuata da A. CELOTTO, *Potere e burocrazia*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, V, *Potere e costituzione*, Milano, 2023, 446.

"indicatore cruciale della qualità dei sistemi istituzionali" [9], ritenuto come capro espiatorio di tipo sistemico dei principali mali del mondo attuale [10]. E sono sotto l'occhio di tutti le riforme amministrative che, in chiave per lo più anti-ciclica e, dunque, senza visione generale e pretesa di intervento sulle criticità macroeconomiche [11], intervengono ormai periodicamente [12] per lubrificare o fluidificare [13] alcuni aspetti del meccanismo decisorio avendo di mira l'obiettivo contingente del *fare* a qualunque costo piuttosto che quello del fare selettivamente orientato da processi razionali di scoperta della soluzione più adeguata al problema sul tappeto [14].

Di qui una rinnovata e urgente necessità di prendere posizione sul tema, liberandolo dalle tante sovrastrutture ideologiche, dogmatiche e politiche che nel tempo ne hanno condizionato e appesantito l'esame, al fine di chiarire il senso logico, razionale, laico e strutturale del lavoro burocratico inteso come capacità di prendere decisioni.

2. *Le coraggiose aperture offerte dall'indagine epistemologica di Luigi Benvenuti*

A tale impegno non si è sottratto Luigi Benvenuti [15] che, in perfetto

---

[9] G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., 20.

[10] Sull'argomento, si veda ora la ricerca di E. FREDIANI, *Attività amministrativa e capri espiatori. Scenari*, Modena, 2024, 21-23.

[11] F. MERUSI, *L'imbroglio delle riforme amministrative*, Modena, 2016, 17.

[12] Il recente volume *Le riforme amministrative*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli, Bologna 2024, evidenzia il carattere necessario, continuativo e problematico assunto dalla politica riformatoria della pubblica amministrazione (che ha visto impegnato nell'ultimo trentennio ben 14 ministri con questo incarico, quasi mai portato a termine), allo scopo "di affrancarsi sia dall'idea pregiudiziale di inefficienza e arretratezza dell'amministrazione pubblica, sia dal facile entusiasmo a cui si cede a volte in occasione di singole iniziative riformatrici" (*Introduzione*, 15).

[13] Secondo l'espressione usata da Cons. Stato, Comm. speciale, nel parere n. 1640 del 13 luglio 2016, reso su alcuni problemi applicativi del nuovo art. 17-*bis*, legge n. 241/1990.

[14] Tali scansioni sono state approfondite in G.D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb*, 2022, 643.

[15] Il riferimento è a L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, di cui è stata curata una nuova edizione per i tipi ETS, Pisa, 2023 (da cui sono tratte le citazioni che seguono). L'A. già nell'*Introduzione*, dopo avere osservato che il "problema della discrezionalità è certamente uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato

isolamento rispetto agli studi degli anni Ottanta del Novecento [16], prevalentemente dedicati a prendere posizione "pro o contro questo o quel modello di sindacato" e, quindi, a "promuovere o scoraggiare un approfondimento del controllo giurisdizionale" sul potere [17], nell'ormai lontano 1986 ha intuito che le diverse definizioni di discrezionalità elaborate già dalla prima dottrina rivelassero esigenze politico-culturali e matrici ideologiche [18] diverse legate anche ai contingenti contesti storici ed economico-sociali, compendiabili nel filo comune della ricerca di una soluzione a "un problema più vasto", quale è quello riguardante "il ruolo del soggetto nel compimento delle operazioni ermeneutiche" [19]. Allargando così il campo dell'indagine e additando, per esempio, la problematicità e il relativismo di un autore come Cammeo, "così alieno da dare contorni precisi alla nozione", come emblematici, in un contesto oltre tutto "in cui maggiormente sentita era la necessità di svincolare l'organo pubblico da limiti prestabiliti dalla legge", dell'esigenza di "non dogmatizzare l'argomento, accentuandosi la presenza di giudizi di valore in ogni momento della decisione" [20]. Proprio l'insistita ricerca di un momento soggettivo e creativo dietro a ogni fase del procedimento di attuazione/traduzione del potere giuridico in atto ha indotto l'autore a individuare nella prospettiva ermeneutica la via maestra per cogliere, più che i limiti esterni, "le caratteristiche strutturali" del meccanismo decisionale indagato [21], accedendo così ad una sua visione unitaria e complessiva, riassumibile in un moto "dinamico e circolare" [22], tale per cui "non sia possibile

---

e del presente", dà atto che "tutti gli autori, in un modo o nell'altro, hanno dovuto occuparsene e tentare di scioglierlo" (*ibid*., 13).

[16] Tra cui si ricordano, in particolare: G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1573; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm*., 1983, 371; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm*., 1984, 463; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

[17] Come notato da G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 35 ss.

[18] Sottolinea il punto E. FOLLIERI, *Conclusioni*, in *Concetti giuridici indeterminati e strandards valutativi del potere amministrativo*, a cura di M. Trimarchi, Napoli, 2024, 290, parlando di uno "scrigno molto prezioso per capire perché i padri della nostra dottrina hanno detto certe cose".

[19] Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 90 ss., 153 e 155.

[20] *Ibid*., 155.

[21] *Ibid*., 198.

[22] *Ibid*., 257 e 258.

dividere il processo del comprendere in varie fasi di cui il fenomeno della discrezionalità amministrativa sarebbe una manifestazione particolare" in ragione del "rapporto continuamente rinnovantesi del soggetto con il testo interpretato (…) necessariamente giuocato dagli stessi segni di volta in volta interpretati" [23].

Questa visione adattiva, pragmatica, e "non troppo formalistica della concreta dinamica ordinamentale", ha consentito di guardare al funzionamento delle amministrazioni pubbliche in un modo che appare più vicino alla reale natura di quel fenomeno arbitrale e compositivo di prospettive e posizioni che è tipico di una stagione caratterizzata da complessità, stratificazione e pluralismo e dal "moto della società verso l'istituzione (…) verso un'appropriazione dell'ente Stato da parte di gruppi, associazioni e talora di fazioni" [24]. Con conseguente abbandono di distinzioni sostanziali e qualitative tra i vari momenti in cui si articola un percorso decisionale che va inteso come "un *continuum* nel prisma appunto di una (…) costitutiva indeterminatezza" dei punti di partenza e di arrivo [25], e approdo a una visione che consente di "graduare il momento della decisione senza frapporre immaginari steccati" e, quindi, senza accedere a inutili e fittizie complicazioni sul piano teorico [26].

I risultati della ricerca, ancora più oggi che è maturata in tutti i suoi possibili esiti la consapevolezza circa la logica funzionale del procedimento, che sembra fatta apposta per "enfatizzare il ruolo e la funzione dell'interpretazione" e del ragionamento giuridico [27], appaiono importanti perché attraverso la "disambiguazione del linguaggio e dei concetti comunemente utilizzati" [28] si è potuto "offrire coordinate più certe alla cultura del diritto amministrativo" [29].

Così è per la difficoltà di separare chiaramente e più precisamente gli accertamenti dagli apprezzamenti tecnici, in ragione dei comuni margini di opinabilità che caratterizzano questi momenti conoscitivi di fatti più o

---

[23] *Ibid*., 201.

[24] *Ibid*., 197 ss.

[25] Cfr. L. BENVENUTI, *Postfazione*, *ibid*., 306 e 307, ove si richiama anche la "logica sfocata" che entra in gioco per la "gestione delle conoscenze incomplete".

[26] Cfr. ancora *ibid*., 299, 305.

[27] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 191 e seguenti.

[28] Cfr. L. BENVENUTI, *Postfazione*, cit., 279 ss., 286 e 292.

[29] *Ibid*., 295.

meno complessi; e, ancora, per il riconoscimento di una diffusa "embricazione" tra profili tecnico-conoscitivi e profili politico-valutativi in tutto l'arco *dell'iter* decisionale [30], con "frequente scivolamento della discrezionalità tecnica in discrezionalità amministrativa" [31]. Così è anche per la stessa difficoltà di prefigurare nell'ambito dell'ordinamento atti amministrativi interamente vincolati, posto che la vincolatezza del momento conoscitivo – ossia dell'accertamento o apprezzamento dei presupposti dell'azione, che non si prestano ad essere compiutamente determinati dalla astratta fattispecie normativa mediante l'impiego di termini matematici e/o singolari – è semanticamente inconcepibile per cui non potrebbe non intervenire il *medium* costituito da una decisione [32]. Pervenendo così alla più pragmatica consapevolezza dell'esistenza di singolari "momenti vincolati all'interno della discrezionalità e non di attività vincolata contrapposta a quella discrezionale" [33], che è certamente in linea con la visione contemporanea di una discrezionalità intesa come spazio di alternative decisorie che si consuma progressivamente, fino ad esaurirsi, nel corso

[30] *Ibid.*, 287.

[31] *Ibid.*, 284 ss., 294. Il tema, com'è noto, ha impegnato la generazione degli studiosi a cavallo tra la fine degli anni Ottanta del Novecento e il nuovo millennio. Cfr. ad esempio: V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165; G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. dir.*, 1989, 347; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, cit., 52 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.* 2004, 439; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, 471. Si tratta di un filone di ricerche, i cui sviluppi sono stati di recente ripercorsi e analizzati nel volume collettaneo A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico – scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, alimentato da autori per lo più impegnati a rispondere a motivazioni di ordine processuale, in ciò sollecitati da "nuove esigenze sociali e politiche" che hanno indotto a una "rinnovata riflessione circa il ruolo del giudice amministrativo" nella prospettiva "di una esaltazione del principio di effettività della giurisdizione" (L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 68; cfr. anche A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., 430).

[32] L. BENVENUTI, *Postfazione*, cit., 290 ss.

[33] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 256 ss.; ID., *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 81.

dello svolgimento dell'attività amministrativa [34] e nell'andirivieni tra procedimento e processo [35].

Così è ancora per la ri-tematizzazione della "controversa nozione di merito amministrativo, variamente definito in sede dottrinale", e "ancora in attesa di compiuta qualificazione" [36]. Nozione della quale si ipotizza "un uso diverso", vale a dire non confinato a individuare una sezione "non regolata dell'agire discrezionale" che sia "contigua alla zona regolata e in cui mancherebbe il supporto di parametri tecnici e normativi", ma funzionale ad esprimere "più semplicemente le finalità della stessa attività di comprensione attraverso il linguaggio, che appunto, non potrebbe non svolgersi nel confronto continuo e circolare con i fatti posti a base della decisione, alla ricerca delle ragioni ultime e delle motivazioni sottaciute" [37]. Ritenuta improbabile qualsiasi "ricerca dei caratteri morfologici distintivi del merito dalla discrezionalità", il richiamo al merito servirebbe soltanto a individuare le "ragioni ultime di un agire discrezionale ermeneuticamente orientato",

---

[34] Com'è attestato dal paradigmatico principio della predeterminazione dei criteri decisori posto ora dall'art. 12, legge n. 241/1990, o da quello della preclusione procedimentale o c.d. *one shot* procedimentale delineato dal novellato art. 10-*bis*, comma 1, della medesima legge n. 241/1990 (su cui si vedano M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2ª ed., Bologna, 2023, 295; F. TRIMARCHI BANFI, *La funzione amministrativa dopo la riforma del preavviso di diniego*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 814 ss.; P. CERBO, G. D'ANGELO, *Preavviso di diniego, 'rapporto' amministrativo e tutela giurisdizionale: un'introduzione*, in *Tra procedimento e processo. Atti del ciclo di seminari sulle modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo*, a cura di G. Avanzini, P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli, Napoli, 2024, 5 ss.). Il TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2024, n. 1176, ha ritenuto che la nuova disposizione normativa sia espressiva del principio generale che permea la teorica del *one shot*, secondo cui è comunque preclusa all'amministrazione, durante la nuova propaggine provvedimentale la possibilità di sollevare profili non ancora esaminati, così scongiurando "il rimpallo della medesima vicenda provvedimentale tra giudice e P.A.".

[35] Su cui si veda F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Roma, 2020, 12-14, il quale parla in proposito di "una dinamica circolare in cui la tutela del singolo caso diviene principio guida per i futuri procedimenti, attraverso l'effetto conformativo della decisione". Cfr. anche, per gli sviluppi di tale prospettiva, che evidenzia come "non sia accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private", la nota sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171, con nota di S. VACCARI. Ivi (al punto 6 della motivazione) si citano tra l'altro gli artt. 31, comma 3, e 34, comma 5, c.p.a. quali fonti di un "dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione di una vicenda sostanzialmente unitaria", e che può essere identificato nella "riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa, in via sostanziale o processuale".

[36] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 169.

[37] *Ibid*., 170.

consentendo di "interrogarsi su quelle motivazioni sottaciute che troppo spesso risultano mascherate dietro un'immagine rassicurante della tecnica o delle forme" [38].

3. *Come andare oltre ai condizionamenti indotti dai* dicta *di Zanobini e di Giannini*

Non si intende qui affrontare gli aspetti filosofici ed epistemologici su cui si regge l'evidenziato impianto teorico della ricerca, poi sviluppati da Luigi Benvenuti in successivi lavori dedicati a *Interpretazione e dogmatica* (2002) e *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni* (2017).

Piuttosto, preme fare alcune notazioni di contorno circa la fecondità, ancora in larga parte inespressa, della prospettiva di indagine aperta nel 1986.

A cominciare dall'invito a prestare attenzione non solo alle questioni di confine, come quelle tanto attrattive delle forme e dell'intensità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e, più in generale, della separazione dei poteri [39], intesa in senso logico come "*condicio sine qua non* del riconoscimento e dell'operatività dei diritti" [40] e, da un punto di vista "contingentemente" storico-costituzionale [41], come razionale "criterio di divisione del lavoro" tra apparati idonei ad esercitare distinte funzioni pubbliche [42]. Quanto, e soprattutto, agli aspetti sostanziali, strutturali e interni "delle operazioni indispensabili allo scopo di pervenire alla scelta finale" [43]

---

[38] *Ibid*., 171, ove si aggiunge: «Del resto quando si parla di merito, non si pensa ad alcun procedimento mentale qualificato, né ci si interroga sulla attitudine o meno di determinati parametri a indirizzare l'operazione valutativa. Le accezioni "procedere nel merito", "approfondire il merito", "andare nel merito", paiono solo supporre una attività valutativa adeguata a dar conto di dati di fatto e della realtà».

[39] Su cui ha di recente richiamato l'attenzione S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in AIPDA, *Annuario 2022*, *Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 360.

[40] Come bene evidenziato da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 82-83.

[41] *Ibid*., 80 e 81, ove si precisa che la "tripartizione che ha comportato la piena autonomizzazione della funzione giudiziaria da quella amministrativa e la conseguente riduzione di quella che chiamiamo in senso stretto funzione esecutiva è (…) la fortunata risultante di precise esigenze storiche e di un affinamento della riflessione costituzionalistica".

[42] Cfr. F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 108, ripreso da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., 438.

[43] Come precisato da L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 69.

che caratterizzano il *proprium* della funzione amministrativa, rendendo possibile quella "alchimia burocratica" consistente "nel trasformare il particolare in universale" [44], ovverosia nel gestire "la complessità e le sfumature della realtà" [45] ricorrendo a forme, procedure, e rituali funzionali a "teatralizzare l'ufficiale e l'universale" [46], così come attingendo a "risorse simboliche" capaci, per una sorta di "alchimia retorica", di "mettere in scena un referente immaginario" in nome del quale operare [47].

Siffatta prospettiva dovrebbe infatti agevolare la comprensione di un fattore decisivo, cioè che l'amministrazione non è luogo popolato da direttive, scansioni già definite, regole precise da attuare con il relativo corredo di vincoli e di divieti, spartiti già scritti che attendano solo di essere fedelmente recitati, ma, dovendo "affrontare situazioni nuove, complesse, non previste né prevedibili in anticipo dall'ordinamento, che sollecitano la mobilitazione di energie e la ricerca di soluzioni che non sono di per sé disponibili nella dialettica corrispondentista che si sviluppa nel circuito duale legge-sentenza" [48], consiste in un processo ininterrotto di scelte che, assumendo diverso contenuto (logico, tecnico-scientifico, procedimentale, precettivo) e procedendo dal generale al particolare, conducono alla progressiva scoperta della più ragionevole soluzione all'irripetibile caso problematico che si presenta all'attenzione del personale addetto ai suoi uffici.

---

[44] Cfr. P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, trad. it. di M. Guareschi, *Sullo Stato. Corso al Collège de France*, vol. I (1989-1990), Milano, 2013, 60. Su tali aspetti si è richiamata l'attenzione in G.D. COMPORTI, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, 1106. Ha definito il potere discrezionale come "un esercizio alchemico molto delicato, perché il titolare del potere è chiamato alla *reductio ad unum* della complessità amministrativa" anche A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, V, *Potere e costituzione*, Milano, 2023, 557.

[45] In questi termini L. MARUOTTI, *Relazione sulla attività della giustizia amministrativa*, Roma, 30 gennaio 2023, 8, definisce la discrezionalità quale "vero organo respiratorio del sistema amministrativo (…) perché (…) il più delle volte la disposizione generale ed astratta non è in grado di cogliere la complessità e le sfumature della realtà".

[46] P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France*, cit., 53, ove si parla della "de-particolarizzazione" dello Stato come necessaria forma di legittimazione dell'insieme delle sue istituzioni, che deve apparire "collocata al di sopra delle contingenze, degli interessi e dei conflitti", e "deve presentarsi al di sopra dello spazio sociale, perché se si situasse all'interno di esso ne sarebbe un punto, vale a dire un punto di vista passibile di essere relativizzato".

[47] *Ibid*., 79 ss., 103, 106-107, 112, ove si illustrano i meccanismi di "teatralizzazione" e "messa in forma" che servono a evidenziare l'autorità in nome della quale si agisce e il "fondamento rispetto a un discorso che può apparire autofondatore".

[48] Cfr. G.D. COMPORTI, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1103, e, prima ancora, ID., *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo: viaggio oltre la morsa legge-sentenza*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Falchechi, Napoli, 2019, 125.

Con il che si guadagna un'importante e salvifica distanza rispetto a due dogmi che hanno a lungo condizionato la tematica.

Anzitutto, rispetto alla prospettiva genealogica svelata dal noto *dictum* Zanobiniano [49], secondo cui nei confronti della pubblica amministrazione la legge "opera in forma esclusivamente positiva", nel senso che essa "può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare". La mitologia di provenienza pandettistica del "necessario fondamento legale dell'attività di pubblica amministrazione" [50], nata nella stagione dell'incipiente parlamentarismo in cui si affermava una concezione d'ispirazione democratica dell'ordinamento e positivistica della scienza, e destinata a rappresentare per oltre un trentennio il punto di riferimento della teoria della legalità amministrativa [51] produsse l'effetto di accentuare il fondamento eteronomo dell'azione amministrativa (da cui l'evocativa immagine del potere esecutivo controllato con il contagocce, coniata dall'autore alsaziano Raymond Carré de Malberg nel 1931 riflettendo sul governo di assemblea della Terza Repubblica [52]). Così influenzando tutta la cultura amministrativa successiva che ha considerato il sistema amministrativo come "un campo dominato solo da due tensioni, quella tra legge e amministrazione e quella tra giudice e amministrazione" e, di conseguenza, il diritto amministrativo "solo in funzione di limite dell'azione amministrativa" [53]; e illudendo che l'essenza dell'amministrare consistesse nel confrontarsi con il quadro regolatorio dell'azione che costituisce un *prius* astratto della medesima, piuttosto che con il contesto problematico riflesso dagli imprevedibili e sempre nuovi fatti su cui intervenire in presa diretta.

In secondo luogo, rispetto al *dictum* Gianniniano della discrezionalità intesa come "comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie" [54]. Definizione che, per quanto rispondente a una precisa

---

[49] Esplicitato nel saggio *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 384.

[50] Così fu definita da M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini* (1965), ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, 489.

[51] *Ibid.*, 489.

[52] Come ricordato da S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, cit., 361.

[53] Come messo in evidenza da S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022, 59 ss. e 66.

[54] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* (Milano, 1939), ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000, 74.

opzione ideologica [55], maturata prendendo le distanze dal monismo statuale ereditato dalla tradizione pandettistica e volta a riflettere con realismo [56] la nascita dello Stato dirigista e «multifinale» [57] negli anni Trenta, per effetto della pubblicizzazione degli interessi sociali ed economici, e la conseguente politicità di un'amministrazione indotta a interiorizzare nella propria organizzazione l'antagonistica dialettica tra le posizioni e a ricercare tra le stesse una sintesi [58], non è mai stata oggetto di adeguata contestualizzazione nonostante la generale consapevolezza circa il carattere contingente e storico del problema [59]. Continuando così ad alimentare l'impressione che, fuori dal ristretto nocciolo politico della "fissazione" della scala dei valori da tradurre nel contenuto dispositivo del provvedimento, l'area della scelta riservata

---

[55] Bene messa a fuoco nell'ampia ricerca storica di M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I, *(1939-1950)*, Milano, 2012, 89 ss., 149.

[56] Come da Giannini stesso chiarito nella *Avvertenza*, l'opera, benché di carattere prevalentemente dogmatico, traeva ispirazione da un insieme di decisioni giurisprudenziali scelte per esercitazioni pratiche condotte a latere del corso di diritto amministrativo nella R. Università di Sassari.

[57] Di cui dà atto lo stesso M.S. GIANNINI, sin dai *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (Sassari, 1940), ora in *Scritti*, II, Milano, 2002, 166; ID., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo: intervista a Massimo Severo Giannini*, a cura di M. D'Alberti, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 104; giungendo poi a elaborare la distinzione tra Stato monoclasse e Stato Pluriclasse (*I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 392; ID., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69). Cfr. in argomento S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Milano, 1971, 203; ID., *Lo stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto*, a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio, Bologna, 1994, 11; ID., *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 584; ID., *Le prime opere di Massimo Severo Giannini*, in *Scritti*, I, cit., XIII; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1052-1053. L'abbandono della "visione monolitica dell'interesse pubblico" da parte della coeva giurisprudenza che, nel condurre un sindacato di sufficienza e completezza dell'istruttoria, presupponeva "la pluralità, la molteplicità, degli interessi e dei fatti considerati dalle pubbliche amministrazioni", è bene colto da M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, 1992, 43.

[58] Secondo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 77, "la distribuzione della cura degli interessi assunti come fini dallo Stato tra i vari organi dell'amministrazione, implica che ciascun interesse sia attribuito a un organo o a un gruppo organizzato di organi fra cui viene ridistribuito in vario modo. Distribuzione non significa però ripartizione in compartimenti chiusi, poiché un determinato interesse pubblico *non esiste mai isolato nel mondo sociale*; assegnando la cura di quest'interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono".

[59] Messo in evidenza, tra gli altri, da A. PIRAS, *Discrezionalità*, cit., 66. Su Giannini come "figlio della sua epoca" si veda anche S. CASSESE, *Giannini: lo studioso e il suo tempo*, in ID. (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010, XVIII.

all'amministrazione si esaurisca per lasciare il campo ai vincoli desumibili dal comando normativo [60].

La combinazione delle indicate direttrici culturali ha alimentato in effetti l'impressione che tutto ciò che non riguarda direttamente il lato nobile e manifesto all'esterno, ovverosia attraverso la lente del sindacato giudiziario, della pesatura degli interessi in gioco finisce per divenire di minore importanza nell'economia complessiva dell'attività e, quindi, fattore trascurabile per la comprensione del fenomeno burocratico. Senza considerare che i casi che si presentano alla decisione dell'amministrazione, come aveva cura di sottolineare un dizionario operativo diffuso nel Regno di Sardegna, non sono il frutto dell'inverarsi di situazioni astratte ma "nascono da circostanze impreviste, da situazioni imbarazzanti, dall'urgenza di provvedere, e dall'intricata complicazione" [61] delle circostanze della vita. E che, pure nella lunga stagione del "trionfo" della legalità, che avrebbe come conseguenza la "rimozione" o "erosione" della discrezionalità [62], e della "esondazione" di un Parlamento che pretende di amministrare situazioni concrete con leggi-provvedimento e auto applicative [63], alla "crescente intensificazione dei vincoli normativi alle decisioni" fa da contraltare lo sviluppo di una capacità più estesa e, per così dire, diffusa "di districarsi" anche sul piano interpretativo "all'interno di un fittissimo reticolato normativo e ad assumere, in tendenziale autonomia dall'indirizzo politico, scelte complesse caratterizzate da un intreccio strutturale, e non episodico, tra giudizi di valore e giudizi tecnici" [64]: con emersione, quindi, di una discrezionalità nuova, di tipo

---

[60] Anche di recente, nel ribadire il carattere indiscutibile della tesi gianniniana in merito alla "sostanza della discrezionalità", F.G. SCOCA, *Massimo Severo Giannini, la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2024, 68, ricorre significativamente all'immagine di un'attività "*legata* (…) *per la testa, le membra e i piedi*, nel senso che è vincolata ai presupposti di fatto stabiliti dalla legge, deve svolgersi secondo le prescrizioni procedimentali e deve rispondere ai diversi fini (o interessi) predeterminati in astratto dalle leggi e unificati praticamente nell'interesse pubblico concreto" (corsivi aggiunti).

[61] Cfr. il *Dizionario di diritto amministrativo*, pubblicato con autorizzazione del Governo dall'Avv. L. Vigna e da V. Aliberti, I, Torino, 1840, 15.

[62] Cfr. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., 411 ss., 435. I "fattori erosivi" della discrezionalità sono analizzati da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 17.

[63] S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, cit., 364; cfr. anche C. COTTARELLI, *Dentro il Palazzo. Cosa accade davvero nelle stanze del potere*, Milano, 2024, 10 ss., per l'analisi delle cinque tendenze che hanno condotto nel corso degli ultimi quindici anni all'attenuazione della separazione tra potere esecutivo e potere legislativo per effetto di un governo che "di fatto ha avuto sempre più non solo il controllo dell'esecuzione delle leggi, ma anche di quello della scrittura delle stesse".

[64] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., 435-436.

"interstiziale" [65], che consiste nella capacità di gestione e "riduzione della complessità" [66] del reale e nel sapersi muovere "tra regole, condizionamenti e controllori" e richiede "un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939 perché include anche il sistema dei controlli" [67]. E senza tenere presente, ancora, che il carattere artificioso e confinario della definizione a cui fa da contraltare nella realtà operativa l'esistenza di ampie zone grigie, caratterizzate da ipotesi di "commistione" di elementi che si suole ricomprendere nella residuale categoria della discrezionalità "mista" [68], non giova neppure all'estensione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, visto l'atteggiamento cauto e oscillante della giurisprudenza che – pure a dispetto dell'annuncio di significative aperture registrabili negli ultimi lustri – continua ad affidarsi a formule astratte e a binomi insinceri che coprono soltanto una generica ritrosia a verificare in modo diretto e autonomo i fatti controversi quand'anche complessi ed opinabili [69].

---

[65] Così A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione*, cit., 13, riconoscendo che "l'azzeramento della discrezionalità costituisce una illusione, mentre il mutamento morfologico è, per molti versi, una realtà".

[66] *Ibid*., 14, ove si parla di una discrezionalità "diversa dal passato", in termini di "capacità interpretativa degli interstizi", perché "l'amministrazione, per decidere, è chiamata a mettere ordine tra le diverse regole, a interpretare le stesse, a convivere con crescenti aree a elevata tecnicità". Il punto è sottolineato da tempo, anche dalla prospettiva del sindacato giurisdizionale, dai Giudici amministrativi, come traspare ad esempio dalla *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017. Relazione del Presidente Alessandro Pajno*, Roma, 31 gennaio 2017, 18, passando per la *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, Roma, 2 febbraio 2021, 13 ss., fino alla *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti*, Roma, 3 febbraio 2025, 13, ove si precisa che "È indispensabile che tutti i titolari di funzioni pubbliche si facciano carico di tali complessità: ognuno deve fare la sua parte e deve individuare soluzioni in base alla propria competenza, in maniera chiara e comprensibile (…)".

[67] S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, cit., 365-366.

[68] Annoverata anche da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 14 (nota 55) e 21 (nota 81), tra le ipotesi di tecnicizzazione dell'azione amministrativa.

[69] In proposito si rinvia alle condivisibili considerazioni critiche sviluppate da N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm*., 2024, 515 e ss., il quale segnala che "da un esame anche sommario delle pronunce degli ultimi cinque lustri, pur in presenza di ripetuti e talvolta clamorosi annunci di novità d'approccio al tema del controllo (diretto) sulle valutazioni tecniche opinabili, trova ripetuta conferma l'impostazione restrittiva che limita il sindacato del giudice di legittimità sui giudizi tecnici al mero controllo indiretto, o estrinseco" (*ibid*., 521). Secondo l'A. "è inaccettabile l'impostazione secondo cui il giudizio *sul* fatto, che (…) *è un fatto*, venga ricondotto a delle valutazioni di interessi, così obliterandosi la distinzione tra i due momenti della concretizzazione dell'interesse pubblico da un lato (operazione più o meno

Molte delle tensioni generate da tale visione si riflettono nel citato rompicapo della discrezionalità tecnica. Rispetto al quale, in questa sede, vale la pena richiamare soltanto l'atteggiamento critico di Luigi Benvenuti verso la "rincorsa a scoprire improbabili essenze" [70], e la presa di posizione rispetto agli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che "con troppa sicurezza" indulgono in distinzioni qualitative e categoriali all'interno del composito mondo delle operazioni intellettive di apprezzamento della "situazione storico-ambientale" [71] che condiziona la decisione amministrativa; con l'effetto pernicioso che siffatta "scomposizione del percorso decisionale in fasi rigidamente distinte tra loro" finisce "per escludere aprioristicamente qualsiasi genere di valutazione discrezionale, vuoi del giudizio di rilevanza del fatto nell'ambito dell'ordinamento, vuoi della stessa fase di attività conoscitiva e d'accertamento" [72].

Come si è cercato di dimostrare nel citato saggio sul *coraggio di amministrare*, un'amministrazione che si riempie di vaghe enunciazioni di principio e di finti surrogati della realtà delle cose, e che quindi agisce sempre e solo con lo sguardo alzato e rivolto verso i regolatori di turno o il giudice, aspettando da tali fonti eteronome indicazioni per riempire di senso le figure retoriche che dovrebbero guidarne le funzioni, anziché con lo sguardo basso e concentrato sulle particolarità e sfumature dei fatti problematici e dei molteplici attori che popolano le istruttorie procedimentali, smarrisce il senso autentico della propria missione. Missione che si coglie non entro il limitato orizzonte di senso del precetto legislativo e/o dell'effetto conformativo della sentenza correttiva dell'atto viziato o compulsiva dell'inerzia decisoria, ma proprio laddove tale orizzonte esaurisce la sua capacità di disciplinamento e orientamento delle condotte sociali: "ovvero in quell'inesplorato mondo dei fatti che per la sua complessità ed imprevedibile evoluzione non si presta ad essere adeguatamente governato dalla sequenza legge-fatti-effetti", ma richiede la necessaria intermediazione precettiva e creativa di decisioni frutto di irrinunciabili scelte operative e strategiche [73].

---

complessa di natura ermeneutica, pienamente e direttamente sindacabile), e dell'apprezzamento dello stesso in comparazione con altri interessi e valori (effettivamente discrezionale, e solo indirettamente controllabile) dall'altro" (*ibid*., 527).

[70] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 68.

[71] Di accadimenti produttivi della situazione storico-ambientale che condizionano la legittimità dell'atto, ha parlato M.A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 14ª ed., Napoli, 1984, 158.

[72] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, *Postfazione*, cit., 298.

[73] G.D. COMPORTI, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1110.

A questo punto, si capisce quanto sia sfidante e difficile, ma anche decisivo, affrontare in modo laico, razionale e logico (leggero, appunto, come indica il titolo del contributo) il tema della discrezionalità, senza ingombrare l'analisi con il peso di enunciati a troppo sbilanciata valenza ideologica e dogmatica.

4. *Il necessario superamento, tramite disambiguazione, del mito dell'interesse pubblico: le indicazioni della scienza economica e della Scuola di Messina verso una teoria dell'azione fondata sulla relazione strumentale cose-prestazioni utili a soddisfare i bisogni umani*

Il che sposta, fatalmente, l'attenzione sull'ancora irrisolto nodo dell'interesse cui è quasi sempre associata la nozione di discrezionalità, e che rappresenta una infeconda "chiave di compressione algoritmica della realtà che ne falsifica la struttura complessa ed articolata e ne trasmette un'immagine oltre modo semplificata preludendo a comportamenti di tipo attuariale basati su generalizzazioni" [74].

Sovente si ha, infatti, "l'impressione che un eccesso di speculazione finisca per alimentare una sorta di sovrastruttura astratta che si giustappone alla dinamica effettiva delle circostanze concrete in ordine alle quali, al di là delle pure nobili enunciazioni di principio, si continua a registrare una preoccupante latitanza di adeguate tecniche cognitive, istruttore e decisorie" [75].

Se è vero che la storia della decisione è, anzitutto, la "storia del problema considerato nei suoi possibili sviluppi" [76], si può capire che la prima astrattezza che impedisce all'analisi di beneficiare dell'attrito con il mondo reale è rappresentata dall'equivoca nozione di interesse pubblico che costituisce "il convitato di pietra" di ogni discorso sull'amministrazione.

Sintagma proteiforme, impreciso ed elastico, cui si è fatto ricorso per

---

[74] G.D. COMPORTI, *Il principio di unità della funzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 309. Il tema è stato ripreso anche in ID., *Il principio di buon andamento tra complessità della geografia amministrativa ed unicità della funzione*, in *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, 2019, 49.

[75] Cfr. G.D. COMPORTI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo: viaggio oltre la morsa legge-sentenza*, cit., 145.

[76] Così F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 152.

legittimare [77] ordini politico-costituzionali e impianti ideologici ben diversi tra loro [78], il cui diffuso uso, riflettendo la rassicurante immagine di un assetto valoriale già pre-definito e pre-costituito entro un disegno complessivo che la *norma agendi* affiderebbe al soggetto agente come dote o legato suscettibile solo di essere attuato in pratica e meccanicamente tradotto in effetti [79], finisce per oscurare ogni tentativo di comprensione in termini razionali del processo decisorio, in quanto sopprime la stessa idea che l'amministrazione debba scoprire strada facendo e rinvenire *ex post*, ovvero dalla natura delle cose verificata nel corso del procedimento, il giusto canone di azione per il caso concreto.

Emblematica è, in proposito, la concezione elaborata dal più insigne rappresentante della Scuola italiana del diritto pubblico, cioè dall'abruzzese Oreste Ranelletti [80], allevato a Roma nella rigogliosa scuola romanistica di Vittorio Scialoja [81], il quale, nel proseguire lunga la via intrapresa da Vittorio Emanuele Orlando della "teorizzazione dei dati dell'esperienza giuridica in categorie concettuali depurate dagli aspetti materiali della realtà giuridica" [82], dopo avere individuato nello Stato "il punto logico di partenza" [83] e la "sintesi della cosa pubblica" [84], tentò di delimitarne con esattezza i confini attraverso un duplice stratagemma concettuale. Quello (strumentale)

---

[77] Attraverso la messa in scienza della "convinzione riguardante l'interesse per l'universale e il disinteresse dell'uomo politico" che, secondo P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France*, cit., 108 e 162 ss., accompagna la genesi dello Stato come "un microcosmo sociale relativamente autonomo all'interno del mondo sociale complessivo, nel quale si svolge un gioco particolare, il gioco politico legittimo", i cui attori si appropriano del "privilegio dell'universale".

[78] Di "personaggio (…) in nome del quale se ne combinano di ogni genere" ha, com'è noto, parlato M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 108.

[79] Secondo una "concezione corrispondentista e ipotattica della legalità", ben messa a fuoco da M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Milano, 2013, 421.

[80] Sul quale si rinvia a G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi, G. Gozzi, Bologna, 1992, 37; B. SORDI, *Un giurista ottocentesco*, in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari, B. Sordi, I, Napoli, 1992, XI; S. CASSESE, *Oreste Ranelletti e il suo tempo*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, 2677.

[81] A. SANDULLI, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo italiano (1800-1945)*, Milano, 2009, 97.

[82] Così G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1011.

[83] O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), ora in *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, 207.

[84] O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 345.

dell'impiego di mezzi giuridici speciali riassumibili nella "potestà di comandare incondizionatamente e di costringere direttamente e con propri mezzi gli obbligati all'esecuzione del comando" [85], che consentì di trasformare in atti d'impero unilaterali anche le autorizzazioni e concessioni consistenti "nel dichiarare e nel permettere" [86]. E quello (teleologico) della soddisfazione di interessi collettivi, intesi come interessi propri "della pluralità (tutti o almeno la maggioranza) dei componenti una data collettività di persone indeterminate", sentiti "da ciascuno dei membri della medesima in quanto tale (…) nella sua condizione di membro di quel dato gruppo", e assunti dallo Stato "tra i propri fini, in modo che alla soddisfazione di essi lo Stato diriga la sua attività" [87]. Il "circolo vizioso" [88] tra soggetto e atto indotto dal soggettivismo formale pandettistico è stato, in tali termini, convertito nell'altro tra soggetto e scopo pubblico, dando vita a un più ampio "andirivieni" definitorio tautologico [89] che, se per un verso ha risposto all'esigenza contingente di ampliare l'ambito del diritto pubblico amministrativo oltre al terreno dell'esercizio dei poteri di comando e di coazione, per abbracciare anche il vasto ed emergente campo dell'attività "sociale" [90] in cui lo Stato si presenta "come forza benefica", che pone a disposizione della società "tutti i proprii poderosi mezzi finanziari e morali, allo scopo esclusivo di curare e promuovere il benessere collettivo" [91], ha per altro canto costretto tutta la

---

[85] O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., 344.

[86] O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it*., 1894, IV, 62.

[87] O. RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi* (1906), in *Scritti giuridici scelti*, I, cit., 272-273.

[88] In questi termini definito dallo stesso O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., 353.

[89] Così G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, cit., 47, 65, 75 ss.

[90] O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione* (1905), in *Scritti giuridici scelti*, III, *Gli atti amministrativi*, Napoli 1992, 729-730. Concezione poi confluita in quella più ampia di "funzione sociale" dello Stato delineata nei *Principii di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 76 e seguenti, allo scopo di segnare l'egemonia dell'amministrazione anche nelle crescenti funzioni d'integrazione sociale, di sviluppo e di supplenza.

[91] O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., 346. Cfr. in argomento B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 432 ss.; G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, cit., 77-78; F. FRACCHIA, *"Specialità" dell'amministrazione e del diritto amministrativo nelle riflessioni di V. E. Orlando, S. Romano, O. Ranelletti e F. Cammeo*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, a cura di R. Ferrara e S. Sicardi, Padova, 1998, 531.

successiva riflessione dogmatica a svilupparsi in un circuito di raffinata quanto rarefatta astrattezza [92]. Aspetto antiveduto dallo stesso Karl Marx il quale, subito dopo l'inizio del secondo Impero, e con riferimento alla "grande divisione del lavoro" realizzata dalle riforme napoleoniche di consolidamento del meccanismo dello Stato, sottolineò con lucidità lo sradicamento di ogni interesse comune dalla società e la contrapposizione a essa "come interesse generale, più alto, strappato all'iniziativa individuale dei membri della società e trasformato in oggetto di attività di governo, a partire dai ponti, dagli edifici scolastici e dai beni comunali del più piccolo villaggio, sino alle ferrovie, al patrimonio nazionale e all'Università nazionale" [93]. Ma anche, e più in generale, traiettoria denotante gli esiti moderni di quel lungo processo, già compiutamente identificato nella dottrina di Thomas Hobbes, di "svuotamento euristico" dell'antico e pragmatico concetto di bene comune [94], che ha visto così volatilizzarsi gli aspetti "concreti" che un tempo lo caratterizzavano per divenire astratta forma di legittimazione di una comunità politica e "puntello ideologico" dello Stato e dei regimi autoritari nati nel suo cono d'ombra [95].

Figurino, in definitiva, altamente stilizzato in cui stentano ormai a riconoscersi le "cose pensate e sperate" che compongono le "necessità precise ed esatte della vita" [96] avvertite da persone in carne e ossa, verso cui dovrebbe orientarsi quella *ragion pubblica* dell'azione amministrativa individuata, ecletticamente [97] ma pragmaticamente, in epoca pre-scientifica, già

---

[92] Come ebbe a notare, con insuperata finezza logica, G. CAPOGRASSI, *Il problema di V. E. Orlando*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 374, il quale colse in questo "terribilmente delicato lavoro" di trasformazione del labile in stabile "l'origine di quel tanto di astratto, di artificiale, di eterno che c'è in ogni costruzione di diritto pubblico".

[93] Cfr. K. MARX, *Il diciotto brumaio di Luigi Napoleone* (1851-52), in K. MARX, F. ENGELS, *Opere*, XI, Roma, 1982, 194. Su tale giudizio si legga S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, ora in *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 26. Evidenzia il ruolo fondamentale assunto dal diritto amministrativo nel sistema bonapartista di centralizzazione e gerarchizzazione che fu eretto per il mantenimento della stabilità politica e il raggiungimento della coesione sociale in una fase delicata di avvento del regno delle masse e di passaggio verso l'industrializzazione del paese, E.G. FARACI, *Democrazia e bonapartismo. La Francia e la crisi politico-istituzionale nella Seconda Repubblica (1848-1852)*, Roma, 2025, 406.

[94] Cfr. in argomento L. ORNAGHI, *Bene comune*, in ID., *Nell'età della tarda democrazia. Scritti sullo stato, le istituzioni e la politica*, Milano, 2013, 276.

[95] *Ibid*., 278.

[96] G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, 1, Padova, 1957, 306.

[97] Cfr. L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica*

da Romagnosi in quel "sistema di mezzi e di azioni" messo in atto "tanto per procurare un bene, quanto per allontanare un male" [98]; o da Manna in "una serie di fatti, cioè la serie delle azioni e movimenti" attraverso cui opera il "doppio sguardo" dell'amministrazione di stato sul presente (al fine di "custodire il grado di sociabilità a cui si trova in certo tempo pervenuto un popolo") e dell'amministrazione civile sull'avvenire (per preparare "le condizioni per lo ulteriore movimento e cammino sociale" eventualmente supplendo "alla mancanza delle persone") [99]; e che oggi viene più semplicemente definita in termini di "bisogni" dei cittadini e delle comunità [100].

Dopo di che, poco consola o aiuta la declinazione al plurale [101] del sintagma (interessi pubblici alla Giannini o, più in generale, molteplicità delle sfere pubbliche alla Habernas), o la sua rappresentazione aggiornata per via della scansione tra una preventiva definizione potenziale ed astratta e una successiva opera di concretizzazione [102], o ancora la sua sostituzione con il concetto di interessi "a protezione necessaria" che, "in un determinato contesto storico, sociale, culturale, economico e politico, le collettività possono e devono necessariamente soddisfare", e ai quali corrisponderebbe "una

---

italiana dell'Ottocento, in *Quad. fior.*, 2010, 176, 186 ss., 210 ss., 224; A. SANDULLI, *Prometeo ed Epimeteo: i due volti del contributo italiano alle "origini" del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 853.

[98] G. D. ROMAGNOSI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1814, 2.

[99] Cfr. G. MANNA, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, 2ª ed., Napoli, 1860, 27 ss., 47 ss., 50, 254-257; cfr. anche ID., *Principii di diritto amministrativo*, Vol. I, 3ª ed., Napoli, 1876, 4 ss., 62, 107 e seguenti.

[100] Cfr. gli artt. 3, comma 1, e 10, comma 2, d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica". Sull'importanza del momento di ricognizione dei bisogni delle collettività di riferimento, si rinvia a M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1087 ss., e 1102 per il trend che ha progressivamente stemperato il carattere locale della tipologia di servizio facendo emergere la "incognita della località"; A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 488; G. CAIA, *Il percorso normativo della disciplina sui servizi pubblici locali*, in *Dir. soc.*, 2024, 684. Cfr. anche A. ZOPPINI, G. VERCILLO, *I principi in materia di servizi pubblici economici*, in *Diritto amministrativo*, diretto da F. Caringella, R. Chieppa, B.G. Mattarella, I, *Principi*, Milano, 2025, 876, per la messa in evidenza della logica funzionale sottesa al sistema normativo "che prescinde dai confini amministrativi degli enti locali, predilige il raggiungimento di obiettivi di efficienza e di economia di scala". La rilevanza paradigmatica di tale disciplina nel delineare un modello generale di azione del decisore pubblico è stata sottolineata in G.D. COMPORTI, *Le concessioni di beni pubblici: quel che resta dell'antico ius privilegium dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 287, cui si rinvia per ogni approfondimento.

[101] A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 68.

[102] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 6-7.

situazione almeno potenziale di doverosità da parte di pubbliche amministrazioni" [103]. Perché si tratta pur sempre di tentativi di addomesticamento del concetto che non sono sufficienti a fare superare il senso di vertigine che si prova di fronte a una liturgia mitologica [104] che, in quanto tale, continua a mantenere la stessa connotazione condizionante la comprensione logica del problema, nella misura in cui non rinuncia comunque a una visione "discendente" del potere sulla realtà, tale per cui "l'interesse viene qualificato per il suo rapporto con quello di una entità diversa e superiore" [105] e, in definitiva, rimanda all'idea rassicurante ma fallace di un altrove superiore e distaccato rispetto ai fatti della vita da gestire che è ritenuto, nonostante tutto, capace di guidare e condizionare gli sviluppi della funzione di organizzazione dei medesimi [106].

---

[103] Così G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 16: visione poi confluita nelle varie edizioni dei *Principi di diritto amministrativo*, di cui si veda la 4°, con *Aggiornamento* a cura di F. DINELLI, e *Glossario delle definizioni* a cura di D. Pappano, Torino, 2020,12. Definizione che non avrebbe carattere giuridico ma sostanziale (come si chiarisce anche nel *Glossario*, cit., 499), così differenziandosi da quella di interesse pubblico per il suo carattere "relazionale" e "ascendente", perché "pone al centro il soggetto e rende strumentali allo stesso tempo le situazioni esterne" (come viene chiarito in ID., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi* (1998), ora in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Coordinamento a cura di D. Pappano, I, *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*, a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano, Torino, 2019, 50).

[104] S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, 58.

[105] G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 49.

[106] Anche analisi recenti che, parlando di "valore oggettivato e ragionato", ipotizzano il superamento dell'accezione mitica in favore di "un fattore del diritto" che diraderebbe "l'immagine di superiore trascendenza" (A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 838-839), non riescono a liberarsi dell'idea dogmatica che "l'interesse ambisce a dettare la «prospettiva» entro cui ricostruire l'assetto dei fatti e degli interessi. E pone, dall'alto di quella prospettiva, un criterio" (*ibid*., 819). Un tentativo di addomesticamento della nozione, peraltro al tradizionale fine di un controllo più intenso del suo esercizio, è stato messo in atto anche da A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 102 ss.; ID., *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm*., 2023, 50 ss., il quale, pure ponendo l'accento sul presupposto processo razionale (e neutro rispetti ai fini) di scelta tra alternative decisionali, e così confinando il momento del giudizio di valore "in un'area più circoscritta e soprattutto esterna alla scelta", non rinuncia alla tralaticia idea della "massimizzazione" della cura dell'interesse pubblico "tenendo conto del contesto di interdipendenza con gli altri interessi". Ciò nella dichiarata scia di N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 114, il quale, anche da ultimo, nel sottolineare come l'operazione di concretizzazione dell'interesse pubblico specifico sia "essenzialmente interpretativa"

Volendo prendere le distanze dall'illusione "della costanza del nominale" [107] e abbandonare la mistica dei luoghi e valori remoti per approdare davvero ad un terreno razionale [108] che aiuti ad evitare le ricorrenti "trappole" logiche (o *bias*) del processo decisionale e di chi lo osserva [109], si dovrebbe impiegare la stessa tecnica di "disambiguazione" dei concetti richiamata da Luigi Benvenuti nella *Postfazione* del volume, riconoscendo così il carattere storico e contingente della formula "interesse pubblico" e la necessità del disvelamento di ciò che essa realmente nasconde.

