

AIPDA

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo

FORUM

Discrezionalità e amministrazione

**Lineamenti sulla discrezionalità
amministrativa pura**

Vincenzo Caputi Jambrenghi

29 ottobre 2022

Lineamenti sulla discrezionalità amministrativa pura ¹

VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI

1. Per delineare lo stato di salute della discrezionalità amministrativa in un contesto di plurimi interventi, è forse opportuno limitarsi a due aspetti che anzitutto isolano la discrezionalità pura e consentono di misurarne il rilievo oggi, inoltre entrano nel cuore della questione se la valutazione dell'interesse pubblico concreto da proteggere e promuovere sia tutta riservata all'amministrazione investita del potere o possa ritenersi, al contrario, riservato comunque al legislatore, almeno nelle linee essenziali, tali da sovrapporsi alla discrezionalità dell'organo amministrativo la cui attività sarebbe limitata all'esecuzione di direttive politiche almeno parzialmente vincolanti.

2. Sul primo aspetto.

La discrezionalità pura che riguarda le scelte degli "uffici pubblici" amministrativi trova la sua fonte diretta nella previsione costituzionale evidenziata nella norma di cui all'art. 97, commi secondo e terzo della Costituzione.

Comma secondo: «I pubblici uffici», quelli amministrativi (Sez. II, "La pubblica Amministrazione", del Titolo III, "Il Governo", della Parte II, "Ordinamento della Repubblica"), non quelli governativi (Titolo III, Sez. I, "Consiglio dei ministri"), «sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

Comma terzo: «Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».

Com'è noto, la previsione di cui al secondo comma fu ritenuta del tutto superflua da un nutrito gruppo di costituenti che ritenevano evidentemente scontato il compito di benessere nell'imparzialità affidato alla pubblica Amministrazione da norme precedenti, se pur dettate per casi concreti e scarsamente note.

¹ Intervento alla tavola rotonda sul tema «Politica, tecnica, discrezionalità», Convegno nazionale AIPDA, Bologna, 8 ottobre 2022.

Prevalse la tesi della necessità di introdurre tanto la riserva relativa di legge nell'organizzazione degli uffici della pubblica Amministrazione (si può fare un rinvio esemplificativo a proposito del precedente articolo 95, comma terzo: «La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri»), quanto il collegamento dell'istituzione e della successiva organizzazione soggetta a mutamenti per migliorarne l'efficacia e l'efficienza allo scopo “assicurato” da ogni pubblico ufficio costituito, di pervenire allo sviluppo sostenibile di tutta la società, senza discriminazioni di sorta e con le migliori prospettive di successo nella tensione verso l'attuazione marsigliese del diritto ad una buona amministrazione.

Una garanzia, dunque, che la Corte costituzionale offre ai cittadini, legando le scelte istituzionali a quelle successive di natura organizzativa al fine del buon andamento della cosa pubblica, con il metodo più rispettoso dell'identico diritto di tutti i cittadini al godimento dei frutti del buon andamento.

Una garanzia, dunque, *ut*, come del resto accade per altre norme ordinarie sui compiti attribuiti alla pubblica Amministrazione: la sua presenza tra le istituzioni e, soprattutto, nella società dei cui interessi deve farsi carico in ogni momento, con finalità precise di efficienza, efficacia, pubblicità, economicità, ragionevolezza e proporzionalità (questo il “buon andamento”), tutte proprie dell'Amministrazione, da raggiungere con il metodo dell'assoluta imparzialità.

Garanzia *ut* per i cittadini che possono presumere a ragione che, se in Italia opera un ufficio per finalità generali o limitate ad una comunità locale, esso è stato istituito e organizzato secondo legge ed è del tutto consequenziale alla motivazione della sua organizzazione il diritto di ottenere (benessere) risposte concrete ed utili ai bisogni dei singoli componenti la società che questi organi e questi uffici ha voluto, anche se non esplicitando consensi non richiesti, e ai quali si rivolge per far valere la garanzia finalistica assicurata dai Costituenti.

