NOMOS
Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale

MICHELE STANI*

LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA TRA EREDITÀ LIBERALE E RINASCITA REPUBBLICANA: TRASFORMAZIONI DI UN CONCETTO CARDINE NEL PASSAGGIO ALLA COSTITUZIONE DEL 1948**

Abstract [It]: Il presente contributo si propone di ricostruire le trasformazioni del concetto di discrezionalità amministrativa nel passaggio dall'ordinamento liberale e dall'ordinamento fascista alla Repubblica costituzionale del 1948. Muovendo dalla massima di Otto Mayer – «*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*» – il lavoro analizza le cause della continuità amministrativa nella discontinuità costituzionale, esaminando come le categorie elaborate dalla dottrina precostituzionale abbiano resistito ai nuovi principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., e ricostruendo il lento e non lineare processo di «costituzionalizzazione» della discrezionalità attraverso la valorizzazione del procedimento, l'espansione del sindacato giurisdizionale e l'affermarsi dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Abstract [En]: This paper aims to reconstruct the transformations undergone by the concept of administrative discretion in the transition from the liberal and fascist legal orders to the constitutional Republic of 1948. Starting from Otto Mayer's maxim – «*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*» – the work analyses the causes of administrative continuity amid constitutional discontinuity, examining how the categories elaborated by pre-constitutional doctrine withstood the new principles of impartiality and sound administration enshrined in Article 97 of the Italian Constitution, and reconstructing the slow and non-linear process of «constitutionalisation» of discretion through the enhancement of administrative procedure, the expansion of judicial review, and the emergence of the principles of reasonableness and proportionality.

Parole chiave: Discrezionalità amministrativa, Costituzionalizzazione, Stato liberale, Sindacato giurisdizionale, Imparzialità e buon andamento.

Keywords: Administrative discretion, Constitutionalisation, Liberal State, Judicial review, Impartiality and sound administration.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la massima di Otto Mayer come chiave di lettura. – 2. Alle origini del concetto: lo Stato liberale e la formazione della discrezionalità amministrativa. – 2.1. L'amministrazione tra Stato unitario e Stato interventista: un potere in cerca di teoria. – 2.2. La costruzione dottrinale: da Presutti a Giannini. – 3. La rottura costituzionale del 1948: i nuovi principi e la loro promessa. – 4. La resistenza del vecchio concetto: la «riserva di amministrazione» come strumento di continuità. – 5. Il lento processo di «costituzionalizzazione»: Giannini, il

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*. Testo, rivisto e corredato di note, della relazione tenuta nell'ambito dell'incontro del Coordinamento nazionale AIPDA dei dottorandi di ricerca in diritto amministrativo, svoltosi il 22 maggio 2026 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Sapienza, Università di Roma, sul tema: «Cause ed effetti della continuità dell'Amministrazione nella discontinuità costituzionale della Repubblica».

ISSN 2279-7238

procedimento e il sindacato sull'eccesso di potere. – 6. Conclusioni: gli effetti dell'asimmetria e una «costituzionalizzazione» incompiuta.

1. Introduzione: la massima di Otto Mayer come chiave di lettura

Nel 1923, mentre la Germania attraversava una delle fasi più convulse della sua storia repubblicana, Otto Mayer pronunciò quella che sarebbe diventata una delle massime più citate e più discusse dell'intera scienza giuridica continentale: «*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*»[1]. Il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta. Formulata in chiusura della terza edizione del suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, l'affermazione nasceva da una constatazione empirica: le grandi trasformazioni costituzionali – il collasso dell'Impero guglielmino, la nascita della Repubblica di Weimar – non avevano scalfito in modo apprezzabile le strutture profonde del diritto amministrativo tedesco, che aveva continuato a funzionare secondo categorie, istituti e logiche elaborate nel corso dei decenni precedenti.

La fortuna di questa massima non si è esaurita nel contesto in cui fu coniata. Essa ha dimostrato una straordinaria capacità di descrivere un fenomeno ricorrente nella storia degli ordinamenti contemporanei, cioè la tendenza degli apparati amministrativi a sopravvivere alle rotture costituzionali, a preservare le proprie strutture concettuali e operative anche quando il contesto politico e normativo in cui erano state generate viene radicalmente trasformato. È una tendenza che risponde a ragioni profonde, tanto pratiche quanto teoriche. Le organizzazioni burocratiche sviluppano logiche proprie di autoconservazione, il personale formato in un determinato contesto culturale continua ad applicare le categorie in cui è stato socializzato e le soluzioni giuridiche consolidate tendono a resistere per inerzia anche quando i presupposti che le avevano generate sono venuti meno[2].

L'esperienza italiana del secondo dopoguerra offre un banco di prova particolarmente significativo per verificare la tenuta e i limiti di questa massima. La Costituzione repubblicana del 1948 rappresentò, almeno nelle intenzioni dei suoi redattori, una rottura radicale con il ventennio fascista e, più in profondità, con il modello sabaudo dello Stato unitario centralizzato. Essa introdusse, progressivamente e con alterne fasi di accelerazione o di rallentamento, un ordinamento fondato sul pluralismo politico e istituzionale, sul riconoscimento dei diritti fondamentali, sull'autonomia degli enti locali e delle regioni, sulla partecipazione democratica dei cittadini alla vita pubblica. Sul piano dell'organizzazione e del funzionamento della pubblica amministrazione, i principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. proiettarono sull'intero apparato amministrativo un

[1] O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1924, Vorwort. La massima compare nella prefazione alla terza edizione, redatta nel 1923. Sul significato e la fortuna di questa affermazione nella dottrina europea, v. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2023, 393 ss.