In tale prospettiva, un valido aiuto potrebbe essere offerto soprattutto dalla scienza economica, che è quella che più compiutamente ha elaborato una teoria dell'azione umana in grado di spiegare come "il fatto apparentemente più semplice del mondo – la relazione degli uomini con i beni –

---

e collegata alla esistenza di uno o più fatti suscettibili di eccitare doverosamente la funzione amministrativa, "perché l'interesse pubblico specifico è il risultato dell'esercizio di essa, che è a sua volta acquisizione, ricognizione, elaborazione e valutazione di fatti" (ID., *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, cit., 528 ss.), tuttavia ritiene che il giudizio di rilevanza di tutti i fatti introdotti nella fattispecie dipenda anche dalla conoscenza di "altri fatti, in posizione ancillare rispetto a quelli principali" e, più in generale, che la decisione della norma attributiva del potere identificativa dell'interesse pubblico astratto, quand'anche non indichi una preferenza, comunque "rileva sul piano assiologico" indicando una "scelta astratta" che "comprende, o abbraccia" la "scelta discrezionale pura" di "*quale interesse preferire nel concreto*" (*ibid*., 531-533). Anche l'analisi di S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm*., 2024, 955 ss., nel dare atto che la nozione dogmatica "non è più un tipo uniforme", e nell'enunciare "il processo di alterazione che ha investito alcuni profili della valutazione comparativa" (*ibid*., 956 e 1020), si limita a descrivere l'aspetto esterno della vicenda, ovverosia l'effetto prodotto sulla discrezionalità comparativa o pura da tecniche disciplinari che si servono di "forme normative mutevoli e cangianti", senza però indagare la sostanza interna della scelta che ancora viene rappresentata in termini di dialettica tra gli interessi in gioco (*ibid*., 990-991, 998, 1005, 1014). Da ultimo, neppure la prospettiva comparata e il rilievo attribuito al noto caso *Shevron* della Corte Suprema americana, al fine di distinguere tra interpretazione di una *question of law* e *discretion* e, dunque, di individuare "lo spazio di manovra" in cui operano le scelte dell'amministrazione, sono valsi a rinunciare all'idea di fondo che la figura tipo della discrezionalità consiste pur sempre nell'attività comparativa degli interessi che l'amministrazione "deve compiere nel rispetto dell'interesse pubblico che la legge affida alla sua cura, ossia del c.d. interesse pubblico primario" (così B. MARCHETTI, *La discrezionalità*, in *Diritto amministrativo*, diretto da F. Caringella, R. Chieppa, B.G. Mattarella, II, *Attività*, Milano, 2025, 146).

[107] P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France*, cit., 160.

[108] Sul "*bias* di conferma", cioè "la tendenza a cercare solo informazioni che confermano ciò in cui crediamo, ad accettare soltanto fatti che rafforzino le spiegazioni che preferiamo e a scartare i dati che mettono in discussione ciò che già accettiamo come verità", quale ostacolo alla razionalità si veda T. NICHOLS, *The Death of Expertise. The Campaign Against Established Knowledge and Why It Matters* (2017), trad. it. di C. Veltri, Milano, 2018, 61.

[109] Cfr. O. SIBONY, *Stai per commettere un terribile errore! Come evitare le trappole del pensiero*, trad. it. di R. Mazzeo, Milano, 2022.

presenta una serie infinita di complicazioni" [110]. E, così facendo, cioè chiarendo i fenomeni microscopici che servono anche a capire la realtà macroscopica, ha acceso una luce sui comportamenti degli uomini nei loro rapporti con gli altri uomini che "si riverbera anche all'esterno" [111], ovverosia nel mondo giuridico che "segue la vita economica e adatta ai suoi fenomeni" [112] le proprie categorie traducendo in consequenzialità deontica (se è *a* deve essere *b*) i nessi di causalità (se è *a* è *b*) e di regolarità statistica rinvenibili sul piano fattuale negli "accadimenti materiali che il diritto aspira e regolare" [113].

In questo più ampio contesto si scopre che interesse, nella teoria economica del capitale, è ritenuto "una differenza di valore che si instaura tra i beni presenti e i beni futuri" [114], il che rimanda immediatamente all'ulteriore scoperta che l'importanza e il pregio che noi attribuiamo a certi beni non sono altro che "un riflesso e un effetto protratto dell'importanza che noi attribuiamo ai nostri bisogni e ai nostri scopi", per soddisfare i quali ci serviamo delle "prestazioni utili" che speriamo di ricavarne [115]: con il risultato

---

[110] E. VON BÖHM-BAWEK, *The Austrian Economists* (1891), trad. it. in E. Grillo, *Archivio storico del marginalismo*, in *Capitale valore interesse*, trad. it. e cura di E. Grillo, Roma, 1998, 228.

[111] *Ibid*., 226 e 228.

[112] E. VON BÖHM-BAWEK, *Diritto e rapporti dal punto di vista della teoria economica dei beni. Studio critico* (1881), trad. it. di E. Grillo, in *Sulla genesi di Capitale e interesse*, a cura di E. Grillo, Roma, 2002, 207.

[113] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 10-12, secondo cui lo statuto epistemologico della scienza giuridica "è del tutto peculiare" e consiste nella "*costruzione* di un *ordine* delle relazioni umane, affidata non più alla soggettività delle determinazioni individuali, ma all'oggettività delle determinazioni collettive". Accennando al lemma "ordinamento" che esprime con "inusitata appropriatezza" e in termini dinamici "la pretesa ultima del diritto", l'A. chiarisce altresì che "il diritto non si autointerpreta come registratore di un ordine dato e preesistente, bensì come costruttore di un ordine che, senza la regolazione giuridica (e quindi senza l'applicazione del principio di consequenzialità deontica), non si darebbe" (*ibid*., 12).

[114] E "che di regola è a favore dei primi" per ragioni psicologiche (che "hanno la loro radice principalmente nelle incertezze del futuro e nella minore cura che la grande maggioranza degli individui dedica ad assicurare la copertura dei bisogni futuri") e tecniche (che sono connesse principalmente a certe condizioni della produzione, "e in special modo al fatto che i metodi di produzione tecnicamente più remunerativi sono quelli nei quali ci si può permettere di adottare vie indirette che partono da lontano e richiedono tempo, perché cominciano dalla fabbricazione dei prodotti intermedi, degli strumenti e dei materiali ausiliari più adatti, e così via"), come chiarito nel suo fondamentale saggio sull'argomento dallo stesso E. VON BÖHM-BAWEK, *Interesse* (1894), in *Capitale Valore Interesse*, trad. it. e cura di E. Grillo, Roma, 1998, 175-176.

[115] E. VON BÖHM-BAWEK, *Diritto e rapporti dal punto di vista della teoria economica dei beni. Studio critico*, cit., 199-202. Secondo l'A. sono prestazioni utili "le singole attivazioni delle forze

che, siccome "ogni nostro giudizio circa l'importanza dei mezzi che servono al nostro benessere viene anzitutto trasferito dall'unità che rappresenta lo scopo che vogliamo raggiungere, alla corrispondente unità che rappresenta il mezzo utile per raggiungerlo" [116], in realtà "non i beni ma le prestazioni utili che da essi promanano sono le unità autonome elementari dei nostri mezzi economici, mentre i beni sono soltanto dei complessi di specie secondaria e derivata" [117].

Analoga opera di purificazione concettuale, che consente di scorgere le unità di valore elementare costituenti la fonte concreta e immediata da cui traiamo beneficio e che si nascondono dietro le immagini collettive elaborate per rappresentare sinteticamente e simbolicamente "tutti gli elementi utili che non riusciamo a controllare in dettaglio" [118], è stata svolta anche in ambito giuridico attraverso la metodologia assiologica della Scuola di Messina [119]. Essa infatti, adottando una grammatica semplificata, essenziale e minimalista volta a ridurre i problemi "ai minimi termini", alle cose semplici, onde poi poter "studiarne le combinazioni" [120], ha elevato l'attrito esistente tra cose e stati di bisogno, e quindi le relazioni di utilità che si manifestano in riferimento a una "qualsiasi contingenza o situazione attuale o potenziale che abbia rapporto all'uomo" [121], a chiave interpretativa di "(…)

naturali dei beni dalle quali è possibile ricavare un utile"; dal che deriva "che ogni cosa che voglia aspirare al titolo di bene deve essere in grado di offrire delle prestazioni utili, e che con l'esaurimento di questa sua capacità scompare anche la sua qualità di bene" (*ibid*., 196).

[116] *Ibid*., 203.

[117] *Ibid*., 205.

[118] *Ibid*., 267 e ss., ove si chiarisce in questi termini l'origine dell'immagine dello Stato inteso come un bene, essendo esso "in realtà – né più né meno dei rapporti di clientela – un titolo riassuntivo che sta per un insieme di cause concrete da cui traiamo un beneficio".

[119] Sulla quale si rinvia a V. SCALISI, *La scuola di Messina*, in *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, giuristi*, a cura di G. Alpa, F. Macario, Milano, 2019, 229. Cfr. anche N. IRTI, *La scuola di Messina*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, 139, nonché P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 1991, 261.

[120] S. PUGLIATTI, *Studi sulle energie come oggetto dei rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm*., 1913, I, 354, sottolineava che nell'indagare la natura giuridica di un nuovo rapporto "prima cura del giurista dev'essere quella di ridurlo ai minimi termini; noi dobbiamo fare come il chimico che cerca il corpo semplice; dobbiamo ottenere il *rapporto semplice*. Definito questo, potremo studiarne le combinazioni". L'esposizione di siffatto metodo analitico volto a leggere in modo integrato forma e sostanza è sviluppata sin dalle prime note dello studio *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, apparso negli *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina*, I, 1927, I, 165 ss., come messo in evidenza da ultimo da G. D'AMICO, *Angelo Falzea e la Scuola giuridica di Messina (per il 110° anniversario della nascita del Maestro)*, in *Riv. dir. civ*., 2024, 1044.

[121] S. PUGLIATTI, *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. dir*., XI, Milano, 1962, 25 ss., ove, dopo avere

ogni atteggiamento della realtà che determina conseguenze nel mondo del diritto" [122]. L'effetto giuridico, come "nucleo ultimo (…) della giuridicità" [123], è così divenuto il "momento essenziale e culminante" [124] di quella energia efficiente che, sorgendo dall'incontro con gli elementi di carattere reale e personale che integrano ogni "fatto sociale" rispetto al quale l'ordinamento "deve prendere posizione" [125], si svolge in una attività che prende corpo "in rapporto ad una serie di persone e di cose" [126] e si risolve in un risultato che altro non è se non la realizzazione di un mutamento della loro condizione che sia "più conveniente alla soluzione pratica del problema" [127].

Altrove ho cercato di chiarire il collegamento tra siffatta rappresentazione

---

chiarito dal punto di vista metodologico che il mondo del diritto non è propriamente un mondo di cose o di eventi storico/sociali per sé considerati, bensì "un mondo di valori" che "hanno termini di riferimento oggettivi, i quali fanno parte della realtà naturale e sociale (…) e formano oggetto di quelle valutazioni dalle quali nasce la realtà giuridica" (*ibid*., 21), si sottolinea come la nozione giuridica di cosa sia connotata dal "segno di una relazione, di un rapporto, di una funzione, di una contingenza che ha come termine di riferimento l'uomo, la sua vita, i suoi fini, la sua azione, i suoi interessi. La cosa, dunque, (…) è a disposizione dell'uomo (…) si umanizza, e, vivendo l'uomo in società, si socializza. Perciò diviene nella trama di codeste relazioni (…) oggetto di valutazioni giuridiche, e acquista rilevanza per il diritto". Cfr. anche ID., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, 63 ss.; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 9; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 55; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 8ª ed., Padova, 1954, 335. Sulla rilevanza di siffatta situazione oggettiva ed effettiva di utilità, che si realizza in concreto nel rapporto soggetto-bene, per una più generale rivisitazione critica dei dogmi individualistici e volontaristici sulla cui base era ricostruita la nozione di diritto soggettivo e in funzione della progressiva emersione di nuovi valori tutelati come beni giuridici in dipendenza dell'insorgenza di nuove esigenze e interessi umani, si veda M. COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ*., 1970, I, 461; ID., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 55-57.

[122] Così A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 5. Sulla visione ampia di realtà, composta di "strati" successivi di progressiva complessità, si veda ancora G. D'AMICO, *Angelo Falzea e la Scuola giuridica di Messina*, cit., 1050-1052.

[123] A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., XIV, Milano, 1965, 435.

[124] A. FALZEA, *La condizione*, cit., 9.

[125] *Ibid*., 15, ove si precisa che "statuendo in conformità dei suoi apprezzamenti di valore l'effetto correlativo, esso non fa altro che dichiarare la esigenza che si produca, mediante l'attività dei consociati, un determinato evento o risultato pratico".

[126] *Ibid*., 19.

[127] Così riassumendosi il principio di convenienza dell'effetto al fatto, illustrato come sviluppo del "condizionamento assiologico reale", che è la forma canonica o il modello logico a cui sono riducibili i principali problemi della scienza giuridica secondo A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 455-456. Su siffatta considerazione dell'effetto come valore reale, in quanto "legato alla realtà biologica psichica spirituale della vita umana" (*ibid*., 437), e sulla difficoltà di raccordare coscienza e realtà, si rinvia alle ultime notazioni di A. GENTILI, *Gli effetti giuridici tra fisica e metafisica*, in *Riv. dir. civ*., 2024, 28-30.

della "equazione giuridica" [128] che regge il rapporto tra le determinanti di fatto che segnano la scaturigine dei bisogni umani e le condotte materiali che innescano nella "realtà di esperienza" [129] i mutamenti idonei alla loro conveniente soddisfazione e gli studi dei giuspubblicisti impegnati a indagare – attraverso l'impiego della evocativa metafora energetica – la dimensione oggettiva e procedurale della funzione amministrativa [130].

In questa sede può essere utile accennare soltanto a qualche voce che, in modo dissonante rispetto a un panorama dottrinario largamente dominato dalla teoria gianniniana, ha manifestato aperture verso tale ordine di idee.

5. *Voci fuori dal coro: Pietro Gasparri e Pierangelo Schiera*

A cominciare da quella isolata, e anzi antitetica ad essa anche per ragioni di rivalità accademica [131], di Pietro Gasparri (1910-1970) che, già negli anni Quaranta del secolo, sulla scia del pensiero di Carnelutti, aveva identificato l'interesse nel "rapporto tra un *bisogno* e un evento idoneo a soddisfarlo" [132] e, al fine di pervenire a "una più esatta sistemazione teorica del fenomeno" della discrezionalità guardando "alla natura e alla classificazione dei principi di cui gli uomini si servono come guida nel loro muoversi in mezzo alla realtà" [133], ne aveva colto l'essenza nella "necessità di decisione", ossia di scelta risolutrice di "*conflitti intersoggettivi*" tra la "molteplicità di bisogni e quindi di interessi" riferiti al nostro essere "considerato nei suoi rapporti col mondo materiale", cioè con i diversi "modi di essere realtà" a cui viene attribuito "un giudizio di valore" pratico "in

---

[128] Così A. FALZEA, *La condizione*, cit., 14.

[129] Così, a distanza di anni, A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, 2007, 201, il quale riassume la giuridicità in termini di "realtà di esperienza, le cui note caratterizzanti sono costituite da una articolata complessità (profilo statico) e da una perenne evoluzione (profilo dinamico)".

[130] Cfr. G.D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., 652.

[131] Ricostruite da F. SPANTIGATI, *L'alternativa al conservatorismo nel diritto amministrativo*, in *Pietro Gasparri. Una corrispondenza accademica 1948-1968*, a cura di C. Lanza, Perugia, 2009, 147.

[132] G. GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942, 16; definizione poi ripresa nel denso saggio *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di giurisprudenza di Cagliari*, 1943-46, 59.

[133] G. GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, cit., 77.

termini di *bene* e di *male*" [134]. Arrivando quindi, negli anni Cinquanta, a sviluppare la sua vena eclettica, curiosa, sintetica e idealista [135] verso l'elaborazione di una "*Introduzione alla analisi del pensiero giuridico*" che voleva rappresentare un invito a percorrere un "viaggio intellettuale attraverso il misterioso mondo della realtà giuridica" animato dalla sofferta esigenza di liberarsi dal "fastidio della oscurità e del disordine" e dalla "voglia di vedere chiaro" in ordine "a dati problemi, per farli oggetto di critica e punto di partenza per nuove ricerche" [136]. In tale prospettiva, l'Autore dipana "sofisticate classificazioni" [137] che partono da un processo di chiarificazione del linguaggio scientifico (del "significato con cui si usa una parola") e di "precisazione dei concetti" impiegati, al fine di evitare la costruzione di "un edificio levitante nel vuoto, un mondo a sé, senza contatto con il mondo di tutti gli uomini e pertanto destituito di qualsiasi utilità" [138]. Proprio per definire

---

[134] *Ibid*., 78-80. La trattazione prosegue poi sulla falsariga di questo binomio bisogni-interessi (*ibid*., 94 ss.), precisandosi anche che "la determinazione della sfera di dovere dell'organo sotto il profilo dell'interesse essenziale costituisce quella che può chiamarsi la *competenza di soddisfacimento*, che è cosa ben diversa (…) dalla *competenza di apprezzamento*", e che la "competenza per materia (…) è determinata dal particolare aspetto della realtà materiale e sociale riguardo a cui si tratta di agire" (*ibid*., 99 ss.); e ancora sottolineandosi, con riferimento tanto agli apprezzamenti semplici quanto a quelli complessi, che la questione da risolvere è "se una data situazione pratica abbia un *valore*, cioè una rilevanza sotto il profilo di un dato interesse – se cioè sia lesiva o satisfattiva di esso – e quindi se abbia un valore, rispetto a tale interesse, una azione diretta ad eliminare tale situazione" e quale misura assuma tale valore-disvalore rispetto a altre situazioni assunte come termine di riferimento (*ibid*., 100-101).

[135] F. SPANTIGATI, *L'alternativa al conservatorismo nel diritto amministrativo*, cit., 148, ove si osserva che Gasparri rappresenta "una alternativa alla scintillante scienza del diritto di regime di Giannini, con metodologia opposta, sintetica e non analitica, finalità diversa, innovazione e non conservazione, base teorica differente, idealismo e non realismo. Del tutto solitaria, ma una alternativa". Su tale Autore si leggano anche le considerazioni di A. BARTOLINI, *Pietro Gasparri: ultimo dei concettualisti, primo degli analitici*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2009, 187.

[136] Come si legge nella *Prefazione* a P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto. Introduzione alla analisi del pensiero giuridico*, Bologna, 1951.

[137] C. LANZA, *Notizie bibliografiche*, in *Pietro Gasparri. Una corrispondenza accademica 1948-1968*, cit., 21. Il gusto per formule ingegnose, metafore e neologismi è segnalato anche da A. BARTOLINI, *Pietro Gasparri*, cit., 194.

[138] P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto. Introduzione alla analisi del pensiero giuridico*, cit., 7-8, ove pure viene delineato un parallelismo tra l'attività dello scienziato e quella del costruttore: "Lo scienziato dunque deve, anzi non può non fare affidamento sul linguaggio comune, come il costruttore non può non fare affidamento sulla crosta terrestre". Salvo poi aggiungere (senza ulteriori dettagli) che "non bisogna esagerare in fiducia", nel senso che "affidarsi totalmente al linguaggio comune è come costruire sulla sabbia", e quindi occorre fare misurare tale "eccessiva confidenza nel linguaggio comune". L'aspirazione verso l'unità del sapere, e quindi unità di metodo, traspare già nel quasi coevo saggio *Meccanica del diritto*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, 117.

in maniera "sufficientemente chiara" i concetti base del pensiero giuridico, Gasparri ritiene di poter individuare come "base solida" di partenza dell'analisi la nozione di esigenza umana, che ha per oggetto "dei modi di essere o di divenire della realtà" considerati in sé (cioè per come sono avvertiti e sentiti da noi "a prescindere dai loro nessi causali con altri modi di essere o di divenire della realtà": tali essendo definite le esigenze immediate o estetiche), o per gli effetti la cui produzione essi determinano o rendono possibili "in quanto facciano o contribuiscano a fare qualcosa che per noi è un bene o un male" (tali essendo denominate le esigenze mediate o pratiche) [139]. Immediatamente dopo procedendo a inquadrare la nozione di interesse all'interno della "meccanica delle esigenze", che è colta nel dinamico procedere da stadi di soddisfazione (o di equilibrio) a livelli di insoddisfazione (o di squilibrio), e viceversa, sempre considerati come "l'effetto dell'esistenza di una dato stato di cose o, per essere più precisi, di una data relazione tra il soggetto dell'esigenza e la realtà circostante" [140]. E giungendo così a definire interesse come "il rapporto che corre tra una esigenza di un soggetto e gli stati di cose idonei a renderlo soddisfatto o insoddisfatto", o ancora, e da altro punto di vista, come "un rapporto tra enti, e precisamente tra il soggetto dell'esigenza e l'ente che con il suo trovarsi o non trovarsi in una data relazione con quello produce la sua soddisfazione o la sua insoddisfazione" [141].

Impossibile riuscire a cogliere compiutamente le fonti precise di siffatto argomentare, che oltre tutto non appare coerentemente sviluppato in tutte i suoi possibili esiti, se è vero che nello stesso saggio in esame, discorrendo di rapporti di "concordanza di interessi" tra gli uomini, Gasparri arrivava a parlare di interessi collettivi o di gruppo, "appartenenti ad una collettività definita", e di interessi generali o di categoria, "in quanto comuni a tutti i membri di una serie indefinita di soggetti" (cioè "a tutti gli essere attuali o a

---

[139] P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto*, cit., 9-10.

[140] *Ibid*., 11, ove si precisa che una "esigenza è soddisfatta in quanto il soggetto si trovi in una data situazione rispetto a qualcosa, o qualcosa in una data situazione rispetto a lui; diviene insoddisfatta ove questa relazione venga meno; ritorna soddisfatta, ove si ripristini il precedente stato di cose o altro equivalente".

[141] *Ibid*., 12, ove viene anche declinata la distinzione tra l'interesse *positivo* che dà luogo a uno stato psicologico di disagio e di tensione che si chiama desiderio (che si traduce in impulso all'azione "in quanto rivolto ad un evento che il soggetto può produrre o del quale almeno può rendere possibile o più probabile la produzione con un suo comportamento"), e l'interesse *negativo* che corrisponde a una situazione statica, di quiete o d'equilibrio (che consiste nel rapporto corrente tra una esigenza attualmente soddisfatta e l'accadimento eventuale costituito dal realizzarsi di uno stato di cose idoneo a determinarne la insoddisfazione).

venire, che siano dotati di una data caratteristica o a tutti quelli che si trovino o vengano a trovarsi in seguito in una data situazione") [142]. E, pure non sottacendo qualche dubbio e perplessità circa la possibilità di predicare l'esistenza di un interesse di categoria "per la semplice ragione che la esistenza stessa di una categoria non è, per definizione, concepibile come puntualizzata nel tempo", perché in un dato momento storico non c'è una categoria ma "c'è solo un certo numero determinato o almeno determinabile di uomini appartenenti ad essa", ha comunque convenuto che tale concetto può acquistare "una rilevanza pratica e giuridica" [143], arrivando così a comprendere nello stesso anche l'entità interessi pubblici ritenuta utile ad indicare, secondo "l'uso linguistico più diffuso", gli interessi generali o di categoria "in quanto contrapposti agli interessi privati" [144]. Né più utili svolgimenti delle pure significative idee fuori dal coro disseminate soprattutto nella parte iniziale del lavoro sono rintracciabili nelle successive opere monografiche o istituzionali, ove invece, salvo alcuni accenni all'amministrazione come "serie di opere idonee a soddisfare (…) bisogni di un dato tipo" [145], e alla discrezionalità "di merito o valutativa" come dovere e "capacità di pensare valutativamente la realtà", cioè di trattare una determinata situazione "in relazione con un valore che alla situazione (…) in questione è da riconoscersi" [146], il tema degli interessi è ripreso ma solo per analizzare i diversi modi in cui quelli privati possono essere coinvolti dalle attività di adempimento di un pubblico ufficio [147].

Altrettanto significativa può essere ritenuta la parabola scientifica di uno storico del diritto raffinato come Pierangelo Schiera, il quale, avvalendosi della privilegiata capacità di vedere il senso della lunga linea [148] di svolgimento

---

[142] *Ibid*., 21.

[143] *Ibid*., 21.

[144] *Ibid*., 22.

[145] P. GASPARRI, *Lezioni di diritto amministrativo (Teoria giuridica della pubblica amministrazione)*, I, Milano, 1948, 32.

[146] *Ibid*., 106-108, salvo poi dichiarare, con riferimento alla forma di discrezionalità valutativa ritenuta più comune, ossia quella che si ha quando il legislatore "fa rinvio a criteri di valutazione economici o politici", che per valutazione si intende "il giudizio di convenienza in relazione agli interessi collettivi della collettività, della polis"; e che quando la fattispecie da essere valutata richiama più interessi pubblici l'organo "deve addivenire ad un contemperamento di questi e provvedere al soddisfacimento di quelli tra essi che sono, e nella misura in cui sono, prevalenti" (*ibid*., 109-110).

[147] *Ibid*., 146 ss.

[148] Immagine simbolo della riflessione dello storico del diritto, su cui si veda P. GROSSI, *Il*

di vicende e istituti e, quindi, di recuperare aspetti come la "carnalità" e "intensa fattualità" del diritto [149] spesso tagliati fuori dallo spettro delle narrazioni ufficiali e perciò "dotati di una loro imprescindibile rilevanza ricostruttiva" [150], ha da tempo indagato il fenomeno del disciplinamento che caratterizza lo spazio amministrativo esistente anche prima e oltre lo Stato – quindi a partire già dal lungo medioevo che è stato serbatoio di simboli e figure, come attesta l'allegoria del Buon Governo dipinta a fresco nel Palazzo Pubblico di Siena nel 1340 [151] – all'insegna della evolutiva dinamica "misure-bisogni" [152]. Dinamica che, partendo appunto dalla misurazione della "dimensione di una cosa, di un problema, di un bene", e attraversando "molte cerchie concentriche dell'agire umano", finisce con il delineare il contenuto di senso delle prestazioni pubbliche di protezione e sicurezza che valgono a incrementare "sul piano comunitario i beni dei singoli", facendo così marciare "in parallelo le due fondamentali funzioni della vita (…), che sono l'autonomia e l'eteronomia" [153].

---

punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista), in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 12; ID., *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*, in *Riv. st. dir. it*., 2021, 53.

[149] Sui quali ha richiamato l'attenzione, con efficace sintesi, P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012, 27-30, richiamando la stagione medievale in cui "eran le cose a farla da padrone", secondo una visione che partiva dal basso per comprendere e categorizzare i rapporti giuridici e dava risalto a "una realtà dotata di una sua intrinseca forza condizionante". Gli aspetti fondamentali della ricerca di Grossi sono stati di recente messi a fuoco da G. CAZZETTA, *La «nominazione delle cose» sapere giuridico e forme dell'esperienza (pagina introduttiva)*, in *Quad. fior*., 2023, 2 ss.; P. COSTA, *Il diritto come 'esperienza giuridica' la filosofia di Capograssi nello specchio della storiografia grossiana*, *ibid*., 69 ss.; G. MORBIDELLI, *Le radici del pensiero giuridico di Paolo Grossi*, in *Alla ricerca della «dimensione giuridica». Omaggio a Paolo Grossi*, a cura di G. Cazzetta, G. Morbidelli, O. Roselli, Bologna, 2024, 45. Cfr. anche, seppure in dialettico dissenso (come messo in evidenza da G. VETTORI, *Paolo Grossi, Natalino Irti e la dialettica degli opposti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2024, 1217), il punto di vista di N. IRTI, *Maestro controrivoluzionario*, in *Riv. dir. civ*., 2024, 5.

[150] Come evidenziato da I. STOLZI, *Lungo i sentieri dell'esperienza giuridica: attualità e storicità del diritto*, in *Alla ricerca della «dimensione giuridica»*, cit., 162.

[151] Su cui si veda l'ampia ricerca di G. PICCINNI, *Operazione Buon Governo. Un laboratorio di comunicazione politica nell'Italia del Trecento*, Torino, 2022; nonché la recente indagine di D.J. GALLIGAN, *Keepers of the Common Good. The People, Opinion, and the Social Foundations of Constitutional Authority*, Oxford, 2025.

[152] P. SCHIERA, *Appunti, in forma di (rapsodica) rassegna, su misura (e contenimento)*, in *Scienza & Politica*, 2011, 43 e 49.

[153] P. SCHIERA, *La misura del bene comune*, Macerata, 2010, 7-11, 56-57.

6. *Fatti e persone nell'orizzonte di senso di un'amministrazione tenuta a curare le fragilità sociali e a governare la complessità e salvezza del mondo*

Tutte da meditare e sviluppare sono poi le riflessioni di chi, avvalendosi degli approcci alternativi offerti dalle studiose che compongono l'arcipelago femminista, ha di recente proposto di ridiscutere il senso e il ruolo delle istituzioni amministrative mettendo l'accento non tanto sul come e cosa fare, che sono al centro delle ricorrenti "aspirazioni di produttività di stampo economicistico e legalismi fini a sé stessi", quanto "sul chi servire" [154]: nella consapevolezza che la capacità di assicurare giustizia e uguaglianza nel caso concreto implica sapersi rapportare "con la specifica esperienza biografica di una persona reale" [155] e costruire un ambiente idoneo a intercettare i bisogni nella loro complessità e specificità e ad accompagnare ognuno verso la soddisfazione degli stessi [156]. L'attuazione dell'ambizioso progetto costituzionale volto alla rimozione degli ostacoli "di fatto" che impediscono la piena fioritura di ogni persona [157] richiede un modo di essere e di operare

[154] Così A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Bologna, 2024, che già in apertura così enuncia l'obiettivo della ricerca: "Non basta che le amministrazioni ci siano e, quindi, non basta chiedere che funzionino meglio e in modo legittimo. Occorre che le amministrazioni interpretino quel progetto nel loro modo di essere, nella loro cultura pubblica, nel sentire comune, che innerva le logiche alte, di lettura della funzione assegnata, e quelle minute e più direttamente operative" (*ibid*., 9). Sulla fecondità di tale prospettiva di ricerca, che rappresenta "una lente per vedere le cose, per (…) mettere in discussione le relazioni di potere in sé, il *come* si concepisce la funzione amministrativa e il modo in cui la si esercita", si legga M. DI MASI, *Un altro modo di amministrare. Per una PA femminista e interiezionale*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2024, 492-493.

[155] A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, cit., 32-33.

[156] *Ibid*., 66.

[157] Sul progetto costituzionale, che impegna soprattutto l'amministrazione a essere funzione servente della società e degli uomini (G. PASTORI, *Riforme istituzionali e condizioni dell'amministrazione*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, *Teoria generale e miscellanea*, Milano, 1995, 2087-2090; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, 11; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, 147 ss.) e "prescrive il maggior risultato complessivo da perseguire e da raggiungere per quanto umanamente possibile" (G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di E. Ghera e A. Pace, Napoli, 2009, 128), si è soffermato di recente anche A. TRAVI, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022, 30 ss., ricordando che il confronto "con le situazioni concrete è formante e decisivo".

dell'amministrazione che sappia "andare alla sostanza delle cose per trasformarle" [158], muovendosi autonomamente nello spazio della cura che si apre oltre l'esecuzione del comando legislativo [159], in quel "luogo aperto, in cui non siano riprodotti stereotipi, né imposti modelli" [160], ma devono essere praticate "strategie contestualizzate e flessibili" [161], per "riconoscere e far fiorire la differenza di ciascuno nei suoi molti aspetti, la particolarità di ogni vita, la specificità di ogni voce" [162].

Non meno sfidante è la prospettiva della tutela della biodiversità e del ripristino degli ecosistemi che – a partire dalle strategie europee in cui si articola il *Green Deal* [163] per arrivare alle recenti modifiche degli artt. 9 e 41 Cost. [164] – rappresenta ormai quasi una "pre-condizione" [165] per l'organizzazione di tutte le attività umane delle future generazioni [166]. Il riorientamento

---

[158] A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, cit., 143.

[159] *Ibid*., 63, 127.

[160] *Ibid*., 84.

[161] *Ibid*., 93.

[162] C. BOTTI, *Cura e differenza. Ripensare l'etica*, Milano, 2018, 135.

[163] Su cui si vedano, di recente: D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, 2024; D. BEVILACQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024.

[164] Sulle quali si rinvia agli scritti raccolti in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno Aidambiente del 28 gennaio 2022*, Napoli, 2022.

[165] Cfr. E. CHITI, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica*, in *Giorn. dir. amm*., 2024, 738. Cfr. anche M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 228 ss.; M. CECCHETTI, *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla "straordinarietà" delle situazioni di fatto alla "ordinarietà" di un diritto radicalmente nuovo*, in *federalismi.it*., 24 luglio 2024, 65 ss., 76.

[166] F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, 94 e ss., 299 ss., evidenzia che la posta in gioco non è più il formale rispetto dei limiti che riguardano singoli beni, attività o risorse, "ma la stabilità della coesistenza terrestre e che soggetto e oggetto sono inscindibili (anzi non possono neppure più essere definiti come tali)". Sulla prospettiva intergenerazionale, si veda in particolare N. LIPARI, *A proposito del tempo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2024, 819; e si legga Corte cost., 13 giugno 2024, n. 105, sull'impianto di depurazione di Priolo Gargallo, che può considerarsi il punto di svolta rispetto al precedente rappresentato da Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul noto caso Ilva, in *Foro it*., 2014, I, 441. La legge 10 novembre 2025, n. 167, recante "Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della qualità della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie" pone all'art. 4 il principio per cui "Le leggi della Repubblica promuovono l'equità intergenerazionale anche nell'interesse delle generazioni future", introducendo la "Valutazione di impatto generazionale delle leggi" che consiste nell'analisi preventiva degli atti normativi governativi "in relazione agli effetti ambientali o sociali ricadenti sui giovani e sulle generazioni future". Previsione forse a carattere più informativo che decisionale che, però,

delle politiche pubbliche in funzione dell'esigenza fondamentale di provvedere attivamente alla sopravvivenza del Pianeta e della specie umana [167] implica, se non l'abbandono, comunque la profonda revisione delle mappe concettuali che presiedono alle complesse e "chiaroscurali" [168] tecniche di bilanciamento degli interessi [169] messe a punto per contemperare i valori che affollano le arene deliberative. Infatti, il superamento del "presentismo" della tarda modernità [170], alla cui luce il futuro viene inteso "come una

esprime un importante segnale culturale, perché esplicita "la consapevolezza dell'impatto (…) della scelta sulle generazioni future, il che comporta evidentemente un'assunzione di responsabilità" (come notato da G. TULUMELLO, *Tutela dell'ambiente, attività amministrativa, sindacato giurisdizionale: un cambio di prospettiva?*, in *Dir. ec.*, 2024, 260).

[167] Cfr. F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico*, cit., 50 ss., 297. Secondo la recente comunicazione della Commissione dal titolo *Gestire i rischi climatici: proteggere le persone e la prosperità* (COM 2024, 91, del 12 marzo 2024), "La crisi climatica, che è interconnessa alle altre crisi globali causate da inquinamento e perdita di biodiversità e tende ad amplificare molti altri rischi, rappresenta una delle minacce più gravi alla nostra esistenza"; pertanto "La gestione dei rischi climatici è una condizione necessaria per migliorare il tenore di vita, combattere le disuguaglianze e proteggere le persone". Cfr. anche, in prospettiva botanica, l'ipotesi "utilitaristica" avanzata A. CHIARUCCI, *Le arche della biodiversità. Salvare un po' di Natura per il futuro dell'uomo*, Milano, 2024, 173; nonché l'importanza del passaggio da un approccio "passivo" consistente "nel lasciare che sia la natura stessa a recuperare naturalmente le proprie caratteristiche originarie, attraverso le proprie caratteristiche di resilienza ecologica", a uno "attivo" configurato come "terapia intensiva" per effetto della messa in atto nel lungo periodo di "una serie di azioni e pratiche" da parte dell'uomo, messo in evidenza da R. DANOVARO, *Restaurare la natura. Come affrontare la più grande sfida del secolo. Strategie e tecniche di ripristino degli ecosistemi*, Milano, 2025, 56, 71, 96 e 207.

[168] Così E. SCODITTI, *Per una teoria costituzionale dell'interesse legittimo*, in *Foro it*., 2022, V, 164, che ricorda come il bilanciamento è una "vicenda di allontanamento più o meno intenso" dal nucleo duro di protezione del bene presidiato dal diritto e "dipende dalle relazioni di prevalenza o subordinazione che, all'interno della ponderazione, si stabiliscono con i principi concorrenti".

[169] Cfr. in generale sul tema: A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir*., *Annali*, II, 2, Milano, 2008, 185; G. PERLINGERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 716; G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Falchechi, cit., 177; R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. amb*., 2021, 12. Più in particolare, si vedano: F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico*, cit., 301 ss.; E. CHITI, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica*, cit., 739; G. TULUMELLO, *Tutela dell'ambiente, attività amministrativa, sindacato giurisdizionale*, cit., 259, 279 ss.; D. BEVILACQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, cit., 65; U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ*., 2024, 238; ID., *La tutela preventiva della biodiversità nel regolamento europeo sul ripristino della natura (Nature Restoration Law)*, in *AmbienteDiritto.it*., 2025, 1 ss., 9.

[170] Cfr. A. D'ALOIA, *Generazioni future*, in *Enc. dir*., *Annali*, IX, Milano, 2016, 333; F. CINTIOLI, *L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo*, in *Dir. ec*., 2024, 19.

risorsa asservita alle necessità del presente" [171], arricchisce di spessore culturale e qualitativo e ridefinisce gli elementi dell'esperienza giuridica colti attraverso il canone ermeneutico della sostenibilità ambientale: nel senso che al "necessario rapporto dell'uomo con le cose (…) che costituisce il *proprium* del diritto" [172] e informa la dimensione relazionale del nostro modo di essere nel mondo si aggiunge ora la decisiva dialettica presente / futuro che caratterizza la stagione complessa delle transizioni [173]. In questa prospettiva, l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di attivarsi per realizzare l'efficace tutela delle generazioni future, "e dunque delle persone ancora non venute ad esistenza, ma nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso dovere di preservare le condizioni affinché essere pure possano godere di un patrimonio ambientale il più possibile integro, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano" [174], implica la necessaria adozione di strategie programmatorie e operative di tipo razionale, flessibile, aperto, adattivo e integrato che, anziché essere improntate alla logica radicale e astratta che alimenta "l'ingranaggio dei valori fatti indipendenti" [175], con ciò che ne consegue in termini di affannosa ricerca di improbabili formule di equilibrio generale [176], sappia convertire i

---

[171] N. LIPARI, *A proposito del tempo*, cit., 819, il quale parla di "un presente che, privo di punti di riferimento, vuole solo continuare a perpetuarsi così com'è, con i suoi privilegi e le sue storture". Cfr. anche le acute considerazioni di M. BETTINI, *Arrogante umanità. Miti classici e riscaldamento globale*, Torino, 2025, 127-129.

[172] Così, in particolare, N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ*., 2024, 210 ss., il quale osserva che il rapporto soggetto-ambiente è "paradigmatico del corretto modo di intendere oggi la giuridicità" e che guardare all'ambiente significa non chiudersi in una visione autoriflessiva, ma aprirsi ad altre prospettive (…) mettersi in relazione", secondo il "paradigma della connessione" che si misura "nella realtà storica" del suo esercizio (*ibid*., 226, 228).

[173] Sulle quali si vedano: G. SEVERINI, *La "transizione" come ordinamento giuridico*, in *giustiziainsieme.it*., 24 novembre 2022; S. CASSESE, *Le pubbliche amministrazioni dinanzi alle transizioni*, in *Giorn. dir. amm*., 2024, 818; F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024.

[174] Così Corte cost., n. 105 del 2024, citata.

[175] H. BROCH, *Die Schlafwandler. 1918: Huguenau oder die Sachlichkeit* (1931-32), trad. it. di C. BOVERO, *I sonnambuli. 1918 Huguenau o il realismo*, con un saggio di C. Magris, Torino, 1960, 111.

[176] Come quelle inseguite negli ultimi lustri in tema di conflitti tra energia da fonti rinnovabili e protezione dell'ambiente e del paesaggio, di cui danno atto la *Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nel 2022*, Roma, 13 aprile 2023, 8; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, poi ripresa anche da Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2024, 4766. Cfr. in argomento: P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *giustiziainsieme.it*, 4 maggio 2021; S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed*., 2022, 261; F.

condizionamenti e i limiti (cognitivi, decisori, economici, generazionali) del presente in capacità di progettare il futuro [177], basandosi su un processo di scoperta dell'ignoto scandito dalle seguenti fasi: individuazione e acquisizione e conoscenza dei dati di fatto del problema – selezione dei fattori rilevanti nei diversi contesti – elaborazione per prova ed errore delle alternative decisorie disponibili e praticabili – selezione della soluzione più adatta [178].

Una rapida analisi del recente regolamento europeo sul ripristino della natura, che rappresenta l'ultimo e il più avanzato tassello della politica europea per la tutela della biodiversità, lasciando in qualche modo presagire quale sarà il futuro assetto anche degli ordinamenti domestici, può essere utile a precisare meglio quanto osservato.

L'obiettivo, già declinato dalla Strategia dell'Unione Europea sulla biodiversità per il 2030, è quello di "coltivare una maggiore ambizione" rispetto al semplice contrasto alla riduzione della biodiversità, che è considerata strategia meramente difensiva allo stato non più sufficiente, puntando piuttosto a fare tornare una natura variegata e resiliente "parte della nostra vita" in quanto "alleato vitale nella lotta ai cambiamenti climatici" [179]. L'azione principale all'uopo prevista è il "ripristino", che è semanticamente inteso non

---

ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, *ivi*, 2023, 231; D. BEVILACQUA, *La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 125; P. CARPENTIERI, *Il giudice amministrativo e il cambiamento climatico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 4 novembre 2024. Sulle variabili curvature economico-produttive-occupazionali, accentuate nelle (ricorrenti) stagioni emergenziali e di crisi, ed "eco-antropo-centrico", proprie dei periodi di transizione e di ritorno alla normalità, si sofferma M. PENNASILICO, *Ambiente e iniziativa economica: quale "bilanciamento"?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 60 ss. e 66 ss., il quale, con riferimento alla riforma costituzionale del 2022, parla di bilanciamento "diseguale, che istituisce una gerarchia assiologia non necessariamente mobile, ma saldamente ancorata al maggior peso intrinseco di valori esistenziali ed ecologici: dignità, salute, vita, ambiente".

[177] Cfr. per tali indicazioni G. D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., 733.

[178] Per i necessari riferimenti sia consentito rinviare, ancora una volta, a G.D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., 735.

[179] Cfr. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo COM (2020) 380, del 20 maggio 2020, recante la *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030*, che, dopo la premessa all'insegna dell'indispensabilità della natura per una società sana e resiliente (cfr. il par. 1, dal titolo: "Biodiversità – Perché non possiamo indugiare"), sottolinea in questi termini la necessità di invertire la perdita di biodiversità in atto alla luce del principio del "guadagno netto" ("per restituire alla natura più di quanto le si sottrae"): "Proteggere la natura mantenendola allo stato in cui si trova oggi non sarà sufficiente a farla ritornare parte della nostra vita. Per invertire la perdita di biodiversità il mondo deve coltivare una maggiore ambizione riguardo al ripristino della natura. Con un nuovo piano di ripristino della natura, l'Unione europea farà da apripista" (*ibid.*, par. 2.2).

quale tecnica rimediale rivolta al passato e che si esaurisce nel riportare nella condizione preesistente le matrici ambientali pregiudicate da un determinato evento dannoso [180], ma come "processo" che guarda al futuro, si articola in una serie progressiva di azioni ed è volto a "rafforzare la biodiversità e la resilienza degli ecosistemi, migliorando una superficie di un tipo di habitat fino a portarla a un buono stato, ristabilendo la superficie di riferimento favorevole e migliorando l'habitat di una specie fino a portarlo a una qualità e quantità sufficienti" [181]. Lo strumento principe di tale processo è la predisposizione e attuazione di un piano nazionale di ripristino che, attraverso una combinazione di valutazioni di tipo quantitativo e di tipo qualitativo, è chiamato a definire entro precise scansioni temporali e coordinate tecnico-scientifiche e alla luce di precisi indicatori di biodiversità [182], nonché di rigorose letture della vulnerabilità dei diversi contesti e degli scenari problematici da fronteggiare, le misure necessarie per raggiungere l'obiettivo di "un miglioramento concreto e misurabile dello stato degli ecosistemi, sia a livello delle singole zone soggette a ripristino sia a livello nazionale e dell'Unione" [183]. Siffatta strategia realizzativa è volta a implementare una capacità

---

[180] Così giustamente U. SALANITRO, *La tutela preventiva della biodiversità*, cit., 6. Cfr. anche N. GABELLIERI, *Natura Restoration Law e programmazione ambientale: quali prospettive per la ricerca geografica storica*, in *Riv. geografica it*., 2024, 72-73.

[181] Così recita l'art. 3, n. 3, del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2024.

[182] Come l'indice delle farfalle comuni (*Grassland Butterfly Index*), gli stock di carbonio organico nei terreni minerali coltivati o la percentuale di terreni agricoli con elementi caratteristici del paesaggio a elevata diversità, o ancora l'avifauna, contemplati per gli ecosistemi agricoli dai considerando nn. 55 e 56. A sua volta, il considerando n. 57 richiama gli "elementi caratteristici del paesaggio con elevata diversità nei terreni agricoli", sottolineando come "in particolare fasce tampone, maggese completo o con rotazione, siepi, alberi isolati o in gruppi, filari, bordi di campi, particelle, fossati, ruscelli, piccole zone umide, terrazzamenti, tumuli funerari (cairns), muretti di pietra, piccoli stagni ed elementi culturali, offrono spazio alle piante e agli animali selvatici, compresi gli impollinatori, prevengono l'erosione e l'impoverimento del suolo, filtrano l'aria e l'acqua, sostengono la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici e la produttività agricola delle colture dipendenti dall'impollinazione"; e concludendo che "anche gli elementi produttivi possono essere considerati elementi caratteristici del paesaggio con elevata diversità a determinate condizioni". Altrettanto precisi e tecnicamente connotati sono i target che definiscono le opzioni in tema di ripristino degli ecosistemi urbani, che (in base al considerando 47) rappresentano circa il 22% della superficie terrestre dell'Unione, ove vive la maggioranza dei suoi cittadini, e costituiscono, quindi, habitat importanti per la biodiversità (in particolare per le piante, gli uccelli e gli insetti compresi gli impollinatori), fornendo molti servizi ecosistemici essenziali (tra cui la riduzione e il contenimento del rischio di catastrofi naturali, ad esempio per le inondazioni e gli effetti "da isole di calore urbano", il raffrescamento, le attività ricreative, la depurazione dell'acqua e dell'aria, nonché la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici).

[183] Cfr. il considerando n. 32 del citato regolamento.

trasformativa della realtà [184] che si scompone, a sua volta, nelle seguenti direttrici operative: a) riportare in buono stato (per tale intendendosi *ex* art. 3, n. 4, quello funzionale a garantire un elevato livello di integrità, stabilità e resilienza ecologica necessario per garantirne il mantenimento a lungo termine) le caratteristiche fondamentali degli habitat terrestri, costieri e di acqua dolce e marini che attualmente non lo sono [185]; b) ristabilire i medesimi tipi di habitat nelle zone che attualmente non li ospitano, al fine di raggiungere la superficie di riferimento favorevole per ciascuno di essi (per tale intendendosi, *ex* art. 3, n. 8, l'estensione minima, o se questa non è sufficiente quella aggiuntiva, necessaria per garantire la sostenibilità a lungo termine di un tipo di habitat, delle sue specie tipiche o della sua composizione di specie tipiche e di tutte le relative variazioni ecologiche significative) [186]; c) ripristinare gli habitat protetti dalle direttive 92/43/CEE (relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatica) e 2009/147/CE (relativa alla conservazione degli uccelli selvatici) per migliorarne qualità, quantità e connettività [187].

Come ognun vede, si dà vita in questi termini a una nuova forma di azione programmatica e strategica della pubblica amministrazione [188] che, avvalendosi del metodo problematico e incrementale [189] tipico della scienza e del costante apporto (in fase conoscitiva e ricognitiva dei dati relativi alle singole

---

[184] Cfr. B. BOSCHETTI, *Eco-design (trasformativo) per la "net-zero age" e la sua economia*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 822-827.

[185] Cfr. l'art. 4, par. 1, che definisce anche in termini puntuali le percentuali di copertura da raggiungere nei prossimi anni: entro il 2030 su almeno il 30% della superficie totale di tutti gli habitat previsti nell'All. I, entro il 2040 su almeno il 60%, per arrivare al 90% nel 2050. Cfr. anche, con analoghe scansioni temporali e percentuali, l'art. 5 e l'All. II per gli habitat marini.