3. Di passaggio osserveremo *per differentiam* che la garanzia dei singoli e di tutta la società nei rapporti reciproci sorti *inter privos* e regolati *jure privatorum* non è garanzia positiva ma negativa, non coinvolge, di principio, gli uffici e gli organi della pubblica Amministrazione, ma altri componenti della società: garanzia, dunque, non *ut*, bensì *ne*, affinché nessuno turbi *illicite* la sfera giuridica di chiunque, nei suoi molteplici significati (i diritti assoluti, i diritti reali e di obbligazione, gli interessi riconosciuti meritevoli di protezione, la libertà, la dignità, il domicilio, la riservatezza, la salute),

pena l'intervento del giudice ordinario che evita e rimedia al danno lamentato dall'attore (garanzia *ne*).

L'ordinamento generale che affida il "buon andamento" agli uffici amministrativi pone invece a disposizione il giudice della giurisdizione ordinaria in favore di soggetti lesi o che temano di essere lesi dal comportamento di altri loro pari, compresa anche la pubblica Amministrazione se la lesione involga un diritto soggettivo perfetto e non ne sia devoluta la riparazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Garanzia, dunque, di pace sociale, di non invasione della sfera di legittimi interessi di ogni cittadino: se questa garanzia non abbia successo nel rapporto civile (garanzia *ne*) soccorrerà la giustizia a ripristinare l'interesse leso.

4. Passando ora alla norma contenuta nel terzo comma dell'art. 97, si vede bene la costruzione voluta dai Costituenti del rapporto tra norme attributive del potere amministrativo-pubblica Amministrazione e cittadino.

Infatti anzitutto, quasi inavvertitamente, una disciplina di organizzazione si trasforma in disciplina di ordinamento; sembra volersi dire da parte dei Costituenti che, una volta organizzati i pubblici uffici, scaturisca la necessità di costruire –sempre per legge–, in favore di questi stessi e per tutti coloro che dalla loro attività dovranno ricevere benefici, un vero e proprio ordinamento: l'ordinamento amministrativo derivato da quello generale che, oltre alla rilevante disciplina dell'organizzazione, offre il suo buon andamento ed il completamento delle garanzie di legalità a tutti i cittadini.

È l'ordinamento a prevedere tre gruppi di norme basiche, il cui vigore coincide già con la prima attività dei pubblici uffici: nell'ordinamento dei pubblici uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

5. Può dirsi disegnata nei due commi dell'art. 97 in esame la legittimazione della discrezionalità amministrativa.

Nulla, infatti, nelle norme che stiamo esaminando, consente di limitare il ruolo degli uffici amministrativi ad una mera attività di esecuzione di decisioni già assunte in sede politica dal legislatore.

Lo stesso fenomeno dell'attribuzione del potere all'organo preventivamente individuato come competente ed il richiamo contestuale

del regime di responsabilità nel quale il pubblico ufficiale deve operare nel pubblico interesse concreto escludono qualsiasi dubbio sulla necessità di riconoscere negli uffici investiti del potere amministrativo, da parte del legislatore o per l'effetto di una fonte normativa secondaria delegata, la titolarità del potere discrezionale per la scelta migliore, più completa e ponderata tra i diversi interessi in gioco.

6. Ormai da tempo è la proporzionalità il criterio guida della discrezionalità amministrativa nel senso che, posto di fronte al fatto in relazione al quale si deve provvedere, il pubblico ufficio competente analizza in istruttoria la fattispecie reale, ivi rilevando la presenza di interessi pubblici, anche in potenziale contrasto reciproco (esproprio per costruzione di strada pubblica, incremento dell'occupazione operaia, offesa paesaggistica del percorso stradale e/o danno ambientale); insieme ad essi l'ufficio rileverà gli interessi privati, a principiari da quello del proprietario che non deve subire un esproprio per quantità di suolo maggiore del necessario ai lavori di costruzione per poi giungere agli interessi diversi comunque coinvolti nell'azione pubblica.

Ponderare nella conferenza di servizi le plurime situazioni può non portare ad una conclusione istruttoria legittima qualora non sia stato fatto ricorso, in quella fase, al principio di proporzionalità, che include ormai la ragionevolezza della valutazione amministrativa dei fatti e dei "dati" singoli per giustificare la conclusione meno onerosa nei confronti degli interessi dei privati più concretamente vantaggiosa, utile si direbbe meglio, per il pubblico interesse in concreto.

Fino al punto che, quasi a mo' di provocazione, non è mancato ancor di recente chi ha ritenuto che più che di motivazione della scelta discrezionale, si possa ormai favorire l'affermarsi di una prassi amministrativa tendente a valutare in base a specifiche dimostrazioni le proporzioni presenti nei diversi interessi coinvolti che, sempre nel rispetto di tale proporzionalità, consentano di pervenire alla decisione legittima trasfusa nel provvedimento (Stefano Cognetti).

La proposta scientifica interessa per la sottolineatura della professionalità che da criterio di valutazione/giudizio evolve –per gli uffici amministrativi– verso una regola generale di analisi valutativa di ogni confluenza di interessi diversi tutti meritevoli di considerazione.

Ma non sembra questo il momento per rinunciare al dichiarato esercizio della discrezionalità amministrativa pura, data la tendenza, sulla quale non è consentito soffermarsi, alla legificazione delle scelte di pubblica Amministrazione.

Il caso ha qualche precedente nella storia del diritto europeo: l'Austria *felix*, allo scopo di sveltire le procedure, approvò nel 2000 una legge che sopprimeva la necessità del provvedimento di aggiudicazione della gara ad evidenza pubblica, concludendo il procedimento a livello della verbalizzazione finale della gara stessa, con la proclamazione del vincitore.

La Commissione avvia una procedura di infrazione quindi il ricorso alla Corte del Lussemburgo sul riflesso che il provvedimento di aggiudicazione offre elementi di garanzia della legittimità in quanto deve recare la ricostruzione dei fatti rilevati nella fase istruttoria e motivare le conclusioni valutative facendo proprie quelle della Commissione di gara, sotto pena di annullamento del ricorso del candidato non vincitore.

Qualcuno commentò la sentenza parlando giustamente di Austria *infelix*.

Non molto diverso risulterebbe il caso dell'“abbreviazione” del procedimento, accontentandosi dell'espletamento di una valutazione rispettosa del principio di proporzionalità: anche in questo caso la pubblicazione dell'atto finale, quale sintesi motivata della valutazione discrezionale degli interessi in competizione, si rivela necessaria per consentire un livello di trasparenza e di conseguente legittimità anche formale assai utile per ogni valutazione critica o iniziativa contenziosa che manifesti contrarietà alle motivazioni e conclusioni esplicitate dall'Amministrazione.

Senza esercizio di discrezionalità non può pretendersi dall'ufficio amministrativo alcun risultato adeguato ed utile all'interesse pubblico concreto, né agli interessi secondari, anzitutto quelli dei cittadini coinvolti nei procedimenti: atti amministrativi vincolati rientrano nella responsabilità del legislatore introducendo talvolta anomalie nello sviluppo, voluto dalla Costituzione, della funzione amministrativa.

7. Il percorso della norma attributiva del potere alla pubblica Amministrazione ad uno solo o a plurimi suoi uffici (conserviamo il riferimento all'unità elementare dell'organizzazione amministrativa voluta dal Costituente) è all'origine del potere discrezionale della pubblica Amministrazione.

Una metafora che si deve al prof. Capaccioli esposta nel corso di un Convegno sul tema «Situazioni giuridiche soggettive e processo amministrativo», indetto dalla cattedra di Diritto amministrativo del prof. Pasquale Del Prete, tenutosi nell'Aula Moro della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari, ha riscosso ampi

consensi per poi sparire progressivamente dalla memoria di molti dopo la scomparsa del suo autore.

Vorrei concludere queste brevi considerazioni con il riferimento al fondamentale contributo offerto da un maestro.

L'ordinamento generale è rappresentato, nella metafora, dalla stella solare con i suoi molti raggi.

Questi illuminano una superficie terrestre facendo in tal modo risaltare oggetti e soggetti altrimenti invisibili. Si vedono case, giardini, laghi, strade, persone al lavoro e molte persone che parlano, uffici di politica istituzionale, di Giustizia, uffici amministrativi.