[186] Cfr. l'art. 4, par. 4, e ivi l'ulteriore declinazione temporale delle percentuali di copertura da raggiungere.

[187] Cfr. l'art. 4, par. 7, e l'art. 5, par. 5.

[188] Cfr. sui caratteri di simili neo-programmazioni: S. AMOROSINO, *"Neoprogrammazioni" pubbliche o private e mercati in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, 46 ss.; P. BRAMBILLA, *L'esigenza di una programmazione generale in senso ambientale nella riforma degli artt. 9 e 41 cost.*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 9; F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico*, cit., 163 ss.; E. CHITI, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica*, cit., 740; E. BOSCOLO, *Ambiente nell'urbano e nell'extraurbano. Tecniche urbanistiche di tutela degli ecosistemi*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2024, 161; D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, cit., 130 ss., 251 ss.; M. MACRÌ, *Emergenza climatica e funzione amministrativa. Il provvedere nel climate first*, Torino, 2024, 116 ss., 151.

[189] Chiaramente delineato, seppure al solo fine di risolvere "un problema che possa impedire il rispetto degli obblighi di ripristinare e di ristabilire gli ecosistemi marini", ma con evidente implicito riferimento a un più generale metodo scalare e sussidiario di analisi dei problemi, dall'art. 14, par. 19.

aree geografiche, così come nel momento delle definizione delle misure da adottare, e in quello successivo del monitoraggio dell'impatto sulle dinamiche ecologiche e di eventuale riesame e aggiornamento delle stesse) delle multidisciplinari e "migliori conoscenze disponibili", nonché dei "più recenti progressi" tecnico-scientifici [190], oltre che del dialogo multilivello, trasparente, inclusivo ed efficace con tutti gli attori interessati [191], consente l'analitica e integrata indagine delle sfide del momento e configura un *mix* di soluzioni che ingenera una reazione nelle condotte collettive, sociali e anche individuali capace (non solo di proteggere e difendere, ma anche) di trasformare il mondo in cui viviamo.

In definitiva, se è vero che la forza normativa dei fatti radicali emersi con le crisi del Terzo Millennio ha portato a riscrivere i contenuti del patto della convivenza politica, nel senso che il progetto costituzionale che siamo ora chiamati a realizzare non ruota soltanto intorno alla liberazione delle persone dai bisogni ma è incentrato anche, e prima di tutto, sulla "rimozione delle condizioni materiali che possono portare all'estinzione di ogni forma di vita" [192], è anche vero che l'orizzonte operativo di un'amministrazione doverosamente impegnata a farsi carico delle necessità di persone fragili, e, prima ancora, a progettare una "società larga dei viventi liberata dai rischi effettivi della sua estinzione" [193], è sempre più caratterizzato dalla doverosità/capacità di raggiungere in termini di risultato [194] determinati obiettivi

---

[190] Cfr. i considerandi 73 e 74 del regolamento citato, nonché gli artt. 4, par. 8; 14, par. 1; 17, par. 3; 19, par. 1. Cfr. anche N. GABELLIERI, *Natural Restoration Law e programmazione ambientale: quali prospettive per la ricerca geografica storica*, cit., 74 ss. per gli apporti disciplinari delle scienze storiche e geografiche. Sulla forte connotazione tecnico-scientifica dei processi decisionali che riguardano l'ecologia, si vedano F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico*, cit., 185, 264; ID., *Il dovere di ascolto della scienza: è arrivato il momento della scrittura?*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2024, 4; M. FERRARA, *A prima lettura del regolamento UE sul ripristino della natura (reg. UE 2024/1991)*, in *federalismi.it*., 9 ottobre 2024, 117.

[191] Cfr. il considerando 83 e l'art. 14, par. 20, del regolamento citato. La "capacità ordinante del procedimento amministrativo" per l'emersione e risoluzione di tutti i possibili conflitti è ricordata da E. CHITI, *Pubblica amministrazione e transizione*, cit., 743.

[192] Così A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 786. Cfr. anche ID., *La Costituzione del lavoro e dell'ambiente. Per un nuovo contratto sociale*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2022, 530-531.

[193] A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente*, cit., 786.

[194] Il cambio di paradigma determinato dal passaggio "da un'amministrazione che, secondo il modello dello Stato di diritto liberale, doveva dare semplicemente esecuzione alla legge, adottando un singolo e puntuale atto amministrativo, a quella che è stata definita un'amministrazione di risultati (…) che deve raggiungere determinati obiettivi di *policy* e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti attraverso la sua complessiva attività", è avvalorato da Corte cost., 17 luglio 2024, n. 132, punto 6.2 della motivazione. Sul risultato, codificato in apertura dei prin-

strutturali [195] di *policy* la cui cifra "essenziale e caratterizzante" è, pertanto, la "necessità di scegliere (…) tra un ventaglio ampio di possibilità" [196] garantendo che "situazioni particolari siano trattate in base al merito dei problemi in modo tale da ottenere il miglior risultato nelle circostanze del caso" [197].

Centrale, dunque, nelle indicate prospettive è acquisire consapevolezza degli ingredienti reali che rendono possibile tradurre il variabile mondo delle funzioni amministrative in "interventi concreti sul territorio e nella vita quotidiana dei cittadini" presenti e futuri [198].

---

cipi generali del terzo codice dei contratti pubblici (art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), e divenuto vera e propria "stella polare" (così TAR Liguria, Sez. I, 9 dicembre 2024, n. 850) e "criterio orientativo" alla cui luce si "deve porre l'accento sulla esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica" (Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1620), in quanto capace di integrare il paradigma normativo dell'operazione amministrativa (Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, in *Giur. it.*, 2024, 2662, con il commento di L. CAMERIERO, *Il principio del risultato nel prisma discrezionale dell'operazione amministrativa*), si vedano: F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Firenze, 2023, 21; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 11; ID., *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2024, 78, 87 ss.; L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 443; F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, in *Scritti in onore di Paolo Urbani*, a cura di F. Cusano, Napoli, 2025, 687, 705.

[195] Nei termini indicati da M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Napoli, 2014, 47, il quale muove dall'idea secondo cui pubblico e provato non sono altro che "le due fondamentali dimensioni della democrazia" e ritiene essenziale il loro dispiegamento secondo un punto di equilibrio in forza di "un nocciolo duro nei problemi che abbiamo di fronte, una oggettività delle cose destinata a imporsi": rappresentata dal fatto che se le "tendenze frazionarie" fossero lasciate libere di dispiegarsi renderebbero "impossibile ogni calcolo dei bisogni individuali e collettivi sui tempi medi e lunghi, perché tutte le risorse verrebbero bruciate sui tempi brevi", per modo che quasi nessuna delle grandi problematiche sul tappeto appare "risolvibile se non in senso strutturale, mentre ben poco si risolve con la politica del momento".

[196] Come sottolineato dalla già citata sentenza della Corte cost., n. 132/2024, punti 6.2 e 6.5 della motivazione. Cfr. in argomento F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 19/2024, 122.

[197] Così, in una prospettiva pragmatica e sociologica del fenomeno, D.J. GALLIGAN, *Discretionary Power* (1986), trad. it. di F. INNAMORATI, con *Prefazione* di D. SORACE, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, 35. L'importanza di tale "visione positiva del potere discrezionale" è stata in più occasioni evidenziata da G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra*, in *Dir. soc.*, 1984, 65 ss.; ID., *An Italian Looks at English Administrative Law*, in *Public Law*, 1985, 118; ID., *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, 1988, 188.

[198] Cfr. gli spunti in proposito offerti, per una prima definizione generale del concetto di attività materiale della pubblica amministrazione che comprende "le operazioni pratiche poste in

7. *Conclusioni: la discrezionalità oltre il vincolo di scopo definito dalla (norma che definisce la) dotazione organizzativa di partenza degli uffici pubblici*

Sulla scorta di quanto sopra osservato, può notarsi che la scelta si configura come un complesso e dinamico processo di conversione di una situazione problematica di insoddisfazione, bisogno e rischio, storicamente manifestatasi in relazione a determinate circostanze fattuali che connotano la vita di collettività più o meno ampie di persone, in una condizione esistenziale più conveniente per i soggetti viventi presenti e futuri: il differenziale di valore che segna siffatto passaggio da un prima critico a un dopo soddisfacente non sta inscritto in un qualche codice predefinito, che richieda svolgimento computazionale, né è guidato da valori astratti da inseguire e da ordinare in scala, secondo improbabili equazioni geometriche che riflettono le vecchie e rassicuranti metodiche del bilanciamento, ma è scoperto strada facendo, in modo incrementale [199], nel corso dell'azione ed è dato soltanto dall'incontro e dalla sintesi logica delle strategie-opinioni-visioni espresse dalle diverse energie giuridiche (poteri [200]) degli attori che si mobilitano e si confrontano coi fatti rilevanti che connotano "ogni spicchio della realtà" [201]

---

essere (…) per realizzare gli obiettivi stabiliti attraversi atti amministrativi o normativi", da G. VIGLIOTTI, *L'attività materiale*, in *Diritto amministrativo*, diretto da F. Caringella, R. Chieppa, B.G. Mattarella, II, *Attività*, Milano, 264.

[199] Come sottolinea D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 145, l'incrementalismo rappresenta "la strategia naturale per chi deve decidere avendo possibilità limitate e limitate conoscenze, in un mondo caratterizzato dalla complessità".

[200] Sul cui carattere concorrente e sulla cui rilevanza "per certi aspetti parallela", in una logica generale di autonomia che rappresenta nel complesso una modalità di realizzazione della dinamica giuridica radicalmente alternativa a quella evocata allorché determinati effetti si qualificano come prodotti *ex lege* al verificarsi di certi presupposti, sono da tenere ancora presenti le belle pagine scritte da A. ROMANO, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 1993, 43 e seguenti. Cfr. anche ID., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 495 ss. e 505, ove, con riferimento all'amministrazione che si pone come istituzione, per quanto ormai quasi completamente derivata, si precisa che "sono larghi gli ambiti entro i quali questa, esercitando tali suoi poteri, emanando tali suoi provvedimenti che ne costituiscono esercizio, può operare le proprie scelte: per una ampiezza che giustifica pienamente la qualificazione di questi suoi provvedimenti stessi, come espressione di sua capacità di autodeterminazione; e che esclude che il suo ruolo possa essere ridotto a quello di mera applicazione delle disposizioni legislative".

[201] L'immagine è impiegata da C. CASTRONOVO, *Conclusioni:* look what they've done to my song, in *I mobili confini del diritto privato*, *Atti del Seminario in onore di Salvatore Mazzamuto* (Palermo, 9 giugno 2017), a cura di L. Nivarra e A. Plaia, Torino, 2018, 78.

a sua volta illuminato dallo svolgimento del processo decisionale.

La descritta traiettoria riporta alla memoria i tentativi di definizione obiettiva dell'attività amministrativa come "serie di azioni ordinate ad utilità" pratiche inaugurati da quello "straordinario poligrafo di transizione, dagli interessi enciclopedici" [202] che fu il già citato Romagnosi dei *Principii* [203], e di cui si trova eco anche nella astratta teoria legalista di Zanobini il quale, ancora negli anni Cinquanta avanzati, pure in una stagione che vide il "significativo accoglimento" della tesi del pluralismo degli interessi di Giannini [204], seguitava a cogliere il *proprium* della funzione amministrativa nel provvedere "in modo immediato e diretto" ai fini pubblici, attraverso lo svolgimento di una "continua azione pratica, tecnica e materiale, per produrre gli effetti voluti sugli elementi del mondo esteriore" [205].

Da tali indicazioni si può ricavare la tesi [206] che il sintagma interesse pubblico può essere considerato espressione di sintesi di un fenomeno che sta a monte della descritta dinamica funzionale – come ben veduto dai seminali studi di Vittorio Bachelet, Mario Nigro e Giorgio Berti, tra gli altri [207] – e

---

[202] Così B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fiorentini*, 2016, 204.

[203] Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., 1-2, ove al § II si parla dell'idea di "*cosa pubblica*" astraendo dalla contingenza e la si intende come "*fine* delle operazioni dell'autorità imperante" che si realizza attraverso "un sistema di mezzi, e quindi di azioni relative al proposto fine". Cfr. in argomento L. MANNORI, *Uno stato per Romagnosi*, II*, La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987, 88. Cfr. anche F. BENVENUTI, Sul *diritto amministrativo di Romagnosi*, in *Amministrare*, 2015, 10-11, il quale coglie esattamente la cifra teorica e speculativa dell'autore, osservando che è l'astrattezza del suo pensiero a impedirgli di essere "catturato dagli elementi esistenti".

[204] Come segnalato da M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, cit., 166.

[205] Cfr. G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica, caratteri generali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 234, ove la frase continua nei termini che seguono: "per approntare i beni necessari alla cura dei singoli fini pubblici, per far funzionare i vari pubblici servizi". Evidente anche in questo caso, come del resto per Romagnosi, che l'impronta teorica di un ragionamento volto all'elaborazione di "un corpo di cifre astratte" (così M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, cit., 495) abbia consentito al Maestro di non essere catturato dai cunei portati dalla contingenza e di resistere anche alle nuove idee dell'Allievo più realisticamente incline a cogliere gli sviluppi in senso sociale e multifinale dell'attività amministrativa statuale.

[206] Già anticipata, tra l'altro, in G.D. COMPORTI, *La necessaria ragionevolezza*, cit., 147.

[207] Tra i quali andrebbe ricordato anche G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Jus*, 1988, 87 e ss., il quale dopo avere evidenziato che l'ordine dell'azione ha potuto trovare nell'esercizio della funzione, come "fenomeno complesso, nel quale (…) si dispiega l'intero processo decisionale che porta alla produzione e all'attuazione dell'ordinamento", un terreno nuovo per essere effettivamente spiegato e pensato, "partendo dal dato di realtà incontrovertibile che solo la persona fisica è attore nelle relazioni giuridiche" (*ibid*., 88), ha definito l'organizzazione come "niente di più di un insieme di comportamenti qualificati normativamente, idonei come tali sia a produrre effetti

che è compendiabile nella previsione necessariamente fatta a livello politico e in via normativa (e dunque *ex ante*, stante la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. che informa il nostro sistema democratico) di strutture organizzative che ricevono in dotazione il potere/energia (e correlati mezzi strumentali e personali di azione) [208] per fronteggiare imprevedibili situazioni di carattere generale che, in una scala di sussidiarietà, non possono essere

giuridici in senso proprio, sia a conseguire risultati sociali, ricongiungibili (…) ad un insieme di interessi e di valori anche essi normativamente qualificati" (*ibid*., 90); chiarendo ancora che concettualmente "l'organizzazione coincide interamente col puro dato normativo, perché essa in realtà si esprime concretamente con la realizzazione di quel dato" e che, quindi, "ciò che del resto viene «organizzato» è una serie comportamenti umani (…) che acquistano senso proprio in quanto previsti, disciplinati e finalizzati da uno schema normativo più o meno complesso" (*ibid*., 92).

[208] Di una legge che "si limita a individuare l'autorità e ad autorizzarla ad agire (…) facendo uso di una sua specifica autonomia strumentale", opina G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mito*, Torino, 1999, 41, sulla cui lunghezza d'onda si muove anche M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 423. Sono noti i diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che, a fronte della crisi del sistema politico che ha contribuito a indebolire la sintesi dell'interesse generale assicurata dal confronto parlamentare tra partiti strutturati e radicati nella società civile, declinano il principio di legalità ora nell'accezione debole di necessaria predeterminazione normativa e attribuzione di competenze amministrative, ora in chiave anche sostanziale, nel senso di postulare anche "un corredo minimo di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto e ai presupposti" dell'attività amministrativa (così per esempio Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330). Il tema è oggetto di particolare svolgimento nei settori caratterizzati dalla presenza di un regolatore indipendente, laddove ci si interroga infatti su come conciliare il vincolo costituzionale con "l'estrema difficoltà di creare un sistema completo di prescrizioni in settori specialistici che richiedono una capacità di adattamento alle incessanti evoluzioni tecniche, incompatibile con le dinamiche dei processi legislativi" (come di recente osservato da Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255, in *Foro it*., 2024, III, 466, con nota di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e pianificazione in materia di rifiuti e principio di legalità amministrativa*, cui si rinvia). Il punto è che, anche avvertendo che la legge per soddisfare "il suo ruolo costituzionale di indirizzo e garanzia dei pubblici poteri" deve definire "in modo chiaro" alcun aspetti essenziali della disciplina dei mercati interessati (come "la causa dell'intervento pubblico", "il tipo di conformazione del mercato", "il grado di incisione delle sfere giuridiche regolate": così Cons. Stato, II, n. 2255/2024, cit., punto 4.5 della motivazione), e che il deficit di legalità sostanziale non può essere compensato da una declinazione procedurale del principio o aggirato invocando la teoria dei poteri impliciti (*ibid*., punti 4.6 e 4.7 della motivazione), resta il fatto che il funzionamento del mercato viene sottratto alla ponderazione politica degli interessi per essere comunque affidato, "sul versante tecnico-economico" a un "ampio margine di autonomia operativa" dell'autorità indipendente, che ha così il mandato di "implementare" il dettato normativo "con i meccanismi che meglio siano in grado di assicurare l'equilibrio ottimale del sistema in termini di razionalità economica e di desiderabilità sociale" (*ibid*., punto 4.5 della motivazione). Il che in buona sostanza significa, con una "dose apprezzabile di realismo", quel che si lascia comunque "alla regolazione indipendente, nel suo ruolo essenzialmente tecnico-economico di promozione dell'efficienza dei mercati e di tutela degli utenti, rimane assai vasto, ben compatibile con l'esigenza (…) di garantire il tempestivo adattamento di quella disciplina all'evoluzione degli stessi" (come riconosce E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e pianificazione in materia di rifiuti e principio di legalità amministrativa*, cit., 484).

adeguatamente affrontate e gestite autonomamente dai privati e dalle formazioni della società civile. La necessità/responsabilità di attivarsi, ritenuta "alla base della stessa modalità del potere" da Luigi Benvenuti [209], per rispondere a "bisogni di un dato tipo" [210] che si manifestano in siffatte circostanze di fatto problematiche rappresenta il punto di collegamento tra la descritta dimensione astratta, potenziale e irrelata dell'assetto delle competenze con il momento dinamico e concreto di esercizio della funzione, che è segnato dallo svolgimento di un processo razionale di scoperta della misura del caso che dovrebbe svolgersi all'insegna dell'incontro effettivo e continuativo con fatti e soggetti, il cui copione è a trama aperta e a formazione progressiva, non potendo apparire condizionato da partiture precostituite che certi attori pretendono di ricavare dall'ideal-tipico gene potestativo che configura il proprio statuto organizzativo.

In ciò si risolve, a ben vedere, la dotazione prettamente strumentale e modale riassumibile nel noto vincolo di scopo [211] che caratterizza l'agire eteronomo dell'amministrazione pubblica, rappresentando esso null'altro che l'evidenza "giuridico-formale" [212] della pre-avvertita e statuita "necessità di

---

[209] L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 183.

[210] Secondo la definizione di amministrare come "dover fornire, non un *opus* singolo, ma una serie di opere, idonee a soddisfare, tutte le volte che si presentino, i bisogni di un dato tipo", data da P. GASPARRI, *Lezioni di diritto amministrativo (teoria giuridica della pubblica amministrazione)*, I, Milano, 1948, 32.

[211] Pure entro un diverso orizzonte teorico, anche L.R. PERFETTI, *Sull'interesse pubblico come concetto vago che compone la fattispecie attributiva del potere e la necessità di superare la sua indeterminatezza*, in *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 51-52, sostiene che l'interesse pubblico "non collega e compone frammenti di disposizioni né qualifica fatto o comportamenti. Piuttosto indica un obiettivo, quello che il soggetto che esercita il potere deve conseguire. Come tale, si tratta di una norma che esplicita valori ed indica fini, sicché non può che essere un principio".

[212] Così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 26. Cfr. anche ID., *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 459-460, circa la nozione formale e assoluta di interesse pubblico "in senso giuridico" che è possibile elaborare "nell'ambito di un ordinamento e nel rispetto dei limiti che esso pone e degli spazi di competenza di ciascuno dei pubblici poteri". Sottolinea il carattere "cruciale" di una prospettiva "di tipo ontologica" e il "realismo" di una lettura che "sottintende una realtà sociale ed economica costantemente attraversata da conflitti (…), la cui selezione e composizione restano affidate a una politica democratica che (…) sia stata oggettivata in norme", C. PINELLI, *Il diritto amministrativo e le altre scienze giuridiche negli scritti di Domenico Sorace*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, a cura di S. Torricelli, Napoli, 2020, 357-359. Anche C. MARZUOLI, *Dal diritto amministrativo al diritto delle amministrazioni pubbliche*, *ibid*., 5 e 7, dopo avere evidenziato come "la misura organizzativa si rivela mezzo insostituibile per corrispondere all'esigenza (…) di conformare quel che l'amministrazione deve dare all'individualità propria di ogni persona", sottolinea che "la centralità del principio

affidarsi (…) al potere di scelta tra più soluzioni conferito al personale professionale delle pubbliche amministrazioni" [213]. Dopo di che pare difficile, in ragione del principio di non contraddizione, che lo stesso scopo "o l'interesse pubblico che dir si voglia" rappresenti anche una "*risultante* del confronto" con altri interessi pubblici e/o privati [214], perché in realtà, nel percorso procedurale che segna il farsi dell'energia giuridica in decisione, non si trovano interessi stilizzati e già potenzialmente definiti e assegnati ma solo fatti, vicende e accadimenti reali, poste economiche, episodi della vita, situazioni e circostanze pratiche che si situano a ridosso delle imperfezioni che emergono "tra le pieghe del mondo" [215] e che sollecitano prese di posizione dei diversi attori istituzionali competenti nel tentativo di realizzare praticamente un mutamento degli assetti esistenti che migliori le condizioni di partenza delle persone coinvolte.

In definitiva, quanto sopra illustrato dovrebbe aiutare a capire non solo che un dato (normativo e a rilievo organizzativo) di partenza, che "stringe all'ordinamento i partecipanti all'ufficio trasformando in un dovere giuridico l'esercizio di situazioni giuridiche attive nelle quali in definitiva si risolve la competenza dell'ufficio" [216], non può essere considerato come una compente del risultato proprio dell'azione amministrativa, che risulta pertanto assemblato con diverso e più tangibile materiale selezionato, conosciuto e valutato nelle istruttorie procedimentali; ma anche, e all'inverso, che quello che rappresenta appunto "un fatto di risultanza", in quanto coglie la decisione nella "sua ripercussione nell'ordine della realtà sociale" [217], non

democratico e le sue implicazioni sull'interesse pubblico si traducono nella centralità sistematica della distinzione fra apparati (apparati politici, apparati amministrativi e apparati tecnocratici)".

[213] Così A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, cit., 556. Il ruolo dei dipendenti pubblici come "vero motore della macchina amministrativa" è ben evidenziato da R. GAROFOLI, B. GIORGIO MATTARELLA, *Governare le fragilità. Istituzioni, sicurezza nazionale, competitività*, Milano, 2025, 322.

[214] Così si esprime chiaramente A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto amministrativo* (1990), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1420-1421, osservando che ciò dipende "non solo per l'intrinseca contraddittorietà tra i due termini, ma perché il vincolo di scopo (per quanto ridotta e «procedimentalizzata» possa risultare la sua consistenza) resta il nucleo centrale della sindacabilità del potere pubblico, tanto sotto il profilo delle responsabilità interne (politiche e amministrative) quanto soprattutto ai fini dei garanzia del cittadino rimasto estraneo o soccombente rispetto alla avvenuta e «risultante» composizione degli interessi".

[215] R. PEREGALLI, *I Luoghi e la polvere sulla bellezza dell'imperfezione*, Milano, 2022, 186-188.

[216] G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., 91, circa il dovere oggettivo d'ufficio come "base e piedistallo" della funzione.

[217] Per dirla con F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto* (1996), ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 369.

può essere confuso con gli elementi che identificano il dato di partenza, cioè con lo scopo astratto perseguito dall'ordinamento. Lo iato [218] che esiste tra i due momenti identifica proprio il ruolo trasformativo delle funzioni pubbliche in gioco svolto dall'ingresso in campo dell'agire funzionale e procedurale dell'amministrazione, che è segnato "dalla sperimentazione e dal raffronto tra i vari modi di soluzione del problema che in concreto si presenta" [219].

In tale circuito, neppure i dati di fatto corrispondono a "qualcosa di preassegnato" [220] o di già disponibile allo stato semplice per essere semplicemente registrato, assemblato e raccolto dal decisore di turno, perché essi non sono determinati da tutte le proprietà fisiche possedute dagli oggetti concreti presi in considerazione, né esistono in natura in attesa di riflettersi in fedeli immagini della nostra mente, ma sono il "risultato di un'attività conoscitiva e creativa al tempo stesso" [221] e si organizzano in "qualità in base alle quali noi li classifichiamo in funzione delle finalità" perseguite: dunque, sono "entità mentali" create attraverso un processo cognitivo di elaborazione, interpretazione, astrazione, raggruppamento e classificazione della realtà [222] che viene attivato e selettivamente orientato solo in vista delle irripetibili

---

[218] Nel pensiero di G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, 42, la "rottura del circuito" tra l'organizzazione e l'atto è così rappresentata: le nozioni "prettamente organizzatorie" come potere, competenza e autonomia "stanno a designare avanti tutto altrettante posizioni di centri organizzatori: prima, infatti, che un atto sia qualificabile come frutto di un potere o di una competenza, vi è l'organo od una composizione organica più o meno complessa che ha la titolarità del potere o della competenza che si concreta nell'atto. Dette figure risiedono dunque principalmente nel settore delle strutture e delle relazioni organizzatorie: la loro presenza, nei risultati dell'attività, ha un valore puramente storico, servendo alla descrizione valutativa del processo formativo dell'atto, in funzione del ricollegamento di questo ad uno o più centri organizzativi" (*ibid*., 41); diversamente, "l'attività è organizzazione in movimento, organizzazione presente" (*ibid*., 137 ss.).

[219] F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, cit., 370.

[220] F.A. VON HAYEK, *Economics and Knowledge* (1937), trad. it. *Economia e conoscenza*, in *Conoscenza, mercato, pianificazione. Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, 1988, 234. Tale saggio, letto al London Economic Club, costituisce l'"evento decisivo" della biografia intellettuale dell'Autore (*Hayek on Hayek. An autobiographical dialogue*, tra. it., *Hayek su Hayek*, a cura di S. Kresge e L. Wenar, Firenze, 1996, 115), perché segna l'avvio delle riflessioni sugli aspetti metodologici della teoria economica e, quindi, un ritorno al programma di ricerca del fondatore della Scuola austriaca dell'economia Carl Menger (cfr. la sintesi sull'argomento curata da L. INFANTINO, *Hayek e il problema della conoscenza*, *Prefazione* alla raccolta di scritti di Hayek, *Competizione e conoscenza*, Soveria Mannelli, 2017, 5 ss.).

[221] F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, cit., 368.

[222] F.A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, Milano, 1997, 54-57. Dopo avere giustamente osservato che "è solo con l'aiuto di una teoria che possiamo stabilire quali sono i fatti", L. VON

"circostanze particolari di tempo e di luogo" [223] che segnano il percorso di ricerca della soluzione a un dato problema. Ciò significa che è il singolo contesto problematico che determina selettivamente i fatti rilevanti e struttura l'arena deliberativa come ambiente aperto, adattivo ed evolutivo che si alimenta non di astrazioni o di ipotetiche pretese di massimizzazione di valori remoti postulati in partenza, o di singolari punti di vista ritenuti di per sé idonei a imporsi sugli altri, ma della "combinazione di frammenti di conoscenza" [224] che consente di elaborare le possibili "strategie alternative" [225] di decisione.

In questa prospettiva, allora, se è vero che "una volta spezzate le comode ma ingannevoli grucce dell'immaginazione, siamo costretti a camminare fino in fondo verso la verità naturale ovunque essa sia in gioco" [226], la stessa filosofia ermeneutica che secondo Luigi Benvenuti è imperniata "sull'anticipazione di senso e sulla centralità da annettere al fatto" [227] e aiuta a capire come il ruolo del soggetto si risolve in "una sintesi continuamente rinnovantesi tra passato e presente" e come lo stesso processo decisionale si sviluppa non secondo una logica lineare ma "una continua posizione e riproposizione di nuove ipotesi, cioè (…) un continuo superamento a favore di nuove ipotesi successive" [228], dovrebbe fare fino in fondo la sua parte [229]: aiutando a

---

MISES, *Problemi epistemologici dell'economia*, ed. it. a cura di L. Infantino, Roma, 1988, 52-53, ha chiarito che "l'azione umana affronta sempre l'esperienza come un fenomeno complesso, che deve essere analizzato e interpretato da una teoria, prima che possa essere perfino posto nel contesto di un'ipotesi da provare o confutare".

[223] Cfr. F.A. VON HAYEK, *L'uso della conoscenza nella società*, in *Conoscenza e processo sociale*, a cura di L. Infantino, Soveria Mannelli, 2023, 252.

[224] F.A. VON HAYEK, *Economia e conoscenza*, cit., 250.

[225] Momento qualificante del processo decisionale, secondo la nota ricostruzione di H.A. SIMON, *Administrative Behavior* (1947), trad. it. di S. CIMMINO, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1985, 119 ss., per il quale "la scelta, nella misura in cui è razionale e cosciente del proprio ambiente obiettivo, consiste nella selezione di un'alternativa tra le molte possibili". Nello stesso senso, si veda anche F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 228, il quale attribuisce "alla riflessione critica sui dati conosciuti" il compito "di prospettare le alternative possibili (…) ed i loro effetti pratici".

[226] E. VON BÖHM-BAWEK, *Diritto e rapporti dal punto di vista della teoria economica dei beni. Studio critico*, cit., 270.

[227] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 90.

[228] L. BENVENUTI, *op. cit.*, 203, 205.

[229] Sul punto la posizione di Luigi Benvenuti sembra aperta, ma non del tutto compiutamente sviluppata. Infatti, all'affermazione di chiusura secondo cui la critica alla teoria gianniniana della ponderazione degli interessi (nel caso specifico formulata da F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 160 ss.), incentrata sulla mancanza

sgombrare il campo da simili e altre mitologie e finzioni che, "per il fatto di essere scambiate per verità di fatto, impediscono di cercare la verità piena che è andata perduta, diventando (…) ricettacolo di visioni distorte e inesatte in cui ci si accontenta di soluzioni apparenti" [230].

Così, in definitiva, offrendoci strumenti più adatti per affrontare con maggiore consapevolezza, rigore e coraggio questo periglioso (affascinante e, in larga parte, ancora inesplorato) viaggio di immaginazione del mondo futuro oltre la morsa legge-sentenza.

di un interesse prestabilito destinato ad essere comparato con altri di natura secondaria, apparirebbe "del tutto fuori luogo ove ci si ponga dal punto di vista della contemplazione dei contenuti del procedimento formativo della decisione", pure temperata dal riconoscimento secondo cui ciò che va rivalutato di tale teoria "è, soprattutto oggi, il nucleo più intimo della definizione, quel meccanismo comparativo destinato a svelare, in ultima analisi, la componente dialettica del meccanismo della comprensione" (L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 93), fa seguito la presa d'atto finale secondo cui – nell'ottica funzionale, partecipata e processuale del procedimento come "luogo dove la decisione viene conformandosi, per il tramite dei diretti partecipanti o di interventori, che contribuiscono a stabilire le regole per il caso concreto" – l'interesse pubblico "sembra avere perduto la tradizionale funzione esponenziale delle esigenze più generali della collettività, risultando per giunta indistinguibile dagli altri interessi", e la discrezionalità "finisce per caratterizzarsi come la sede di un confronto sempre più paritario tra amministrazione e privati, un dialogo (…) i cui contenuti strutturali fanno perno sul principio di ragionevolezza e comunque nutrito delle ragioni, pur deboli, dell'epistemologia" (*ibid*., 209).

[230] E. VON BÖHM-BAWEK, *Diritto e rapporti dal punto di vista della teoria economica dei beni. Studio critico*, cit., 270.

Fulvio Cortese [*]

Interpretare l'interpretazione

Interpreting the Interpretation

SOMMARIO: 1. Opera e comunità accademica. – 2. Eccentricità e contesto. – 3. Una teoria critica ancorata ai fenomeni. – 4. Il ruolo dell'argomentazione. – 5. Decisione e controllo.

1. *Opera e comunità accademica*

Per affrontare e collocare utilmente nel panorama scientifico la monografia di Luigi Benvenuti su *La discrezionalità amministrativa* [1], può essere opportuno ricorrere a un espediente apparentemente eccentrico.

In una delle sue famosissime *epistulae*, rivolta *Ad Pisones* e meglio nota come *Ars poetica*, Orazio ricorre a un'espressione ambigua, eppure profonda, molto ricordata nella tradizione letteraria. È una affermazione su quanto sia complesso il fare poesia. L'espressione è questa: «difficile est proprie communia dicere» [2].

Enzo Mandruzzato, che è stato uno dei più grandi traduttori di Orazio, rende il verso così: «il difficile è dire con originalità le cose di sempre» [3]. Intende, dunque, quel *proprie* come *con originalità*. Ma *proprie*, in realtà, è vocabolo polisenso, perché vuol dire anche *in modo appropriato*. Di qui l'ambiguità, visto che nel linguaggio di tutti i giorni esprimersi in modo

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

[1] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986 (nonché: Pisa, 2023; d'ora in poi le citazioni saranno effettuate prendendo a riferimento quest'ultima edizione).

[2] ORAZIO, *Le lettere*, cur. E. Mandruzzato, Padova, 1962, 60 ss., in part. 62.

[3] Ivi, 63.

appropriato o farlo con originalità sono operazioni che non hanno il medesimo significato e, quindi, non comportano "propriamente" lo stesso risultato [4].

Ciò premesso, si può affermare, specie a fronte dello studio delle molte monografie ad esso successive, che il libro di Luigi Benvenuti abbia svolto un'azione simile a quella definita da Orazio: abbia, cioè, argomentato *proprie* alcuni profili sulla discrezionalità. E l'abbia fatto, da un lato, *in modo originale*, venendo anche (o per lo più) frainteso, o non compreso fino in fondo. Ciò perché si distaccava dal lessico e dalle traiettorie consolidate; anzi, se ne distaccava espressamente, e deliberatamente, dato che l'intera prima parte del testo [5] era volta a ricostruire tutto ciò che si era elaborato in precedenza dal punto di vista dogmatico, e in qualche modo a contestarlo – o a superarlo più che a contestarlo – soprattutto dal punto di vista dell'evoluzione storica dell'ordinamento.

Approfondendo quest'ultima direzione, peraltro, si può anche sostenere che *La discrezionalità amministrativa* di Luigi Benvenuti si proponesse di discutere di quell'istituto *in modo appropriato*, ossia, e per l'appunto, sulla base della contestualizzazione del tema prescelto; vale a dire, sulla scorta dell'acquisizione che, nonostante quel lavoro venisse pubblicato nella metà negli anni Ottanta del Novecento, il dibattito della dottrina italiana sulla discrezionalità andasse valutato come sorprendentemente "bloccato" a un periodo di molto anteriore: fermo, in altre parole, ad un momento di presa di coscienza ancora non del tutto piena di quanto era accaduto nel passaggio tra la prima e la seconda metà del Secolo. E tale è, all'evidenza, la conclusione cui Luigi Benvenuti giunge all'esito di tutta la ricostruzione effettuata all'inizio del suo studio, in un paragrafo («Il problema del potere e la cultura giuridica italiana degli anni 50») in cui bene si rimarca il graduale sovrapporsi, alle pregresse e comunque dominanti concezioni formalistiche, di teorie più realistiche, capaci di andare oltre l'«atteggiamento di 'chiusura nelle tecniche' tipico della scienza giuridica soprattutto giuspubblicistica degli anni 30» [6].

---

[4] Volendo sommare ambiguità ad ambiguità, si dovrebbe registrare che *proprie* significa anche *personalmente* o *in modo personale*. Pertanto il verso in questione potrebbe anche tradursi così: «L'originalità sta nel dire le cose di sempre con impronta personale». Ma su questo aspetto si tornerà, sia pur incidentalmente, *infra*.

[5] Intitolata, non casualmente, «Prospettive di storia e metodo»: v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 23 ss.

[6] *Ivi*, 144. Ma v. anche nelle pp. ss., dove il rinvio esplicito, per ciò che concerne la dottrina amministrativistica, è alle riflessioni di Feliciano Benvenuti, Massimo Severo Giannini e Giuseppe Guarino.

2. *Eccentricità e contesto*

Ma di che cosa si tratta, nello specifico? Qual è il *turning point* di cui *La discrezionalità amministrativa* prende atto?

Il titolo di questo breve contributo – *Interpretare l'interpretazione* – ci porta immediatamente al punto. Il compito che Luigi Benvenuti cerca di svolgere nel suo testo non è quello di dibattere sulla discrezionalità, quanto, piuttosto, di ragionare sulla *cornice* nella quale poter dare alla discrezionalità il significato che meglio le è adeguato. E qual è questa cornice? È l'ordinamento giuridico, poiché, in realtà, per Luigi Benvenuti, una volta assunta la prospettiva ermeneutica [7], l'ordinamento *tout court* è un fatto essenzialmente interpretativo. L'ordinamento, in sostanza, è l'interpretazione che costantemente ne viene fatta. Ciò perché prima di tutto viene il linguaggio; di più: il linguaggio è tutto.

Non deve sorprendere questa posizione. Sul punto Luigi Benvenuti assume dichiaratamente le vesti del filosofo. Non del filosofo del diritto, ma del filosofo nel senso più *classico* del termine, o meglio nel senso presocratico (o pre-platonico), perché – seguendo Eraclito – il punto di partenza è che *tutto è uno*: se il linguaggio è tutto, anche l'ordinamento è linguaggio; dunque la sua conoscenza è interpretazione.

È evidente che una simile prospettiva investe anche la discrezionalità quale parte importante dell'ordinamento amministrativo, *i.e.* quale attributo più caratterizzante dell'amministrazione intesa come esercizio del potere pubblico. E anche questa amministrazione, se per un verso è *atto* interpretativo, come *fattualità* dev'essere a sua volta interpretata, in particolare in sede giurisdizionale. È questo il profilo basilare di tutto il pensiero contenuto ne *La discrezionalità amministrativa*, dove si ricorda espressamente che il linguaggio si pone a elemento o «momento primario di ogni possibile esperienza umana» ovvero, sul piano ontologico, «come lo stesso farsi della storia» [8].

Si tratta di una considerazione fondamentale, particolarmente idonea a fungere da presupposto per un discorso sui significati da riconoscere a una possibile *ragione pratica*, specie da parte di chi – come Luigi Benvenuti – intenda rovesciare l'ipotesi esistenzialista [9], spostando il problema dell'essere

---

[7] *Ibid*., 172 ss.

[8] *Ibid*., 187.

[9] *Ibidem*, in modo esplicito. Questa è la ragione per la quale l'operazione compiuta *proprie* da Luigi Benvenuti non può essere tradotta nel senso di una *scelta* ovvero – come si è sottolineato

verso l'area del *discorso comune*. Vale a dire, della «prassi», quale «modo di essere della comunità attraverso il linguaggio e dunque come modo di essere dell'uomo nella libertà e nella solidarietà» [10]. Giacché, nello Stato contemporaneo come Stato democratico, è a questo piano che si deve innanzitutto guardare per regolare (diremmo, parafrasando Orazio, *proprie*) le relazioni tra i singoli e le istituzioni.

Se tali sono le premesse, è evidente che nel 1986 un approccio di questo genere potesse risultare innanzitutto originale, se non eccentrico.

In realtà, però, ciò che l'Autore voleva era additare a tutti gli interpreti (dell'ordinamento e della discrezionalità) che una simile postura avrebbe dovuto essere traguardata come la più adeguata, perché corrispondente all'idea dell'evoluzione dell'ordinamento come evoluzione del linguaggio, da leggersi, dunque, e a sua volta, come processo assorbente (pregiudiziale e idoneo a conformare di sé ogni manifestazione prescrittiva) e in costante divenire (al pari di ogni sistema normativo). È questa anche la motivazione della critica che Benvenuti rivolgeva alle interpretazioni formulate nella tradizione del formalismo giuridico, le quali dovevano già allora valutarsi come superate, in forza del parallelo superamento del contesto di riferimento. Detto altrimenti: il linguaggio nel quale quelle interpretazioni erano state elaborate non c'era più o, meglio, avrebbe dovuto, quanto meno, essere *riqualificato* [11].

Si noti, peraltro, che il fondamento del discorso svolto allora da Luigi Benvenuti era coerente con il successo che in Italia aveva già avuto la lettura gadameriana, capace di offrire, proprio negli anni Ottanta, conseguenze rilevanti anche su piani diversi da quello giuridico. Pertanto, l'impianto de *La discrezionalità amministrativa* era perfettamente calato *nel suo tempo*, mentre le ricostruzioni dogmatiche di cui la dottrina amministrativistica continuava a discutere si dimostravano improvvisamente *fuori tempo*.

---

supra, a nt. 4 – di una *impronta personale* quale chiave di *intuizione* di una verità superiore. Al centro dell'operazione in esame non v'è il *soggetto*, bensì l'*oggetto*.

[10] *Ibidem*, con ripresa espressa di pertinenti passi gadameriani.

[11] Per comprendere a fondo l'operazione svolta da Luigi Benvenuti può rivelarsi assai interessante la rilettura della voce dedicata da Santi Romano all'interpretazione evolutiva (SANTI ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1983, 119 ss.), brevissimo, ma intensissimo, saggio, nel quale il Maestro non solo nega la praticabilità di quel tipo di interpretazione, ma "riduce" il campo "ordinamentale" dell'interpretazione stessa, per poi "ri-aprirlo" alla luce di una chiave differente, quella della sua nota teoria istituzionalistica. Ebbene, Luigi Benvenuti "rovescia" l'impostazione romaniana, rigettando l'antagonismo tra teoria dell'ordinamento e teoria dell'interpretazione, e promuovendo l'interpretazione ad autentica essenza dell'ordinamento stesso.

3. *Una teoria critica ancorata ai fenomeni*

Va subito rimarcato che il superamento illustrato da Luigi Benvenuti non aveva una proiezione esclusivamente teorica. Esso, come si è anticipato, doveva garantire un vantaggio sensibile sul piano operativo. In particolare, avrebbe consentito, nel raffronto tra *testo* e *contesto*, l'aumento della *consapevolezza critica* dell'interprete, ossia l'affermazione della piena presa d'atto che non è così facile attraverso alcune definizioni schematiche o pre-concette, ovvero attraverso alcune scansioni logiche apparentemente irrefutabili, ascrivere un fenomeno amministrativo a un tipo anziché a un altro. Si sarebbe dovuto parlare, viceversa, di *gradualismo*, di *continuum* di fenomeni [12].

Ecco perché le tesi tradizionali possono incorrere in imprevedibili fallacie: esse funzionano come facili dispositivi di una cornice differente (anch'essa pur diversamente interpretabile, a seconda degli Autori [13]), ma nel diverso ambiente ordinamentale possono rivelarsi fonte di altrettanto facili disorientamenti. E anche il giudice può esserne fuorviato, soprattutto quando è chiamato ad operare il proprio sindacato, dal momento che – sosterrebbe Luigi Benvenuti – anche il potere vincolato non sempre è così vincolato.

A tale riguardo soccorre una necessaria precisazione.

Lo scopo de *La discrezionalità amministrativa* non era, e non è tuttora, quello di *liberare* il potere amministrativo dalle morse che la dottrina precedente aveva cercato di apporgli, riducendo, se non spazzando via, le relative conquiste *sub specie* della definizione della profondità del controllo giurisdizionale. Lo scopo era, ed è, quello della maggiore comprensione della realtà, e, quindi, di far sì che, dove si accerti l'esistenza effettiva di un certo tipo di valutazione, quella stessa valutazione o venga rispettata o venga, all'opposto, sindacata, ed anche eventualmente ribaltata. Ma ciò che conta, in primo luogo, è che la natura *puntuale* di quella medesima valutazione sia preliminarmente portata a completa emersione.

Certo, occorre riconoscere che in proposito, nel testo del 1986, Luigi Benvenuti non forniva circostanziati spunti metodologici. Ciò in quanto il suo lavoro, come si è visto, si proponeva finalità principalmente ri-fondative:

---

[12] Come ha bene osservato M. TRIMARCHI, nel contributo pubblicato in questo Volume.

[13] Esemplare, in proposito, il raffronto che il Nostro dedica alle diverse impostazioni di Oreste Ranelletti e Federico Cammeo, rilette come derivanti da distinte concezioni della forma di Stato: v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 222, n. 46.

non si spendeva nella microfisica – per così dire – del nuovo ragionamento. Forse, a ben vedere, non poteva neppure farlo, perché, come avvertiamo oggi dal contenuto della lunga *Postfazione* che l'Autore ha dedicato alla nuova edizione della sua monografia [14], la sede che valorizza al massimo, e fisiologicamente, l'attività del portare ad emersione la natura reale del fenomeno amministrativo volta per volta esaminato – facilitandone il disvelamento e, di conseguenza, un sindacato maggiormente cosciente: più o meno profondo a seconda dei casi – è esplicitamente indicata come quella procedimentale; quella, cioè, che troverà una generale strutturazione sul piano del *linguaggio ordinario* dell'amministrazione con la legge n. 241/1990; e che lo stesso Benvenuti, coerentemente, seguirà scrupolosamente negli studi successivi e, più di tutto, nel testo su *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica* [15].

A leggere con attenzione, ad ogni modo, la *fiducia* dell'Autore nel procedimento appariva già nel lavoro nel 1986. C'è un passaggio, tra i tanti, in cui ci si domanda proprio quali siano le strade da percorrere, sottolineando che sarebbe stato comunque necessario respingere l'opinione dominante che sia indispensabile offrire alla giurisprudenza strumenti dogmatici – schematismi *a priori* – asseritamente in grado di stabilire gli esatti confini tra apprezzamenti tecnici e valutazioni di opportunità [16]. Con il che Benvenuti alludeva proprio al bisogno estremo di *qualificazione minuta dei fenomeni*, vista nella sua dimensione attiva, nella sua *dinamica*, ed estranea, pertanto, ad una categorizzazione eccessivamente rigida.

Sappiamo, tuttavia, che le letture dottrinali e le correnti giurisprudenziali si sono sempre sforzate – prima e dopo *La discrezionalità amministrativa* – di individuare preventivamente le *parole giuste*, spostando il problema della tenuta delle definizioni più note e consolidate (discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica, attività vincolata) nella ricerca di altre definizioni, concepite come più aderenti, o più prossime, al dato da osservare (discrezionalità politico-amministrativa; concetti giuridici indeterminati; fatti semplici), e per ciò solo viste come maggiormente credibili e suscettibili di un'applicazione condivisa.

[14] L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 261 ss.

[15] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2017.

[16] L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 253 ss.

4. *Il ruolo dell'argomentazione*

Alla luce di quest'ultima precisazione dovremmo constatare che tutta l'evoluzione, anche la più recente, delle tesi giurisprudenziali – ivi compresa, da ultimo, la fitta e minuziosa narrazione sui c.d. "fatti mediati" in quanto distinguibili dai c.d. "fatti storici" [17] – si atteggia a riproposizione del tentativo costante di risolvere la complessità in *anteriorità linguistiche* cui affidare il ruolo di veicoli di certezza giuridica. Ma quelle linguistiche – direbbe Luigi Benvenuti – non sono mai anteriorità.

Il punto, dunque, non è l'individuazione di nuovi concetti o, più in generale, di un sempre nuovo lessico, in ipotesi "meno debole" del precedente. Il punto è il miglioramento, il perfezionamento, del sindacato di legittimità come sindacato sull'esercizio della funzione, al fine di renderlo più rispondente alle istanze dell'*analisi della realtà*. È in questa direzione che per Luigi Benvenuti vanno valutati positivamente gli sforzi storicamente compiuti dal giudice amministrativo per garantire un materiale e afferrabile *accesso al fatto* [18].

Si potrebbe intravedere, in questi cenni, una posizione antesignana della visione che verrà sperimentata per la prima volta dal Consiglio di Stato nella celebre "sentenza Baccarini" del 1999 [19]. Tuttavia per Benvenuti l'accesso al fatto – come presupposto pratico per poter veicolare davvero un controllo sull'operato dell'amministrazione – non si risolve, semplicemente, nel permettere, o nell'affidare, al giudice poteri istruttori più ampi e/o intensi. Una tale soluzione, infatti, rischierebbe di nascondere una rinuncia *ex ante* a intendere meglio «le ragioni più nascoste dei problemi reali» [20]. I quali, invece, emergono nel procedimento ed esigono, per ciò solo, l'estensione progressiva e più estesa di una sorta di dovere di procedimentalizzazione, quale meccanismo che più fa trasparire (nel senso di "rendere trasparente") la menzionata dialettica tra testo e contesto e, quindi, più facilita l'individuazione della soluzione specificamente corretta.

In ordine a questo snodo Benvenuti non dice altro nella monografia del 1986. Nonostante ciò, la lettura di quel testo lascia intravedere un risultato

---

[17] V., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, n. 4686/2023. Ma cfr. sempre Cons. Stato, Sez. VI, nn. 40/2021, 4423/2022, 10542/2022 e 10624/2022; e Cons. Stato, Sez. VII, nn. 9374/2022 e 5518/2023.

[18] L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 255.

[19] Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

[20] L. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., 256.

ulteriore, afferrabile già tra le righe di quelle prime meditazioni, ossia la convinzione che la controllabilità della decisione amministrativa non possa essere legata "mani e piedi" alla ricostruzione di un processo logico-giuridico di natura formale. Nella cornice in cui l'ordinamento è linguaggio, ciò che conta è l'*argomentazione*. Ma non si deve pensare all'argomentazione "delle teorie", quella «intesa nei termini di un uso schematico di modelli topici prefigurati e come esclusiva ricerca di razionalizzazione tramite la falsificabilità delle dimostrazioni» [21]; si deve guardare, *in primis*, all'argomentazione che vive nel procedimento, dove le parti offrono *al provvedere* i propri punti di vista, le proprie ragioni, i propri dati a supporto, in altre parole *il proprio discorso*.

V'è anche da dire – relativizzando i dati più estrinseci e le nomenclature, e guardando alla sostanza delle riflessioni – che pure la giurisprudenza succitata sulla distinzione tra fatti mediati e fatti storici altro non fa, in concreto, se non attribuire grande rilevanza alla coerenza, pertinenza e tenuta effettiva delle argomentazioni spese in sede procedimentale. Si considerino, ad esempio, gli orientamenti giurisprudenziali in materia di autorizzazione all'esportazione di beni culturali, nei quali si valorizzano in modo determinante le scansioni complessive degli argomenti contenuti nelle perizie di parte e di quelli doverosamente formulabili dall'amministrazione [22]. Nello specifico, quando l'amministrazione proposta alla tutela del bene nega l'autorizzazione a esportare una determinata opera (secondo un giudizio che si deve articolare per il tramite di alcuni parametri normativamente stabiliti [23]), che cosa fanno i privati, già nel procedimento e poi di fronte al giudice? Producono perizie di esperti. E il giudice, poi, che cosa fa? Verifica la *plausibilità* delle rispettive ricostruzioni, premiando quella pubblica laddove risulti pur sempre riconducibile al novero delle letture comunque «convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto» [24].

---

[21] Ivi, 226.

[22] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4686/2023, cit.

[23] Gli elementi che vengono in gioco – in base al d.m. n. 537/2017, recante «indirizzi di carattere generale per la valutazione del rilascio o del rifiuto dell'attestato di libera circolazione» di cui all'art. 68, comma 4, d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) – sono i seguenti: la qualità artistica dell'opera; la rarità, in senso qualitativo o quantitativo; la rilevanza della rappresentazione; l'appartenenza a un complesso o contesto storico, artistico, archeologico, monumentale; la testimonianza particolarmente significativa perla storia del collezionismo; la testimonianza rilevante, sotto il profilo archeologico, artistico, storico, etnografico, di relazioni significative tra diverse aree culturali, anche di produzione o provenienza straniera.

[24] Così sempre Cons. Stato, Sez. VI, n. 4686/2023 cit.

Dunque, in definitiva, non solo per Luigi Benvenuti, ma anche per il giudice amministrativo, il *proprium* della giuridicità nel sindacato giurisdizionale non è nell'astratta coerenza dell'elemento logico-giuridico o nella sussunzione della fattispecie concreta nel migliore concetto dogmatico: esso risiede nella verifica dell'*argomentato*, ossia nel motivato raffronto e controllo delle argomentazioni "reali".

Per chi volesse analizzare il tenore di tali raggiungimenti, è indispensabile ricorrere alle opere successive di Luigi Benvenuti, e soprattutto a un testo che l'Autore stesso non cita nella sua *Postfazione*, quasi appartenesse al *corpus* degli insegnamenti che il filosofo rivolge solo a chi è già *iniziato* (e così a chi ha già metabolizzato il senso ri-fondativo, come si diceva, del lavoro e dell'impostazione del 1986). Si tratta del volume su *Diritto e amministrazione. Itinerario di storia del pensiero*, del 2011 [25], laddove Benvenuti si occupa specialmente, e con grande interesse, delle modifiche apportate dalla legge n. 15/2005 alla legge n. 241/1990 in punto di rafforzamento del contraddittorio procedimentale. Un tale interesse, per Benvenuti, è senz'altro riconducibile all'idea, traguardata sin dal 1986, secondo cui la credibilità del sindacato giurisdizionale sul potere amministrativo si costruisce sin dalla sede procedimentale, enfatizzandone la dinamica "processualizzante" e facendo sì che, per il tramite delle argomentazioni dei soggetti tra loro in interazione, si rendessero più visibili e meglio comprensibili (quelle che si sono già definite come) le *ragioni più nascoste dei problemi reali*.

5. *Decisione e controllo*

Questo è, all'evidenza, soltanto uno dei percorsi che *La discrezionalità amministrativa* consente di svolgere. Ve ne sono, naturalmente, anche altri.

Tuttavia il tracciato finora illustrato, in quanto asse portante dello studio del 1986, permette di affrontare anche i casi in cui, oggi, la discrezionalità si fa ancor più vagante e inclassificabile, ossia le ipotesi nelle quali è difficile capire dove c'è qualcosa di tecnico e qualcosa di politico, e in cui è il dialogo costante tra l'amministrazione e il giudice, con il correlato meccanismo di progressivo esaurimento del potere amministrativo [26], a permettere

[25] L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011.

[26] Su cui v. recentemente, per tutti, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

la fissazione di un esito accettabile e, come tale, più stabile e accettato.

Si pensi al tema della gestione dei grandi carnivori [27], con le questioni complicate del sindacato che il giudice può svolgere dinanzi alle decisioni amministrative sulla captivazione o sulla soppressione del singolo animale; decisioni, vale la pena ricordarlo, che sono sempre sospese, anche all'interno della disciplina europea di riferimento [28], tra valutazioni invariabilmente consegnate all'*expertise* di settore e valutazioni più tipicamente discrezionali in senso classico [29].

Di fronte a siffatte ipotesi, che non esiteremmo a definire, da tradizionale tassonomia, in termini di discrezionalità mista, il giudice amministrativo si è speso, già nella sede cautelare più urgente (quella presidenziale) [30], per indicare all'amministrazione il *modus operandi* più corretto sul piano del procedimento e della raccolta *imparziale* di tutti gli elementi rilevanti. E al cospetto delle pronunce cautelari l'amministrazione si è spesso impegnata nella rapida riedizione del potere in linea con il *dictum* giudiziale, autolimitando per ciò solo la propria discrezionalità.

Al di là delle tesi che si sono scontrate sul merito dei singoli provvedimenti amministrativi e sul modo di interpretare correttamente la disciplina applicabile (regionale/provinciale e statale) [31] – e che, in verità, si sono

---

[27] Su cui cfr., da ultimo, l'ampio lavoro di G. BOTTO, *La tutela della fauna selvatica tra ambientalismo, "animalismo" e principio di responsabilità intergenerazionale*, Torino, 2024.

[28] Si tratta della c.d. "direttiva Habitat": direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 «relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche».

[29] V., precisamente, all'art. 16, dove si ammette che sia possibile svolgere specifiche operazioni (anche di cattura o abbattimento) su singoli esemplari di specie altrimenti tutelate in via generale *soltanto* «[a] condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale», e *nel perseguimento* dei seguenti scopi: «a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente; d) per finalità didattiche e di ricerca, di ripopolamento e di reintroduzione di tali specie e per operazioni di riproduzione necessarie a tal fine, compresa la riproduzione artificiale delle piante; e) per consentire, in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un numero limitato di taluni esemplari delle specie di cui all'allegato IV, specificato dalle autorità nazionali competenti».

[30] V., ad esempio, Trga Trento, decreto pres. n. 19/2023.

[31] Tanto che le relative questioni sono state portate anche all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione europea: v. Trga Trento, ordinanza n. 219/2023.

articolate anche nel confronto *alto* tra posizioni ambientaliste e posizioni animaliste [32] – la vicenda ora rammentata è interessante per il rapporto costante che si è generato tra amministrazione e giudice, e, seguendo ciò che interessa in questa sede, per le variazioni procedimentali che quel rapporto ha generato caso per caso, alla ricerca di un *momento di equilibrio* sulla natura reale, sui limiti circostanziati e sul nucleo irrinunciabile della valutazione operabile da parte del potere pubblico. A dimostrazione che l'idea di un controllo giurisdizionale "secco", perché fondato su definizioni altrettanto "sintetiche", cede al cospetto della "ricchezza" procedimentale; tanto più imprevedibile, del resto, quanto più densa è la scena dei poteri e delle valutazioni che l'amministrazione è tenuta a sviluppare, perché inevitabilmente popolata da una molteplicità di accertamenti (da quelli più politici a quelli più tecnici).

È importante riconoscere che, se è vero che la riflessione di Luigi Benvenuti razionalizza assai bene simili fenomeni, è altrettanto vero che ne *La discrezionalità amministrativa* manca la connessione tra la questione interpretativa e quella organizzativa.

Il nesso in parola, però, non è irrilevante, perché, se un'attività è definita come vincolata o discrezionale o tecnico-discrezionale, buona parte del ragionamento discende – sempre tradizionalmente – dalla considerazione dell'autorità cui essa è affidata e del modo con cui detta autorità è strutturata. Sicché, più che porsi solo il problema di come meglio sindacare *ex post* l'esercizio del potere, considerato come a sé stante, ci si dovrebbe interrogare sui profili istituzionali o di attribuzione/raccordo delle competenze. Vero è che per Luigi Benvenuti è il dato oggettivo nella sua dimensione linguistica ad essere preminente (e, come si è visto, assorbente). Però, assumendo un'ottica ulteriormente realistica, la dinamica procedimentale, tanto essenziale per i motivi anzidetti, è particolarmente condizionata dal livello, dalla natura giuridica e dal ruolo dei *protagonisti* che vi operano e collaborano; e specialmente da *coloro che prendono l'iniziativa*. Basta tornare, in via esemplificativa, al caso della gestione della fauna selvatica: come si è ricordato, la pertinente direttiva europea stabilisce chiaramente quali sono le valutazioni che devono essere fatte dall'amministrazione, ma non specifica *chi*

[32] Cfr. Trga Trento, sentenza n. 144/2024, in cui, sposando posizioni ambientaliste, si evidenzia una chiara divergenza di opinioni con il Consiglio di Stato, più sensibile verso posizioni animaliste. Per un chiarimento sulla differenza, in quest'ambito, tra ambientalismo e animalismo, v., per tutti, M. Olivi, *L'articolo 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *Ambiente-Diritto.it*, n. 4/2022.

le deve svolgere; eppure quelle valutazioni a volte sono scientifiche e a volte hanno a che fare con valutazioni di carattere sociale, economico, di ordine pubblico [33], le quali sono attraibili alla sfera della più ampia discrezionalità, quella del "decisore politico". Quindi la scelta del *luogo* e del *soggetto* che deve svolgere la valutazione non è indifferente e il miglior controllo, o meglio il miglior esercizio di un potere che poi diventa controllabile al meglio, probabilmente va costruito *a monte* più che esclusivamente *a valle*.

Ma questo è, in conclusione, soltanto un piccolo spunto, per invitare Luigi Benvenuti a "tornare sul luogo del delitto" e a offrire alla sua visione ri-fondativa aggiuntive e importanti declinazioni.

[33] V. *supra*, nt. 29.

Michele Trimarchi [*]

Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri (rileggendo Luigi Benvenuti)

Administrative discretion and separation of powers (rereading Luigi Benvenuti)

SOMMARIO: 1. La discrezionalità amministrativa come risvolto della separazione dei poteri. – 2. La discrezionalità come interpretazione nella concezione generale della dinamica giuridica di Luigi Benvenuti. – 3. La salvaguardia della separazione dei poteri nella concezione della discrezionalità di Luigi Benvenuti. – 4. Le ricadute sull'intensità del sindacato giudiziario. – 5. Due riflessioni a margine tra processo e procedimento amministrativo.

1. *La discrezionalità amministrativa come risvolto della separazione dei poteri*

La discrezionalità amministrativa, secondo la nota definizione di M.S. Giannini, consiste nella ponderazione comparativa di interessi pubblici e privati [1]. La dottrina successiva ha generalmente accolto questa concezione [2]

---

[*] Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Foggia.

[1] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, (1939), ora in ID., *Scritti*, Vol. I, Milano, 2000, 74, *passim*.

[2] Per questo giudizio, senz'altro condivisibile, F.G. SCOCA, *Massimo Severo Giannini, la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2024, 52 ss.

Nondimeno, la teoria della discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi è stata di recente posta in discussione da alcuni studi: per tutti A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità*, in *Nuove autonomie*, 2022, 102 ss.; L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss., e altri saggi successivi dello stesso A. (in particolare da ultimo *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *P.A. – Persona e amministrazione*,

e ha spostato l'attenzione prevalentemente su un profilo diverso, quello della ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione.

Maggiori sono i limiti che il diritto pone all'amministrazione, minore è la sua discrezionalità sia sotto il profilo quantitativo (nel senso che taluni profili dell'azione, prima considerati discrezionali, ora sono considerati vincolati) sia sotto il profilo qualitativo (nel senso che, pur laddove la discrezionalità permane, minore è il ventaglio delle scelte a disposizione dell'amministrazione); e viceversa.

In applicazione del principio di legalità, il limite della discrezionalità è costituito innanzitutto dalle regole scritte di fonte legislativa che disciplinano l'attività amministrativa [3] (così, per esempio, diciamo che la discrezionalità nel *quando* è soppressa dalla previsione del termine per la conclusione del procedimento [4]).

Ma nell'esperienza italiana, come in quella francese, il giudice amministrativo non si è mai limitato ad operare un controllo di stretta legalità dell'azione amministrativa [5], sicché per individuare la quantità e la qualità della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione sono decisive le regole non scritte che il giudice amministrativo ha elaborato attraverso la clausola dell'eccesso di potere per sindacare le scelte dell'amministrazione [6].

Poiché i limiti della discrezionalità derivano in ultima analisi dall'intensità

2023, 43 ss.). Qualche riserva rispetto alla formula della ponderazione degli interessi è formulata, ma in tutt'altra prospettiva, da G. CORSO, *Politica, tecnica, discrezionalità*, in AA.VV., Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2022 – Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023, 373 ss.

[3] Da ultimo M. CLARICH, *Indeterminatezza delle norme e principio di legalità*, in *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, a cura di M. Trimarchi, Napoli, 2024, 9 ss.

[4] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 210.

[5] M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 497 ss. Osserva A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, 2013, 6 s., che "l'affermazione di principi non scritti ai quali è soggetta l'azione amministrativa" è un tratto comune a tutti i modelli di diritto amministrativo continentali: "l'elaborazione di questi principi non è quindi un privilegio dei giudici amministrativi".

[6] Per tutti E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, spec. 69-70; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 2024, part. 605 ss. Un esame aggiornato dello stato di salute dell'eccesso di potere è in F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*., 2022.

del sindacato giudiziario [7], essa inevitabilmente viene ad essere concepita come una variabile dipendente dell'interpretazione del principio della separazione dei poteri nella relazione tra il potere amministrativo e quello giurisdizionale [8] (ancorché dal punto di vista della formazione storica dei sistemi di giustizia amministrativa si possa dubitare che il principio della separazione dei poteri abbia avuto un ruolo così decisivo nella perimetrazione del sindacato [9]).

Una più severa interpretazione del principio della separazione dei poteri induce ad un *self restraint* del giudice nei confronti dell'amministrazione e quindi determina l'espansione della discrezionalità amministrativa; un'interpretazione del principio disponibile ad ammettere più o meno estese aree di sovrapposizione tra poteri, se non addirittura la fungibilità degli stessi nell'attuazione della legge, legittima un sindacato più intenso e determina quindi la contrazione o l'azzeramento della discrezionalità amministrativa.

In questa prospettiva il merito amministrativo coincide con le valutazioni dell'amministrazione risultate concretamente inattingibili al sindacato giurisdizionale, consiste cioè in uno spazio determinabile solo in concreto all'esito della verifica giudiziaria [10]. Quindi anche il merito, come la discrezionalità, è un portato dell'interpretazione della separazione dei poteri e può in ipotesi essere azzerato dall'avanzare del sindacato del giudice [11].

---

[7] Cfr. di recente C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Annuario 2022 – Discrezionalità e amministrazione*, cit., 243 ss.

[8] Sul tema di recente M. RAMAJOLI, *Principio della separazione dei poteri, indeterminatezza delle norme e* standards *valutativi*, in AA.VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 19 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 393 ss. Cfr. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, Napoli, 2019, 181 ss.

[9] Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 68 ss.

[10] F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 371 ss.; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, ivi, cit., 577: "se si parte dall'idea della 'confutazione' e si riconosce finalmente che tutto in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte".

[11] Cfr. A. ROMANO TASSONE, *op. cit*. Per la critica ai vizi di merito M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 169 ss.

2. *La discrezionalità come interpretazione nella concezione generale della dinamica giuridica di Luigi Benvenuti*

L'approccio al tema di Luigi Benvenuti è diverso.

Prima che ad individuare l'ambito e i limiti della discrezionalità amministrativa derivanti dall'assetto costituzionale dei poteri, Egli è interessato a carpire l'essenza della discrezionalità nella dinamica della produzione giuridica [12]. Per questa ragione la parte ricostruttiva della monografia sulla discrezionalità prende le mosse dalla teoria del potere giuridico.

Benvenuti accetta la tesi secondo cui il potere giuridico è la capacità, attribuita ad un soggetto dalle norme, di produrre altro diritto [13]. Però da questa definizione, che ha una chiara matrice nel positivismo normativistico e nelle sue evoluzioni analitiche, l'Autore trae una implicazione originale: che l'esercizio del potere da parte del suo titolare è allora essenzialmente una questione di interpretazione delle norme attributive [14].

La tematica del potere giuridico e del suo esercizio diviene così un tutt'uno con quella dell'interpretazione; ed il contenuto stesso del potere si definisce alla luce del fenomeno interpretativo. Con le parole dell'A. il potere, "ove inteso come momento dinamico della produzione", è "solo descrivibile come un processo inesauribile concepito […] come riflesso della tematica interpretativa" [15].

In questo quadro teorico, la concezione del potere – e con essa, il modo d'intendere l'intero fenomeno della produzione giuridica – dipende dalla concezione dell'interpretazione alla quale si accede.

Benvenuti giudica riduttivo il modo in cui il giuspositivismo analitico "intende il ruolo del soggetto nell'interpretazione di un sistema di norme e

---

[12] Le riflessioni svolte nel testo tengono in considerazione primariamente il volume di Luigi Benvenuti sulla discrezionalità amministrativa apparso per i tipi della Cedam nel 1986 e oggi ripubblicato in una nuova edizione con l'aggiunta di una postfazione dell'A. (L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, nuova ed., Pisa, 2023, da cui si cita).

La concezione della discrezionalità di Luigi Benvenuti è stata di recente analizzata da F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 597 ss., che tiene in considerazione anche i successivi e importanti lavori dell'A. sul tema. In generale, sul pensiero dell'A. v. A. SANDULLI, *Teoria e pratica nel diritto amministrativo di Luigi Benvenuti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 585 ss. La postfazione alla monografia, scritta nel 2023, mostra comunque, a mio avviso, che l'A. è tuttora fedele alla "tesi principale" da lui esposta nel 1986.

[13] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 163 ss.

[14] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 179 ss.

[15] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 192.

in specie nella concretizzazione delle norme attributive del potere", ma neppure asseconda le derive del più radicale scetticismo interpretativo [16]. È invece in sintonia con le tesi sull'ermeneutica di Gadamer: concepisce l'interpretazione come un processo di comprensione, visto "non tanto come un impadronirsi da parte del soggetto di un oggetto inizialmente estraneo, bensì come procedimento in sé inconcluso e continuamente rinnovantesi" caratterizzato dalla "tendenza da parte dell'interprete alla precomprensione intesa […] come appartenenza già costituita alla storia stessa della cosa interpretata" [17].

Le premesse poste sui rapporti tra potere e interpretazione comportano che per Luigi Benvenuti l'ermeneutica costituisca non solo la spiegazione più convincente dell'interpretazione dei testi giuridici, ma anche la chiave fondamentale per l'intendimento della dinamica della produzione giuridica, indentificata appunto nel processo di comprensione descritto da Gadamer.

È in questo specifico contesto va letta la nota tesi secondo cui la discrezionalità amministrativa è riconducibile alla tematica interpretativa. Tale prospettazione non mira affatto a spogliare la discrezionalità della sua componente politica e a riportarla in una dimensione meramente normativa o di esecuzione della legge. Essa, infatti, si inscrive in un più largo contesto teorico dal quale non può essere staccata se non causando fraintendimenti, e cioè in una concezione generale che identifica la dinamica giuridica nell'interpretazione e che di questa accoglie una versione anti-meccanicistica, che tende a problematizzare l'intendimento dei procedimenti di comprensione/creazione. Dunque: la discrezionalità è sì interpretazione; ma questa non è passiva comprensione del testo, bensì attribuzione di significati al testo da parte di un interprete che partecipa attivamente al circolo ermeneutico, con il peso determinante del contesto e del caso.

3. *La salvaguardia della separazione dei poteri nella concezione della discrezionalità di Luigi Benvenuti*

Una ricerca orientata a carpire l'essenza della discrezionalità, e che infine la risolve nella tematica interpretativa, imbocca e percorre una strada diversa

[16] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 172.

[17] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 176.

dall'impostazione che considera la discrezionalità come una variabile dei limiti del sindacato giurisdizionale deducibili dal principio della separazione dei poteri.

Tuttavia il problema della separazione dei poteri si ripropone anche entro il disegno teorico di Luigi Benvenuti, sia pur in una prospettiva diversa da quella presa in considerazione più frequentemente. In particolare, se la discrezionalità partecipa alla tematica interpretativa, potrebbe vacillare la distinzione tra potere amministrativo e potere giurisdizionale, quantomeno negli aspetti sostanziali delle rispettive funzioni. E dunque l'implicazione di ordine costituzionale della teoria di Benvenuti potrebbe essere in fondo la contestazione della separazione dei poteri.

Nel volume sulla discrezionalità amministrativa si può trovare qualche argomento a sostegno di questa ipotesi. L'aver riportato tutta la dinamica giuridica alla dimensione dell'interpretazione comporta inevitabilmente una comunanza di problemi tra le diverse forme di produzione giuridica, in quanto proprio l'approccio ermeneutico postula l'impossibilità di distinguere qualitativamente i diversi momenti in cui la comprensione si attua. Ecco allora come, "respinta ogni diversità per così dire «qualitativa» della comprensione, la stessa figura della discrezionalità finisca per divenire un modo di essere non separabile sostanzialmente dalle rimanenti operazioni interpretative" [18]. La discrezionalità è un "attuarsi del potere e dei poteri giuridici all'interno di una comune problematica, quella della comprensione del linguaggio" [19].

Tutto ciò non deve essere sottovalutato – è lo stesso Benvenuti, del resto, a prospettare l'ipotesi che quanto da lui osservato al fine di "definire il problema della discrezionalità amministrativa" potrebbe "valere più in generale per l'intera dinamica della produzione" [20] – ma mi pare che, una volta riportata tutta l'attuazione del diritto al fenomeno della comprensione, intervenga, e in fondo prevalga negli sviluppi successivi, il motivo della differenziazione dell'attività amministrativa rispetto a quella giurisdizionale o comunque ad altre forme e tipi di ragionamento giuridico.

Innanzitutto va considerata la concezione dell'attività amministrativa, del procedimento e dei valori costituzionali di riferimento nel quale si innesta la tesi sulla discrezionalità. Per quanto adoperi argomenti assolutamente originali, Luigi Benvenuti è tutto sommato alfiere di un'amministrazione

[18] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 200.

[19] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 201.

[20] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 179.

partecipata, che si fonda con la società e si legittima dal basso, attraverso il procedimento [21].

Le istanze democratiche e anche solidaristiche che innervano la funzione amministrativa, legittimando l'amministrazione, sono incompatibili già sul piano organizzativo con la sua assimilazione alla funzione giurisdizionale; e ancor meno accettabile, in questa prospettiva, è che la decisione di un organo giurisdizionale, non legittimata dalla partecipazione democratica nel corso della sua formazione, resa al termine di un processo dove l'onere della prova è addossato in prevalenza alle parti e limitati sono i poteri inquisitori del giudice, possa tener luogo di una decisione amministrativa maturata nel corso del procedimento. La sostituzione in giudizio dell'amministrazione da parte del giudice, in altre parole, implicherebbe una inaccettabile rinuncia ai valori di fondo dell'amministrazione e del procedimento.

A differenziare la discrezionalità dalle altre operazioni riconducibili alla tematica interpretativa vi è poi un dato quantitativo, che l'A. richiama a più riprese, ad esempio scrivendo che ciò che distingue la discrezionalità dalle altre operazioni interpretative è la misura in cui si verifica la concretizzazione del dettato normativo [22], o che a distinguere la discrezionalità dall'interpretazione "non è tanto la presenza di valutazioni di opportunità, quanto piuttosto l'attribuzione da parte della norma agli organi amministrativi di un potere decisionale" [23].

Per comprendere il significato di queste affermazioni bisogna considerare che Benvenuti individua quattro modelli generali di ragionamento giuridico, validi per tutti i rami dell'ordinamento. Il modello che propriamente descrive la discrezionalità amministrativa in senso stretto è il terzo, il quale in fin dei conti si caratterizza per la presenza di un momento più intrinsecamente politico rispetto agli altri [24]. La discrezionalità amministrativa si distingue dunque da altre forme di comprensione per questo elemento aggiuntivo di politicità che si pone a base della decisione.

Non deve trarre in inganno il fatto che Benvenuti, quando sposta l'analisi dalla teoria generale al diritto amministrativo, identifica la discrezionalità con l'esercizio del potere amministrativo facendovi confluire anche la c.d. attività vincolata, priva del citato elemento della politicità [25]. Questa mossa

---

[21] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 186 ss.

[22] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 200.

[23] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 204.

[24] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 241.

[25] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 231 ss.

argomentativa ha un intento essenzialmente pragmatico e forse anche polemico nei confronti del consueto approccio degli amministrativisti al tema: negando l'esistenza di atti vincolati, l'A. vuole sottolineare che la formazione della decisione amministrativa consiste sempre e comunque in operazioni complesse, che si prestano ad essere intese solo attraverso le lenti dell'ermeneutica, e che non esistono i "casi facili" a cui allude la dottrina che accentua la distinzione tra discrezionalità e vincolatezza.

4. *Le ricadute sull'intensità del sindacato giudiziario*

La consapevolezza che la tesi di Benvenuti non contesta la distinzione tra la funzione amministrativa e quella giudiziaria consente a mio avviso di individuare con maggiore chiarezza il messaggio principale che l'A. invia alla dogmatica del diritto amministrativo con l'accostamento della discrezionalità all'interpretazione.

Il messaggio consiste nell'avvertire che è illusorio il tentativo – nel quale gli amministrativisti si esercitano da sempre, in quanto lo ritengono conforme alle istanze più profonde dello stato di diritto – di sezionare la formazione della decisione amministrativa in fasi, talora attratti dalle istanze razionaliste della teoria della decisione o della teoria dei giochi, per renderla più facilmente controllabile dal giudice.

A questo riguardo bisogna sempre tener presente che il riferimento di Luigi Benvenuti all'interpretazione non è un riferimento generico, né è rivolto all'attività interpretativa in quanto tale, bensì all'interpretazione secondo i canoni dell'ermeneutica moderna gadameriana, che attribuisce un ruolo determinante alla precomprensione e in generale alla partecipazione attiva dell'interprete nella determinazione dei significati, in un circolo inesauribile che muove dal testo per andare all'interprete e tornarvi.

La riconduzione della discrezionalità all'interpretazione assume allora il significato di riversare sulla discrezionalità quel carico di complessità e insofferenza a schemi precostituiti di indole razionalistica che la filosofia ermeneutica riconduce all'essenza stessa del comprendere (a p. 205 si legge, significativamente, che il processo antecedente alla scelta finale, cui viene assegnata assoluta centralità, pare "seguire non una logica lineare ma consistere in una posizione e riproposizione di nuove ipotesi, cioè in un loro esame e in un continuo superamento a favore di nuove ipotesi successive"; a p. 209 che "dovrebbero essere accentuate le caratteristiche di intrinseca

problematicità del ragionamento giuridico, riconoscendosi l'insufficienza di ogni indagine aprioristica e di ogni tentativo di schematizzare in formule prefissate la lettura dei fatti e delle norme").

In questa chiave si spiegano i commenti garbatamente critici che da ultimo Luigi Benvenuti rivolge alla dottrina e alla giurisprudenza recenti sul sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche [26]. Benvenuti è scettico nei riguardi dei tentativi separare con un taglio netto la discrezionalità dalla valutazione tecnica, per quanto il loro obiettivo sia di rendere quest'ultima pienamente sindacabile in sede giudiziaria. E segnala anche come gli schemi astratti che talora la giurisprudenza ha elaborato per il sindacato (forte, debole, estrinseco, intrinseco) non possano essere assunti come griglie operative *a priori*, ma vadano sempre misurati al caso concreto, tenendo conto cioè dei fatti specifici che interrogano le norme e dell'apporto dell'interprete alla conoscenza dei significati [27].

Insomma, se si considera che l'interpretazione alla quale Luigi Benvenuti accosta la discrezionalità è quella della filosofia ermeneutica, cioè un'impostazione per certi aspetti incline al soggettivismo interpretativo e quindi a una limitata controllabilità dei procedimenti di comprensione, non è un paradosso che un Autore che definisce la discrezionalità come interpretazione sia poi tiepido, per non dire critico, nei confronti di sviluppi giurisprudenziali e dottrinali che tendono a favorire un maggior controllo giurisdizionale sulla discrezionalità. Accade così che la riconduzione della discrezionalità alla tematica interpretativa si riveli infine una modalità di difesa della separazione dei poteri e dei limiti del sindacato di legittimità [28].

Del resto, già nella stesura originaria della monografia Benvenuti affermava che "per parte nostra avendo preso le mosse da una visione per così dire aperta del problema dell'interpretazione, e dunque il più possibile attenta a ricercare le ragioni di consenso prima ancora di quelle della verifica [...] ci pare che tale controllo debba essere successivo proprio alla dialettica

---

[26] In particolare, esamina i contributi di S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 97 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019.

[27] L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 278 ss. La citazione riguarda la Postfazione del 2023.

[28] Sotto questo profilo vi è, negli esiti, una singolare coincidenza di vedute con impostazioni molto lontane da quella di Benvenuti nei presupposti metodologici e teorici (si v., ad esempio, la difesa della separazione dei poteri di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023).

già svoltasi in sede procedimentale, risultando dunque superfluo ogni tentativo di affidare al giudice più ampi poteri istruttori che talora significherebbero solo una rinuncia ad intendere le ragioni più nascoste dei problemi reali" [29].

5. *Due riflessioni a margine tra processo e procedimento amministrativo*

Luigi Benvenuti disvela la complessità e la problematicità del procedimento di formazione della decisione amministrativa, unitamente all'apporto creativo dell'interprete all'interno di essa. Mette in guardia dall'utilizzo acritico di modelli euristici d'indole razionalistica per l'intendimento del processo decisionale dell'amministrazione e, al contempo, convince che in esso vi siano momenti non controllabili se non a mezzo di un riesercizio della stessa funzione amministrativa, dunque inattingibili al sindacato di legittimità [30].

Queste acquisizioni probabilmente non confliggono con alcuni elementi di riflessione apparentemente di segno diverso. La prima osservazione attiene al sindacato sulle valutazioni tecniche, mentre la seconda ai rapporti complessivi tra potere discrezionale e giurisdizione.

A) L'esame della giurisprudenza sulle valutazioni tecniche mostra che, a fronte della ricorrente affermazione di principio, per cui "nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle

---

[29] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 256.

[30] Sembra interessante osservare che i rischi e i limiti dell'utilizzo poco controllato da parte del giurista delle suggestioni della teoria delle decisioni erano ben chiare all'A. che più di ogni altro vi ha fatto riferimento per la ricostruzione della teoria dell'attività amministrativa: F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 264, dove si afferma l'esigenza di un atteggiamento critico da parte del giurista nei riguardi delle proposizioni elaborate dalla scienza dell'amministrazione e in particolare dalla teoria delle decisioni. In particolare, "le proposizioni cui le altre discipline pretendano di assegnare un valore propriamente normativo, debbono essere intese invece come puramente descrittive di fenomeni, che il giurista deve poi ordinare e ripensare per suo conto". Nel commentare il pensiero di Ledda, G. CORSO, *Franco Ledda: metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto ammnistrativo*, Napoli, 2017, 46, rileva che "altro è il processo decisionale, che in questo ambito viene illuminato [tramite l'uso della letteratura filosofica, sociologica e di scienza dell'amministrazione], altro sono le regole giuridiche che lo governano".

valutazioni tecniche compiute dalle Autorità" [31], il sindacato sulle valutazioni tecniche delle pubbliche amministrazioni ripete spesso gli stilemi del sindacato sulla discrezionalità [32], cioè è operato "in coerenza col principio della separazione dei poteri, sulla base dei seguenti parametri: verifica del rispetto delle regole procedimentali e relative alla forma dell'atto (legalità formale); verifica della corretta interpretazione e applicazione delle norme che definisco il potere (legalità sostanziale) e che si ricavano dalla disciplina di settore; applicazione corretta dei principi generali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale (ragionevolezza, proporzionalità, ecc.)" [33].

Questo stato di cose convince una parte della dottrina, in sostanziale continuità con l'insegnamento di Luigi Benvenuti, che la contrapposizione tra discrezionalità e valutazioni tecniche sia impropria ai fini della prospettazione di diversi modelli di sindacato giurisdizionale: il sindacato sugli atti amministrativi dovrebbe perciò ispirarsi a un modello fondamentalmente

---

[31] Cons. Stato, Ufficio Studi, massimario e formazione, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, 1.

[32] Si v. ad esempio Cons. Stato, Sez. VII, 24 ottobre 2024, n. 8515, in materia di valutazioni della Commissione nell'ambito della procedura di abilitazione scientifica nazionale: qui il Consiglio di Stato afferma che tali valutazioni sono "sindacabili dal giudice amministrativo sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l'aspetto più strettamente tecnico. Ciò significa che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo", salvo poi introdurre l'ambigua precisazione che "tutte le volte in cui, come nella specie non emerge alcun vizio della logicità e della ragionevolezza, la motivazione espressa dalla Commissione, costituendo il frutto di discrezionalità tecnica, non può essere sostituita con il diverso avviso del giudice".

Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2024, n. 7001, a proposito della valutazione dell'interesse culturale di un bene, dove si legge che l'apprezzamento svolto dall'Amministrazione incaricata della tutela, in conformità al principio di cui all'art. 9 Cost., è soggetto a sindacato giudiziale solo per verificare la logicità, coerenza e completezza della valutazione […] Pertanto, la valutazione concernente l'interesse culturale rilevante, che giustifica l'apposizione di un vincolo, è un'esclusiva prerogativa dell'Amministrazione responsabile del relativo vincolo e può essere oggetto di sindacato giudiziale solo per evidenti incoerenze e illogicità che mettano in dubbio la validità della valutazione discrezionale tecnica". È qui evidente che trova applicazione un modello di sindacato sostanzialmente coincidente con quello che dovrebbe riguardare soltanto le valutazioni discrezionali in senso stretto.

Ancora più netta in tal senso Cons. Stato, Sez. III, 6 agosto 2024, n. 6992: "la valutazione tecnica delle offerte di gara e l'attribuzione dei punteggi costituisce attività riservata alla stazione appaltante, sindacabile in sede di legittimità solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà o errori sui fatti rilevanti ai fini di tali valutazioni".

[33] Così M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2024, 261, sintetizza la struttura del sindacato giurisdizione sulla discrezionalità.

unitario che valorizzi il contributo del procedimento alla formulazione di una verità accettabile [34].

Ora, non si può certo negare che nell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione l'accertamento dei fatti, soprattutto dei fatti complessi che richiedono valutazioni tecniche, sia intrecciato a valutazioni di interesse pubblico [35]. Se a ciò si aggiungono altri elementi non meno importanti, che si ricavano da approdi ormai consolidati di altre scienze, come la reciproca interdipendenza dei giudizi di fatto e di valore, o la crisi della teoria meramente cognitiva dell'interpretazione, appare acquisito che molto raramente nell'ambito dell'attività amministrativa è possibile distinguere un momento meccanico, rivolto alla acquisizione dei fatti, e un momento rivolto invece rivolto alla comparazione degli interessi e alla disposizione [36].

Al contempo vi è da considerare che non di rado le qualificazioni giuridiche colgono come entità diverse, e talora persino antitetiche, fenomeni che sul piano sostanziale si pongono in una linea di reciproca continuità, sicché tra di essi sono concepibili soltanto differenze qualitative di grado. È questo un dato ricorrente (basti pensare alle coppie valido/invalido, lecito/illecito, la cui logica binaria si sovrappone, imponendosi, a una astrattamente infinita graduazione del livello di contrarietà ai valori del diritto obiettivo dell'atto o del comportamento volta per volta preso in considerazione) che può trovare spiegazione nella funzione sistemica del diritto quale tecnica di riduzione della complessità [37], oppure nella dialettica tra elemento sostanziale ed elemento formale del sistema giuridico, nel cui seno s'iscrive l'ulteriore dialettica tra il continuo dell'esperienza e il discontinuo delle qualificazioni [38].

---

[34] A. MOLITERNI, *Il sindacato giudiziario sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione (tra mito e realtà)*, in AA.VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 164 ss. Al contrario, N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm.*, 2024, 525 ss., ribadisce l'esigenza di distinguere nettamente le valutazioni propriamente discrezionali dalle valutazioni tecniche, in quanto diverse sono le modalità di sindacato (si rinvia a questo lavoro anche per un accurato esame delle opinioni espresse sul punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza recenti). Una posizione intermedia in S. TORRICELLI, *op. cit.*, 110, 122 ss.

[35] Nel duplice senso che l'accertamento dei fatti è condizionato dagli interessi che l'amministrazione persegue ed è funzionale alla specificazione e concretizzazione degli stessi.

[36] Per alcuni riferimenti M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 148 ss.

[37] Sulla funzione del diritto come riduttore di complessità v. da ultimo F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, 7 ss., *passim*, con ampi riferimenti al pensiero di Luhmann.

[38] Riecheggia qui il pensiero di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 87 ss.

Ebbene, secondo l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione, l'applicazione di norme contenenti concetti giuridici indeterminati, ancorché presenti obiettivi margini di opinabilità, è pienamente soggetta al controllo del giudice di legittimità [39], in quanto "tutto ciò che riguarda l'applicazione di norme giuridiche inerisce al giudizio di diritto «indipendentemente dal carattere di maggiore o minore determinatezza del contenuto della disposizione»" [40]. Da qui la perdurante esigenza positiva di tenere distinti gli accertamenti e apprezzamenti svolti dall'amministrazione in applicazione dei concetti giuridici indeterminati, per i quali si ricorre alle valutazioni tecniche, dai momenti propriamente politici della decisione amministrativa, consistenti nella comparazione degli interessi e nella scelta tra le alternative [41], a meno di non ritenere che anche queste ultime siano pienamente riproducibili nell'ambito della giurisdizione di legittimità [42]. La difficoltà di tracciare in concreto il confine tra l'attività di concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati e la vera e propria scelta non può essere negata [43], in quanto dipende dal motivo della continuità cui sopra si è fatto riferimento, ma non significa che alla ricerca si possa rinunciare: piuttosto, che è possibile l'errore, come in tutte le valutazioni giudiziarie, specie quelle complesse [44].

---

[39] Così a partire quantomeno da Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514 sul concetto di "giusta causa di licenziamento". Sul tema ampiamente B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 321 ss.

[40] M. RAMAJOLI, *op. cit*., 35, che cita M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 67 ss.; ma già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, cit., 223 ss.

[41] Alternativamente sarebbe come ritenere che i concetti giuridici indeterminati rimessi all'applicazione amministrativa godano di un regime differenziato, il che appare inammissibile.

[42] Prospettiva intimamente problematica e comunque assai lontana dallo stato del diritto positivo. Si v. comunque N. LONGOBARDI, *Note a margine di tre relazioni sul giudizio amministrativo*, ivi, 283, per il quale "l'esigenza di differenziare il sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica" viene meno in quanto il superamento dei "risalenti dogmi della specialità amministrativa" impone di ritenere "che non vi è più immunità dalla giurisdizione per l'amministrazione con riguardo alla discrezionalità amministrativa in generale" (per l'argomentazione generale si v. ID., *Discrezionalità amministrativa*, loc. cit.).

[43] Anzi: deve esser tenuta in somma considerazione.

[44] Pertanto, laddove per l'adozione di un determinato atto siano richieste valutazioni tecniche e puramente discrezionali è essenziale verificare se la critica formulata dal ricorrente attenga alle une o alle altre, perché diverse sono le modalità di sindacato.

Si precisa che qui non si prende posizione sul punto, attualmente dibattuto in giurisprudenza, se il giudice si debba rigettare la domanda del ricorrente se accerta l'attendibilità della valutazione tecnica dell'amministrazione, ovvero debba spingersi a verificare se ne esiste una più attenibile e in tal caso sostanzialmente sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione. Indipen-

B) La seconda considerazione, alla quale si vuole soltanto accennare, riguarda le possibili implicazioni della comune affermazione secondo cui il procedimento è la sede di esercizio del potere amministrativo.

Essa non significa soltanto che il potere è esercitato nell'ambito del procedimento, ma può significare anche che il procedimento – con le sue regole, il suo inizio e la sua fine – segna, almeno in alcuni casi, il limite entro il quale all'amministrazione è dato esercitare il potere discrezionale.

Tralasciando argomentazioni più complesse, si può osservare che alcune indicazioni legislative vanno proprio in questa direzione. Così, ad esempio, la previsione che vieta l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici oltre il dodicesimo mese dalla loro adozione (art. 21-*nonies*, legge n. 241/1990); la previsione che vieta di inibire le attività avviate in base a SCIA oltre il sessantesimo giorno dalla presentazione della stessa (art. 19, legge cit.); la previsione che dichiara inefficaci i provvedimenti adottati oltre il termine assegnato alle amministrazioni per formulare la propria determinazione nell'ambito della conferenza di servizi e i provvedimenti adottati dopo la formazione del silenzio assenso (art. 2, legge cit.); la previsione che vieta all'amministrazione, quando il provvedimento di diniego sia stato annullato, di porre a fondamento del nuovo eventuale diniego un motivo già emergente dalla prima istruttoria (art. 10-*bis*, legge cit.)

Al di là dei problemi specifici che ciascuna di esse pone, esponendosi ai più vari giudizi, queste disposizioni sono espressione della tendenza della legislazione contemporanea a smentire il paradigma dell'inesauribilità del potere, o comunque a limitarne l'applicazione. Laddove il potere amministrativo, e con esso la discrezionalità, si esaurisce per effetto di una regola di diritto sostanziale, il giudice sindaca non di un potere in essere, né di un potere che si può "riaccendere" dopo il giudizio, ma di un "potuto" [45], ed a quel punto è conforme alla separazione dei poteri che, se l'atto non resiste alla confutazione giudiziaria, sia il giudicato a definire l'assetto del rapporto controverso, secondo l'efficacia extraprocessuale che gli è propria [46].

---

dentemente da ciò, infatti, il sindacato sulle valutazioni tecniche è (*rectius*: dovrebbe essere) diverso da quello che riguarda la discrezionalità in quanto è svolto "in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (Cons. Stato, Sez. IV, 9 arile 1999, n. 601).

[45] L'espressione è di G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 703.

[46] Chiare, e per mio conto condividibili, le parole di G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in

La separazione dei poteri vieta che il giudice decida in luogo dell'amministrazione; ma, laddove è prevista una regola sostanziale di esaurimento del potere, non vieta che il giudicato definisca l'assetto dei rapporti, se quello definito dall'amministrazione è caduto sotto la contestazione delle parti ed è risultato fallace al termine del sindacato confutatorio condotto dal giudice.

AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, che individua il contenuto normativo della separazione dei poteri nella necessaria presenza dei tre poteri dello Stato in ogni ciclo funzionale. Per alcuni sviluppi M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2017, 206 ss.

Silvia Zorzetto [*]

Auctoritas facit ius? Discrezionalità e poteri in uno Stato di Diritto

Auctoritas facit ius? Discretion and Powers within the Rule of Law

SOMMARIO: 1. Premessa: invertendo la prospettiva. – 2. Dialogo attraverso i saperi. – 3. *Rule of Law* e autorità: la normatività come *prius*. – 4. Ragioni per agire e pretesa di legittimità. – 5. Conformismo etico: utopie di *polis* e architetture delle scelte. – 6. *First and last say*: democrazia soggetta a controlli.

1. *Premessa: invertendo la prospettiva*

Scrive Luigi Benvenuti nella introduzione alla riedizione dell'*Opera* oggetto di questo volume: «la tematica della discrezionalità» è affrontata «dando particolare importanza alla riflessione intorno alla nozione di potere, fino a toccare il versante di una sua legittimazione, letta nel prisma del principio di solidarietà» [1]. A distanza di quasi 40 anni, l'«impostazione» dell'A. resta quella di una «ricerca» rivolta a «comprendere» come l'amministrazione, quale potere, possa essere fattore di razionalizzazione e

[*] Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università Telematica Pegaso (Napoli).

[1] Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, 2023, 2ª ed., 12. D'ora in poi nel testo per riferirvisi la si menzionerà come l'*Opera*, indicando le pagine in corrispondenza dei passi citati. Al tema oggetto di questo contributo Benvenuti ha dedicato ampia parte della sua riflessione teorico-generale come emerge, tra gli altri, in particolare da: L. BENVENUTI, *Potere e Stato di diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Eugenio Picozza*, vol. III, Napoli, 2019, 38-49; ID., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017; ID., *Legge, parità e potere nell'amministrazione della complessità*, in *Dir. proc. amm*., vol. 4, 2017, 1497-1523; *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

stabilizzazione degli altri poteri esistenti in una società e cultura giuridica, e così possa «offrire qualche pezza giustificativa» a sostegno di una complessiva legittimazione democratica [2].

Come s'intuisce, malgrado il titolo dedicato alla discrezionalità *amministrativa*, lo studio è un contributo metodologico e teorico-generale alla tematica della discrezionalità *tout court* funzionale a coglierne la dimensione eminentemente politica [3]. Al centro della problematizzazione vi è il potere e il suo esercizio legittimo nella cornice dello Stato di Diritto [4].

Benvenuti propone una inversione di prospettiva complessiva rispetto al modo usuale di accostarsi alla discrezionalità amministrativa. Né la discrezionalità, né l'amministrazione sono questioni locali, tecnico-specialistiche, che s'inscrivono ed esauriscono nelle costruzioni, stili e tecniche dei diritti e dei giuristi positivi di una certa epoca storica. Risulta quindi angusto e poco producente accostarsi alla discrezionalità amministrativa come se fosse qualcosa d'altro (e, se del caso, incompatibile) vuoi rispetto alla discrezionalità politica "vera", vuoi rispetto alla discrezionalità interpretativa e/o giudiziale, a loro volta, assunte quali situazioni puntuali.

Invertendo la prospettiva, l'invito è a prestare attenzione a ogni società umana come *polis* (comunità di individui organizzata) [5]: essa non vi può

---

[2] Cfr. *Opera*, cit., 12.

[3] Essendo un *fil rouge* dell'*Opera*, a mero titolo esemplificativo v. Introduzione, 13 ss., spec. 17. L'A. sottolinea come la *dimensione politica della discrezionalità* sia aspetto latente e non adeguatamente sviluppato nelle sue implicazioni profonde da parte della cultura giuridica italiana. Vedi anche ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 193-209, 270, 297.