La metafora è quella del sole – ordinamento generale – che con i suoi raggi – la Costituzione, le leggi ordinarie – fa vivere in tutta la pianura persone, beni, attività che senza quella specifica illuminazione non si rivelerebbero e non vivrebbero, tranne nel caso di alcune torri sempre illuminate allusive ai principi fondamentali, ai diritti riconosciuti – come preesistenti alla Costituzione– come quelli della famiglia (a. 29), quello alla salute (a. 32), come la libertà personale (a. 13), al lavoro (a. 4) e i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (a. 2), ecc.

La vitalità che sulla pianura si manifesta con l'illuminazione solare diretta rappresenta nella metafora i numerosi diritti soggettivi che vivono in situazione di reciprocità o di antagonismo e che vengono illuminati direttamente dalla pluralità di raggi.

La seconda figura metaforica vede l'aggiunta di un prisma, che si interpone tra i raggi solari e la pianura.

Il prisma è un poliedro che presenta alcune caratteristiche: è fatto di cristallo bianchissimo, composto da una pluralità di facce convesse laterali che sostanziano un ciclo di parallelogrammi; infine il prisma ruota nello spazio e, quel che rileva, riceve i raggi dal sole e li riflette sulla pianura sottostante sulla quale quei raggi non possono arrivare direttamente.

Il prisma è la pubblica Amministrazione, ogni raggio di sole è la norma attributiva di potere (art. 97, comma terzo Cost.) che illumina una sola faccia del prisma (individuando una competenza), faccia che dall'ordinamento generale riceve il fine e l'attribuzione del potere per raggiungerlo.

Ma il prisma ruota indipendentemente dal raggio di sole e la faccia colpita dal raggio trasferisce sulla pianura la luce solare che l'ha investita:

quella che illuminerà la pianura, dunque non sarà la legge (il raggio di sole) ma un provvedimento (raggio di sole riflesso dal prisma sulla pianura).

Il raggio riflesso, visto che il prisma ruota, potrà illuminare la pianura con angolazioni diverse dovute alla velocità della rotazione: la rotazione e la sua velocità producono la riflessione della luce del sole – della norma attributiva – sulla realtà, sui soggetti, gli oggetti, gli interessi in gioco mediante un raggio, riflesso del sole, che dalla faccia rotante del prisma fuoriesce ed illumina a sua volta ciò che c'è sulla pianura, con le angolazioni, tuttavia, scelte dal prisma.

Dunque, la luce che promana dalle sue facce deve essere caratterizzata dagli stessi hertz della luce del sole che le ha raggiunte: discrezionalità nell'angolazione e nella rotazione della faccia illuminata, ma vincolo di legittimità nella qualità, rappresentato dalla stessa frequenza della luce del raggio solare che ha colpito il prisma e che, partendo da una delle sue facce, illumina – regola – i rapporti presenti nella pianura – legittimità dell'esercizio del potere –.

La metafora relativa alla rotazione delle facce del prisma ed alla loro angolazione esprime efficacemente la condizione dell'autorità amministrativa, che ha ricevuto l'attribuzione del potere di provvedere secondo lo spirito e meno tradizionalmente secondo il fine sia pur genericamente indicato dalla legge, come abbiamo visto, è la luce del sole che presenta una frequenza determinante perché è la stessa che deve sortire dalla faccia obliqua o piatta, veloce o lenta del prisma, faccia che si muove ma non può cedere ad altre facce la luce ricevuta perché, nel suo primo significato, quella luce illumina una competenza amministrativa.

Dunque, discrezionalità multiforme, ma vincolo nelle finalità che potrebbero definirsi “ultime” espresse dalla legge.

La conclusione comporta che il raggio di secondo grado, se risulti dotato di frequenza diversa da quella del primo raggio, la luce del sole, il canone, svelerebbe la nullità assoluta del provvedimento in quanto privo dell'attribuzione del potere da parte dell'ordinamento: l'amministrazione, trasformando la discrezionalità in arbitrio, ha preferito violare il confine del suo potere rappresentato dal provvedimento se quest'ultimo si manifesta come estraneo all'attribuzione non presentando il requisito fondamentale che ne legittima l'esercizio del potere.