[4] V. ad es. *Opera*, 186-202, 300-304. In via minimale, per Stato di diritto si può intendere un assetto istituzionale ideale, rispondente a una pluralità di princìpi che presiedono al funzionamento delle autorità e che governano una comunità politica in cui ogni autorità è soggetta al diritto stesso. Sulla nozione si ritornerà *infra* essendo notoriamente controversa e una imperfetta traduzione della famiglia di concezioni usualmente conosciuta sotto la formula anglo-americana della *Rule of Law* (cfr. J. WALDRON, *The Rule of Law*, in E.N. ZALTA, U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, consultabile in https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/ ; A. PINTORE, *Stato di diritto*, in *D&Q*, 1/2011, 873-884). Nel presente contributo, userò Stato di Diritto e *Rule of Law* come sinonimi per convenzione. Nell'*Opera*, i riferimenti all'ideale dello Stato di Diritto sono numerosissimi ancorché impliciti, o diversamente denominati. Oltre ai valori di fondo evocati (su tutti: eguaglianza, solidarietà, libertà), valgano i copiosissimi riferimenti allo Stato amministrativo unitamente a legittimazione democratica, partecipazione, trasparenza, procedimentalità dell'azione, confronto dialettico degli interessi, giustificazione, ecc.

[5] La *polis* è un corpo politico e così, per definizione, un luogo pubblico: espressione di una comunità associata, unita da vincoli e scopi comuni. Si è strutturalmente *con*-cittadini. Così nella storia (cfr. E. BENVENISTE, *Dictionary of Indo-European Concepts and Society* (foreword by G.

essere senz'amministrazione di potere [6]. Qualsiasi potere, per esser tale, racchiude un *quid* politico e, quindi, discrezionale. Se questo è ubiquo *de facto*, il problema, allora, è il suo esercizio *legittimo*. Gli ordinamenti sono intessuti di amministrazione discrezionale di poteri [7]. La discrezionalità è fenomeno generale che c'è dove c'è potere a qualsiasi livello e snodo ordinamentale ci si ponga. Ogniqualvolta vi è esercizio di potere un elemento di discrezionalità politica vi è, e non può non esservi.

In questa chiave il problema è ineliminabile e, come tale, pone a ciascun individuo, incluso ogni giurista, una sfida permanente: quella di comprendere se e in che limiti, secondo quali presupposti, a quali condizioni l'esercizio di potere (discrezionale) è legittimo nelle varie circostanze e a seconda degli assetti di potere di ogni *societas* quale *polis* [8].

Concepita da quest'angolo visuale la discrezionalità amministrativa (nelle sue varie sfaccettature: vincolata, tecnica, ecc.) non è qualcosa di contingente, risolubile o extra-vagante [9]. E lo stesso vale per la discrezionalità

Agamben; trans. by E. Palmer), Chicago, 2016, *book iii, chapter six Cities and Communities*, 295-299 e 252) e nel presente (cfr. G.M. LABRIOLA, *La dimensione politica e pubblica della città contemporanea. Uno sguardo da fuori*, in M. FRANGIPANE (a cura di), *Atti dei Convegni Lincei The 'City' Across Time. Emergence, developments, and social, economic political, cultural and health impact (Rome, 8-10 June 2022)*, Roma, 2023, 441-454).

[6] Si v. ad es. B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, Torino, 2013; T. GRECO, *"Siamo quelli di prima...". Per un superamento del modello sfiduciario nell'amministrazione*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 4, 2024, 1.

[7] V. ad es. T. GRECO, *Una lotta (quasi) mortale. Diritto e potere nel Novecento giuridico*, in A. BALLARINI (a cura di), *Novecento del diritto*, Torino, 2019, 82.

[8] L'accento sul potere e sulla rilevanza del *nomos* a base dell'*Opera* trova una eco importante nel contributo di L. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di Diritto*, in *P.A.*, 1, 2017, 1-43. Precisato in via stipulativa che per «violenza» s'intende l'esercizio del potere non disciplinato dal diritto positivo, né controllabile in sede giudiziaria, non fondato nella legge e non esercitato secondo la legge, l'A. invita a guardare con disincanto al problema radicale della decisione discrezionale consistente nella sovranità. Una sovranità ancorata a valori: diritti inviolabili per Perfetti; libertà, solidarietà, eguaglianza, *in primis* per Benvenuti. L'autorità non dispone della sovranità che risiede nelle persone. Vedi anche L. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153-1166.

[9] Benvenuti è critico verso le cristallizzazioni dogmatiche, concernenti la vincolatività. Questa posizione si fonda su una concezione anti-meccanicistica dell'interpretazione, secondo cui sarebbe opportuno abbandonare la distinzione tra zona vincolata e zona discrezionale per evitare il rischio di un formalismo interpretativo incapace di cogliere l'inevitabile complessità che caratterizza ogni valutazione compiuta dagli organi pubblici. Cfr. *Opera*, cit., 241-245, 256-259. Tra coloro che abbracciano una visione simpatetica, v. ad es. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 503-522, secondo il quale gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in caso di attività amministrativa discrezionale o vincolata.

interpretativa [10] e/o per quella giurisdizionale (*i.e.* di chiunque chiamato a giudicare in caso di conflitti, controversie, e simili) [11] e, invero, anche per quella c.d. politica (delle autorità assunte come ultime, sovrane; ad esempio, nei sistemi democratico rappresentativi le assemblee legislative) [12].

Il fatto che la discrezionalità *amministrativa* sia apparentemente la protagonista dell'*Opera* si lega, senz'altro, a formazione e biografia. Circostanze, queste, contingenti e fortunate. La sorte personale si salda a motivi profondi di metodo e ordine filosofico. L'arena amministrativa, tra le numerose del mondo giuridico, è un punto di vista privilegiato per sondare le varie epifanie del *potere* e del suo esercizio *discrezionale e legittimo de iure*.

La discrezionalità amministrativa è, così, un pretesto per una speculazione trasversale sul potere nel contesto dei sistemi giuridici contemporanei che si ispirano all'ideale dello Stato di Diritto. Come risulta dalla ricostruzione della storia del pensiero e della disciplina [13], la discrezionalità amministrativa è un ottimo pretesto, perché in essa si addensano tutte le problematiche che concernono il fenomeno in generale [14].

---

[10] Questa presa di coscienza è comune e prescinde dagli orientamenti gius-filosofici: v. ad es. B. PASTORE, *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica*, Milano, 2024, spec. 1 ss., 59 ss., 99 ss., 141 ss., 153 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, spec. 1 ss., 219 ss., 333 ss. A ragione L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 80-81, 86-109 prende le distanze sia dalle concezioni che trattano come mondi distinti interpretazione e discrezionalità, sia chi guarda alla seconda come aspetto della prima. L'A. inverte invece i termini ponendo al centro l'esercizio del potere discrezionale, e la interpretazione come suo epifenomeno.

[11] Si ricordano ad es. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* [1967], rist. con pref. di C. Luzzati, Roma, 2024; M. CAPPELLETTI, *La creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in AA.VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge, Atti del XVI convegno nazionale, Ferrara, 5-6 giugno 1982*, Rimini 1985, 28-119. V. anche B. CORTESE, *Giurisdizione e* iurisdictio, in R. BENIGNI, B. CORTESE, *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, Roma, 2019, 11-31.

[12] Più voci sottolineano l'affievolimento della c.d. discrezionalità politica nel contesto giuridico attuale d'accentuato pluralismo istituzionale: ad es. A. RUGGIERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali. Il costituzionalismo mulitilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, 4, 2022, 864-879.

[13] Astenendomi, per incompetenza, dal merito dei capitoli dedicati a dottrina e giurisprudenza, questa mirabile ricostruzione del pensiero giuridico – dal punto di vista filosofico e come ricorda la stessa postfazione – conserva intatta la sua attualità e mostra quanto le costruzioni dogmatiche contribuiscano a plasmare, in ogni epoca, la mentalità del giurista.

[14] Lo mette bene in luce, tra gli altri, in particolare M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018 e ID., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, il quale evidenzia il legame esistente tra concezioni della discrezionalità (tecnica, vincolata, ecc.) e teorie dell'atto giuridico, con i connessi corollari teorico-generali in punto di validità/applicazione ed esercizio di potere normativo.

2. *Dialogo attraverso i saperi*

Non avendo competenze specialistiche, in questo contributo, provo dunque a raccogliere il testimone che l'A. porge a giuristi e filosofi del diritto, senza distinzioni [15], verso una rinnovata riflessione sulla discrezionalità.

Esigenza, che Benvenuti ha sentito e conservato con continuità, come dimostra l'*Opera* e la sua complessiva speculazione scientifica [16].

---

[15] La distinzione tra filosofia del diritto dei filosofi e dei giuristi è tema caro all'A., al quale egli ha rivolto attenzione in più lavori e tutt'oggi è oggetto di sviluppi. Faccio tesoro della opportunità di dialogo con Benvenuti in più occasioni che hanno accompagnato la stesura di questo saggio. Cfr. L. BENVENUTI, *La filosofia del diritto dei filosofi e la filosofia del diritto dei giuristi*, in *Jus*, 1-2, 2005, 253-273.

[16] Oltre agli scritti citati a nota 1, v. ad es., L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2009, 227 ss. in cui con riferimento all'esercizio *tout court* del potere discrezionale, ricorda come «sia il momento temporale di esercizio della funzione» amministrativa, «sia le puntuali modalità di concretizzazione della stessa» sono sovente anticipati per via di prassi e «centrale» è l'«autovincolo che presuppone anch'esso il diverso modo di atteggiarsi nel tempo dei limiti e criteri di scelta, che qualifica il potere discrezionale. […] il rilievo della prassi si fa trasparente soprattutto nel momento della sua violazione, che si ha allorché un'amministrazione prende, senza motivazione alcuna, una decisione sulla base di una interpretazione di una disposizione, ammissibile ma diversa da quella che aveva fino ad allora costantemente seguito, ciò che pare costituire un'ipotesi di violazione di un legittimo affidamento». La prassi è concepibile come una «espansione del complesso organizzato capace di scegliere all'interno degli obblighi altrove stabiliti, il miglior modo di agire. È allora che potrebbero crearsi vincoli attraverso l'obiettivizzazione interpretativa, al fine di supplire tutte le deficienze del sistema.»; ID., *I limiti dell'argomentazione*, in *Il diritto come discorso. A Partire dal libro di Aurelio Gentili, Ric. giur.*, Vol. IV, n. 1, suppl. 2015, 224-225 in cui ricorda «in ordine a tematiche cruciali quali quelle della irregolarità o dei vizi formali, o alla stessa riscrittura del sistema amministrativo nel suo complesso», quanto «la rigida contrapposizione tra zona della vincolatezza e zona della discrezionalità, finisce per sminuire in concreto quel ruolo di mediazione dell'interprete che non potrebbe essergli negato»; evidenzia poi la «necessità di andar oltre la logica meccanicistica di un potere vincolato fin troppo artificiosa mente onnicomprensivo, per dar conto della logica opaca delle valutazioni tecniche e del potere discrezionale» e, a proposito del «rapporto tra legge e diritto», auspica che sia riaffermato il «primato del diritto sulla legge» e «il valore universale della libertà in funzione di argine all'eventuale tirannia della maggioranza»; ID., *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2016, 800, dove sottolinea la necessità di «definire a monte il ruolo giocato dall'interesse pubblico, tenuto conto che il sindacato sulle valutazioni tecniche comporta spesso nella prassi un allargamento dell'oggetto oltre i limiti della mera opinabilità. Sono ben note, infatti, le tendenze della giurisprudenza ad ampliare il controllo del giudice fino a toccare ambiti che esulano dall'affermazione della opinabilità o meno di una regola, e che invece presuppongono il rilievo di altri criteri, quali la costituzione dell'organo, la competenza tecnica dello stesso, la finalità generale o puntuale dell'atto. Si tratta di una estensione del sindacato che ha per esito quello di introdurre margini di indeterminatezza che rischiano di rendere il controllo del giudice talora arbitrario, ovvero autoreferenziale».

Esigenza, che, con l'andare del tempo e i mutamenti della storia, assume vieppiù i caratteri di una *urgenza*. Se pubblicare, nel 2023, la seconda edizione arricchita dalla postfazione risultava una decisione in sintonia rispetto a una traiettoria pluridecennale in cui *il potere (esecutivo)* si è fatto motore e primo attore, a distanza di pochi mesi, l'invito dell'A. a meditare sulle *categorie del potere e del politico* appare lungimirante e precorritrice. Sono oggidì innumerevoli, e note a ognuno, le questioni di attribuzione di poteri in cui è controverso in capo a chi e quali siano gli spazi della discrezionalità politica; da quali norme l'ambito di estensione del potere discrezionale sia guidato e/o circoscritto e fino a che punto in ossequio ai princìpi dello Stato di Diritto [17].

Naturalmente, in questo contributo, non si daranno risposte a queste domande. Domande di questo genere, e tutte quelle simili che si declinano frequentemente nel dibattito pubblico e giuridico, peraltro, lo vedremo, non hanno *una* risposta.

Da esse gemmano battaglie politiche e ideologiche sovente coperte da dibattiti metodologici. Inoltre, essendo poste in termini astratti sono suscettibili di risposte, al più, altrettanto astratte.

Detto altrimenti: ammesso e non concesso di sterilizzare i disaccordi che circondano nel merito e nel metodo il tema della discrezionalità (politica) insita in ogni esercizio di potere (giuridico), proprio perché la discrezionalità sta e vive nel suo concreto esercizio, ogni analisi non può che condursi e deve calarsi nelle singole situazioni.

Questo è un ulteriore insegnamento che si trae dall'*Opera*. Essa è tutta pensata e costruita sulla base di un ideale di ricerca filosofica perenne e problematica [18]. Se vi è una convinzione, è quella di prescindere da ogni schieramento, appartenenza metodologica o scuola di pensiero [19]. L'invito è a non dimenticare che non vi sono facili risposte né soluzioni e, piuttosto, un problema aperto che tocca l'essere di ogni individuo, rispetto a sé e agli altri [20]. Il riconoscersi e concepirsi come dotati di poteri (di fatto e d'intelletto,

[17] A prescindere da ogni implicazione o connotazione politica, le turbolenze del presente tra scenari di guerra, in cui la discrezionalità politica è sul banco di prova del diritto internazionale, e tensioni istituzionali infra- e inter-ordinamentali (si pensi ai casi decisi da Cass. civ., S.U., ord., 7 marzo 2025, n. 5992 e Trib. Palermo, sent. 18 giugno 2025 – ud. 19 dicembre 2024) offrono una testimonianza eloquente della fragilità degli ordinamenti, e delle teorie e ideologie che li accompagnano.

[18] Cfr. *Opera*, 231-237.

[19] Cfr. *Opera*, 203-210.

[20] Cfr. *Opera*, 197-200, 192-196

e di ragione) consente di meditare in ogni situazione di vita sulla base di sensibilità esistenziali sempre in divenire [21]. D'altro canto, l'antropologia umana fa sì che ciascun individuo possa esercitarsi anche in auto-riflessioni critiche *in vitro*, a livello di giustificazione pratica [22]. Questo esercizio può percorrere uno spettro che dal particolare va all'universale e, viceversa. Il memento dell'A. è non dimenticare che qualsiasi pulsione o propensione razionale (in qualsivoglia senso concepita) convive con altre inclinazioni umane. Tensioni verso domande ultime percorrono e forgiano le culture personali e collettive [23].

Su questo sfondo, l'*Opera* offre uno spaccato di una epoca e disciplina giuridica. Minuziose riletture storiche si accompagnano a un'ampia rivisitazione delle premesse filosofiche più profonde. Essa è così, al contempo, un saggio di storia e filosofia del pensiero e delle idee.

Questo intendimento ricostruttivo non è fine a sé stesso: ha un obiettivo dichiaratamente politico, nel senso più alto e nobile della parola.

Altrettanto eclettico e normativo è l'approccio che, calcandone le orme, si abbraccia in questo scritto [24].

3. Rule of Law *e autorità: la normatività come* prius

Che la discrezionalità di autorità come quella giudiziaria/esecutiva sia un *vulnus* rispetto allo Stato di Diritto, sovente, appare un luogo comune o un truismo [25]. Difenderò la tesi opposta, ossia che essa non solo non è

---

[21] Cfr. *Opera*, 187-190.

[22] Cfr. *Opera*, 256-258. Condivisibilmente Benvenuti situa il fenomeno della discrezionalità in seno al ragionamento giuridico e nelle sue modalità di svolgimento ritiene debba comprendersi: L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., ad es. 275.

[23] Cfr. *Opera*, 160-161, 180-181. La propensione di Benvenuti a una riflessione radicale trova ampio respiro ad es. nell'opera di G. SADUN BORDONI, *Guerra e natura umana. Le radici del disordine mondiale*, Bologna, 2025.

[24] Ecclettico perché aperto a valorizzare riflessioni provenienti da orientamenti metodologici diversi (cfr. interessanti spunti si rinvengono nel dibattito tra J.C. HUTCHESON, JR., J. HALL, T.A. COWAN, F.S.C. NORTHROP, E. BODENHEIMER, R. KRAMER, E.W. PATTERSON, R.F. HOWELL, *Legal Philosophy*, in *Virginia Law Review*, Vol. 44, n. 3, 1958, spec. 313-315, 319-321, 363-365; 439). Normativo perché ha a cuore un ideale di legalità che, oggi, richiede una rivoluzione culturale (cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Valores de la democracia constitucional*, in *Doxa*, n. 31, 2008, 207-212).

[25] Luogo comune-truismo sono qui intesi a denotare un cliché irriflesso che all'apparenza vorrebbe veicolare dati o credenze pretesamente auto-evidenti, che, invece, non lo sono per nulla.

incompatibile con questo ideale, ma ne è anche parte [26]. L'esercizio della discrezionalità da parte di autorità diverse da chi si considera depositario ed esponente del potere politico (sovrano, *i.e.* ad es. i legislatori) costituisce un elemento basilare dello Stato di Diritto. Non è né un difetto endogeno, né un vizio esogeno.

L'intuizione ricordata non si deve alla discrezionalità purchessia. Essa piuttosto deriva dalla congerie di fenomeni che si percepiscono come arbitrarietà, sviamento, eccesso, abuso, ecc. [27] Questi sì sono contrari allo Stato di Diritto. Ispirarsi a tale ideale richiede non la eliminazione, bensì una prudente gestione della discrezionalità mediante norme che guidino le autorità giuridiche ad agire secondo diritto [28].

Sono consapevole che quella accennata non è una tesi originale e non ambisco a dire cose nuove su un tema tanto diuturnamente controverso.

L'intento è raccogliere idee disseminate in una moltitudine di studi filosofico-giuridici del Novecento e degli anni Duemila per porle in dialogo con l'*Opera* e mostrare la rilevanza di quest'ultima, oltre il diritto amministrativo.

Sempre per delimitare contenuto e scopo: non darò alcuna risposta a domande quali: "l'autorità è elemento necessario e/o sufficiente del diritto?" "è un elemento essenziale o fondamentale o altro ancora del concetto di diritto?" Lo stesso vale per le analoghe domande che vertono sulla *Rule of Law*. Accostarsi in questo modo a concetti come autorità, diritto e *Rule of Law* equivale a infilarsi in una selva di ambiguità e oscurità. Non è ovvio, né condiviso in che senso ciascuno parli di elementi necessari e/o sufficienti, essenziali, fondamentali. Ciò per tacere delle eterne diatribe su concetto o

---

[26] Per semplicità e brevità, nel seguito non farò sempre riferimento espresso all'autorità giudiziaria, esecutiva, legislativa. La riflessione si applica alle autorità *tout court*, incluse quelle a livello di potere costituente o assunte come sovrane. Vedi J. BAQUERIZO MINUCHE, *El concepto de «poder constituyente»: un estudio de teoría analítica del derecho*, Madrid, 2021.

[27] Come noto, si potrebbero evocare una infinità di casi e situazioni. Per prossimità con quelli discussi *nell'Opera*, nella postfazione, 261-295, a mero titolo esemplificativo, richiamo: G. FIANDACA, S. MAZZAMUTO, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti problematici e comparatistici*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 104, n. 3, 1981, 49/50-65/66; CdS, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; con commenti di G. SCARSELLI, F. FRACCHIA, C. VIDETTA, R. PARDOLESI, C. OSTI, in *Il Foro Italiano*, Vol. 125, n. 10, 2002, 481/482-547/548; Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, con commenti di R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO, E. SCODITTI, in *Il Foro Italiano*, Vol. 122, n. 11, 1999), 3201/3202-3239/3240.

[28] Entro una letteratura assai estesa, si v. ad es. H.L.A. HART, *Discretion*, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 127, Issue 2, 2013, 652-665 e G. DAJOVIĆ, *Hart's judicial discretion revisited*, in *Revus*, Vol. 50, 2023, 6.

natura del diritto [29]. Non meno controverso è se per 'diritto' (*law*) s'intenda il concetto (un concetto *a priori* o universale?) o il fenomeno (ad es., il vituperato diritto positivo?), e così via [30].

Sennonché, sarebbe a dir poco strano spendere tanto tempo e tesori d'intelligenza per battaglie linguistiche. La verità è che esse sottendono lotte metodologiche e di contenuto [31]. Paradossalmente questi discorsi di metodologia giuridica [32] sono scivolati progressivamente a ritroso allontanandosi dall'oggetto: i diritti fatti anche di autorità a tutti noi familiari.

Facendo un passo di lato rispetto a questa poderosa letteratura, si può convenire su alcune minimali considerazioni di senso comune.

Un diritto senza qualsivoglia autorità non lo chiameremmo e non sarebbe il diritto che conosciamo e consideriamo tale. Questa considerazione non vale solo per i diritti purchessia che così denominiamo e consideriamo esistenti o essere esistiti nella storia umana. Anche quei particolari diritti che classifichiamo come improntati all'ideale della *Rule of Law* non sarebbero tali senza autorità di sorta. Banale a dirsi: autorità e *Rule of Law* sono legati. E il legame è a doppia mandata.

Un modello di Stato di Diritto non autoritativo appare una contraddizione: non esiste nelle società umane, né potrebbe esistere. Questa intuizione proviene non tanto dall'ideale della *Rule of Law*, ma dal *law tour court*. Insomma, qualsiasi diritto – anche uno non improntato al predetto ideale (comunque lo si concepisce) – ha bisogno di autorità e senza non verrebbe nemmeno a esistenza.

Per altro verso, un'autorità situata al di fuori di qualsiasi Stato di Diritto (qualunque accezione si scelga), a livello d'intuizioni ordinarie, appare un'autorità di fatto. Se l'essere al di fuori si colora nel senso di

---

[29] Larga parte della letteratura specialmente angloamericana del Novecento è tutta avvitata in disquisizioni su *concept* e *nature of law* in cui questi termini, densi di assunzioni filosofiche, sono bersagli polemici per accostamenti ontologici, epistemologici, metodologici divergenti. Peraltro, la poderosa letteratura sviluppatasi nel secondo Novecento sulla scia di Hart e Dworkin, per limitarsi a due protagonisti, non costituisce certo una novità: basti rammentare gli scritti di O.W. Holmes, R. Pound, M.R. Cohen nei primi del XIX secolo.

[30] Tra gli studi più recenti v. ad es. le prospettive eterogenee riflesse in E.H. ATIQ, A. MARMOR, A.F. SARCH, *The Nature of Law*, in E.N. Zalta e U. Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2025, consultabile in https://plato.stanford.edu/archives/sum2025/entries/lawphil-nature/ e T. GAZZOLO, *Diritto filosofico*, Torino, 2025.

[31] Sui nessi tra metodo (giuridico) e prese di posizione politica v. U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 1971, 553 ss. e *La natura della metodologia giuridica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1, 1956, 249 ss.

[32] Per meglio dire: di *meta*-metodologia.

contrasto/difformità, l'autorità finisce per vedersi come illegittima: non conforme a diritto (secondo l'ideale assunto come punto di valutazione). Al contrario della precedente, questa intuizione proviene non dal *law tour court*, bensì dall'ideale della *Rule of Law*. A seconda di come si concepisce questo ideale, cambia il modo di guardare all'autorità (giuridica).

Traendo le fila di questo primo passo teorico [33], diritto e autorità sono fenomeni collegati. Senza autorità non vi è diritto. Il che, ovviamente, non implica che non vi sia autorità a prescindere e/o fuori dal diritto e anche contro. Per converso, non basta affatto l'autorità a fare diritto. Nemmeno se si ha in mente l'autorità legittima.

Questo dato è stato frainteso spesso nel dibattito della seconda metà del secolo scorso e vale la pena rilevare che non ha niente a che vedere con il giuspositivismo [34]. Si può sgombrare il campo anche dalla disquisizione su positivismo inclusivo, esclusivo, postgiuspositivismo, neocostituzionalismo ecc. che poco aiuta nel frangente. Anche un teorico che si professa non giuspositivista (in nessuna accezione) come Francesco Viola rileva che l'autorità è parte del giuridico [35].

Semplicemente: i concetti di autorità e la sua funzione rispetto al diritto sono sovente diversi tra studiosi e partecipanti. Si può ricondurre l'autorità giuridica, ad esempio, a quella politica (chi governa e simili [36]) oppure a quella morale (a sua volta, variamente concepibile come ragione, *recta ratio*,

---

[33] Raz ha avuto il merito di porre in luce questo aspetto più di altri (per un breve cenno v. S. ZORZETTO, *Joseph Raz*, in T. GAZZOLO, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Manuale di filosofia del diritto: Teoria e storia del pensiero giuridico*, Macerata, 2024, 703-720), anche se ovviamente molti altri lo hanno tematizzato. Tra questi ricordo in particolare A. Ross. Per motivi di tempo, soprassiedo su nomi e opere, ricordando per tutti solo le diverse prospettive di S. COTTA, *Coscienza legge autorità*, relazione al *XXIV Convegno di Studi filosofici tra professori universitari sul tema Coscienza Legge Autorità* del 1969, consultabile in https://www.aggiornamentisociali.it/articoli/coscienza-legge-autorita/ ; F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987; U. SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in *Riv. fil.*, 1984, 29 ss. e N. BOBBIO, *Dal potere al diritto e viceversa*, in M. BOVERO (a cura di), *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 183-199.

[34] Comunque lo si voglia intendere: sul terreno teorico, metodologico, ideologico, ovvero come famiglia di concezioni più o meno appiattite su certi stereotipi. V. per una introduzione generale T. SPAAK, P. MINDUS (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, 2021.

[35] La modernità è caratterizzata da concezioni diverse dei nessi tra giuridico e autorità politica: F. VIOLA, *Per una filosofia dell'autorità secondo S. Tommaso D'Aquino*, estratto da *Atti dell'VIII Congresso Tomistico Internazionale*, Vol. VI, Roma, 1982, 270-283, pur non condividendola, riconosce la rilevanza a livello ideologico della tradizione hobbesiana.

[36] Ai fini del contributo non indugio sulle diverse letture volontaristiche e non volontaristiche, che complicano ulteriormente il quadro parlando di volontà rispetto ad autorità-istituzionali.

in chiave teologica, ecc.). Sia come sia, l'autorità (giuridica) si coglie a livello di ragioni d'azione, sul terreno della giustificazione pratica e, in particolare, giuridica.

Nel quadro delineato, l'autorità giuridica è una specie di un genere. Cosa rende un'autorità giuridica dipende dalla differenza specifica, cioè dal concetto e delle concezioni di diritto che si assumono.

Autorità e diritto sono concetti normativi e pratici. Non sono concetti primari. Presuppongono il concetto più fondamentale di *normatività*. Quest'ultimo, a sua volta, presuppone quello di *ragione (pratica)* [37]. A livello di ragione pratica s'innescano i disaccordi profondi: a seconda di come si concepisce gemmano differenti visioni formali, procedurali, sostanziali, morali, ecc. che innervano la complessiva sfera pratica. L'autorità è comunque elemento trasversale. Quanto detto non richiede di schierarsi per una data articolazione, entro la sfera pratica, di morale, diritto e politica (per limitarsi a una tipologia, convenzionale, classica e non esaustiva). Né implica, per quanto si è detto, che il diritto possa essere concepito come separato o connesso o incluso nella morale o viceversa, e così la politica. La scelta di fondo sta a livello di ragion pratica.

Venendo al secondo passo teorico accennato, lo Stato di Diritto – quale ideale a cui un diritto dovrebbe tendere – non può non essere, *inter alia*, criterio definitorio dell'autorità, sottointeso, legittima, secondo quell'ideale. Ciò vale qualunque sia il contenuto della *Rule of Law*, cioè a prescindere dai modelli e dai principi che si assumono costitutivi di quell'ideale o suoi corollari [38].

---

[37] Se si adotta un concetto di ragion pratica assiologicamente connotato o orientato, anche il concetto di autorità giuridica avrà una portata assiologica in via derivata. Parlo di presupporre nel senso della implicazione stretta di C.I. LEWIS. La nozione è stata formulata originariamente nel saggio *The Calculus of Strict Implication*, in *Mind*, Vol. 23, n. 2, 1913, 240-247. Il tema è stato poi sviluppato nell'opera *A Survey of Symbolic Logic*, Berkley, 1918 e successivamente emendato in *Strict Implication–an Emendation*, in *J. of Phil.*, Vol. 17, n. 11, 1920, 300-302. La presentazione più compiuta è rappresentata dall'opera scritta con C.H. LANGFORD: *Symbolic Logic*, London, 1932, rist. New York, 1950.

[38] Sul punto mi limito a richiamare gli importanti studi di I.A. TRUJILLO PEREZ, *The complementarity between the virtue of law (the rule of law) and the legal virtues*, in *Neth. J. Leg. Phil.*, 53, 2024, 1-18 e *Liberty and Equality as the Morality of the Rule of Law*, in M. SELLERS, S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, 2022, 1-6), che mostrano la varietà di concezioni circolanti (cfr. G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016). In sintonia con l'autrice, la *Rule of Law* come ideale normativo ben può essere concepita come una virtù del diritto. Credo inoltre che colga nel segno laddove rileva che, nonostante i dibattiti, la *Rule of Law* concerne la complessiva pratica giuridica e il piano della giustificazione di qualsiasi decisione e condotta sotto il cielo del diritto. Il suo cuore è evitare un dominio arbitrario su individui liberi ed eguali.

Cercando di prescindere dalle tante ricche concezioni [39], guardando al concetto, non avrebbe senso parlare di *Rule of Law* senza assumere almeno un criterio di legittimità o legittimazione. Detto altrimenti: il concetto di *Rule of Law* implica un determinato criterio di cosa è, o non è, legittimo [40]. Quando si parla di *Rule of Law* si presuppone logicamente un criterio di legittimazione di esercizio del potere istituzionalizzato secondo diritto (autorità giuridica).

Questo anche se e ogniqualvolta non si chiarisce quale sia questo criterio. Uno dei motivi per cui coesistono diverse concezioni della *Rule of Law* risiede nella circostanza che non si chiariscono i criteri di legittimazione di esercizio del potere normativo o si eleggono criteri differenti.

Quello di autorità *giuridica* è dunque un concetto non originario, ma derivato e costituito dal diritto stesso, da intendersi comprensivo e incluso – se c'è – dell'ideale di diritto retrostante.

Parlando di autorità (giuridica) può quindi essere utile distinguere:

– cosa rende *autoritativa* una *ragione pratica purchessia*: dipende dal concetto di autorità;
– cosa rende *giuridica* una ragione pratica autoritativa: dipende dal concetto di diritto;
– cosa rende *legittima* una ragione pratica autoritativa giuridica: dipende dall'ideale di diritto che si adotta.

Come noto, quello della *Rule of Law* è uno tra i possibili ideali di diritto ed è controverso nei suoi contenuti. Ci si muove sul terreno normativo-prescrittivo e di modelli [41]. Il quesito è come un diritto, che è esistente, *dovrebbe* essere.

Rule of Law, come giustizia e certezza, svolgono una funzione di autoriflessione critica rispetto al diritto "reale" con cui si confronta l'"ideale" [42].

---

[39] Questi princìpi o, riassuntivamente, la virtù da perseguirsi può essere compendiata nella formula della *Rule of Law*/Stato di Diritto. Concordo con J. RAZ: cfr. *The Rule of Law and Its Virtue*, in *L. Q. Rev.*, 93, 1977, 195 ss.; *The Politics of the Rule of Law*, in *Ind. J. Const. L.*, 2, 2008, 1-10, che l'invocare lo Stato di Diritto e i suoi princìpi non risolve affatto ogni questione di legittimità. Anzi, la prassi frequente di usare lo Stato di Diritto come una matrice di princìpi che rispondono a una medesima logica, egualmente importanti e/o che stanno in automatica armonia non è che una illusione. Chiarezza nella pratica e nella teoria si ottiene riconoscendone la diversità e giustificando le scelte e i valori soggiacenti.

[40] Implicazione nel senso della implicazione stretta di Lewis cui si è fatto cenno *supra*.

[41] Sulla rilevanza dei modelli resta un classico E. DI ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968.

[42] Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, in *Dir. Amm.*, 2011, 29-54.

Chiaro che nessun diritto reale, per definizione, incarna l'ideale. Altrimenti verrebbe meno la stessa dualità e la ragion d'essere del modello.

La critica che si svolge tramite l'ideale della *Rule of Law* può essere una critica *interna* – assumendo che il diritto incorpori in sé l'ideale come criterio di legittimità giuridica – o una critica *esterna*: confrontando il diritto "*as is*" con un modello di *Rule of Law* preso a riferimento [43]. Le due situazioni possono coesistere. Non sono alternative o incompatibili. Distinguerle aiuta a spiegare quello che accade frequentemente. Un diritto, che autoproclama incorporare un ideale di *Rule of Law*, può essere criticato in quanto non conforme alla *Rule of Law*. In alcuni casi, tramite questa critica si segnalano errori o violazioni infra-ordinamentali. In altri casi, l'autoproclamazione di conformità è invece messa in discussione sulla base di un diverso modello esterno di *Rule of Law*.

È preferibile parlare di critica (senza aggiungere qualificazioni: ad es. morale) perché, alla luce di quanto osservato, queste considerazioni prescindono da come si concepiscono i rapporti tra diritto e morale. Sono compatibili anche con le varie versioni di neo-costituzionalismo, sovente avanzate per dare conto delle autorità poste ai vertici degli ordinamenti e tra ordinamenti.

Sul punto si può richiamare il dialogo a distanza tra Joseph Raz e Francesco Viola [44]. Assumendo che l'autorità giuridica sia la capacità di mutare ragioni per agire [45], si mutano norme mediante altre norme, che devono, a loro volta, avere la capacità di mutare la situazione normativa preesistente. Questa concezione non esclude che si possa essere obbligati a disobbedire a una norma positiva in nome di ragioni superiori che non sono estranee alla giuridicità. Ad esempio, se la dignità umana è un valore giuridico superiore, essa può giustificare la disobbedienza nei confronti di talune ragioni autoritative che pur la violano. Ragionare in questo modo equivale a riconoscere che ragioni autoritative possono collocarsi a vari livelli di un ordinamento e

---

[43] Prendo spunto da L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2018, 205-222: la sua analisi dell'approccio critico della filosofia del diritto, vuoi dal punto di vista morale-interno e prudenziale-esterno nei confronti delle norme, appare perspicua a prescindere dalla qualificazione in senso morale. L'analisi dell'A. è tanto più utile se si neutralizza la questione morale e ci si occupa della critica *tout court* al diritto sulla base di principi meta- o infra-giuridici.

[44] Cfr. F. VIOLA, *Autorità*, in *Enciclopedia filosofica*, Vol. I, Milano, 2006, 918-924. Vedi anche ID., *Ross e l'autorità*, in A. TARANTINO (a cura di), *Scienza e politica nel pensiero di A. Ross*, Milano, 1984, 79-100.

[45] E come tale una specie di potere normativo.

che nessuna è necessariamente una ragione decisiva escludente. Anche in un ordinamento giuridico pensato come fondato su valori, la loro messa a terra passa per la via dell'autorità. Se si vuole affermare che essi hanno valore fondante o fondativo, *nulla quaestio*. L'autorità basata sui valori ne è il braccio operativo [46]. Questa visione può essere difesa equanimemente, a prescindere dagli schieramenti (giusnaturalisti, positivisti, o altro). Vi è un'alleanza piuttosto che un conflitto tra l'idea che l'autorità è costituita dal diritto e quella che il diritto (e le sue autorità) si fondano (anche) su valori, restino essi esterni a livello di mattoni fondativi presupposti oppure ideali fatti propri dal diritto.

4. *Ragioni per agire e pretesa di legittimità*

Nonostante una opinione comune, porre l'accento sull'autorità nel diritto non implica affatto mettere in secondo piano i valori e le questioni etiche e metaetiche [47]. L'*homo sapiens* è tra le specie viventi i cui membri possono possedere poteri razionali di tipo tale da consentire non solo di scegliere le azioni, ma anche di riconoscerne il valore. Scelte umane e azioni intenzionali dipendono da credenze che ciascun essere umano ha e che è in grado di (ri)valutare. Le credenze o convinzioni attribuiscono a una o più delle opzioni che gli agenti considerano disponibili, caratteristiche in virtù delle quali una opzione merita di essere scelta [48].

---

[46] Cfr. J.J. MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona-Madrid, 2009.

[47] In proposito, il dibattito anglosassone sul giuspositivismo inclusivo-esclusivo ha alimentato sovente fraintendimenti. A prescindere da questi orientamenti, conta di più evidenziare l'influenza che le premesse razionali (razionalità pratica) hanno nel plasmare la complessiva visione dell'agire e del potere (giuridico) nella modernità. Sul punto si veda M. MAZZONE, *Razionali fino in fondo. Dal pensiero ideologico al pensiero critico*, Macerata, 2023; illuminante è l'analisi disincantata di M. BRIGAGLIA, *Foucault e il potere. Una risistemazione analitica*, in *D&Q*, n. 14/2014, 519-596.

[48] Cfr. *Opera*, 187 dove l'A. rinviene «la ragione dell'esistenza di un'organizzazione giuridica nell'esigenza sentita dalla comunità di trovare un accordo non tanto o non solo ai fini della sopravvivenza (ciò che in fondo si verificherebbe, pur in modo incosciente, in alcune società animali), quanto basato sul riconoscimento (all'inizio ancora non definito) di alcuni fini minimi comuni all'agire sociale»; la prassi non è solo «adattamento dell'agire della collettività alle condizioni di vita imposte dalla natura, bensì […] modo di essere della comunità attraverso il linguaggio e dunque […] modo di essere dell'uomo nella libertà e soprattutto nella solidarietà». Utili riflessioni si rinvengono in M. TOMASELLO, *Unicamente umano. Storia naturale del pensiero*, Bologna, 2015.

È proprio dell'essere umano (raziocinante) combinare: (i) il mantenimento di un punto di riferimento fisso per pensare ai valori come oggettivi e per potersi orientare in base a essi, vuoi cercando di realizzarli vuoi agendo altrimenti istituendo altre relazioni con essi, e (ii) la consapevolezza che ogni fissità dei valori è temporanea e fragile. La Ragione (i nostri poteri razionali), ipostatizzata, le ragioni (a base di credenze, emozioni, azioni, ecc.), quali nostri costrutti, e il ragionamento, nella sua varietà a seconda degli ambiti, sono interconnessi. Il ragionamento pratico è l'ancella della normatività. Il ragionamento pratico permette di comprendere/giustificare come orientarsi nel e verso il mondo. Ha lo scopo di determinare il modo in cui noi o gli altri dovremmo agire [49].

Vista da questo angolo, l'autorità è un concetto pratico-normativo e relazionale, spiegabile in termini di ragioni per agire [50]. Per 'ragione' s'intende una ragione giustificatrice o giustificante, assumendo un ideale di razionalità strumentale (virtuosa). Rispetto a qualunque azione *x*, posso chiedere/essere richiesto di fornire il perché di quella azione *x*. In qualsiasi circostanza, fare *x* si giustifica, tutto considerato, sulla base dei perché fare o non fare *x*. Nel contesto giustificativo della ragion pratica, qualsiasi azione (omissione) – in breve: scelta pratica – ha a monte una ragione per (non)agire. Dietro a ogni ragione, potenzialmente, ve ne sta un'altra e così via, volendo all'infinito. Le ragioni operano quindi su più livelli. Le ragioni di primo livello fanno diretto riferimento all'azione *x* che giustificano. Ci sono poi ragioni di secondo livello che fanno riferimento a quelle di primo livello, e così via [51].

Normalmente vi possono essere e vi sono più ragioni in lizza per fare o non fare *x*. In termini di autorità, rileva *chi*, piuttosto che *cosa*. Conta da chi proviene la ragione d'azione, a prescindere da ogni altra considerazione. Una ragione autoritativa serve come meccanismo di scelta, proprio a evitare stalli o dilemmi, o che si debbano "bilanciare" ragioni di prim'ordine o comunque pari ordine inerenti al contenuto.

---

[49] Sul fatto che la normatività sia un costrutto concettuale v. le analisi di S. FIGUEROA RUBIO, *Ascriptivism, life forms, and recognition. On the social constitution of normativity*, in S. BERTEA, J. SILVA SAMPAIO, *Metaethical Issues in Contemporary Legal Philosophy: A Constitutivist Approach*, New York, 2025, 32-52 e M. BRIGAGLIA, *Psicologia del giudizio normativo: una ipotesi*, in A. CARRATTA, M. DE CARO, G. PINO (a cura di), *Intorno al ragionamento giuridico*, Roma, 2022, 81-94.

[50] In questo senso vedi anche l'elaborazione di P. WINCH, *Authority*, in A. QUINTON (ed.), *Political Philosophy*, Oxford, 1967, 97-111.

[51] Vedi M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980. Corollario è la teoria del diritto come linguaggio amministrato: ID., *I giudici creano diritto?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, consultabile in https://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/23693/21070.

L'essere/avere autorità è un fatto normativo complesso, cioè sia una ragione in sé per agire (secondo autorità), sia una ragione esclusiva per ignorare le ragioni contro di essa. Il potere normativo di un'autorità è la capacità di cambiare le suddette ragioni. Il che può avvenire in più modi: si esercita potere normativo vuoi introducendo ragioni per l'azione, vuoi eliminando ragioni esclusive, vuoi conferendo all'agente il potere di decidere da sé. Nella delegazione di potere, *dall'alto (autorità) al basso (agente)*, si ri-conferisce autonomia: rimettendo la giustificazione al decisore si ritorna alle ragioni di prim'ordine. Viceversa, la delegazione dal basso all'alto "spoglia" di autonomia e viene letta come forma di eteronomia: affidamento delle scelte ad altri, appunto, all'autorità [52].

Si noti che nel diritto le ragioni possono escludere tutte o alcune ragioni contrastanti. Non sono necessariamente assolute, né sempre concludenti o decisive [53]. Si ammette che le ragioni possano essere a seconda dei casi cedevoli o sconfitte da più forti o migliori ragioni. Si pensi, ad esempio, al gioco tra ragioni che può generarsi in presenza di più autorità, cioè quando più poteri normativi co-esistono e non è chiaro quale debba prevalere. In questo gioco costante di ragioni pratiche rilevano il contesto di scelta, le sue premesse e la possibilità sempre aperta – nella sfera pratica – sia di confliggenti ragioni, sia di migliori ragioni (*best reasons*) [54].

S'intuisce da quanto precede la esigenza di distinguere tra l'essere un'autorità *de facto* (il fatto di esercitare qua *auctoritas* potere normativo) e l'avere autorità, cioè, essere riconosciuta come tale, quale autorità legittima. In proposito, essenziale è anche capire da e verso chi il potere normativo (sé stessi e/o altri) si esercita.

---

[52] Il dosaggio di auto-eteronomia, ovvero di delegazione del potere (normativo) è una variabile dipendente da fattori anche di forza ed è questione di ingegneria istituzionale. Propone ad esempio un modello normativo ad autorità diffusa in cui ciascuno rivendica autorità: A. FUNKE, *Norms and their 'Application'. The Citizens' Role in Law*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2, XXIII, 2021, 321-343.

[53] Ciò non esclude che possano esservi "atti costitutivi in senso stretto" i cui significati-effetti non sono rimessi ad alcuno essendo essi rigidamente prestabiliti dalle norme ipotetico-costitutive che li stabiliscono (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 507 ss., che li distingue dalle "decisioni"). Sta di fatto che questa situazione esiste *in vitro* in un ambiente assiomatizzato, mentre nei diritti vigenti anche tali atti sono frammenti normativi (come tali "ragioni"), parte di un complesso ordinamento né auto né predeterminato in assoluto.

[54] Più le ragioni sono porose rispetto alle circostanze e più si assume una cornice particolarista a livello di giustificazione. Cfr. B. CELANO, *Legal Reasoning, Particularism: In Defence of a Psychologistic Approach*, in M. BRIGAGLIA, C. ROVERSI (eds.), *Legal Reasoning and Cognitive Science: Topics and Perspectives*, D&Q, special suppl. 2023, 21-41.

È opinione comune che il diritto goda di autorità *de facto* o effettiva. Ma questa opinione comune è eccessivamente semplicistica e fuorviante. Per un verso, le autorità legittime non sono sempre autorità di fatto. Si pensi ai tanti casi in cui decisioni legittime di autorità legislative, amministrative, giurisdizionali restano *flatus vocis*. Per altro verso, un'autorità riesce a essere effettiva o *de facto* solo se le persone la considerano un'autorità legittima. Così, affermare che un governo è di fatto un governo significa ammettere che la sua pretesa di essere governo è riconosciuta da un numero tale di persone sufficientemente potenti per assicurargli il controllo su una certa comunità. Affinché vi sia autorità di fatto occorre una forma di riconoscimento di legittimità da parte di chi è soggetto al potere normativo esercitato. Come questo riconoscimento possa darsi e quanto debba essere solido, ecc. sono elementi variabili, che dipendono da vicissitudini sociali, politiche, storiche, psicologiche [55].

Ciò che rende le autorità di fatto diverse da chi esercita un potere nudo – ad es. attraverso la mera violenza, minaccia, forza, terrorizzando o manipolando uno o più individui – è che le autorità di fatto rivendicano, a differenza di chi veste un potere nudo, il diritto di fare quello che fanno, cioè la esistenza di ragioni che giustificano l'esercizio del potere sui destinatari [56].

Le autorità *de facto* rivendicano la legittimità per sé stesse. Agiscono sotto il pretesto e avanzano la *pretesa della legittimità*. La nozione di autorità legittima ha priorità esplicativa rispetto a quella di autorità di fatto. Quest'ultima presuppone la prima, e non viceversa.

Va distinto il piano ideale e quello reale. Nella misura in cui il diritto definisce le regole di convivenza di una comunità politica, in via ideale esso ha un valore strumentale e, in funzione di ciò, pretende di avere autorità sui componenti la comunità politica mediante le norme fatte o avallate dalle autorità.

Beninteso: questo ideale autoritativo non necessariamente si realizza.

D'altro canto, che non si traduca in realtà non lo fa venir meno quale ideale.

Perciò, la tesi della pretesa di autorità non è incompatibile e, anzi, spiega perché i sistemi giuridici vigenti, spesso, non riflettono l'ideale.

Proprio la possibilità di uno iato tra ideale e reale rende cruciale giudicare-dimostrare se le autorità di fatto si conformano all'ideale e dunque l'esistenza di un'autorità legittima.

---

[55] Resta importante lo studio di M. STOPPINO, *Le forme del potere*, Napoli, 1974, 90 e ss.

[56] Cfr. Y.R. SIMON, *Philosophy of democratic Government*, Chicago, 1951.

Come quindi verificare se le pretese ideali di autorità sono soddisfatte nel diritto vigente?

La risposta risiede nella giustificazione dei fatti sociali, cioè di quello che le autorità fanno. Si tratta d'impegnarsi nell'esercizio mentale di chiedersi le ragioni, i perché di tali fatti.

Un possibile accostamento è strumentale (mezzi-fini). Il vaglio decisivo si pone a livello di funzioni [57]. A cosa serve la norma *x* emanata dall'autorità-istituzione *y*? Quali scopi persegue l'autorità-istituzione *y* mediante la norma *x*?

Valori, scopi e obiettivi politico-morali sono di conseguenza decisivi per la giustificazione dei sistemi giuridici vigenti. Operano sul terreno della legittimità dei diritti come fatti sociali, e così delle relative norme e autorità.

5. *Conformismo etico: utopie di* polis *e architetture delle scelte*

Arriviamo dunque al cuore della questione: cosa fa di un'autorità, un'autorità legittima?

La risposta ha natura etico-morale [58].

Un requisito di legittimazione dell'autorità è che la persona soggetta al potere si conforma meglio alle ragioni che le si applicano comunque (vale a dire, ragioni diverse da quelle dell'autorità) se guidata dalle ragioni dell'autorità, anziché altre. Semplificando moltissimo, l'intuizione è che, per quanto la persona arriverebbe comunque alla stessa scelta (ad es. non sprecare risorse pubbliche), questa scelta è più giustificata o facilitata dalla ragione fornita dall'autorità (divieto di sprecare risorse pubbliche o se si sprecano risorse pubbliche si è soggetti alla sanzione *y*), rispetto ad altre ragioni (ad es. sprecare risorse pubbliche è un male in sé o è peccato o

[57] Cfr. F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Studi in onore di Luigi Galateria*, Rimini, 1987, 153 ss. e ID., *Funzione (teoria generale)*, *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, 1988, 1 ss.; N. BOBBIO, G.R. CARRIÓ, *Un carteggio su struttura e funzione nel diritto 1964-1980*, a cura di M.G. Losano, Milano, 2024.

[58] Il potere discrezionale – per quanto governato da princìpi e regole variamente stringenti (cfr. W.J. WALUCHOW, *Strong Discretion*, in *Phil. Quart.*, 33(133), 1983, 321-339) – ha al suo fondo, nella scelta finale, valutazioni in termini di opportunità, equità, tecniche e politiche. Sul punto, restano importanti le pagine di C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972, 997 ss.

serve a ripristinare un assetto equo tra chi ha e non ha, ecc.) [59].

In via metaforica, le ragioni autoritative sono un puntello per il conformismo pratico.

D'altra parte, esse servono a disinnescare i disaccordi morali profondi su cosa è giusto [60]. Inoltre, si assume che vi siano questioni rispetto alle quali sia meglio conformarsi a ragioni "delegate" che decidere da sé stessi, senza l'aiuto dell'autorità. Alla base di questa intuizione vi sono *biases* cognitivi e un paradosso. Per un verso, c'è un certo scetticismo sulla natura umana e la sua capacità di ciascuno di decidere per il meglio. Per altro verso, si pensa che altri (l'autorità) possa far meglio di noi. Il che mostra come lo scetticismo, quindi, sia asimmetrico e bilanciato da fiducia e reverenza verso taluni individui [61].

Lo stesso concetto si può esprimere dicendo che, in un diritto che vuole essere uno Stato di Diritto, un'autorità giuridica, avente come tale il ruolo di emettere e applicare norme per una certa comunità politica, è legittima se le sue norme sono nel complesso conformi a quell'ideale in e per quella comunità politica [62].

A seconda di come si concepisce l'ideale, ci si può spingere oltre formulando tesi più o meno forti [63]. Ad esempio, se si ancora lo Stato di Diritto a

---

[59] Vedi *Opera*, postfazione, 261 e ss. dove tocca nervi scoperti dell'attualità: concorrenza, mercato, c.d. autorità indipendenti, ambiente quale bene-interesse pubblico. Come sottolinea L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 175-181, che vi siano al fondo scelte, vuoi del giudice (amministrativo), vuoi della pp.aa., non implica affatto che vi siano zone franche, senza diritto o giustificazione, e in ciò sta la discrezionalità (dei relativi poteri).

[60] Cfr. V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, 2016.

[61] Come noto, sono in rapida crescita gli studi sociopsicologici applicati al giuridico che muovono da scienze cognitive, comportamentali, neuro-scienze, e non è questa la sede per approfondimenti. Limitandosi ai contributi filosofico-giuridici, ho tratto motivi di riflessione per il lavoro dal dialogo in particolare tra A. PINTORE, *Il dovere della sfiducia* e T. GRECO, *La realtà della fiducia. In dialogo con Anna Pintore*, ambedue nel numero speciale di *Teo. e st. dir. priv. Ombre del diritto*, a cura di F. Mancuso e V. Giordano, 2022, consultabile in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com ; sulle attitudini verso le autorità si veda anche M. JORI, *La necessità dell'irriverenza*, in *Biblioteca della libertà*, 99, 1987, 41 ss.

[62] Condivisibili sono i rilievi critici di M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 165 a proposito delle concezioni della discrezionalità intesa come "vuoto" giuridico: l'esistenza di una pluralità di soluzioni giustificate in rapporto ai valori da attuare non pone in gioco un problema di presenza o assenza di diritto, quanto un problema di modo e intensità di intervento del diritto.

[63] La posizione di Benvenuti al riguardo è al contempo problematica e moderata: testimonianza ne è la concezione prudente della ragionevolezza come principio-criterio volto a far sì che la discrezionalità sia improntata all'interesse pubblico sullo sfondo di una concezione paritaria dell'ordinamento amministrativo. Cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 270-272 e 181-185.

una concezione della ragion pratica come retta ragione (*right reason*), le norme dettate dalle autorità giuridiche sono rette se ordinano relazioni sociali e condotte individuali in modo tale che, seguendole, le persone di quella comunità politica agiscono in modo più ragionevole che altrimenti, dove la ragionevolezza consiste nel conformarsi alla retta ragione [64]. Anche a prescindere da queste letture, la ragion d'essere delle autorità giuridiche (e norme da esse prodotte) è ordinare relazioni sociali e condotte individuali in modo tale che, seguendole, le persone di quella comunità politica ottemperino in misura maggiore seguendo quelle norme/autorità che non ignorandole; la meta ideale è che le persone ottemperino indipendentemente dalle stesse norme emanate/applicate dalle autorità [65].

Alla luce di quanto detto, l'esercizio della discrezionalità da parte delle autorità giuridiche è parte dei diritti che ambiscono a essere Stati di Diritto.

Nella maggior parte dei sistemi giuridici giudici e funzionari hanno l'autorità di decidere (potere-dovere di *non liquet*) [66]. Ciò sia dove esiste, sia dove non esiste una soluzione ("chiara") considerando le norme di quel sistema. Chiunque ha il dovere di applicare le norme vigenti quando sono applicabili, e ha anche l'onere di decidere laddove le norme vigenti non forniscono una risposta ("chiara") [67].

---

[64] Come noto, molti enfatizzano il ruolo della ragionevolezza (e con declinazioni che talora virano nel soggettivismo), v. ad es. A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost*., Vol. 52, n. 4, 2007, 3251-3296, spec. 3289; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss.

[65] La prospettiva richiamata rispecchia un accostamento minimale diffuso, ancorché non sempre dichiarato. Naturalmente, un simile approccio può poggiare su sfondi filosofici diversi (ad es. di matrice liberale, comunitaria, teologica) e non è comunque conclusivo posto che sposta il problema a monte, a livello di filosofia politica e metaetica: quale ideale d'individuo-persona e società assumiamo. Pur muovendo da ambienti culturali specifici, offrono utili spunti R. LUPPI, *Virtù individuali: Un fondamento soggettivo per il rispetto di sé?*, in *Fil. pol*., 1, 2024, e P.G. PUGGIONI, *Dall'ideologia alla teoria. Diritto, costituzione, filosofia della storia tra Nicola Matteucci e Norberto Bobbio*, in *Ragion pratica*, 1, 2023, 267-290.

[66] Si noti che assumendo per ipotesi la inesistenza del principio del *non liquet*, nulla cambierebbe ai nostri fini, perché in assenza di *non liquet* il caso resta irrisolto e questa è pur sempre una decisione. In qualsiasi caso concreto si determinerebbe una stasi (*status quo*), tuttavia, instabile. Appunto si resterebbe nel dubbio perenne, salvo modifica giuridica, su chi ha torto o ragione, su quale pretesa tra quelle in lizza sia quella corretta (conforme a diritto).

[67] In cosa consista una risposta o un caso chiaro è una *vexata quaestio* che in questa sede si mette tra parentesi. Semplificando molto, si assume che una soluzione non sia chiara quando essa non risulta, alla resa dei conti, condivisa nella comunità giuridica, ad esempio, poiché almeno parzialmente non regolamentata (cfr. F. SCHAUER, *Easy Cases*, in *S. Cal. L. Rev*., 58, n. 1/2, 1985, 399-440). Costituisce oramai l'archetipo il caso del "veicolo" di Hart di cui esiste traccia nella *law in* action in Argentina (cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa n. 2884

Nei casi non chiari, le autorità non esercitano un potere purchessia, bensì sono investite *de iure* di un potere discrezionale [68]. La discrezionalità spesso equivale alla vera e propria creazione di norme [69]. Riconoscerlo non è solo un atto di onestà intellettuale, e morale. Per qualunque autorità, compreso ogni funzionario, è un atto anche dovuto sul terreno deontologico per la propria funzione [70].

Per quanto possa apparire rassicurante, è illusorio pensare a una vita associata in cui si possa non scegliere e non decidere. E il diritto serve anche a questo, ossia scegliere in via istituzionale-impersonale [71].

Che alla fine ci sia qualcuno a scegliere e decidere, sotto la veste dell'autorità, è perciò inevitabile [72].

Invece, chi debba essere: un giudice e non un altro funzionario, o l'agente-autore stesso è un problema di ingegneria e architettura istituzionali.

Su questo terreno sarebbe bene riflettere in profondità.

La circostanza che l'assetto delle autorità negli ordinamenti moderni sia estremamente complesso, stratificato, multilivello è sulla bocca e sotto gli occhi.

Meno frequenti, ma forse è solo ignoranza, sono i tentativi di mappare gli assetti implementati nei vari paesi oppure ipotizzati per comprendere quali alternative vi siano, i loro pregi e difetti, fallimenti o successi sul campo [73].

Vilchez, Carlos Abelardo s/ recurso de casación, sent. 16 febbraio 2001 e Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa n. 15.268 *Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación*, sent. 20 novembre 2012). Ringrazio Federico José Arena per la segnalazione.

[68] Vedi *Opera*, 210-218 dove l'A. riflette criticamente sulla tormentata linea di demarcazione tra *soft* e *hard cases*. Cfr. C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 1-13:

[69] Questo non vale solo per il mondo giudiziario, incluso quello amministrativo (si pensi ai c.d. precedenti giudiziali e ai princìpi giuridici la cui indeterminatezza può rendere solo metaforico il confine tra specificazione e creazione). Vale anche per il mondo stragiudiziale di esercizio dei poteri delle pp.aa., il cui "nome" (potere 'esecutivo') non rispecchia la "cosa".

[70] V. ad es. W.A.R. LEYS, *Ethics and Administrative Discretion*, in *Pub. Adm. Rev.*, Vol. III, 1943, 10-23.

[71] Il che equivale a dire che il principio di eguaglianza (di cui è corollario anche la equidistanza) è metro di legalità dell'azione dei poteri (pubblici), senza che ciò escluda la dimensione della scelta. Cfr. ad es. L. NIVARRA, *Crisi della legalità e funzione della giurisprudenza nel diritto tedesco dell'economia*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 107, n. 4, 1984, 143/144-151/152, a commento di BVGer 11 febbraio 1983.

[72] Cfr. ad es. J.H. GREY, *Discretion in Administrative Law*, in *Osgoode Hall L. J.*, 17.1, 1979, 107-132, v. spec. 107 e 109.

[73] Il diritto amministrativo è storicamente considerato un fenomeno relativamente recente e con una genesi "regionale" (cfr. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano,

Si pensi solo alla varietà straordinaria di possibilità già sperimentate: sistemi di costituzionalità accentrati *vs* decentrati, preventivi *vs* successivi; accesso diretto *vs* mediato alle autorità da parte dei cittadini; tutele *ex officio*, rimesse alle stesse autorità; possibilità di revisioni di merito ovvero solo caducatorie, con efficacia anche retroattiva e/o solo per il futuro; numerosità diversa di rimedi-impugnazioni di atti-decisioni; eventuali rimedi anche straordinari oltre la *res judicata*; responsabilità organica per errori (fermi gli atti e la *res judicata*); sul fronte dell'ordinamento, modalità d'ingresso, percorsi di carriera per ogni organo inclusi quelli consultivi e/o di controllo. S'aggiunge l'assetto para giurisdizionale delle c.d. agenzie-autorità indipendenti. Al mondo gigantesco dei poteri esercitati a ogni livello, dal funzionario locale alle autorità sovranazionali (nel nostro caso ad es. dell'UE), si sommano le autorità internazionali le quali sono parte integrante del diritto vigente interno.

Quando si parla di autorità nel diritto si ragiona avendo in mente perlopiù un minuscolo frammento. Anche limitandosi all'Italia e ai casi chiari, tante sono le autorità come tali riconosciute e tanto complessi i loro nessi che nessuno dispone di una mappa e al più si ricorre a metafore (dialoghi, reti, bilance, ecc.).

Questa gigantesca proliferazione normativa fa sì che il mondo contemporaneo appaia fatto tutto di autorità giuridiche (e norme), come se non residuasse nulla oltre.

Che la rete di autorità giuridiche sembri oggi infinita è un altro *bias* cognitivo.

Utile a sfatarlo è il confronto con un mondo semplificato, "primitivo", di una piccola comunità con poche norme e poche autorità.

Se non ci si affida a un'autorità giuridica, resta il potere nudo e bruto.

Si potrebbe rappresentare con un ramo d'iperbole la discesa dall'ideale dell'autorità giuridica che agisce in ossequio alla *Rule of Law*, all'autorità giuridica *tout court*, all'autorità di fatto. Dall'amministrazione della giustizia lungo la iperbole si arriva o alla violenza-forza, in caso di disaccordi, o alla soggezione se tutti acconsentono. Sull'altro ramo dell'iperbole vi è per

---

2010). Numerose analisi sono state condotte oltreoceano sul tema della discrezionalità, dalle quali emergono profili teorico-generali comuni alla storia tracciata nell'*Opera*: cfr. ad es. H.J. LASKI, *The Growth of Administrative Discretion*, in *Publ. Adm.*, 1, 1923, 92-100; J. LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven, 1938, 23-26, 31; G.A. SCHUBERT, Jr., *The Public Interest In Administrative Decision-Making: Theorem, Theosophy, or Theory?*, in *Am. Pol. Sc. Rev.*, Vol. 51, n. 2, 1957, 346-368; spec. 347-348; M. SHAPIRO, *Administrative Discretion: The Next Stage*, in *Yale L. J.*, Vol. 92, n. 8, 1983, *Symposium on the Legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State*, Part 2, 1487-1522.

converso l'ascesa dalla somma ingiustizia alla situazione "angelica" in cui non vi è necessità di esercitare autorità e amministrare giustizia, constando, *ad infinitum*, un agire cooperativo fatto di non-violenza e non-soggezione.

Su quale punto dell'iperbole ci si trovi oggi e dove essa sfoci, lascio ciascuno a dirlo. Chiaramente è solo un'amara provocazione.

Non c'è nessuna iperbole che si possa tracciare né calcoli quantitativi.

In ciò l'ideale della *Rule of Law* è l'altra faccia della medaglia della democrazia. O, per meglio dire, l'una e l'altra si scontrano con il problema irrisolto di tradurre i contenuti in forme ovvero la quantità in qualità.

6. First and last say*: democrazia soggetta a controlli*

Come la democrazia così la *Rule of Law* incorre nel problema di chiusura del sistema. Chi controlla l'autorità che ha la (prima e/o l'ultima) parola?

Se la *Rule of Law* risponde alla questione della chiusura finale (chi ha l'ultima parola), la democrazia risponde alla questione di come partire (chi ha la prima parola).

Assumere che l'una e/o l'altra siano davvero di fatto e di diritto tali, equivarrebbe a escludere ulteriori controlli. Piaccia o non piaccia. È il prezzo che si paga per essere umani, limitati, spazio-temporalmente, eppure esseri dotati di raziocinio [74].

La democrazia intesa in senso procedurale è, si dice, il sistema meno peggiore che si è trovato per organizzare le società umane. Essa trasla sul piano quantitativo quello che è e resta un problema qualitativo [75]. Come noto, i numeri non sono garanzia di nulla, a livello di merito e qualità delle scelte. Pensare che la democrazia sia il sistema meno peggiore tra quelli finora immaginati si basa su una visione moderata e, allo stesso, tempo ottimistica dell'essere umano come singolo e specie.

Detto prosaicamente, si parte della convinzione che più cervelli, più mani, più occhi, siano meglio di quelle di un singolo individuo. Questo vuole dire avere una considerazione limitata di ciascun singolo che da solo non può far tutto e assieme ad altri, si presume, fa meglio. Inutile dire che può

---

[74] Cfr. F. CIARAMELLI, *Il diritto come civilizzazione della forza. Considerazioni su Freud e Kelsen*, in *TCRS*, 2, 2023, 11-26.

[75] Cfr. A. PINTORE, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010.

succedere così come il contrario. Assieme si può anche far peggio. Alla base vi è un'assunzione di fiducia cooperativa. Si usa infatti dire anche "l'unione fa la forza". Si muove dalla credenza che se vi sono altri, oltre al singolo, si possa far qualcosa di meglio che da soli.

Chiaramente queste assunzioni esistenziali e antropologiche sono tutte fallaci. Sono *biases* di generalizzazione, se presi alla lettera. Nessuno ragionevolmente le intende a questo modo. Evolutivamente esse sono presunzioni che valgono fino a prova contraria.

Queste assunzioni puntellano anche l'ideale della *Rule of Law* come chiave di volta del sistema.

Infatti, la *Rule of Law* concepita come sistema normativo in cui ogni autorità è regolata da norme e/o non vi è alcuna autorità che possa agire in modo ingiustificato sottende due visioni complementari. Da un lato, vi è un prudente scetticismo sul fatto che ciascuno faccia quello che deve. Dall'altro lato, vi è un moderato ottimismo sul fatto che per tentativi ed errori si possa pervenire a risultati migliori.

Se così non fosse, la prima parola sarebbe anche l'ultima parola. Avremmo un'unica e sola autorità per ogni questione: *one shot*.

Soluzione, questa, che ha molti pregi (rapidità, semplificazione, certezza, minori costi immediati).

Tuttavia, la storia umana ha preso un'altra direzione.

Di conseguenza, o vi è una follia collettiva, ovvero è ragionevole pensare che la soluzione *one shot* abbia più difetti che pregi. Da dove essi derivano? Essenzialmente non ci si fida che una sola autorità basti [76], e ciò per tanti motivi legati a deficit di capacità, abilità, competenze, possibilità di abuso, errori, umani vizi, ecc.

D'altro canto, che vi sia controllo sull'autorità o un'autorità comunque regolata ha un prezzo alto, in termini di tempi, complicazioni, incertezze, costi: dietro ogni controllo vi è la possibilità d'incrementare anziché arginare i pregi, cumulare difetti. Eppure, si ritiene tutto ciò un prezzo giustificato da pagare, viste le umane debolezze e limiti.

Dove non c'è controllo di un'autorità su un'altra autorità in senso proprio, vi è la giustificazione come elemento ideale che tende all'auto-controllo.

---

[76] Nemmeno se è quella sovrana e neppure assumendo l'ideale (utopico) di democrazie dirette universali, in cui vi è coincidenza di autori e destinatari. Cfr. G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *Sist. Pen.*, 2024, 1-18 e L. D'ANDREA, *Discrezionalità e separazione dei poteri, alla luce della lezione di Gaetano Silvestri*, in *Consulta online*, 1, 2025, 150-162 le cui osservazioni abbracciano ogni forma di potere discrezionale (politico, giudiziario, amministrativo).

Il fatto che comunque si debba giustificare cosa si decide, quand'anche quello che si decide non possa essere messo in discussione, mostra due cose principali.

La prima è che si assume che quell'autorità nel dover dare ragione operi appunto un auto-controllo. Si riporta sull'autorità stessa quel processo che, essendo l'ultimo anello della catena, non può averne un altro esterno. Ovviamente ciò implica l'assunzione che la giustificazione sia un processo che si svolge alla luce della ragion pratica, secondo un ideale illuminato di persona (ragionevole/morale).

La seconda è che la giustificazione può essere il fattore d'innesco della critica esterna.

In altre parole, il senso più profondo della giustificazione imposta comunque all'autorità che ha (la prima e/o) l'ultima parola è duplice.

Per un verso, serve a rafforzare la legittimazione per chi condivide i perché e così a generare conformismo etico verso l'autorità.

Per altro verso, serve a esporre alla critica di chi non condivide i perché e così innescare moti di rivoluzione, ecc. La messa in discussione per via di fatto dell'autorità legittima.

Nello statuire perché "obbedire" si offrono *a contrario* – se non condivisi – i perché disobbedire. Giustificare è, irrimediabilmente, un'arma a doppio taglio.

Questa doppia dimensione, come un giano bifronte, si spiega sulla base di un'altra presunzione.

Si assume che il rischio di innescare dissensi sia inferiore rispetto alla probabilità di rafforzare i consensi.

Anche in tale caso, non c'è, né può esservi alcun calcolo matematico o ragionamento probabilistico in senso stretto.

Sono i fatti a guidare la storia.

Se la presunzione fosse sistematicamente smentita, in ottica di conformismo e conservazione sarebbe preferibile evitare che l'autorità giustifichi e porre in cima al vertice gli *arcani imperii*.

Tendenzialmente, almeno per ora, si è proceduto invece nel senso di mettere il Re nudo, o almeno ci si prova [77].

---

[77] Questo tentativo sta e cade con la cultura (giuridica) e gli individui. Entro un ideale di demarchia ciascuno con la propria partecipazione civica contribuisce all'esercizio dei poteri (in ogni ambito: pubblico, come privato) come appartenenti all'universo della *polis*. Vedi F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 22-24, 104-108, 124-129. Nel mondo attuale, rimarca con ancora maggiore forza la esigenza di una riflessione radicale in tal senso L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 56-61.

Affidarsi, come male minore o *extrema ratio*, a un'autorità che decide in via definitiva implica un certo tasso di fiducia generalizzato sulla possibilità che quell'autorità decida come deve. Il parametro di decisione potrà essere il corretto, il retto, il giusto, ecc. a seconda del concetto di diritto e ideale di diritto rilevante di chi decide e chi sta a guardare (destinatario o ricevente) [78].

[78] Faccio mie le parole di J. HALL, *The Present Position of Jurisprudence in the United States*, in *Legal Philosophy*, *Virg. L.R.*, Vol. 44, n. 3, 1958), 324-325: «The legal philosopher must, at least in the final act, be a rationalist, i.e., a "rule of law" man. He must, by definition, be on the side of Plato's Statesman and Aristotle, as regards the "rule of law", if he is to have a *raison d'etre*. Although he may clothe his vehicle in many a varied garb, in the last analysis reliance upon the existence or "sub-sistence" of ideas, the reason of law, and the evidence of its distinctive functions is the badge of his vocation. This involves much more than logic in a formal sense. It determines the legal philosopher's position vis a vis various irrationalisms. […] Although jurisprudence is a theoretical enterprise, it serves practical purposes and is itself part of the cultural milieu of the times».

Luigi Benvenuti*

Osservazioni e riflessioni

Observations and reflections

Un ringraziamento a tutti, e specie ai relatori per aver letto con tanta cura e attenzione il mio lontano libro del 1986; e vorrei innanzitutto dare una spiegazione del contesto in cui è maturata la decisione di ripubblicarlo. Decisione che origina dai vari discorsi che si sono intrecciati nel tempo con l'amico Marcello Clarich, autore di un bel saggetto sul tema, e dalla sollecitazione dello stesso, a cui sono davvero grato per aver proposto la riedizione nella collana ETS.

Confesso che si è trattato di un tuffo nel passato e quando si vanno a rivedere i propri lavori del passato si è sempre un poco titubanti e insoddisfatti, cogliendovi imperfezioni che magari nel momento non venivano rilevate.

Mi soffermo brevemente su alcune suggestioni che stavano sullo sfondo di quel lavoro.

Al proposito ricordo come fondamentale un incontro seminariale a Ca' Foscari proprio con Gadamer, a metà degli anni '80 del Novecento, alla presenza di alcuni noti ermeneutici tra i quali Mario Ruggenini.

E mi limito poi a richiamare la lettura, fatta in quegli anni, di due lavori di Giuseppe Zaccaria, l'uno dedicato proprio a Gadamer, l'altro a Esser.

Per altro verso, sono anni in cui particolarmente accesi erano i dibattiti in seno all'orientamento analitico – e cito quale esempio la discussione, e quasi polemica, intorno al tema della formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica (ricordo al proposito un seminario del 1985 tenuto a Pontignano).

---

* Già ordinario di Diritto Amministrativo, Università Cà Foscari, Venezia.

Vengo al nucleo essenziale del lavoro del 1986, che ho avuto modo di richiamare e di svolgere ulteriormente specie nella Postfazione.

Come è stato puntualmente osservato da Margherita Ramajoli nel suo bel saggetto sulle clausole, la tesi ivi sostenuta è quella dell'esistenza di una differenza solo quantitativa tra le nozioni di interpretazione e di discrezionalità, apparentemente sulla scia di ben noti lavori di Merkl e Kelsen; ma in realtà fondamentalmente giustificata alla luce dell'adesione all'indirizzo ermeneutico, specie per l'approccio al modo d'intendere la comprensione attraverso il linguaggio.

E proprio in Gadamer vi è infatti una distinzione tra interpretazione storica, teologica e giuridica, e quest'ultima viene, come noto, utilizzata quale paradigma per la ricostruzione dell'intero meccanismo della comprensione.

L'aver sottolineato come pure la discrezionalità potesse essere concepita quale modo di essere dell'interpretazione, significava innanzitutto ripensare ai contenuti di quest'ultima, superando la netta scissione tra soggetto e oggetto, che era ancora tutto sommato presente nel volume del 1939 sull'interpretazione di Giannini, nella direzione cioè di una desoggettivizzazione del meccanismo del comprendere (e andrebbe forse riconsiderato lo stesso uso che è stato fatto del binomio intelletto-volontà).

Per parte mia aggiungo come la questione è divenuta oggetto di un confronto soprattutto con Giorgio Berti, interessato alla desoggettivizzazione del meccanismo del comprendere, in quanto per certi versi parallela alla sua tentata desoggettivizzazione del potere – a e ben vedere penso che la ripubblicazione da parte sua del volume "Il principio organizzatorio del diritto pubblico", che era la versione originaria di "La pubblica amministrazione come organizzazione", risenta in effetti di molti discorsi intrecciati con lui a Milano, quando lo andavo a trovare all'Università Cattolica, tutti ruotanti proprio intorno al ruolo dell'interpretazione.

Una delle tesi sostenute nel volume del 1986, è dunque quella secondo cui "tra interpretazione e discrezionalità non vi sarebbero differenza sostanziali ma solo di misura". Di qui il tentativo di ripensare alla intera tematica, mediante una nuova intavolazione della nozione di potere.

A proposito della relazione tra un criterio qualitativo ed uno quantitativo, è fin troppo ovvio riconoscere come il terreno si presenti particolarmente scivoloso.

E ho avuto modo, specie in lavori successivi a quello del 1986 di rilevare diversi contesti in cui, con attenzione alla discrezionalità, tali criteri sono equivocamente utilizzati.

Ma il discorso andrebbe allargato ad esempio alla determinazione di significato delle clausole generali rispetto agli enunciati normativi che non le contengono.

Anche il richiamo alla c.d. vaghezza andrebbe precisato.

Soprattutto in "Lingua e Potere nel diritto dell'amministrazione pubblica" del 2017, la questione della vaghezza e della indeterminatezza è affrontata prestando attenzione ai profili di filosofia del linguaggio in ambito non solo giuridico.

Più in generale, qualsiasi riferimento al concetto di indeterminatezza risulta equivoco, anche perché viene spesso usato accostando la nozione di vaghezza a quella di ambiguità. E penso allora a talune puntualizzazioni fatte di recente con attenzione alle clausole, per circoscrivere la categoria della c.d. "vaghezza socialmente utile" rispetto alla c.d. "vaghezza comune" (di grado o combinatoria).

Tornando alla dogmatica della discrezionalità, è indubbia la presenza di formule quali "può", "ha facoltà di", oppure di aggettivi quali "opportuno", "conveniente", in relazione all'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta a curare (mi vengono in mente tali richiami fin nel Manuale di Giannini del 1970 per distinguere interpretazione e discrezionalità).

Ma sono formule ovviamente non sufficienti a qualificare i caratteri e i contenuti tipici della scelta discrezionale, senza riandare innanzitutto alle trasformazioni intervenute in sede ordinamentale, ad esempio quella relativa al rapporto tra legge e amministrazione ovvero tra politica e amministrazione (su cui rimando ai recenti saggi di Moliterni).

La questione è però anche di precisare a monte quali possano essere le prospettive aperte dall'ermeneutica.

Certo l'ermeneutica di cui scrivevo nel 1986 deve oggi fare i conti con la dimensione del post-diritto, con il nuovo ruolo assunto dai principi rispetto alle regole, con la molteplicità delle fonti e così via.

Sono comunque convinto che uno dei punti da tener presente sia sempre quello di porsi in un atteggiamento di problematica apertura anche rispetto a valutazioni tecniche apparentemente univoche e soprattutto – qui penso a quel che è successo proprio con la nozione di discrezionalità – di non frapporre tra le valutazioni immaginari steccati, operando troppo schematiche scomposizioni.

Tutto ciò alla luce di una più generale prospettiva cui ho accennato nella parte finale e più filosofica della Postfazione al volume, ove si dà conto delle possibili ricadute sul piano giuridico ed etico-politico di una particolare concezione che rilegge la tradizione metafisica a partire dall'essente e dalla

concretezza esperienziale, in un costante dialogo tra scienza e filosofia.

C'è un ultimo punto, approfonditamente toccato dalla relazione di Michele Trimarchi, quello del rapporto tra discrezionalità e divisione dei poteri.

Qui devo dire, il volume del 1986 limitava i poteri del sindacato del giudice, il che forse era allora comprensibile in assenza di strumenti istruttori soddisfacenti, quali quelli introdotti nei decenni successivi.

Viene da chiedersi se la concezione della discrezionalità intesa come emanazione dell'interpretazione e la messa in discussione di ogni troppo fideistica convinzione circa la possibilità di offrire risposte univoche ad esempio in ordine ai concetti giuridici indeterminati, possa ritenersi conciliabile con un penetrante sindacato del giudice, nel rispetto di quel principio di pienezza della tutela, fissato in via generale dall'art. 24 Cost.

Sono note al proposito le prese di posizione di una parte della dottrina che si esprime favorevolmente ad una tutela piena ed effettiva in tema di valutazioni tecniche, clausole generali e concetti giuridici indeterminati, sostenendo che essi dovrebbero poter divenire oggetto della verifica di un giudice considerato tout court quale dominus dell'interpretazione (vedi in tal senso, pur con accenti diversi, ad esempio, Scoca, e Follieri, Codini).

Senza voler entrare nel merito di tali argomentazioni, vanno fatte alcune puntualizzazioni.

Un primo profilo riguarda le modalità della verifica di ipotesi che variano da contenuti a forte valenza tecnico-scientifica ad altre caratterizzate da più o meno elevati margini di vaghezza.

Quanto alla questione di fondo, su quali possano essere i limiti all'intervento giudiziale, continuo a pensare che sia preferibile valorizzare il ruolo e le scelte dell'amministrazione, rafforzando (e non depotenziando) la centralità del procedimento, evitando di affidare al giudice, spesso sotto mentite spoglie, poteri sostitutivi.

In tal senso andrebbe comunque valorizzata la clausola di ragionevolezza, senza dimenticare le sue molteplici facce, perché varie sono le manifestazioni del potere discrezionale.

E avendo presente, come ci ha insegnato Fabio Merusi, che neppure sarebbe possibile ridurre la ragionevolezza ad unità, essendo essa "non una norma che disciplina la discrezionalità amministrativa, ma una logica più o meno opaca che informa il suo esercizio".

Una ragionevolezza, beninteso, presidiata dal principio di proporzionalità, volto a verificare financo scelte caratterizzate da una prevalente costante incertezza, e quindi al di là del semplice criterio della ponderazione.

Se interpretazione, ancora una volta, significa la ricerca di criteri massimamente adeguati, specie per una lettura critica di fattispecie complesse, allora parlare di discrezionalità come emanazione della tematica interpretativa, significa intendere la circolarità del processo di comprensione attraverso il linguaggio, non come un modo di dire inutile o peggio destinato a sviare il senso proprio delle verifiche del giudice. Significa invece leggere tale circolarità non per escluderla, degradandola a processo "vizioso", ma piuttosto tentando "di starci dentro nel modo giusto".

Così, tenendo insieme il livello delle definizioni teoriche e quello della prassi (su cui rimando alla Postfazione al volume), sarà forse possibile corrispondere a quell'esigenza di pienezza della tutela, fissata in via generale dall'art. 24 Cost. in combinato disposto con l'art. 113.

Fabio Merusi *

Sulla "nuova" discrezionalità amministrativa secondo Luigi Benvenuti

On the "new" administrative discretion according to Luigi Benvenuti

1. Anche la discrezionalità amministrativa cambia. Magari, come nel nostro caso, ci mette un po'. Dipende dal contesto ordinamentale. Per parlare di discrezionalità amministrativa – cioè dell'argomento del presente Convegno che intende celebrare l'opera di Luigi Benvenuti, arrivata, cosa rara per le opere giuridiche, alla seconda edizione – è opportuno fare diversi distinguo per evitare di fare confusione fra situazioni e problemi eterogenei.

In primis perché ci sia discrezionalità ci vuole un potere da esercitare. E il potere può essere disseminato dovunque, in organi costituzionali e non, in soggetti di diritto pubblico o di diritto privato, e persino là dove a prima vista non ci si aspetterebbe, come nel processo penale (cfr. A. CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1985).

Il potere può essere vincolato da una norma che predefinisce forma e contenuto dell'atto da emanare, ma più sovente non è così. Normalmente accade che il potere sia condizionato da norme, criteri e precetti di diversa origine che descrivono l'ambito e l'oggetto dell'esercizio del potere. Questo condizionamento sull'esercizio del potere viene definito, nelle sue varie forme e caratteristiche, discrezionalità. Qui ci si limiterà, per delimitare l'oggetto del nostro discorso, alla discrezionalità che caratterizza il potere pubblico e il diritto amministrativo in particolare.

* Professore di diritto processuale amministrativo nell'Università "Guglielmo Marconi" di Roma.

Nello Stato moderno si cominciò col dire che il potere statale, il potere del sovrano, doveva essere caratterizzato dalla razionalità, dalle regole di ragione per distinguerlo dall'arbitrio. L'atto arbitrario e irragionevole poteva avere una sua sanzione che andava dalla possibile resistenza dei sudditi alla legittimazione della eliminazione fisica del "despota". Evocativo è il ricordo dei c.d. "monarcomachi", di quegli scrittori, per lo più anonimi, che invitavano ad "assassinare" i "tiranni" che agivano senza ragione, "arbitrariamente".

Con l'avvento dello Stato di diritto e della divisione dei poteri le cose sono un po' "migliorate" … Il potere esecutivo, ed in particolare il potere amministrativo, è stato condizionato da una discrezionalità determinata da regole, precetti e criteri intrinseci alla logica del potere esecutivo, nonché da norme e precetti previsti o desunti da norme di legge. Con i tipi di Stato conseguenti alla Rivoluzione francese è comparso un fenomeno che ancora oggi fornisce elementi di discussione agli interpreti che cercano di trovare una logica e una classificazione razionale, nel senso di non contraddittoria, ai fenomeni costituzionali: la comparsa, per produzione "naturale", di una giustizia interna alla pubblica amministrazione. Dal ricorso del destinatario degli atti, il cittadino, al posto del suddito, al vertice del potere esecutivo nacque la giustizia amministrativa. Non per decisione costituzionale, ma per genesi interna. Ne conseguiva che la principale funzione di tale nuova forma di giustizia fosse di sindacare l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, *in primis* dell'esercizio del potere discrezionale.

Ne nacque, di conseguenza, che le decisioni del giudice amministrativo riguardavano, nella maggior parte, l'esercizio del potere discrezionale e che le sentenze, chiamate decisioni, del giudice amministrativo diventassero la fonte di conoscenza di come andasse esercitato il potere e perciò il potere discrezionale.

Per citare un esempio emblematico per descrivere il fenomeno che rende bene l'idea si può ricordare quel che era successo nel Regno napoleonico d'Italia: il principe Eugenio, Viceré del Regno d'Italia, incaricò Romagnosi di pubblicare un giornale di giurisprudenza che riportava le decisioni del Consiglio di Stato e dei Consigli di Prefettura. Da tali decisioni i lettori potevano apprendere quali fossero le regole che il potere discrezionale doveva seguire e che la dottrina, *in primis* Romagnosi, nel citato giornale di giurisprudenza, e in una successiva opera "didascalica" (le *Instituzioni di diritto amministrativo* del 1814) si ingegnò di razionalizzare. Nacque così il singolare fenomeno di un giudice, inserito nel potere esecutivo, che si fece legislatore: che emanava regole per l'esercizio del potere di cui l'Amministratore doveva tener conto nell'esercizio del potere discrezionale, così come delle

regole desunte dalle leggi e dalla "natura" dei singoli poteri.

Non è ovviamente possibile in questa sede, e sarebbe comunque un gravoso e non semplice lavoro, ripercorrere le vicende dell'esercizio del potere discrezionale nei vari Stati ed Autorità che si sono succeduti in Italia fino alla Costituzione repubblicana e dopo di essa a tutt'oggi. Né è possibile ricostruire le varie fasi che hanno caratterizzato lo Stato italiano, e, con esse, le caratteristiche del potere discrezionale così come risultante dalla giurisprudenza amministrativa. Basti qui osservare che, mentre fino a pochi decenni fa l'esercizio del potere discrezionale era caratterizzato da ampi spazi di discrezionalità che indussero a ricostruire le decisioni discrezionali della pubblica amministrazione in base alla logica della ponderazione degli interessi pubblici affidata alla cura dell'amministrazione decidente, di recente un fenomeno indotto dalla normazione e nella giustizia comunitaria ha determinato una nuova disciplina e, per così dire, una nuova configurazione della discrezionalità amministrativa nell'ordinamento italiano. Vediamone le caratteristiche.

2. La discrezionalità amministrativa è oggi disciplinata da principi generali dell'ordinamento e da clausole generali penetrati nell'ordinamento italiano dalla normazione comunitaria e da leggi del nostro ordinamento che, sul modello della normazione comunitaria, vincolano la pubblica amministrazione ad attuare principi generali e concetti giuridici indeterminati. Ne è derivato un *quid novi* nella disciplina di poteri discrezionali. La discrezionalità amministrativa ora si esercita applicando principi dell'ordinamento comunitario e nazionale, regole discendenti da concetti giuridici indeterminati e da clausole generali previste dalle normative più disparate, comunitarie e nazionali.

Sulla distinzione di queste figure normative non ci si può in questa sede intrattenere, ma c'è una ricca letteratura che si è dedicata alla loro natura e alle loro distinzioni (si rinvia fra i contributi più recenti e consigliabili a V. ITALIA, *Disposizioni, regole norme e principi*, Milano, 2018 e F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013).

Ne è derivato che il potere discrezionale non può più essere, o non essere soltanto, dipendente dalla ponderazione di interessi pubblici, primari o secondari o comunque deducibili da norme di legge. Oggi, o per meglio dire, da un certo momento in poi, come risulta dalla giurisprudenza amministrativa (di un giudice non più interno alla pubblica amministrazione, ma divenuto pienamente giudice della pubblica amministrazione), l'esercizio del potere discrezionale è divenuto una questione di interpretazione di norme,

o per meglio dire, di proposizioni linguistiche descriventi concetti giuridici indeterminati riferiti a materie di qualunque natura purché oggetto dell'azione della Pubblica Amministrazione. Per citarne alcune: il principio di proporzionalità, la ragionevolezza, il principio di precauzione, la tutela dell'affidamento derivante dal principio di correttezza e buona fede, addirittura la buona amministrazione *tout court*, di recente indicata dall'Unione europea e che ha provocato un'accesa discussione nell'ultimo convegno dell'Associazione degli studiosi di diritto pubblico tedeschi i cui atti sono stati pubblicati in questi giorni.

Applicare il potere discrezionale è dunque un problema di interpretazione, e la nuova realtà è stata studiata da Luigi Benvenuti nel suo studio sulla discrezionalità amministrativa e nell'addendo che ha accompagnato la recente riedizione del suo volume. Uno studio che possiamo definire "epocale" come lo fu quello di Giannini per la discrezionalità dell'amministrazione negli anni '30.

3. Naturalmente anche le regole dell'interpretazione sono discutibili, ma bisogna prendere atto che chi si trova oggi a studiare la discrezionalità amministrativa si trova di fronte ad una nuova realtà, a fenomeni diversi da quelli passati. Ma anche in questo caso, per questa nuova realtà, bisogna fare i conti con la giurisprudenza del giudice amministrativo, con le sue interpretazioni, con la necessaria "doppia conforme o non conforme" delle interpretazioni nell'esercizio del potere amministrativo. Col possibile blocco che la giurisprudenza può esercitare nei confronti della dogmatica giuridica, per usare le parole del "festeggiato" in una delle sue opere di "rimeditazione successiva" alla Discrezionalità (*La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 64 ss.). Ma a questo punto bisognerebbe aggiornarci per un altro convegno dedicato allo stato attuale della giurisprudenza amministrativa sull'uso del potere discrezionale da parte delle diverse "anime" della Pubblica Amministrazione. Cosa non possibile perché, non solo ci manca il materiale su cui discutere, ma dovremmo invocare la regia di Luigi Benvenuti prima di aprir verbo.

Giuliano Fonderico [*]

Prospettive del diritto dell'Unione Europea sulla discrezionalità delle amministrazioni nazionali

Perspectives of European Union law on the discretion of national administrations

SOMMARIO: 1. La discrezionalità delle istituzioni dell'Unione. – 2. La discrezionalità come ostacolo alle libertà fondamentali del Trattato. – 3. La discrezionalità come misura della "selettività" negli aiuti di Stato. – 4. La discrezionalità "conferita" alle amministrazioni nazionali dal diritto UE. – 5. Osservazioni finali.

1. *La discrezionalità delle istituzioni dell'Unione*

Il tema della discrezionalità ha da tempo un rilievo autonomo nel diritto dell'Unione Europea. Lo si affronta rispetto alla possibilità che il diritto UE deleghi funzioni più o meno ampie ad agenzie e altri apparati [1] e come carattere proprio di taluni poteri delle istituzioni che si riflette nel modo in cui il giudice dell'Unione ne controlla l'esercizio [2]. Tale ultimo tema si è posto, tra l'altro, negli ambiti della concorrenza e degli aiuti di Stato. L'applicazione da parte della Commissione delle norme di concorrenza richiede la specificazione di concetti giuridici indeterminati – come il mercato rilevante,

[*] Professore associato di diritto amministrativo e pubblico, Università Ca' Foscari di Venezia.

[1] Cfr. M. SIMONCINI, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine: A Study on EU Agencies*, Oxford, 2018, specie 89 ss.

[2] Tra gli studi sul tema, cfr. A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2010; J. MENDES (a cura di), *EU executive discretion and the limits of law*, Oxford, 2019; A. FRITZSCHE, *Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, 361-403, 368-369.

l'abuso di posizione dominante – e lo svolgimento di analisi complesse, per lo più a carattere economico. Ad esempio, una volta assunta una data nozione di mercato rilevante, occorre poi raccogliere e valutare dati economici per definire in concreto l'ambito della condotta da esaminare. La giurisprudenza dell'Unione ritiene che in tali valutazioni la Commissione benefici di un certo "margine di apprezzamento" rispetto al quale il giudice non svolge un sindacato sostitutivo [3]. Nella disciplina degli aiuti di Stato si vede in modo più marcato un altro profilo della discrezionalità. La Commissione è competente in via esclusiva per dichiarare gli aiuti "compatibili" con il Trattato (si parla spesso di "autorizzazione" degli aiuti). Le norme del Trattato (artt. 107-108 TFUE) non forniscono parametri dettagliati per tale valutazione e l'opinione comune è che il potere della Commissione implichi la ponderazione di una pluralità di fattori – gli interessi che lo Stato membro persegue, l'incidenza della misura sul mercato interno, gli obiettivi comuni dell'Unione – e che abbia per ciò natura "discrezionale" [4]. Si è cercato di distinguere tali fenomeni osservando che solo in certi casi le istituzioni della Commissione sono munite di vera e propria discrezionalità o "potere di apprezzamento" nella scelta del corso di azione da intraprendere – qui ricadrebbe il potere in materia di aiuti di Stato – con una sfera di attribuzioni che il giudice UE non può invadere per il principio di separazione dei poteri. In altri, come l'individuazione degli illeciti concorrenziali, le istituzioni UE avrebbero un mero "margine di apprezzamento", si parla anche di "discrezionalità tecnica", che il giudice può riconoscere per *self-restraint* e rispetto al quale potrebbe sempre esercitare un sindacato giurisdizionale più intenso [5].

2. *La discrezionalità come ostacolo alle libertà fondamentali del Trattato*

Almeno in termini teorici, il diritto UE si confronta dunque con problemi non dissimili da quelli tradizionali del diritto amministrativo interno. Le

[3] V. Trib. UE, 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *CEAHR*, punti 65 ss.

[4] V., tra le molte, C. giust., 11 settembre 2008, cause riunite C-75/05 P e C-80/05 P, *Germania et al. c. Kronofrance*, punti 59 ss.

[5] M. Prek, S. Lefèvre, *"Administrative Discretion", "Power of Appraisal" and "Margin of Appraisal" in Judicial Review Proceedings Before the General Court*, in *Common Market Law Review*, Vol. 56, 2019, 339-380, 368 ss., a proposito del "margin of appraisal" sui fatti complessi «as a "precarious" form of discretion».

configurazioni delle norme attributive del potere sono molteplici e inducono a riflettere sulle tipologie di valutazioni che i poteri pubblici devono compiere in ciascun caso. La prospettiva è comunque orientata al successivo controllo giurisdizionale.

Questo scritto vuole però concentrarsi sulla discrezionalità delle istituzioni nazionali nel diritto UE. Pur nella comunanza del tema di fondo, il mutamento nell'angolo di visuale genera alcune peculiarità. Nel diritto dell'Unione europea, i parametri di legittimità dell'azione delle istituzioni non sono del tutto coincidenti con quelli che attengono all'azione degli Stati. Anche i principi senza dubbio comuni – come il principio di proporzionalità – vengono applicati in forme differenti secondo che siano coinvolti gli atti dell'Unione o degli Stati membri [6]. In altri casi, quello che muta è propriamente il parametro con cui l'atto deve confrontarsi. Le libertà di circolazione si applicano anzitutto agli atti degli Stati membri, non dell'Unione. La disciplina contenuta negli artt. 107-108 TFUE riguarda gli aiuti degli Stati, non quelli concessi dall'Unione.

Seguendo questa diversa prospettiva, si può muovere dal raffronto tra le libertà fondamentali e i poteri discrezionali che gli Stati attribuiscono alle proprie amministrazioni.

Esiste una giurisprudenza della Corte di Giustizia che guarda alle autorizzazioni nazionali come "ostacoli" alle libertà fondamentali del Trattato. La loro semplice esistenza può scoraggiarne l'esercizio. Per tale ragione, i regimi nazionali di autorizzazione devono essere conformi al principio di proporzionalità e non eccedere quanto necessario all'obiettivo di interesse pubblico. È interessante osservare che per la Corte la proporzionalità/necessità rispetto al fine implica anche che il potere non sia "arbitrario": esso deve essere fondato su «criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo alle imprese interessate, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario» [7]. L'idea è che il potere sia finalizzato a obiettivi sufficientemente determinati. Il regolatore nazionale ha l'onere di calare tali obiettivi in criteri oggettivi e trasparenti. Un potere "arbitrario", di regola, eccede quanto necessario a raggiungere i fini pubblici perseguiti perché comporta un'incertezza non funzionale allo scopo. Questa giurisprudenza ha trovato un'espressione normativa nella direttiva 2006/123/CE "servizi"

---

[6] V. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2007, 193 ss.

[7] C. giust., 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Analir*, e 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits y Peer Booms*.

che ha disciplinato le autorizzazioni nazionali per l'appunto imponendo un temperamento alla discrezionalità. I regimi di autorizzazione, secondo la direttiva (art. 10), «devono basarsi su criteri che inquadrino l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario» e devono essere, tra le altre cose, «chiari e inequivocabili», «oggettivi», «resi pubblici preventivamente» e «trasparenti e accessibili».

L'impostazione sopra illustrata sembra riflettere un'idea, per così dire, weberiana del rapporto tra sistemi giuridici ed attività economiche. I primi devono essere certi e quasi meccanici, nei loro esiti, per consentire alle seconde di svolgersi con "calcolo".

Questo tipo di certezze sono state ritenute storicamente uno dei tratti propri degli ordinamenti di *common law* [8]. Ancora in tempi recenti, il livello di discrezionalità riconosciuto ai poteri amministrativi è preso a misura della "legittimità" di taluni sistemi giuridici [9]. In effetti, non si può trascurare che la Corte di Giustizia aveva maturato le sue posizioni in un periodo di particolare apertura nei confronti delle attività economiche [10] e che la stessa direttiva "servizi" era espressione di tale cultura. Questa casistica potrebbe oggi essere meno attuale. Ai nostri fini rileva però un altro aspetto. L'ostilità manifestata dal diritto UE per la discrezionalità, attuale o meno, non conduce a una preferenza per un dato assetto istituzionale. Non occorre, cioè, che la regola sull'esercizio del potere sia determinata da una fonte specifica – ad esempio, la legge di un Parlamento – essendo sufficiente che essa vi sia, che abbia determinati connotati e che sia resa nota prima della sua

[8] Almeno secondo la nota interpretazione di A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8th ed., London, 1915, secondo cui il primo significato della rule of law era «the absolute supremacy or predominance of regular laws as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government» (la citazione è tratta dalla ristampa del 1992, Indianapolis, 120). Al di là della correttezza dell'interpretazione all'epoca in cui fu espressa, da tempo nella legislazione inglese non si trova tale rigore. V. già C.K. ALLEN, *Law and orders*, 2nd ed., London, 1956, 194-195, che parlava di casi in cui «Parliamentary and judicial control are virtually abandoned because the devolution is in excessively wide terms» e, in tempi molto vicini alle pronunce della Corte di Giustizia, H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative law*, 9th ed., Oxford, 2004, 342, «What the rule of law demands is not that wide discretionary power should be eliminated, but that the law should be able to control its exercise. Modern government demands discretionary powers which are wide as they are numerous».

[9] V. P. HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago-London, 2014, specie 31 ss. e 129 ss.

[10] V. tale osservazione dell'Avvocate generale Saugmandsgaard Øe, conclusioni del 9 settembre 2020, nelle cause C-152/19 P e C-165/19 P, *Slovack Telekom*, punto 63, con riferimento alla giurisprudenza *Oscar Bronner* sulla c.d. *essential facilities doctrine*, di pochi anni anteriore.

applicazione. Il sistema definito dal diritto UE è quindi compatibile con, tra gli altri, un meccanismo amministrativo di predeterminazione dei criteri.

3. *La discrezionalità come misura della "selettività" negli aiuti di Stato*

Uno degli elementi che compongono la nozione di aiuto di Stato è la "selettività", il fatto cioè che la misura favorisca determinate imprese o categorie di imprese.

Una casistica della Corte ormai consolidata nei suoi tratti di fondo individua un autonomo motivo di selettività, di regola sufficiente a configurare il requisito, nell'essere le misure di aiuto concesse sulla base di una valutazione "discrezionale". L'analisi si concentra sulle norme di relazione, o secondarie, e riguarda non tanto i benefici che ne discendono per le imprese quanto i *poteri* delle amministrazioni nel concederli.

La giurisprudenza UE non indica con chiarezza per quali motivi una misura discrezionale possa essere intrinsecamente selettiva, a prescindere da come in concreto il potere sia esercitato. Nel caso *Kimberly Clark*, la misura si inseriva in un programma francese di sostegno all'occupazione nelle ristrutturazioni industriali. Gli interventi del fondo pubblico non erano «limitati settorialmente, né territorialmente, né ad una categoria ristretta di imprese», ma l'autorità amministrativa "negoziava" con le singole imprese convenzioni attuative nelle quali erano stabiliti i destinatari, gli importi e le condizioni. Da ciò, la Corte ha ricavato che la misura era in grado di «porre talune imprese in una situazione più favorevole di altre» [11]. Il legame tra discrezionalità e selettività è stato poi affermato in numerosi casi successivi, senza tuttavia approfondirne la logica [12].

---

[11] C. giust., 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione/Kimberly Clark*, punti 22-24. La sentenza fa precedere tale conclusione da un richiamo alla "finalità" e alla "economia generale" del sistema francese, dopo avere escluso che la finalità "sociale" fosse di per sé sufficiente a sottrarre la misura dall'art. 107 TFUE, argomento dunque non risolutivo in un senso o nell'altro (cfr. A. BARTOSCH, *Is there a need for a Rule of Reason in European State aid law? Or how to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity?*, in *Common Market Law Review*, 2010, 729-752, 739), e dopo avere evidenziato il carattere discrezionale del potere, che dunque restava l'unica ragione per affermare la selettività della misura.

[12] V. C. giust., 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, punti 39-40; C. giust., 29 giugno 1999, causa C-256/97, *DMT*, punti 28-30; C. giust., 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio c. IFI et al.*, punto 39; C. giust., 18 luglio 2013, causa C-6/12, *P Oy*, punti 25 ss.

Per quel che si può desumere da tale casistica, il coinvolgimento di un potere discrezionale rende la misura statale selettiva essenzialmente perché esclude che essa possa essere considerata *generale*, applicabile indistintamente a tutti i casi in condizioni comparabili. È vero che il potere discrezionale in sé avrebbe questa attitudine, nel senso che esso non è strutturalmente destinato ad essere applicato in modo discriminatorio. La nozione di aiuto di Stato si concentra però sugli *effetti* e questi, nel caso di poteri discrezionali, sono puntualmente conoscibili solo una volta che il potere sia stato esercitato.

In altri termini, la discrezionalità è motivo di selettività perché in ogni suo esercizio la misura puntuale adottata è solo una delle innumerevoli possibili e può essere diversa dalle altre che siano espressione del medesimo potere. Le misure generali destinate ad applicazioni diffuse in un numero indeterminato di casi, d'altro canto, possono anch'esse condurre ad effetti concreti non coincidenti, fosse anche solo per l'applicazione di requisiti obiettivi di ammissione al regime. È in effetti difficile immaginare regimi il cui funzionamento sia interamente prefigurato dalle norme, che non richiedano una sia pur minima attività esecutiva da parte di apparati amministrativi.

Tutto ciò pone l'esigenza di distinguere i profili rilevanti della discrezionalità per configurare il carattere selettivo della misura.

Ad un primo estremo, si può anzitutto escludere che per discrezionalità si intenda un potere del tutto *arbitrario*, privo cioè di parametri di sorta. In effetti, se si prendono in esame i casi in cui la Corte ha ricollegato la selettività alla discrezionalità, si osserva che gli spazi di scelta lasciati dalle norme nazionali alle amministrazioni non erano mai assoluti. Nel caso *Kimberly Clark*, ad esempio, la disciplina lavoristica francese definiva i tipi di convenzioni adottabili e, almeno in parte, le modalità di calcolo degli interventi, i limiti di importo e di durata. Il Governo francese aveva sottolineato anche la sottoposizione delle convenzioni al controllo del giudice [13]. Nella sentenza *DMT*, sebbene il punto non fosse chiaro e la Corte abbia rimesso l'accertamento al giudice nazionale, la descrizione della vicenda sembrava comunque escludere che la facoltà di concedere dilazioni sul pagamento dei contributi non incontrasse qualche limite [14]. Nel caso *Piaggio*, sull'applicazione del

[13] V. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, del 7 maggio 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione/Kimberly Clark*, punti 8 ss. V. anche il punto 17 della sentenza, C. giust., 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione/Kimberly Clark*.

[14] V. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, del 24 settembre 1998, causa C-256/97, *DMT*, punto 40.

d.l. n. 26/1979 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la valutazione discrezionale ritenuta selettiva riguardava la continuazione dell'attività d'impresa, aspetto sul quale le norme nazionali prevedevano un sia pur generico parametro (l'interesse dei creditori) e l'acquisizione di un parere di un comitato di ministri [15]. Negli ordinamenti degli Stati membri, l'ipotesi di un potere amministrativo privo di ogni parametro legale di esercizio è in effetti da considerare eccezionale, cosa che vale nello stesso ordinamento UE nel quale il fenomeno della discrezionalità – per quanto privo di una corrispondente nozione di teoria generale – viene normalmente inteso come spazio di scelta nell'ambito di regole, mai al di fuori di esse.

All'altro estremo, si può altresì escludere che la nozione di discrezionalità rilevante richieda, per non ricadere nella selettività, poteri amministrativi vincolati in ogni loro aspetto, assumendo che ciò non costituisca una situazione meramente teorica alla stregua di quella del potere interamente libero [16].

Tale aspetto si ricava combinando il tema dell'estensione della discrezionalità, dell'ampiezza cioè del margine di scelta, con quella del suo oggetto. Nel caso *P Oy*, la Corte affrontava la disciplina finlandese sulla deducibilità fiscale delle perdite. La Corte ha affermato che non ha carattere selettivo un «potere discrezionale delimitato da criteri oggettivi che non sono estranei al sistema» di riferimento. Mentre vi è tale carattere se le amministrazioni «dispongono di un ampio potere discrezionale per determinare i beneficiari e le condizioni della misura concessa sulla base di criteri estranei al sistema fiscale».

La sentenza, in definitiva, ricorre a due criteri eterogenei per distinguere la rilevanza della discrezionalità per la selettività dell'aiuto. Da un lato, la discrezionalità «delimitata da criteri oggettivi» viene contrapposta alla discrezionalità "ampia". L'elemento qui rilevante è il grado di incidenza del parametro normativo, che si immagina possa essere ancorato a criteri precisi o che lascino a loro volta margini di apprezzamento. Si pensi, per un esempio del secondo tipo, alla disciplina italiana dell'amministrazione straordinaria che consentiva la continuazione dell'impresa «tenendo anche conto

[15] V. C. giust., 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio c. IFI et al.* La norma era contenuta nell'art. 2 dell'allora vigente d.l. n. 26/1979.

[16] Specie se si considera che le decisioni amministrative risentono di più livelli di normazione, che non sono esauriti dal diritto nazionale. V. B.G. MATTARELLA, *The Influence of European and Global Administrative Law on National Administrative Acts*, in E. CHITI, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, 2011, Cham-Berlin, 61-85.

dell'interesse dei creditori». Dall'altro lato, la Corte sembra individuare un nucleo essenziale del regime nazionale che, ove rimesso alla discrezionalità "ampia" dell'amministrazione, conduce senz'altro alla selettività. In tal caso, l'indagine riguarda l'oggetto della scelta e coinvolge i "beneficiari e le condizioni" della misura.

Se ne può ricavare che il potere discrezionale rilevante per la selettività è quello che rimette alla scelta dell'amministrazione nel caso concreto le decisioni di fondo sulla misura: il se, il chi, il quanto, il come. Se l'amministrazione ha il potere di valutare autonomamente tali aspetti, sulla base di criteri ampi, ad esempio di tipo finalistico o legati agli interessi generali da tutelare, la "discrezionalità" implica anche la selettività della misura. Va precisato che questa conclusione non richiede necessariamente che le valutazioni dell'amministrazione attengano a interessi pubblici. Anche scelte di natura strettamente tecnica, idealmente non indirizzate alla cura di interessi, possono essere rilevanti se basate su criteri generici, capaci di incidere sugli aspetti di fondo della misura.

4. *La discrezionalità "conferita" alle amministrazioni nazionali dal diritto UE*

Nel caso degli aiuti di Stato, la natura discrezionale del potere non ha di per sé una connotazione negativa. Essa determina la selettività ma non necessariamente le altre componenti della nozione di aiuto. La latitudine della scelta rimessa alle amministrazioni, inoltre, non deve essere misurata rispetto a obiettivi meritevoli. Lo spazio di scelta rileva per il suo esserci, pur quando gli interessi generali perseguiti dallo Stato membro ne giustifichino pienamente l'esistenza. Nondimeno, quando una misura statale ricade nella nozione di aiuto essa è attratta nel "divieto" di cui all'art. 107 TFUE e nel potere discrezionale della Commissione di valutarne la compatibilità con il Trattato. Se dunque non vi è un contrasto diretto con il Trattato, come si è visto per le libertà fondamentali, è comunque indubbio che la discrezionalità possa contribuire a una qualificazione giuridica che pone la misura statale in una prospettiva di potenziale limitazione e lo Stato membro in una condizione di soggezione rispetto al potere della Commissione.

Se ne deve dunque concludere che il rapporto tra il diritto UE e la

discrezionalità delle amministrazioni nazionali sia sempre, se non negativo, quantomeno difficile?

In realtà, la prospettiva cambia in modo significativo quando ci si sposta verso poteri delle amministrazioni nazionali che sono previsti dal diritto UE, per il perseguimento di interessi che o sono propri dell'Unione o sono da essa "riconosciuti" come meritevoli. Nell'ormai vastissima produzione del diritto derivato, si possono segnalare alcuni esempi a partire dalla disciplina dei contratti pubblici.

Qui il ruolo del diritto UE è duplice. Da un lato, esso ha mirato sin dal principio a regolare le funzioni di acquisto dei poteri pubblici nazionali per evitare che discriminassero sulla base della nazionalità. Gli interessi perseguiti dagli acquisti, in tale prospettiva, non erano rilevanti per il diritto UE, purché fossero rispettate le condizioni di pubblicità, trasparenza e non discriminazione utili alla formazione del mercato interno. A tale funzione originaria, il diritto UE ha affiancato quella che vede i contratti pubblici come strumenti di perseguimento di politiche di interesse dell'Unione – ad esempio, la tutela dell'ambiente – rispetto alle quali rileva non solo l'affidamento non discriminatorio dei contratti ma anche che lo stesso abbia condizioni tali da promuovere la politica UE coinvolta. In questa prospettiva, si può dire che i contratti pubblici nazionali abbiano visto un certo grado di funzionalizzazione agli interessi dell'Unione.

Nel tempo, si è assistito a un susseguirsi di casi nei quali lo Stato membro provava a vincolare i poteri amministrativi nazionali – per le preoccupazioni più varie, come limitare la corruzione o le infiltrazioni criminali, o ancora fornire parametri certi di decisione – e il diritto UE, per come interpretato dalla Corte di Giustizia, andava nella direzione opposta. Si pensi all'imposizione del criterio del prezzo più basso per tutti gli appalti di lavori [17], all'esclusione automatica delle offerte anomale [18], ai criteri per identificare gli illeciti professionali [19] e ai vincoli al subappalto [20]. La risposta della Corte è stata sempre che lo Stato non può irrigidire gli spazi di scelta lasciati aperti dalle direttive. Ciò – oltre che per il dato letterale delle disposizioni volta per volta interessate, di per sé non decisivo – anche per l'essere le decisioni caso per caso, non vincolate a situazioni tipizzate, più adeguate alla cura degli interessi pubblici coinvolti. Queste pronunce toccano l'alternativa, con

[17] C. giust., 7 ottobre 2004, causa C-247/02, *Sintesi*.

[18] C. giust., 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Lombardini*.

[19] C. giust., 19 giugno 2019, *Meca*, causa C-41/18.

[20] C. giust., 26 giugno 2019, *Vitali*, causa C-63/18.

la quale si confrontano abitualmente i produttori di norme, tra le regole dettagliate e gli standard decisionali. Le prime accrescono la prevedibilità e la trasparenza della decisione ma allo stesso tempo aumentano il rischio di falsi positivi/falsi negativi (es., un'offerta a un prezzo più basso ma che rinuncia alla qualità, un'offerta che è esclusa perché appare incongrua senza in realtà esserlo). Nei casi esaminati, la Corte ha ritenuto inammissibile questo rischio, quantomeno nell'entità che generavano le norme nazionali sopra richiamate. Le amministrazioni, per contro, devono avere la possibilità di valutare le circostanze concrete e ricondurle o meno allo standard di cura dell'interesse pubblico.

In queste vicende, le aperture della Corte sono andate in genere a vantaggio degli operatori economici, evitando automatismi limitativi della partecipazione alle gare.

Va però considerato un altro versante della normazione UE, che se si vuole è più vicino a quello che gli stessi Stati membri adottano comunemente quando attribuiscono alle amministrazioni poteri per regolare l'esercizio di attività private. Il diritto UE è ormai la sede di un'ampia costellazione di interessi pubblici che sono assunti come propri dall'Unione, per i quali sono approntati apparati, funzioni, poteri ecc. Poiché l'Unione continua ad agire prevalentemente attraverso le amministrazioni nazionali, le norme UE si rivolgono a tali apparati, direttamente (es., con regolamenti che attribuiscono immediatamente i poteri) o indirettamente (con direttive, che devono passare attraverso il recepimento nazionale). Già al livello del disegno normativo, tali poteri sono estremamente ampi e privi di parametri puntuali di esercizio. Si pensi ai poteri delle autorità di concorrenza, a quelli delle autorità di regolazione dei settori di pubblica utilità (comunicazioni, poste, energia ecc.) o a quelli delle autorità garanti per la protezione dei dati personali. L'aspetto più rilevante è tuttavia la lettura di tali poteri che dà la giurisprudenza della Corte. Ogni qualvolta, in sede di rinvio pregiudiziale, si è posto il dubbio sulla loro latitudine, la Corte ha concluso per l'interpretazione più estensiva, valorizzando l'adeguatezza al fine anziché le esigenze di tutela delle situazioni private coinvolte. Si pensi a varie sentenze sulla regolazione nelle comunicazioni elettroniche, che hanno riconosciuto che le autorità nazionali «dispongono di un ampio potere che consente loro di valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione» [21]. Le stesse sentenze tendono ad applicare in modo

[21] C. giust., 8 giugno 2023, causa C-468/20, *Fastweb c. Agcom*, punti 59 ss. ss., e 18 dicembre 2025, causa C-345/24, *Agcom c. BRT et al.*, punti 53 ss.

non stringente il test di proporzionalità. Si pensi anche alla pronuncia *Commissione c. Germania*, che ha ritenuto che la norma nazionale non potesse selezionare direttamente gli interessi pubblici rilevanti secondo la direttiva, quando «un siffatto bilanciamento spetta all'ANR nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione di cui è investita» [22]. O ancora alla sentenza *Caronte*, sul termine decadenziale per la contestazione dell'infrazione, secondo la quale «al fine di adempiere efficacemente il loro obbligo di applicare il diritto dell'Unione in materia di concorrenza, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono essere in grado di attribuire un diverso grado di priorità alle denunce ad esse indirizzate, disponendo, a tal fine, di un ampio margine di discrezionalità» [23].

5. *Osservazioni finali*

Le brevi considerazioni che precedono consentono alcune osservazioni finali.

Nel diritto UE esistono due regimi della discrezionalità, tra loro non perfettamente sovrapponibili: uno per gli atti delle istituzioni UE, uno per gli atti delle istituzioni nazionali. In questo secondo ambito, occorre ancora distinguere tra i poteri che siano fondati sul solo diritto nazionale e che possano interferire con i "pilastri" del mercato interno e i poteri che siano espressione del diritto UE e degli interessi che esso persegue. In ciascuna di queste ipotesi possono variare sia il regime sostanziale – *i.e.*, il genere di discrezionalità ammessa – sia i parametri, le forme e l'intensità del sindacato giurisdizionale.

L'ordinamento dell'Unione, in definitiva, non è ostile alla discrezionalità come tale, bensì alla discrezionalità che non sia il frutto dell'armonizzazione e della condivisione di valori e di obiettivi nell'ambito del diritto UE. Quando tali premesse vi siano e si associno ad apparati amministrativi "affidabili", strutturati in modo da garantire l'esecuzione uniforme del diritto UE, quest'ultimo definisce poteri ampiamente discrezionali il cui esercizio è controllabile essenzialmente sotto il profilo funzionale, secondo il parametro della proporzionalità.

---

[22] C. giust., 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, punto 93.

[23] C. giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte*, punto 57.

Nelle pieghe delle distinzioni tra i vari regimi della proporzionalità si possono scorgere i riflessi delle varie configurazioni delle norme attributive dei poteri e della natura delle valutazioni coinvolte. Vi è dunque uno spazio per la riflessione teorica che, nell'affrontare le norme UE di attribuzione e disciplina dei poteri, potrà confidare sulle più profonde riflessioni compiute dagli studiosi del nostro diritto amministrativo [24].

[24] Il riferimento è alle due letture della discrezionalità, come ponderazione di interessi o come fenomeno essenzialmente ermeneutico, la prima che è stata definita da Massimo Severo Giannini e la seconda che, nella nostra giuspubblicistica, ha trovato il suo maggior sviluppo nell'opera di Luigi Benvenuti la cui ripubblicazione è stata occasione di questo scritto.

Marco Olivi [*]

Dalla Teoria alla Prassi. La discrezionalità nell'attuazione dell'art. 16 della Direttiva "Habitat"

From Theory to Practice. Discretion in the Implementation of Article 16 of the "Habitat" Directive

SOMMARIO: 1. Introduzione. Qualche riflessione generale a partire dal basso. – 2. Il quadro normativo. Direttiva Habitat e attuazione nel diritto interno. – 3. La discrezionalità nella prospettiva della norma attributiva del potere. – 4. La discrezionalità nella prospettiva delle norme di organizzazione. – 5. L'intermediazione di un "piano di azione" tra norma e potere e lo scivolamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa e viceversa. – 6. Rapporti tra discrezionalità e interpretazione. – 7. Principio di proporzionalità e ibridazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. – 8. L'accertamento del fatto ed il linguaggio per descriverlo nella ricostruzione tipologica della realtà.

1. *Introduzione. Qualche riflessione generale a partire dal basso*

Il libro sulla discrezionalità di Luigi Benvenuti, insieme con gli scritti successivi [1] che hanno arricchito l'esposizione del suo pensiero, frequenta la molteplicità dei percorsi che attraversano il tema della discrezionalità.

Nei contributi qui raccolti è peraltro evidenziato il registro *lato sensu* filosofico di questa frequentazione. Si può aggiungere che tende a porsi in uno spazio tra la filosofia e la teoria generale del diritto, e comunque si svolge sui piani alti della generalità e astrattezza.

---

[*] Professore associato di diritto amministrativo, Università Ca' Foscari di Venezia.

[1] L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986 ora nella nuova edizione Pisa 2023; ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002; *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011; ID., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, per limitarsi alle monografie.

Si vuole provare anche qui a imboccare qualche percorso della discrezionalità, però partendo, all'incontrario, dai piani bassi del caso concreto, riprendendo la vicenda già richiamata nel testo di Fulvio Cortese.

La questione riguarda le scelte relative ai grandi predatori, sicuramente inimmaginabile al tempo della monografia di Luigi Benvenuti e fino a pochi anni fa. Questa questione è ora luogo di scontro politico ideologico, con una polarizzazione e dunque una radicalizzazione che condiziona le scelte dell'amministrazione, ma che non sembra risparmiare neppure le valutazioni tecniche e le decisioni della giurisprudenza. È dunque un buon punto di osservazione per osservare dal basso lo snodarsi di quei percorsi.

Tra questi vi è senz'altro il tema accennato dallo stesso Fulvio Cortese, con l'invito al Nostro di "ritornare sul luogo del delitto" nella parte in cui, per sintetizzarne l'affermazione attraverso il richiamo delle partizioni tradizionali, incoraggia ad ascrivere il tema della discrezionalità all'organizzazione amministrativa non meno che all'attività amministrativa.

Ma vi sono anche altri aspetti da considerare: la continuità tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa e lo scivolamento dall'una all'altra e ritorno.

La stessa continuità, ma sotto il diverso profilo, si passi il termine, di ibridazione delle valutazioni tecniche con valutazioni di discrezionalità amministrativa a seguito dell'irrompere del principio di proporzionalità; il tema del rapporto tra discrezionalità e interpretazione; il tema del sindacato del giudice in ordine all'accertamento del fatto collegato al tema del linguaggio, quando la descrizione di un fatto avviene tramite l'impiego di nozioni tecniche.

2. *Il quadro normativo. Direttiva Habitat e attuazione nel diritto interno*

Può essere utile, prima di tutto, tratteggiare il quadro normativo in cui si situa la vicenda dei grandi predatori.

La disciplina, per quanto qui interessa[2], si incentra nell'art. 12 della

[2] Si può focalizzare l'indagine sulla normativa richiamata nel testo, perché le fonti di diritto internazionale come la Convenzione di Berna e la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate dall'estinzione-CITES, sono di fatto accolte nella direttiva Habitat, mentre per quanto riguarda la normativa interna, la l. 157/92 ricalca i divieti della convenzione di Berna e conseguentemente della direttiva Habitat stabilendone le sanzioni.

Direttiva 92/43 CEE "Habitat", la quale prevede un regime di rigorosa tutela per alcune specie di animali selvatici che si esprime tra l'altro nel divieto di cattura e uccisione [3], e nell'art. 16 che prevede deroghe ai suddetti divieti [4].

Per quanto riguarda l'ordinamento interno, il d.p.r. n. 357/1997 si limita a dare attuazione alla Direttiva "Habitat" ricalcandone la disciplina

---

[3] Per comodità di lettura, si riporta l'art. 12 della direttiva Habitat "*1. Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari atti ad istituire un regime di rigorosa tutela delle specie animali di cui all'allegato IV, lettera a), nella loro area di ripartizione naturale, con il divieto di: a) qualsiasi forma di cattura o uccisione deliberata di esemplari di tali specie nell'ambiente naturale; b) perturbare deliberatamente tali specie, segnatamente durante il periodo di riproduzione, di allevamento, di ibernazione e di migrazione; c) distruggere o raccogliere deliberatamente le uova nell'ambiente naturale; d) deterioramento o distruzione dei siti di riproduzione o delle aree di riposo. 2. Per dette specie gli Stati membri vietano il possesso, il trasporto, la commercializzazione ovvero lo scambio e l'offerta a scopi commerciali o di scambio di esemplari presi dall'ambiente naturale, salvo quelli legalmente raccolti prima della messa in applicazione della presente direttiva. 3. I divieti di cui al paragrafo 1, lettere a) e b) e al paragrafo 2 sono validi per tutte le fasi della vita degli animali ai quali si applica il presente articolo. 4. Gli Stati membri instaurano un sistema di sorveglianza continua delle catture o uccisioni accidentali delle specie faunistiche elencate nell'allegato IV, lettera a). In base alle informazioni raccolte, gli Stati membri intraprendono le ulteriori ricerche o misure di conservazione necessarie per assicurare che le catture o uccisioni accidentali non abbiano un impatto negativo significativo delle specie in questione*".

[4] Si riporta l'art. 16 della direttiva Habitat "*1. A condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale, gli Stati membri possono derogare alle disposizioni previste dagli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b):*

a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali;

b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà;

c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente;

d) per finalità didattiche e di ricerca, di ripopolamento e di reintroduzione di tali specie e per operazioni di riproduzione necessarie a tal fine, compresa la riproduzione artificiale delle piante; 1 – 11;

e) per consentire, in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un numero limitato di taluni esemplari delle specie di cui all'allegato IV, specificato dalle autorità nazionali competenti. 2. Gli Stati membri trasmettono alla Commissione ogni due anni una relazione, conforme al modello elaborato dal comitato, sulle deroghe concesse a titolo del paragrafo 1. La Commissione comunica il suo parere su tali deroghe entro il termine massimo di dodici mesi dopo aver ricevuto la relazione e ne informa il comitato. 3. Le informazioni dovranno indicare: a) le specie alle quali si applicano le deroghe e il motivo della deroga, compresa la natura del rischio, con l'indicazione eventuale delle soluzioni alternative non accolte e dei dati scientifici utilizzati; b) i mezzi, sistemi o metodi di cattura o di uccisione di specie animali autorizzati e i motivi della loro utilizzazione; c) le circostanze di tempo e di luogo in cui tali deroghe sono concesse; d) l'autorità abilitata a dichiarare e a controllare che le condizioni richieste sono soddisfatte e a decidere quali mezzi, strutture o metodi possono essere utilizzati, entro quali limiti e da quali servizi e quali sono gli addetti all'esecuzione; e) le misure di controllo attuate ed i risultati ottenuti".

sostanziale ed individuando procedura e competenze. La competenza ad autorizzare le deroghe, cioè la possibilità di adottare provvedimenti di cattura e di abbattimento di individui appartenenti alle specie protette, è attribuita (art. 1) al Ministero dell'ambiente, ora Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE), sentiti per quanto di competenza il Ministero delle politiche agricole, ora Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste (MASAF) e l'Istituto nazionale per la fauna selvatica, ora ISPRA.

Nelle Province autonome di Trento e Bolzano, l'attuazione della Direttiva "Habitat" è regolata rispettivamente dalle leggi n. 9/2018 e n. 11/2018 [5], che attribuiscono al Presidente della Provincia la competenza ad autorizzare le deroghe, sempre sentito l'ISPRA.

La vicenda che qui si intende mettere a fuoco riguarda gli orsi e i lupi, dove, accanto all'interesse di conservazione che ne giustifica l'inserimento tra le specie rigorosamente protette dalla direttiva Habitat, è presente, tra gli altri, l'interesse a tutelare la sicurezza pubblica. È nota la vicenda del ragazzo che ha perso la vita, oltre a diversi casi di ferimenti gravi a seguito di aggressioni.

Va segnalata peraltro una differenza. Per l'orso, il quadro normativo è completato dal Piano d'azione interregionale per la conservazione dell'orso bruno nelle alpi centro-orientali (PACOBACE) [6], mentre per il lupo non è mai stato adottato un piano d'azione per mancato accordo in sede di conferenza dei servizi (ed in ogni caso il piano d'azione proposto dalla commissione di studio non toccava l'aspetto più problematico, vale a dire la disciplina degli abbattimenti in deroga).

3. *La discrezionalità nella prospettiva della norma attributiva del potere*

La decisione di adottare provvedimenti di captivazione o di abbattimento ai sensi dell'art. 16, in deroga, come detto, ai divieti generali stabiliti dall'art. 12 della Direttiva "Habitat", rappresenta il tipico caso di discrezionalità

[5] Con sentenza n. 215/2019 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di entrambe le leggi.

[6] AA.VV., 2010 – Piano d'Azione interregionale per la Conservazione dell'Orso bruno nelle Alpi centro-orientali – PACOBACE. Quad. Cons. Natura, 33, Min. Ambiente – ISPRA, modificato nel 2015.

mista, dove, cioè, si fondono momenti di discrezionalità amministrativa e momenti di discrezionalità tecnica.

Un'analisi più puntuale [7] della disposizione relativa alle deroghe (art. 16) consente, e, per quanto si dirà, rende necessario, distinguere questi due momenti in relazione da un lato agli interessi su cui si fonda il potere di derogare ai divieti, dall'altro alle condizioni necessarie per poterlo attuare.

Per quanto riguarda gli interessi da salvaguardare mediante le deroghe ai divieti di cattura e uccisione vengono principalmente in rilievo la lett. b) dell'art. 16 ("*per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà*") e la successiva lett. c) ("*nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economici*").

Qui, il tenore testuale della disposizione contempla un'ampia discrezionalità amministrativa, attribuendo un potere di bilanciamento degli interessi in capo all'amministrazione. Da un lato vi sono gli interessi indicati appunto all'art. 16, per es. la sicurezza pubblica, per prevenire gravi danni, ecc. dall'altro vi è l'interesse alla conservazione della specie. La discrezionalità è amplificata dall'uso di termini generali quali: "nell'interesse della sanità", "motivi imperativi di rilevante interesse pubblico", con ciò chiamando la stessa autorità ad integrarne il contenuto nel momento dell'esercizio della funzione.

È inoltre difficile negare la forte connotazione politica di ogni decisione in questa materia per diversi ordini di ragioni: il tipo di interessi in conflitto che investono scelte fondamentali in ordine al rapporto tra uomo e natura; la collocazione del potere decisionale in capo al Ministero o in capo al Presidente della Provincia per le Province autonome di Trento e Bolzano, la percezione dell'Autorità decidente di compiere scelte politiche rinvenibile peraltro nelle dichiarazioni pubbliche, complici l'eco mediatica e la radicalizzazione ideologica delle opposte posizioni.

Diverso invece è il discorso relativo all'altro momento, ossia quello della verifica delle due condizioni che consentono di ricorrere alla deroga: 1) "*A condizione che non esista un'altra soluzione valida*", 2) "c*he la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale*". Sotto questo profilo, sempre dalla lettera della disposizione, non

[7] Per la ricostruzione qui proposta cfr. M. OLIVI, *La tutela del lupo dalle istanze etiche alla normativa e alla prassi*, in M. OLIVI (a cura di), *Il lupo tra mito e realtà*, Tortorici, 2023, 176 ss.

sembrerebbe attribuita alcuna discrezionalità amministrativa, perché il bilanciamento di interessi appare assunto dalla norma, escludendo la possibilità di deroga al divieto in assenza di queste condizioni. Appare, all'opposto un'ampia discrezionalità tecnica, dipendente dall'uso di concetti giuridici indeterminati, quali appunto "stato di conservazione soddisfacente" e "alternativa valida".

4. *La discrezionalità nella prospettiva delle norme di organizzazione*

Come si è detto, sia la normativa nazionale, sia le normative delle Province autonome di Trento e Bolzano prevedono che la deroga sia decisa dal vertice dell'amministrazione, Ministero o Presidente della Provincia "sentito l'Ispra".

Sul punto è necessaria una precisazione.

Tralaticiamente viene affermato spesso che il parere dell'ISPRA è obbligatorio ma non vincolante [8], perché la norma non prevede espressamente l'obbligo di conformarsi al parere dell'ISPRA.

Tuttavia, lo schema manualistico che distingue tra pareri facoltativi, obbligatori e vincolanti appare inadeguato a rappresentare il modello di riferimento per tutta l'attività consultiva a seguito dell'introduzione degli artt. 16 e 17, legge n. 241/1990.

Gli artt. 16 e 17, legge n. 241/1990 regolano il silenzio delle amministrazioni consultive, non già la natura obbligatoria o vincolante dei loro pareri e valutazioni tecniche, e producono anche l'effetto di scardinare lo schema tradizionale per le valutazioni tecniche prodotte da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili: ambientale, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini.

In sintesi, il comma 2 dell'art. 17, legge n. 241/1990 esclude che in caso di silenzio delle amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili" la valutazione tecnica possa essere richiesta ad altri organi di amministrazione pubblica o ad enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti.

---

[8] Cfr. Cons. Stato n. 3852 del 22 giugno 2018, ma già Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2018, n. 3852; inoltre, *ex multis* TAR Umbria, n. 459/1997; TAR Emilia-Romagna, n. 66/11; TAR Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 21 giugno 2013 n. 606. Per un caso in cui la regione ha impugnato il parere dell'Ispra in materia di caccia in deroga cfr. TAR Liguria, Sez. II, n. 668/2018.

Allora si può ragionare in questi termini. Se, ai sensi della legge n. 241/1990, l'amministrazione procedente non può decidere in caso di silenzio in luogo dell'amministrazione preposta alla tutela di un interesse sensibile, neppure avvalendosi di enti pubblici dotati di competenza tecnica equipollente, tanto meno potrà discostarsi da quella valutazione quando è stata resa.

Questo ragionamento non sembra essere scalfito dalla previsione di cui all'art. 17-*bis*, legge n. 241/990, che opera solo in senso orizzontale, ossia tra Amministrazioni, in relazione a procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata, in cui la decisione finale necessita di una condivisione tra Enti (in genere preposti alla tutela di interessi pubblici differenziati), sulla base di uno schema di provvedimento elaborato dall'Amministrazione procedente [9].

Nel caso in esame non si tratta di una codecisione di più amministrazioni preposte alla tutela di interessi pubblici differenziati, perché l'interesse è il medesimo, e non vi è uno schema di provvedimento rispetto al quale prestare assenso o intesa, ma sia l'autorità decidente (Ministero, Presidente della Provincia), sia l'ISPRA concorrono a formarne il contenuto [10].

Insomma, si intende qui sostenere che in presenza di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili non si può ricorrere alla distinzione tra pareri obbligatori o vincolanti, perché vi si sovrappone una riserva di valutazione [11].

È da ritenere che, quando deve essere "sentito" l'ISPRA, il suo atto sia da qualificare come valutazione tecnica di amministrazione preposta alla

---

[9] In questi termini TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 aprile 2024, n. 304. Il tema in ordine all'operatività dell'istituto del silenzio è ampiamente dibattuto ed ha visto un'evoluzione talvolta ondivaga del Consiglio di Stato che sembra essersi attestato sulla distinzione tra procedimenti ad istanza di parte e procedimenti tra amministrazioni. Per un'ampia ricognizione delle diverse posizioni cfr. F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio procedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. Giur. Edilizia*, fasc. 2, 1 aprile 2024, 125.

[10] Sulla distinzione tra pareri e valutazioni tecniche, anche ancorata al concreto svolgersi del procedimento, si accoglie qui la distinzione di M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, 27 ss.

[11] Sulla natura di amministrazione preposta alla tutela ambientale dell'ISPRA, sul carattere di valutazione tecnica dei suoi atti e sulla riserva di valutazione ricavabile dalle normative sul silenzio, sia consentito il rinvio a M. OLIVI, *Amministrazione della fauna selvatica e potere decisionale della Regione. Un colosso dai piedi di argilla*, in *Ambientediritto.it*, 2018; ID., *La tutela del lupo…*, cit., 155 ss.; ID., *I grandi predatori e la natura obbligatoria o vincolante dei pareri dell'ISPRA: una questione mal posta*, in *RETICULA*, Vol. 34/2023, 27 https://www.isprambiente.gov.it/files2023/pubblicazioni/periodici-tecnici/reticula-34.pdf.

tutela ambientale [12], quindi oggetto di una riserva di valutazione.

Orbene, riprendendo la distinzione tra il momento di discrezionalità amministrativa ed il momento di discrezionalità tecnica, l'accertamento delle condizioni legittimanti, vale a dire l'assenza di altre soluzioni e la garanzia del mantenimento dello stato di conservazione soddisfacente, è oggetto di una riserva in capo all'ISPRA.

Vale invece, come detto, il ragionamento contrario per l'individuazione degli interessi, per es. sicurezza pubblica, che costituiscono elemento *causam dans* del potere autorizzativo in deroga al divieto generale, nonché per il loro bilanciamento con l'interesse alla conservazione della specie protetta.

L'individuazione dei motivi e il bilanciamento degli interessi non può che spettare al Ministero nell'esercizio della discrezionalità amministrativa ad esso attribuita e l'ISPRA non può entrare in questa valutazione.

Per svolgere una riflessione generale, riprendendo il tema accennato all'inizio circa l'ascrizione della discrezionalità all'organizzazione non meno che all'attività, si può mettere a fuoco un aspetto interessante.

Da un lato la previsione di sentire l'ISPRA contenuta nella normativa di attuazione della Direttiva "Habitat" e dall'altro la riserva di valutazione in capo alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili dagli artt. 16 e 17, legge n. 241/1990, impongono di tenere distinti i profili di valutazione discrezionale amministrativa rispetto a quelli di valutazione tecnica perché diversa è la competenza.

---

[12] Per una definizione di amministrazioni preposte alla tutela ambientale come amministrazioni alle quali norme speciali attribuiscono una competenza diretta, prevalentemente di natura tecnico-scientifica, e ordinaria ad esprimersi attraverso pareri o atti di assenso comunque denominati a tutela dei suddetti interessi così detti sensibili, cfr. TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 27 aprile 2022, ma già Cons. Stato, n. 2534/2019. Alla qualificazione dell'ISPRA quale amministrazione preposta alla tutela ambientale concorrono la normativa e la giurisprudenza. Riguardo alla normativa, per quanto qui interessa, giova sottolineare che l'Ispra è ente pubblico di ricerca sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'Ambiente e della sicurezza energetica e di cui il Ministro si avvale nell'esercizio delle proprie attribuzioni. Cfr. art. 28, d.l. n. 112/2008 e d.m. n. 123/2010. In particolare ha il compito di censire il patrimonio ambientale costituito dalla fauna selvatica, di studiarne lo stato, l'evoluzione e i rapporti con le altre componenti ambientali, di elaborare progetti di intervento ricostitutivo o migliorativo sia delle comunità animali sia degli ambienti ai fini della riqualificazione faunistica del territorio nazionale, di controllare e valutare gli interventi faunistici operati dalle Regioni e dalle province autonome, di esprimere i pareri tecnico scientifici richiesti dallo Stato, dalle Regioni e dalle province autonome Cfr. art. 7, comma 3, legge n. 157/1992. Per quanto riguarda la giurisprudenza va ricordato il consolidato indirizzo della Corte costituzionale che qualifica la valutazione dell'ISPRA come momento essenziale di garanzia per assicurare standard minimi e uniformi di tutela della fauna cfr. Corte cost., n. 4/2000; Corte cost., n. 193/2013; Corte cost., n. 278/2012; Corte cost., n. 90/2013; Corte cost., n. 107/2014 Corte cost., n. 139/2017; nella giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, n. 3852/2018.

In altre parole, anche le norme sull'organizzazione, concorrono a regolare la discrezionalità, perché prevedono in correlazione ai due diversi tipi di valutazione due diverse competenze, incidendo sia sulla formazione del provvedimento sia sul suo sindacato.

5. *L'intermediazione di un "piano di azione" tra norma e potere e lo scivolamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa e viceversa*

A differenza di altri paesi, ad esempio degli Stati Uniti, dove vige l'Endangered Species Act che impone misure di tutela automatiche per le specie inserite in programmi di conservazione, manca in Italia una generale previsione, e si potrebbe aggiungere anche una cultura e una prassi che inducano ad operare mediante "*i piani di azione, i quali rappresentano uno strumento essenziale per la conservazione delle specie minacciate di estinzione*". In particolare, il PACOBACE "*rappresenta quindi il primo esempio per l'Italia di un documento prodotto in modo concertato e condiviso da tutti gli Enti territoriali con competenze sulla materia. Per la realizzazione del lavoro è stato quindi istituito un tavolo tecnico composto da tutte le amministrazioni pubbliche coinvolte, ed al quale l'ISPRA ha assicurato le più avanzate basi di conoscenza scientifica. Nella stesura del Piano d'Azione, inoltre, sono stati coinvolti anche gli altri Enti territoriali competenti, come le aree protette e le province, attraverso una serie di incontri tematici condotti nei diversi contesti locali, e assicurando un trasparente sforzo di recepimento, nell'impostazione del testo, dei commenti e suggerimenti proposti da tutti questi diversi soggetti pubblici*" [13].

Si può notare che PACOBACE produce due effetti. Il primo: le scelte di livello politico sono allocate a livello di intesa tra lo Stato e gli enti territoriali. Il secondo risultato consiste nell'integrare i profili di discrezionalità amministrativa con i profili di discrezionalità tecnica anche in considerazione del ruolo di ISPRA nell'adozione del piano [14].

---

[13] Per uno svolgimento più compiuto di queste considerazioni cfr. l'introduzione al Piano d'Azione Interregionale per la Conservazione dell'Orso Bruno sulle Alpi Centro orientali (PACOBACE) 2010 in https://www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/quaderni/conservazione-natura/files/Qua_CN__32_10_PACOBACE.pdf.

[14] Il PACOBACE peraltro è stato adottato secondo la raccomandazione n. 74 (1999) della

In estrema sintesi, e rinviando ad altri approfondimenti [15] per le argomentazioni che sorreggono questa conclusione, si può affermare che la discrezionalità politico amministrativa tende ad esprimersi una volta per tutte nel PACOBACE.

Tra le diverse scelte possibili, per esempio l'individuazione di un numero massimo di orsi sostenibile in un territorio antropizzato, o l'opzione ancor più radicale di non ripopolare aree come il Trentino dove l'orso era in via di estinzione, è stata compiuta una precisa scelta di fondo e cioè, per dirla in breve, ripopolare aree in cui l'orso è in via di estinzione nonostante il territorio sia antropizzato, e di garantire la coesistenza attraverso il monitoraggio degli orsi confidenti e la rimozione dall'habitat di quelli pericolosi [16].

Questa scelta prende forma nel PACOBACE attraverso una tipizzazione di comportamenti dell'orso cui è correlata una tipizzazione dei provvedimenti da adottare. Per esempio, se un "orso viene ripetutamente avvistato" si provvede ad una "intensificazione del monitoraggio; se un "orso attacca senza essere provocato" – si provvede a "captivazione permanente o abbattimento".

Riassumendo, coordinando la Direttiva "Habitat" con il PACOBACE, la decisione dell'amministrazione sul singolo caso è determinata da tre ordini di valutazioni: lo stato di conservazione soddisfacente, l'inesistenza di altra soluzione valida, il comportamento dell'orso problematico.

Si può dire che l'intermediazione del piano di azione tra norma e potere, mentre a monte produce uno scivolamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa [17], giacché le valutazioni tecniche sulle

---

Convenzione di Berna, tenendo conto delle indicazioni contenute nel Piano d'Azione Europeo per la Conservazione dell'Orso bruno (J.E. Swenson, N. Gerstl, B. Dahle, A. Zedrosser, *Action Plan for the Conservation of the Brown Bear in Europe (Ursus arctos)*, in *Nature and environment* 114, 2001, 69).

[15] M. OLIVI, *Fauna selvatica e valori tutelati. Un'evenienza eccezionale ma emblematica: l'intervento di rimozione dell'orso pericoloso*, in AA.VV., *Il posto degli animali nella Costituzione*, Bari, 2025, 155-178.

[16] Come si legge nel PACOBACE "In tutte le zone nelle quali orso e uomo convivono si verificano conflitti… Solitamente una rilevante quota dei danni economici e delle reali situazioni di pericolo arrecati dai plantigradi è imputabile a pochi soggetti cosiddetti problematici che assumono comportamenti confidenti nei confronti dell'uomo. È quindi importante che siano previste e attivate azioni proporzionate alla problematicità manifestata dai soggetti, nell'intento di modificare il loro atteggiamento e che non sia esclusa, nel caso tali azioni non producano degli effetti desiderati, la possibilità ultima di rimozione degli esemplari", sul presupposto che i "conflitti tra orso e uomo possono ridurre l'accettazione degli orsi da parte dell'uomo, a volte compromettendo le probabilità di persistenza della specie".

[17] Per usare le parole di L. BENVENUTI, nella *postfazione* a *La discrezionalità amministrativa*, cit., 284 ss.

possibili opzioni sono decise in sede di valutazione politico discrezionale, invece, a valle, opera uno scivolamento della discrezionalità amministrativa verso la discrezionalità tecnica.

Infatti sembrerebbe che una volta compiuta la scelta di fondo su cui si fonda il PACOBACE residuino soltanto valutazioni tecniche perché tale è anche la qualificazione del comportamento dell'orso, per esempio se si tratta di un attacco o di un falso attacco, valutazione che può fondarsi solo su canoni elaborati dall'etologia.

Però … c'è sempre un però nella vita del diritto che rovina ogni cosa [18].

Invero, la valutazione decisiva si svolge infine attraverso il bilanciamento di interessi, cioè nell'area della discrezionalità politico amministrativa. Su questo aspetto ci si soffermerà nel prossimo paragrafo relativo ai rapporti tra discrezionalità e interpretazione ed in quello successivo con riferimento al principio di proporzionalità.

6. *Rapporti tra discrezionalità e interpretazione*

In realtà, infatti, il PACOBACE non è idoneo ad esaurire del tutto la discrezionalità amministrativa.

In alcuni casi, peraltro quelli più delicati di maggior pericolosità dell'orso, il PACOBACE non fa corrispondere una solo possibile provvedimento.

Per esempio, in caso di attacco dell'orso, qualunque ne sia la conseguenza (morte, ferimento grave, nessuna conseguenza) può essere deciso l'abbattimento, la captivazione permanente, o lo spostamento in un altro territorio e quindi la discrezionalità investe queste diverse opzioni.

Nel contesto sono presenti diversi interessi, ma anche pulsioni emotive, idee e ideologie in tema di rapporto tra uomo e natura, istanze etiche e tutte queste cose da ponderare nella decisione portano un alto tasso di politicità nella valutazione amministrativa, che, probabilmente per questa ragione è allocata al più alto livello di governo (Ministero, Presidente di Provincia autonoma).

Si pensi all'eco mediatica, alle proteste in piazza, ai ricorsi prima al TAR e poi al Consiglio di Stato quando è stato adottato in Provincia di Trento il provvedimento di abbattimento dell'orsa JJ4. Si pensi, d'altra parte ai costi

[18] Dal Pinocchio di Collodi "però … c'è sempre un però nella vita di un burattino che rovina ogni cosa".

(che significa sacrificare risorse destinate a soddisfare altri interessi) per la captivazione permanente, considerati gli ampi spazi di cui necessita un esemplare di orso, spazi che si moltiplicano quando gli orsi da captivare aumentano di numero, e tenuto conto della durata della vita dell'ordine di trent'anni oltre dell'aspetto etico della sofferenza provocata dalla prigionia per un individuo di questa specie nato e vissuto allo stato selvatico. Si pensi anche ai costi dello spostamento in altro ambiente naturale oltre alla difficoltà di individuare un ambiente idoneo, nel senso che non comporti rischi per altri uomini o rischi per l'orso che si vuole salvare dall'abbattimento o dalla captivazione permanente.

Tra le diverse possibili questioni, può essere interessate mettere a confronto due possibili letture del rapporto tra discrezionalità e interpretazione che rappresenta uno dei temi dominanti della riflessione di Luigi Benvenuti come è stato spiegato nei precedenti contributi.

Una prima lettura sembrerebbe potersi ricavare in una recente pronuncia del Consiglio di Stato [19], secondo il quale dal quadro normativo "*emerge in maniera chiara che la materia è governata dal principio di proporzionalità*". "*La protezione della vita degli animali ha una tutela rafforzata a cui si può derogare solo in presenza di condizioni che sono da interpretarsi in maniera rigorosa e restrittiva, secondo una logica graduata che risponda quindi al canone di proporzionalità*". "*Quindi, diversamente da quanto stabilito dal Giudice di primo grado, le diverse misure che l'Autorità può assumere … devono ritenersi enunciate in via gradata con la conseguenza che è possibile ricorrere alla misura più grave solo ove sia provata l'impossibilità di adottare la misura meno cruenta e quindi a condizione che non esista un'altra soluzione valida*". *Tale interpretazione della normativa è peraltro, oggi, l'unica compatibile con la modifica costituzionale del comma 2 dell'art. 9 della Costituzione a mente del quale "(La Repubblica) tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali". Essendo stato collocato tra i principi fondamentali della Repubblica, secondo l'insegnamento della sentenza 15 dicembre 1988, n. 1146 resa dalla Corte Costituzionale la tutela degli animali appartiene ai principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale e neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali.*

[19] Cons. Stato., Sez. III, ordinanza n. 2913/2023 del 14 luglio 2023 riferita all'ordine di abbattimento dell'orso JJ4, di contenuto analogo le ordinanze in pari data n. 2914, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920.

Rinviando al prossimo paragrafo per alcune considerazioni sul principio di proporzionalità, per quanto qui interessa occorre aggiungere che la pronuncia del Consiglio di Stato fa eco a precise posizioni di una parte della dottrina [20], e ad altre che l'hanno seguita [21], che individuano nell'art. 9 Cost. l'affermazione di un principio animalista, nonché una lettura del principio animalista in cui la vita dell'animale costituisce un valore supremo.

In base a questa interpretazione risulta annichilita ogni discrezionalità amministrativa, e ciò, più che dal criterio rinvenibile nell'ordinamento idoneo ad indirizzare il bilanciamento di interessi, dall'assolutizzazione di un valore, cioè la vita dell'animale.

Tuttavia, è possibile una diversa lettura.

Innanzitutto, occorre richiamare l'osservazione che la norma attributiva del potere, sia nella Direttiva "Habitat", sia nella normativa di attuazione sia (ancora) nel PACOBACE non offre criteri per scegliere tra cattura e uccisione dell'orso pericoloso: sono entrambe poste sullo stesso piano per una ragione che si può spiegare in questi termini.

Queste norme regolano la possibilità di derogare ai generali divieti di cattura e abbattimento in quanto dirette a consentire la sottrazione dell'individuo dall'ecosistema in cui vive. Una volta decisa la sottrazione dall'ecosistema,

---

[20] Cfr. CERINI LAMARQUE, *La tutela degli animali nel nuovo art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023, 32. Secondo le autrici la nuova disposizione costituzionale non contiene altro che un pressante invito – il verbo all'indicativo è come sempre da intendere in senso prescrittivo – specificamente rivolto al legislatore statale a dare concreta attuazione a un nuovo principio fondamentale – il principio animalista – oggi contenuto nel testo della Costituzione, e quindi dotato della forza del diritto positivo di rango più elevato. Cfr. inoltre S. DOMINELLI, *Per un 'diritto degli animali' e 'della natura' tra scetticismo ed adesione a modelli normativi antropocentrici: riflessioni di diritto internazionale (pubblico e privato)*, in *Riv Giur. Ambiente* 1-2023; M. PIERRI, *La riforma della "Costituzione Ambientale" italiana e la tutela delle specie animali a rischio di estinzione, nel prisma della disciplina multilivello sulla salvaguardia della biodiversità*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2023, 1; D. GRANARA, *Il principio animalista nella Costituzione*, in *DPCE online*, 2023, 2; M. LOTTINI, *La tutela degli animali in Costituzione, riflessioni e prospettive*, in *CERIDAP*, 2022, 3.

[21] Successivamente alla pronuncia del Consiglio di Stato cfr. G. BOTTO, *La tutela della fauna selvatica tra ambientalismo, "animalismo" e principio di responsabilità generazionale*, Torino, 2024, più attento rispetto agli autori citati nella nota precedente ad una prospettiva di bilanciamento di interessi, al quale si rinvia anche per una compiuta ricostruzione dell'iter di approvazione della riforma costituzionale e per la bibliografia in materia, che afferma l'inserimento del principio animalista tra i principi fondamentali della Costituzione, in particolare 4, 126 ma l'affermazione costituisce il filo conduttore di tutta la trattazione, e 145 dove commentando la pronuncia del Consiglio di Sato ritiene che "il valore dell'animale pare assumere come mai sino ad ora, un ruolo e un peso specifico del tutto nuovi, capaci di far propendere l'operazione di bilanciamento in proprio favore, anche innanzi ad un interesse pubblico rilevantissimo quale la pubblica sicurezza".

l'animale si può considerare ecologicamente morto, e quindi fuoriesce da tutte le regole relative alla conservazione. Le regole dirette a garantire la conservazione sono infatti necessariamente correlate all'esistenza della specie protetta nell'ambito dell'habitat naturale in cui vive. Si potrebbe dire che l'orso, una volta decisa la rimozione dal suo habitat, non è più protetto da un regime giuridico diretto a garantire la conservazione della specie. A quel punto deve quindi essere considerato alla pari di qualunque altro animale, ivi compresi gli animali che sarebbe necessario sacrificare per nutrire l'orso in cattività. In altre parole, è proprio la natura della Direttiva "Habitat" che la rende inidonea ad offrire parametri giuridici per decidere tra abbattimento o altre soluzioni idonee a rimuovere l'individuo pericoloso dal suo habitat.

Per quanto riguarda altri parametri giuridici, occorre osservare che la maggioranza della dottrina non ritiene che l'art. 9 Cost. abbia introdotto un principio animalista. In ogni caso, poi, a volerlo individuare, il principio animalista trova la sua massima espressione non già nell'art. 9 Cost. ma nell'art. 13 TFUE [22], ove però le "*esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti*", trovano un bilanciamento ne "*le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale*" [23].

Per riportare il discorso sul piano più generale, si può richiamare il pensiero di Luigi Benvenuti, quando afferma che l'esercizio del potere è essenzialmente questione di interpretazione di norme, ossia delle norme attributive del potere [24] e quando evidenzia la presenza di giudizi di valore in ogni

---

[22] Si riporta l'art. 13 TFUE "*Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale*".

[23] Per la considerazione che l'art. 9 Cost. non compie un passo avanti rispetto all'art. 13 TFUE, anzi rimane un passo indietro, cfr. M. OLIVI, *Fauna selvatica e valori tutelati …*, cit. Infatti, l'art. 9 Cost., pur senza disconoscere il valore simbolico della modifica costituzionale, rimane sul piano procedurale, mentre l'art. 13 TFUE presenta un contenuto sostanziale in quanto menziona espressamente le esigenze del benessere degli animali e si impegna nella definizione degli animali come esseri senzienti. Per questa riflessione cfr. D. DE PRETIS, *La tutela degli animali tra il nuovo art. 9 della Costituzione e le previsioni del Trattato sul funzionamento dell'unione europea*, in AA.VV., *Il posto degli animali nella Costituzione. Appunti sulla riforma dell'art. 9*, a cura di S. Masini, Bari, 2025, 43.

[24] Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 179 ss.

momento della decisione [25]. Dalle posizioni antitetiche appena descritte di fronte al caso concreto, si evidenzia un altro aspetto che può inquadrarsi nelle coordinate di Luigi Benvenuti. Quanto più l'interpretazione delle norme attributive del potere si richiama ai principi e ai valori del sistema, tanto più è identificabile e diviene determinante il momento della precomprensione.

7. *Principio di proporzionalità e ibridazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa*

La citata pronuncia del Consiglio di Stato 2014/2023 può essere criticata per le ragioni generali già accennate, anche in relazione all'applicazione del principio di proporzionalità. In buona sostanza il giudice attraverso il principio di proporzionalità ritiene illegittimo il provvedimento di abbattimento in presenza della possibilità di captivazione permanente che risulterebbe essere meno grave. Già si è osservato che per la Direttiva "Habitat" le diverse misure (abbattimento e captivazione) sono equivalenti sotto l'unico profilo da essa considerato, vale a dire la rimozione dall'habitat. In altre parole, il principio di proporzionalità si colloca non già nel rapporto tra le diverse misure di rimozione dall'habitat bensì nel rapporto tra alternativa valida e rimozione dall'habitat.

Il principio di proporzionalità in questa diversa prospettiva è richiamato dalla Corte di Giustizia in un caso relativo all'abbattimento di un lupo [26] autorizzato dal Governo del Land del Tirolo a causa di diversi casi di uccisioni di pecore.

Per quanto qui si intendere mettere a fuoco, il giudice del rinvio chiedeva se l'art. 16 della Direttiva "Habitat" debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito della determinazione dell'esistenza di un'"altra soluzione valida", le autorità nazionali competenti siano tenute a valutare unicamente la fattibilità tecnica delle altre misure alternative o se debba altresì tener conto di criteri economici.

La Corte, ha stabilito innanzitutto che spetta alle autorità nazionali competenti dimostrare che, tenuto conto in particolare delle migliori conoscenze

[25] *Ibid*., 155.

[26] C. giust., 11 luglio 2024, in causa C-601/22, UW e altri contro Tiroler Landesregierung.

scientifiche e tecniche pertinenti, nonché alla luce delle circostanze relative alla situazione specifica in esame, non esiste nessun'altra soluzione valida che consenta di raggiungere l'obiettivo perseguito.

Ha poi richiamato il principio di proporzionalità ritenendo che la condizione relativa all'assenza di un'altra soluzione valida per giustificare la concessione di una deroga richiede che le misure adottate non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per raggiungere gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in questione, fermo restando che, in caso di scelta tra diverse misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che i disagi causati non devono essere sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti

Ne deriva la conseguenza che la valutazione di tale condizione richiede una ponderazione di tutti gli interessi in gioco e dei criteri da prendere in considerazione, quali i pro e i contro ecologici, economici e sociali, per individuare la soluzione ottimale.

Pertanto, secondo la Corte, ai fini della realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva "Habitat", occorre che il costo economico di una misura alternativa al prelievo di un esemplare di una specie animale rigorosamente protetta sia ponderato con il costo ecologico di tale prelievo.

È agevole notare che il costo economico ed il costo ecologico sono grandezze non omogenee, che possono essere ricondotte ad unità solo in sede di valutazione discrezionale amministrativa.

Quindi, in forza del principio di proporzionalità, una scelta di forte connotazione tecnica come la verifica della possibilità di una alternativa valida, si ibrida, per così dire con elementi di valutazione discrezionale amministrativa.

Si utilizza il termine ibridazione, non già per innovare il linguaggio, ma solo al fine di porre in evidenza che, a differenza di quando si fa riferimento alla discrezionalità mista, il principio di proporzionalità esclude la possibilità di isolare i momenti di valutazione tecnica con il rischio che essa venga completamente sovrastata dalla valutazione politico amministrativa.

È ciò che traspare da un'altra sentenza del Consiglio di Stato [27] secondo

[27] Ebbene, nel caso di specie, la provincia Autonoma di Trento ha solo apparentemente valutato e (erroneamente) scartato, l'esistenza e la praticabilità di misure alternative all'abbattimento, disponendo direttamente la misura più grave, ritenendola fin dal principio l'unica misura possibile. Tanto è reso evidente da quella parte del provvedimento nella quale il Presidente della Provincia ha escluso la possibilità di utilizzare, per la custodia dell'animale, la struttura del "Casteller", per carenza di idonei spazi, ponendo impropriamente l'incapacità della struttura amministrativa a giustificazione della misura di rimozione dell'animale, spettando invece alla medesima

la quale l'assenza di alternativa valida non può essere giustificata dalla carenza di strutture idonee a garantire la cattività permanente in luogo dell'abbattimento, perché spetta all'amministrazione porre rimedio a questa carenza.

La domanda è: fino a che punto chi è chiamato a decidere nella situazione concreta può incidere sui limiti di spesa derivanti dalle voci in bilancio? Ancora: fino a che punto il giudice può sindacare il mancato ricorso all'alternativa all'abbattimento giustificata per l'amministrazione dalla mancanza di idonei spazi da utilizzare per la custodia dell'animale, ritenendo che invece l'amministrazione è tenuta a realizzarli?

Comunque, per riportare il discorso su un piano più generale, queste questioni ed altre idonee a richiedere una sorta di riassestamento degli equilibri intorno al provvedimento amministrativo derivano dallo spostamento del baricentro del potere causato dal principio di proporzionalità, che appare ora assumere il ruolo che a suo tempo era stato assunto dall'eccesso di potere per estendere l'area del sindacato giurisdizionale e forse anzi in misura maggiore nel momento in cui non risparmia non solo le valutazioni tecniche, ma neppure i provvedimenti vincolati [28].

8. *L'accertamento del fatto ed il linguaggio per descriverlo nella ricostruzione tipologica della realtà*

Un profilo interessante, relativo al sindacato sulla discrezionalità, può essere messo a fuoco soffermandosi su un caso particolare in cui oggetto del giudizio è l'adozione di un provvedimento di abbattimento [29].

Come già osservato, il PACOBACE prevede una tipizzazione di comportamenti dell'orso cui è correlata una tipizzazione dei provvedimenti da

---

amministrazione provinciale di porre rimedio a tale situazione di incapienza. In questi termini CdS, n. 09132/2024.

[28] Sul punto cfr. C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA* 2022, *Discrezionalità e Amministrazione*, Napoli, 2023, 249 e la giurisprudenza ivi richiamata; D. MARRAMA, *Del progressivo (immeritato) svilimento dell'attività amministrativa vincolata*, in *scritti per F.G. Scoca*, Napoli, IV, 3400. Ma per una non sottovalutazione dell'attività vincolata, comunque riconducibile al potere amministrativo e frutto di operazioni complesse da analizzare anch'esse attraverso il procedimento ermeneutico, cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 231.

[29] Cfr. Cons. Stato, n. 9132/2024, par. 25 ss.

adottare, secondo una scala di comportamenti meno pericolosi cui corrispondono provvedimenti più blandi fino ad arrivare alla misura estrema dell'abbattimento in relazione a comportamenti più pericolosi.

Nel caso di specie, l'orsa F36 era stata sorpresa mentre era addormentata in compagnia di un piccolo da parte di alcuni escursionisti, i quali, datisi alla fuga, sono stati inseguiti dal plantigrado, che ha raggiunto uno dei due arrampicatosi su di un albero, provocandone la caduta, per poi andarsene. La Provincia autonoma di Trento e l'ISPRA hanno ascritto il comportamento dell'animale alla fattispecie n. 15 della tabella PACOBACE n. 3.1, ovverosia "orso attacca con contatto fisico per difendere i propri piccoli, la sua preda o perché provocato in altro modo". Per questo tipo di comportamento il PACOBACE prevede l'abbattimento o la cattura permanente, comunque la rimozione dell'orso dall'habitat. Invece per il Consiglio di Stato il comportamento dell'orso deve essere ricondotto alla fattispecie n. 11 della medesima tabella "orso si lancia in un falso attacco perché colto di sorpresa, per difendere i propri piccoli o la sua preda". Per la fattispecie "falso attacco" non è prevista la rimozione dall'habitat, ma soltanto la cattura con rilascio a scopo di radiomarcaggio.

La motivazione della sentenza si basa sulla ricostruzione dei fatti. Si specifica infatti che nell'occasione, i due escursionisti hanno sorpreso l'animale nel mezzo del bosco e che gli stessi non si sono attenuti alle regole diffuse dalla stessa Amministrazione Provinciale in caso di incontri con orsi, che prescrivono di arretrare lentamente, anziché darsi alla fuga. Peraltro, l'orsa, dopo aver provocato la caduta dall'albero del malcapitato, non ha proseguito nell'attacco e lo ha lasciato fuggire verso valle.

Si intende qui sottolineare la circostanza che il giudice ha ricostruito i fatti al fine di sussumere il comportamento dell'orso nella fattispecie del falso attacco in luogo dell'attacco.

Il punto però è che il significato di "falso attacco" corrisponde ad un preciso comportamento dell'orso secondo una descrizione/catalogazione scientifica, non sostituibile con regole di esperienza comuni (sempre che esistano regole di esperienza comuni relative ad attacchi di orsi).

Ai fini che qui interessano e cioè per riportare il caso sul piano di considerazioni generali in tema di discrezionalità, merita sottolineare l'incidenza del linguaggio tecnico (anche quando si presenta come falso amico) sulla qualificazione del fatto. Non si intende qui entrare nel merito dell'ampio dibattito sui poteri del giudice nell'accertamento del fatto. Ci si limita a notare che in questo caso la conoscenza del fatto è necessariamente mediata da nozioni tecniche perché a ad esse si riferisce la fattispecie astratta. Se vi è la

mediazione di nozioni tecniche, vi è anche la mediazione di una valutazione tecnica, cioè la valutazione necessaria per ascrivere il fatto alla nozione. Sembra allora potersi affermare che in questi casi la pienezza dei poteri del giudice nell'accertamento del fatto trovi lo stesso limite che incontra il sindacato delle valutazioni tecniche. Si deve, cioè, considerare che il sindacato può anche essere intrinseco ma nei limiti dell'inattendibilità della ricostruzione operata dall'amministrazione secondo i criteri di ragionevolezza, logicità, coerenza e completezza. Rimane fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile [30].

[30] Per i termini utilizzati nel testo cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2025, n. 687 in materia di dichiarazione di interesse culturale, materia nella quale appare consolidata questa impostazione in ordine all'estensione e ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche connotate da ampi margini di opinabilità.

Marco Mancini [*]

Discrezionalità e procedimento elettorale "preparatorio"

Discretion and "preparatory" electoral procedure

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il procedimento elettorale "preparatorio": la natura amministrativa degli organi preposti al suo svolgimento e delle loro attività. – 3. I ridotti margini di discrezionalità nello svolgimento delle attività della fase "preparatoria" del procedimento elettorale.

1. *Premessa*

Il presente scritto si propone di valutare se sussistano o meno margini di discrezionalità [1] nell'ambito del c.d. procedimento elettorale "preparatorio", nell'ambito del quale vengono in rilievo una molteplicità di situazioni giuridiche soggettive qualificate di eterogenea natura quali il diritto di elettorato, nella sua duplice dimensione attiva e passiva, che riveste la natura di diritto soggettivo e, alla luce di una consolidata giurisprudenza costituzionale [2], assurge al rango di diritto fondamentale; l'interesse (legittimo) di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento elettorale al regolare svolgimento dello

[*] Professore Associato, Università Ca' Foscari Venezia

[1] Sul tema, in una letteratura sterminata v., oltre a L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, almeno M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

[2] Qualifica i diritti elettorali come fondamentali Corte cost., 14 dicembre 1990, n. 539, Punto 2 del *Considerato in Diritto*. Parla invece di «*diritto inviolabile di ciascun cittadino di concorrere all'elezione dei propri rappresentanti politici e di partecipare in condizioni di eguaglianza all'accesso alle cariche pubbliche*» Corte cost., 28 luglio 1993, n. 344, Punto 5 del *Considerato in Diritto*. Con specifico riguardo al diritto di elettorato passivo, per prima, Corte cost., 3 marzo 1988, n. 235, Punto 2 del *Considerato in Diritto*.

stesso, sotto il profilo della piena legittimità degli atti e delle attività nelle quali si articola; una serie di situazioni giuridiche soggettive per così dire "adespote" [3], qualificabili come "interessi collettivi obiettivi", quale ad esempio l'interesse alla genuinità della competizione elettorale [4], diretto a garantire la corretta formazione dell'offerta elettorale e, per il tramite di questa, la corretta espressione della volontà popolare.

Il procedimento elettorale costituisce inoltre uno snodo fondamentale di inveramento dell'ordinamento democratico, mediante il quale ricevono concretizzazione valori costituzionali di primario rilievo tra i quali, *in primis*, quello relativo alla sovranità popolare (art. 1 Cost.). Il momento elettorale si configura pertanto, per parafrasare le parole adoperate dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia, come una sorta di «*liturgia repubblicana*» [5] cui ciascun cittadino è chiamato a partecipare attivamente al fine di concorrere direttamente alla determinazione della politica nazionale.

Sono proprio i molteplici valori e principi costituzionali implicati e coinvolti a determinare l'esistenza, sul piano normativo, di una serie di limiti cui risulta astretto il legislatore nel momento in cui intende disciplinare la "materia elettorale". E così, sul piano della competenza e della procedura, occorre ricordare che la Costituzione contiene non soltanto una riserva di assemblea (art. 72, comma 4), ma anche una fitta trama di specifiche riserve di legge relative a singoli aspetti della "materia elettorale", o addirittura una riserva generale implicita, dirette comunque nel loro complesso a precludere all'organo esecutivo ogni intervento *in subiecta materia*, almeno riguardo ai principali profili sostanziali di disciplina.

Sul piano dei contenuti la Corte costituzionale, pur riconoscendo con

---

[3] In tal senso M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, 20 ss., il quale parla di «*esigenze di diritto "oggettivo"*», di «*precetti di ottimizzazione*».

[4] Corte cost., 28 luglio 1993, n. 344, *cit.*, Punto 5 del *Considerato in Diritto*; Corte cost., 8 aprile 1997, n. 84, Punto 6 del *Considerato in Diritto*; Corte cost., 3 marzo 2006, n. 84, Punto 4.3. del *Considerato in Diritto*, ove viene espressamente qualificato come «*valore costituzionale*» o «*bene costituzionalmente protetto*».

[5] Corte cost., 29 gennaio 2025, n. 3, Punti 3.2. e 4 del *Considerato in Diritto*, riguardo alla quale v. F. VIVALDELLI, *Disabilità, diritti politici e democrazia digitale. Considerazioni a margine della sent. n. 3/2025 della Corte costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2025, 1, 157 ss.; C. LOTTA, *Verso la digitalizzazione del procedimento elettorale preparatorio? Spunti a partire da C. cost. n. 3 del 2025*, in *www.nomos.it*, 2015, 1; M. GIANNELLI, *L'inclusione attraverso l'innovazione digitale. Dalla Corte costituzionale una "spinta gentile" verso un ripensamento delle regole del procedimento elettorale preparatorio?*, in *www.lecostituzionaliste.it*, 16 aprile 2025; G. ARCONZO, *Sull'incostituzionalità di previsioni che non consentono l'esercizio autonomo dei diritti delle persone con disabilità. Nota a Corte cost., sent. n. 3 del 2025*, in *www.osservatorioaic.it*, 2025, 4, 194 ss.

orientamento consolidato l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella disciplina di una materia intrisa di un alto tasso di politicità, ha coniato una sorta di "regola aurea" per cui si riserva di assoggettare tale disciplina ad uno *strict scrutiny* di ragionevolezza, volto ad operare un equilibrato bilanciamento tra i diversi valori costituzionali in gioco [6]. Al riguardo assume rilievo proprio la recente pronuncia della Corte poc'anzi richiamata [7], che ha reputato illegittima la disciplina relativa alle modalità di sottoscrizione delle liste elettorali, sul piano della ragionevolezza, nella misura in cui preclude alle persone disabili di procedere alla sottoscrizione digitale in luogo di quella autografa, in tal modo impedendo loro la partecipazione al procedimento elettorale e determinando quindi nei loro riguardi un'obiettiva discriminazione.

Già da queste prime considerazioni emerge chiaramente che il procedimento elettorale, nel suo complesso, costituisce una sorta di procedimento "a legalità vincolata", siccome contraddistinto dal rispetto di una serie di norme imperative di stretta legalità dirette a garantire il rispetto di principi costituzionali di elevatissimo rango tra i quali, *in primis*, l'effettività del diritto di elettorato attivo e passivo e, in ultima analisi, la stessa partecipazione democratica quale condizione essenziale per l'esercizio della sovranità popolare.

2. *Il procedimento elettorale "preparatorio": la natura amministrativa degli organi preposti al suo svolgimento e delle loro attività*

Quella "preparatoria" è una delle fasi in cui si scompone il procedimento elettorale, che si colloca tra la fase precedente relativa all'indizione dell'elezione e alla convocazione dei comizi e quella successiva relativa allo svolgimento delle operazioni di voto e all'accertamento dei suoi esiti fino al momento della proclamazione del risultato elettorale [8]. La sua configurazione autonoma all'interno del più vasto e comprensivo procedimento elettorale,

---

[6] V., soprattutto, Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1; Corte cost., 9 febbraio 2017, n. 35; Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 275; Corte cost., 24 settembre 2015, n. 193; Corte cost., 10 marzo 2022, n. 62.

[7] Corte cost., 29 gennaio 2025, n. 3, cit.

[8] Riguardo al procedimento "preparatorio", oltre a M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., mi sia consentito rinviare a M. MANCINI, *Procedimento elettorale preparatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Padova-Milano, 2022.

oltre ad essere espressamente sancita dal diritto positivo, già ad opera del Testo Unico delle leggi elettorali per la Camera [9], è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, che ne ha valorizzato gli elementi distintivi rispetto alla fase successiva [10].

Si tratta di una fase procedimentale a carattere periodico e transitorio, che si attiva e si esaurisce in occasione delle singole competizioni elettorali, nel corso della quale si svolgono una serie di attività propedeutiche alla predisposizione dell'offerta elettorale, relative in particolare al deposito dei contrassegni e alla presentazione delle liste e delle candidature.

Gli adempimenti e le attività relativi al primo incombente fanno capo al Ministero dell'Interno, cui compete attestare la regolarità dei contrassegni depositati o rilevare eventuali irregolarità, con contestuale invito rivolto al depositante a provvedere alla modifica o alla sostituzione. Delle eventuali opposizioni all'invito alla modifica o all'ammissione dei contrassegni di altre forze politiche deve essere investito l'Ufficio centrale nazionale.

Per quanto concerne invece la presentazione delle candidature, vale a dire delle liste di candidati per i collegi plurinominali e dei nomi dei singoli candidati per i collegi uninominali, con contestuale indicazione dei delegati di lista, le attività volte a verificarne la correttezza spettano all'Ufficio centrale circoscrizionale alla Camera e all'Ufficio elettorale regionale al Senato. Ogni eventuale ricorso o contestazione avverso le decisioni di ammissione o esclusione delle liste e delle candidature deve essere rivolto all'Ufficio centrale nazionale.

A queste attività, concernenti specificamente il regolare svolgimento delle

---

[9] L'espressione "preparatoria" è stata consacrata a livello di diritto positivo sia dal d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, il cui Titolo III reca appunto l'intitolazione "*Del procedimento elettorale preparatorio*", che dall'art. 129, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), intitolato "*Giudizio avverso gli atti di esclusione dal procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali*". Riguardo al profilo terminologico v. M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., 6 ss.; G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, in *Rass. parl.*, 2006, 796 ss.; L. TRUCCO, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parl.*, 2006, 816 ss.

[10] Tale distinzione viene operata da Corte cost., 7 luglio 2010, n. 236, Punto 3.1. del *Considerato in Diritto*: «*è necessario distinguere tra procedimento preparatorio alle elezioni, nel quale è inclusa la fase dell'ammissione di liste o candidati, e procedimento elettorale, comprendente le operazioni elettorali e la successiva proclamazione degli eletti*», riguardo alla quale v. RI. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost.*, 2010, 2905 ss., ed E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni regionali e locali*, *ivi*, 2908 ss.

operazioni elettorali, se ne aggiunge un'altra che attiene piuttosto al controllo dei requisiti soggettivi dell'elettorato passivo. Si allude all'accertamento dell'eventuale sussistenza di cause di incandidabilità [11], rimesso dall'art. 2 del c.d. "decreto Severino" [12] all'Ufficio elettorale circoscrizionale, alla Camera, e all'Ufficio elettorale regionale, al Senato. Gli organi elettorali, qualora accertino la sussistenza di una causa di incandidabilità, sulla scorta della documentazione e delle dichiarazioni presentate dal candidato oppure della documentazione di cui sono comunque in possesso, procedono alla cancellazione dell'interessato dalla lista. Avverso tale ultima decisione è possibile proporre ricorso all'Ufficio centrale nazionale.

Ebbene, come hanno avuto modo di chiarire i consolidati orientamenti tanto della Corte costituzionale [13] quanto della Corte di Cassazione [14], gli

---

[11] Riguardo a questo istituto v. P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, 2015; R. ROLLI, *La non candidabilità tra sostanza e processo*, Napoli, 2017. Mi sia consentito rinviare anche a M. MANCINI, *Undici anni dopo. Un primo bilancio sull'applicazione della "Severino" tra luci e ombre*, in *www.rivistaaic.it*, 2024, 3, 333 ss.

[12] D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, "*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*", entrato in vigore il 5 gennaio 2013, emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 6 novembre 2012, n. 190, riguardo al quale v. almeno, tra i primo commenti, G. RIVOSECCHI, *L'incandidabilità agli organi rappresentativi e il divieto di ricoprire cariche di governo (art. 1, commi 63-65)*, in G.B. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 295 ss.; N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo (commento a d. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 590 ss. Copiosa la giurisprudenza costituzionale sviluppatasi al riguardo, seppur esclusivamente in riferimento alle elezioni regionali e locali. V. Corte cost., 19 novembre 2015, n. 236; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276; Corte cost., 12 ottobre 2017, n. 214.; Corte cost., 6 marzo 2019, n. 36; Corte cost., 9 marzo 2020, n. 46; Corte cost., 11 marzo 2021, n. 35; Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 230, riguardo alla quale v. D. PICCIONE, *L'eclissi della discrezionalità amministrativa e della tutela giurisdizionale nella disciplina recata dalla c.d. "Legge Severino"*, in *Giur. cost.*, 2021, 2573 ss.

[13] Corte cost., 30 dicembre 1972, n. 216, relativa agli uffici elettorali circoscrizionali per le elezioni regionali; Corte cost., 5 novembre 1996, n. 387, relativa ai collegi elettorali di garanzia istituiti dalla legge 10 dicembre 1993, n. 515, contenente la disciplina delle campagne elettorali; Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 29; Corte cost., 17 marzo 2006, n. 104, ove si configura il procedimento elettorale come procedimento amministrativo; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 164; Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 259, Punto 2.2. del *Considerato in Diritto*, riguardo alla quale v. F. G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3613 ss., ed E. LEHNER, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, *ivi*, 3620 ss.; Corte cost., 26 marzo 2021, n. 48, Punto 4.1. del *Considerato in Diritto*.

[14] Cass. civ., S.U., 31 luglio 1967, n. 2036; Cass. civ., S.U., 9 giugno 1997, n. 5135; Cass. civ., S.U., 22 marzo 1999, n. 172. In senso contrario si erano espresse soltanto due isolate pronunce,

organi elettorali rivestono natura amministrativa e svolgono attività di carattere amministrativo. In particolare, la Corte costituzionale, con una formula di stile riportata in modo tralaticio in plurime pronunce, ha sottolineato riguardo agli uffici elettorali la «*carenza, sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale, di un nesso organico di compenetrazione istituzionale che consenta di ritenere che essi costituiscano sezioni specializzate degli uffici giudiziari presso cui sono costituiti*».

Sul piano soggettivo, pertanto, gli uffici elettorali in parola, seppur composti da magistrati e costituiti presso organi giudiziari (Corti d'Appello e Corte di Cassazione), non risultano incardinati nell'apparato giudiziario né assumono la qualifica di giudici, configurandosi piuttosto quali organi amministrativi appositamente e temporaneamente costituiti in occasione di ciascuna competizione elettorale per gestire le attività della fase "preparatoria". Attività che, al pari di tutte quelle svolte nell'ambito dell'intero procedimento elettorale, sul piano oggettivo-funzionale assumono le sembianze di una sorta di controllo amministrativo, con conseguente radicale esclusione della loro natura anche solo materialmente giurisdizionale [15].

3. *I ridotti margini di discrezionalità nello svolgimento delle attività della fase "preparatoria" del procedimento elettorale*

Le attività amministrative svolte nel corso della fase "preparatoria" dagli organi preposti risultano in larga misura di carattere vincolato o comunque connotate da ridotti profili di discrezionalità tecnica. Riguardo ai

TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 22 aprile 2006, n. 629, e TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 10 novembre 2006, n. 2178, che avevano qualificato gli organi preposti al controllo delle attività della fase "preparatoria" alla stregua di sezioni specializzate del giudice ordinario, chiamate ad esercitare funzioni di carattere paragiurisdizionale e a pronunciarsi addirittura in via definitiva. Per un commento critico a tali pronunce v. A. CARIOLA, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo. Nota a commento di Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006.

[15] Ciò per almeno tre ordini di motivi relativi rispettivamente: a) al difetto dei requisiti di obiettività e definitività delle decisioni; b) sotto il profilo teleologico, alla finalità che perseguono, che non risiede nella concreta attuazione della legge, bensì nel soddisfacimento dell'interesse pubblico alla pronta composizione delle assemblee elettive; c) alle modalità di esercizio dell'attività, dalle quali esula qualsivoglia momento decisorio. Secondo F.G. SCOCA, *Elezioni*, cit., 3614, non si tratta di attività finalizzate a risolvere controversie, data la brevità della loro durata, l'assenza di garanzie adeguate e la mancanza di una controparte o di un controinteressato.

provvedimenti relativi all'ammissione o esclusione delle liste e delle candidature, infatti, le valutazioni degli uffici elettorali risultano ispirate a criteri puramente obiettivi prestabiliti dalla legge, quali quelli relativi all'effettiva sussistenza del numero di sottoscrizioni prescritto a sostegno delle candidature e alla loro genuinità, al rispetto delle quote di genere, alla collocazione delle candidature nei collegi, alla conformità della documentazione alle prescrizioni di legge.

Del pari, anche per quanto concerne le cause di incandidabilità, le attività degli uffici elettorali si sostanziano nel mero accertamento di un dato puramente obiettivo costituito dalla sussistenza a carico del candidato di una sentenza definitiva di condanna per uno dei "reati ostativi" contemplati dalla "Severino". Gli organi preposti allo svolgimento della fase procedimentale non dispongono pertanto al riguardo di alcun margine di valutazione discrezionale sotto il profilo sia dell'*an* che del *quantum*, come ha avuto modo di precisare la Corte costituzionale in alcune pronunce riferite agli accertamenti compiuti dall'organo prefettizio in relazione al provvedimento sospensivo dalle cariche elettive regionali e locali [16]. All'accertamento della sussistenza della sentenza di condanna deve infatti automaticamente conseguire, *ope legis*, l'incandidabilità nella misura fissa stabilita dalla legge. Si è quindi in presenza di un vero e proprio "automatismo applicativo", aspramente criticato da una parte della dottrina [17] ma ritenuto legittimo dalla

[16] Corte cost., 19 novembre 2015, n. 236, cit., Punto 3.2. *del Considerato in Diritto*, ha affermato che il potere prefettizio è limitato per legge alla mera verifica esterna della sussistenza della condizione ostativa all'accesso o al mantenimento della carica elettiva. Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 230, cit., Punto 6.1. *del Considerato in Diritto*, ha precisato che il decreto prefettizio è un provvedimento vincolato e assolve la funzione di mero accertamento dell'effetto sospensivo derivante direttamente dalla sentenza di condanna, secondo quanto espressamente prescritto dalla legge. In senso conforme, in precedenza, Cass. civ., S.U., 28 maggio 2015, n. 11131, in *Foro it.*, 2016, I, 413 ss. In senso analogo, riguardo al carattere vincolato dell'attività di accertamento delle cause di incandidabilità sopravvenuta compiuta dagli organi camerali in sede di verifica dei poteri, G. RIVOSECCHI, *Una verifica "a rime obbligate"? Incandidabilità e decadenza del parlamentare tra condanna definitiva e prassi applicative*, in V. LIPPOLIS, G. PICCIRILLI, C. TUCCIARELLI (a cura di), *Evoluzioni e prospettive della verifica dei poteri*, Il Filangieri, Quaderno 2019, Napoli, 2020, 188 ss., il quale parla appunto di un sindacato "a rime obbligate", limitato all'accertamento della sussistenza della sentenza definitiva di condanna.

[17] D. PICCIONE, *L'eclissi*, cit., 2574 ss. Favorevole invece A. CARIOLA, *L'elettorato*, cit., 814 ss., il quale la ritiene soluzione costituzionalmente necessitata, rilevando che non si potrebbe riconoscere alle autorità amministrative un potere discrezionale incidente sui diritti soggettivi fondamentali quali quelli di partecipazione politica, come comproverebbe il radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario. L'assegnazione di poteri discrezionali all'autorità amministrativa comporterebbe viceversa la degradazione di tali diritti soggettivi fondamentali a meri interessi legittimi determinando altresì la violazione del principio di uguaglianza.

Corte siccome espressivo di un equilibrato e ragionevole bilanciamento di valori operato direttamente dalla legge in via generale ed astratta, anziché rimesso alla valutazione concreta degli organi deputati all'applicazione.

I limiti che connotano l'attività valutativa degli uffici elettorali preposti alla gestione del procedimento elettorale "preparatorio" si riverberano sulle modalità del successivo controllo giurisdizionale. Sotto quest'ultimo profilo occorre precisare, avuto riguardo alle elezioni regionali e locali, che i provvedimenti di esclusione di liste e/o candidature, anche dovuti alla sussistenza di cause di incandidabilità, sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo mediante l'esperimento del rito di cui all'art. 129 del Codice del Processo Amministrativo [18]. Qualora invece la condizione di incandidabilità sopravvenga in corso di mandato, i provvedimenti sospensivi o decadenziali sono impugnabili dinanzi al giudice ordinario mediante il ricorso al rito sommario di cognizione *ex* art. 22, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 [19]. Questo riparto di giurisdizione è chiaramente ispirato al tradizionale "doppio binario" che caratterizza il contenzioso elettorale, a fondamento del quale è posta la (discutibile) distinzione tra questioni relative alle operazioni elettorali, involgenti interessi legittimi e quindi rimesse alla cognizione del giudice amministrativo, e questioni relative alle condizioni soggettive di eleggibilità, involgenti diritti soggettivi e quindi rimesse alla cognizione del giudice ordinario [20].

---

[18] D.lgs. 20 luglio 2010, n. 104. Riguardo a tale rito v., in particolare, A. GIGLI, *Contenzioso sulle operazioni elettorali,* in G. MORBIDELLI *(a cura di), Codice della giustizia amministrativa*, 3ª ed., Milano, 2015, 1213 ss.; F.M. CIARALLI, *Artt. 126 e 129*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, M. PROTTO, L. TARANTINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo ragionato*, Roma, 2017, 758 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, 4ª ed., Milano, 2017, 2291 ss.; C. FERRAZZI, *Artt. 126-128* e *Artt. 131-132*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova-Milano, 2021, 1005 ss., 1066 ss.; F. CORVAJA, *Artt. 129-130*, *ivi*, 1019 ss.

[19] Conformemente a quanto stabilito, nel silenzio della "Severino", da Cass. civ., S.U., 28 maggio 2015, n. 11131, cit., ove si afferma l'equiparazione della sospensione alle questioni di ineleggibilità, incandidabilità e decadenza di cui parla la disposizione in parola, siccome incidente su un diritto soggettivo perfetto e non degradabile a mero interesse legittimo. Il radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario è altresì giustificato dalla natura meramente ricognitiva-accertativa del provvedimento applicativo della misura. Viceversa, se tale provvedimento avesse rivestito carattere costitutivo ci saremmo trovati al cospetto di un interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice amministrativo, come osservano al riguardo L. LONGHI, *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2016, 3, 9; V. FOGLIAME, *La disciplina giuridica dell'incandidabilità in recenti esperienze applicative locali tra virtù civiche dei candidati e tutela della credibilità delle istituzioni democratiche*, in *www.osservatoriocostituzionale.it*, 2019, 1-2, 527.

[20] La questione si pone in termini radicalmente diversi riguardo alle elezioni politiche. Per

Ebbene sotto questo profilo, come ha avuto modo di chiarire la Corte costituzionale [21], il giudice è assoggettato agli stessi limiti valutativi già visti a proposito dell'organo amministrativo deputato all'applicazione della misura. La sua valutazione, infatti, si riduce a sua volta al mero accertamento della effettiva sussistenza delle condizioni previste dalla legge, cui deriva automaticamente l'applicazione delle misure *de quibus*, non essendogli consentito alcun margine di sindacato in ordine all'*an* o al *quantum*. In pratica quindi il giudice, al pari dell'organo amministrativo, si deve limitare ad accertare l'esistenza di una sentenza di condanna per uno dei reati ostativi previsti dalla "Severino", quale presupposto per l'automatica applicazione della misura direttamente previsto dalla legge, che gli preclude ogni apprezzamento ulteriore riguardo al caso specifico [22].

Profili maggiori di discrezionalità residuano invece in capo agli organi elettorali per quanto concerne l'applicazione della disciplina relativa ai contrassegni, precipuamente finalizzata a garantire la distinguibilità delle diverse forze politiche che intendono partecipare alla competizione elettorale [23]. Riguardo al parametro della non confondibilità degli emblemi, infatti, per lungo tempo l'apprezzamento soggettivo dell'organo preposto alla valutazione ha giocato un ruolo decisivo, radicando in capo allo stesso margini di discrezionalità assai estesi. Tale margine di discrezionalità, peraltro, come è stato esattamente osservato [24], si è gradualmente ridotto nel corso degli anni a causa della stratificazione delle decisioni e quindi della formazione di precedenti; del parere reso dal Consiglio di Stato sull'uso dei simboli legati ad una tradizione politica; della codificazione di criteri particolarmente dettagliati che fungono da veri e propri indici sintomatici di confondibilità dei contrassegni [25].

---

una ricostruzione puntuale della complessa vicenda sviluppatasi al riguardo mi sia permesso rinviare ancora una volta a M. MANCINI, *Procedimento elettorale*, cit., 145 ss.

[21] Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 230, cit., Punto 6.1. del *Considerato in Diritto*.

[22] Condivide tale posizione A. CARIOLA, *L'elettorato*, cit., 816 ss., il quale sottolinea primariamente il rischio di politicizzazione in cui incorrerebbe il giudice chiamato a graduare ad esempio la misura della sospensione incidendo sulla struttura e sul funzionamento di un'istituzione politica.

[23] La disciplina del deposito dei contrassegni è contenuta agli artt. 14-17 TUEC, cui rinvia l'art. 8 TUES. Sul relativo contenzioso, sviluppatosi prevalentemente riguardo ai profili di eventuale confondibilità dei contrassegni v. G. MAESTRI, *I simboli alla sbarra. Il contenzioso sui contrassegni tra giudici da individuare e regole da rivedere*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia*, cit., 163 ss.; ID., *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, 2012.

[24] G. MAESTRI, *I simboli*, cit., 173 ss.

[25] L'art. 14, comma 5, TUEC, infatti, recependo gli orientamenti maturati a livello giurispru-

In conclusione, la configurazione del procedimento elettorale, *in primis* della sua fase "preparatoria", come procedimento amministrativo "a legalità vincolata", caratterizzato da un'elevata rigidità normativa e da un forte vincolo di legalità, risulta conforme alla necessità di garantire il maggior grado possibile di certezza ed uniformità a decisioni direttamente incisive sul diritto di elettorato attivo e passivo e sulla possibilità stessa dei titolari di tali diritti di partecipare alla competizione elettorale.

denziale, prevede ora che "*costituiscono elementi di confondibilità, congiuntamente od isolatamente considerati, oltre alla rappresentazione grafica e cromatica generale, i simboli riprodotti, i singoli dati grafici, le espressioni letterali, nonché le parole o le effigi costituenti elementi di qualificazione degli orientamenti o finalità politiche connesse al partito o alla forza politica di riferimento anche se in diversa composizione o rappresentazione grafica*".

Finito di stampare nel mese di maggio 2026
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

Law and Legal Institutions

Volumi pubblicati

Monografia/Collettanee

1. Giovanni D'Alessandro-Silvia Zorzetto (a cura di), *Percorsi in tema di fonti del diritto*, 2017, pp. X-230.
2. Saverio Di Benedetto, *Sovranità dello Stato sulle risorse naturali e tutela degli equilibri ecologici nel diritto internazionale generale*, 2018, pp. XVIII-286.
3. Anna Pirozzoli, *Il potere di influenza nel sistema costituzionale. Le "forze politiche" inaspettate*, 2019, pp. XII-180.
4. Giovanni D'Alessandro-Ombretta Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, 2020, pp. X-470.
5. Eugenio Zaniboni, *Sovranità responsabile e processi redistributivi della ricchezza nel diritto internazionale*, 2020, pp. XII-244.
6. Edigati Daniele-Tira Alessandro (a cura di), *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, 2021, pp. XX-268.
7. Marco Mellone, *L'accertamento giudiziario della cittadinanza italiana* iure sanguinis. *Un viaggio interdisciplinare alla ricerca delle origini italiane*, 2022, pp. XIV-410.
8. Fabrizio Ferraro, *Studio sulla collaborazione coordinata*, 2023, pp. XX-780.
9. Francesco Ferraro-Silvia Zorzetto (a cura di), *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*, 2023, pp. XII-236.
10. Francesco Cirillo, Neuroprivacy. *Problemi teorici e prospettive costituzionali*, 2023, pp. XIV-306.
11. Raffaele Torino-Silvia Zorzetto (a cura di), *La trasformazione digitale in Europa. Diritti e principi*, 2023, pp. X-294.
12. Stefano Vinci, *Il* Codex Piscatorius Tarentinus *fra età moderna e contemporanea. La disciplina della pesca nella città dei due mari*, 2024, pp. XIV-242.
13. Dario Calderara, *Garanzia della disconnessione nel rapporto di lavoro*, 2024, pp. X-342.
14. Flavio Vincenzo Ponte, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, 2024, pp. X-166.

15. Stefano Cairoli, *La proporzionalità della retribuzione. Legge, contratto collettivo, ruolo del giudice*, 2024, pp. XII-340.
16. Carolina Rendina, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, 2024, pp. XIV-498.
17. Gianmarco Gometz, *L'incertezza del diritto*, 2024, pp. XII-148.
18. Luca Antonio Caloiaro, *Il prezzo personalizzato. Il consumatore e le insidie del mercato digitale*, 2024, pp. X-230.
19. Sergio Pignataro, *L'inerzia amministrativa. Contributo allo studio dei meccanismi di prevenzione e contrasto*, 2024, pp. X-230.
20. Guido Befani, *Poteri pubblici e sicurezza energetica. Strumenti, misure e garanzie di sostenibilità oltre il mercato*, 2024, pp. XX-540.
21. Luisa Monterossi, *I "tempi grigi" nel lavoro che cambia*, 2024, pp. X-278.
22. Alessandro Ceserani, *Poligamia e* status *familiari. Modelli di circolazione tra ordinamento religioso e ordinamento civile*, 2025, pp. VI-154.
23. Gianluca Giampà, *Il* repêchage *nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, 2025, pp. XII-276.
24. Maria Zinno, *Abusi dell'autonomia e scelta negoziale. Contributo allo studio della violenza morale*, 2025, pp. VIII-224.

Atti di convegno

1. Umberto Morera-Maurizio Sciuto (a cura di), *Le parole del diritto commerciale*, 2018, pp. XVIII-150.
2. Francesco Ferraro-Silvia Zorzetto (a cura di), *La motivazione delle leggi*, 2018, pp. VIII-200.
3. Benedetta Agostinelli-Vincenzo Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, 2020, pp. X-246.
4. Alessandro Negri-Giada Ragone-Marcello Toscano-Luca Pietro Vanoni (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, 2021, pp. XXIV-360.
5. Cristina De Benetti-Giuliano Fonderico-Marco Mancini-Marco Olivi (a cura di), *La discrezionalità amministrativa. Scritti in occasione della ripubblicazione dell'Opera di Luigi Benvenuti*, 2026, pp. X-166.