[2] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 2020, in particolare il cap. V dedicato all'amministrazione tra guerra e dopoguerra (1943-1978), ove si ricostruisce analiticamente la persistenza delle strutture burocratiche attraverso il mutamento costituzionale.

nuovo modo di operare. Non più l'efficienza al servizio del potere esecutivo, ma la garanzia dei diritti dei cittadini e la cura imparziale dell'interesse pubblico in un ordinamento democratico[3].

Eppure, l'amministrazione pubblica italiana del secondo dopoguerra non si trasformò di colpo. Gli apparati burocratici continuarono a funzionare secondo schemi organizzativi, categorie concettuali e prassi operative che affondavano le radici nel periodo prefascista e che il ventennio aveva cristallizzato senza stravolgere. Il personale era lo stesso, le norme spesso le stesse, e – ciò che più rileva ai fini del presente contributo – le categorie dogmatiche elaborate dalla scienza giuridica erano le stesse[4]. Tra queste ultime, nessuna più della discrezionalità amministrativa consente di misurare con precisione la distanza tra la promessa costituzionale e la realtà dell'amministrazione repubblicana nei suoi primi decenni di vita.

La discrezionalità amministrativa è, per sua natura, il concetto che più di ogni altro esprime il rapporto tra legge e amministrazione, tra controllo democratico e spazio di autonomia dell'apparato esecutivo e, in definitiva, tra potere pubblico e cittadino. È, come è stato da ultimo efficacemente osservato, l'essenza stessa del diritto amministrativo, il punto in cui si misura la qualità democratica di un ordinamento[5]: uno Stato autoritario tende a configurare la discrezionalità come uno spazio insindacabile di potere, sottratto tanto al controllo giurisdizionale quanto alla partecipazione dei privati; uno Stato democratico e costituzionale tende invece a ricondurla entro i binari della legalità sostanziale, della ragionevolezza, dell'imparzialità, rendendola progressivamente sindacabile e trasparente[6]. Il passaggio dalla monarchia fascista alla Repubblica costituzionale avrebbe dunque dovuto produrre – e in parte produsse, ma con tempi e modi assai più lenti di quanto il testo costituzionale lasciasse presagire – una profonda trasformazione di questo concetto.

Alla luce di quanto finora accennato, il presente contributo si propone di ricostruire, con approccio storico-ricostruttivo, le tappe di questa trasformazione. Dalle origini ottocentesche del concetto, attraverso la sua elaborazione dottrinale nel passaggio tra Stato liberale e Stato fascista, fino alla lenta e non sempre lineare «costituzionalizzazione» che ha caratterizzato i primi decenni della Repubblica. L'obiettivo non è soltanto storiografico. Comprendere le ragioni della continuità, e i costi che essa ha prodotto sul piano della

[3] Sul significato dei principi di imparzialità e buon andamento come fondamento costituzionale dell'azione amministrativa, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970; nonché, per una prospettiva storica, A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2025.

[4] C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, in *Il Diritto Amministrativo*, ISSN 2039-6937, 1 ss., ove si osserva che «nel secolo scorso, quando in Italia vigeva lo Stato-totalitario, l'attività della PA non era sottoposta a limiti e al giudice amministrativo non era riconosciuto il potere di pronunciarsi sulle scelte della PA», con la conseguenza che le categorie elaborate in quel contesto hanno continuato a operare anche dopo la transizione repubblicana.

[5] L'osservazione è di C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 1, secondo cui l'analisi della discrezionalità «coinvolge le questioni fondamentali di tutto il diritto amministrativo» e «rappresenta l'essenza stessa del diritto amministrativo, in quanto è esemplificativa di una questione essenziale, quella del rapporto fra Stato-potere e cittadini».

[6] A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2 ss., ove si sottolinea la «storicità della nozione di discrezionalità», intesa come concetto che «sintetizza, come pochi altri, la posizione assunta dagli apparati amministrativi nell'attuazione delle politiche pubbliche prestabilite dal legislatore», e che «ogni riflessione sulla discrezionalità non può essere avulsa dal contesto istituzionale di riferimento».

garanzia dei diritti dei cittadini, consente di illuminare alcune tensioni che ancora attraversano il diritto amministrativo contemporaneo e che dimostrano come la massima di Otto Mayer, a distanza di un secolo, non abbia ancora esaurito la sua capacità di interrogare la scienza giuridica[7].

2. Alle origini del concetto: lo Stato liberale e la formazione della discrezionalità amministrativa

2.1. L'amministrazione tra Stato unitario e Stato interventista: un potere in cerca di teoria

La discrezionalità amministrativa non nasce come categoria giuridica consapevolmente elaborata. Essa emerse, piuttosto, come dato di fatto, come lo spazio inevitabile che ogni ordinamento lascia all'amministrazione quando la legge non può regolare tutto in anticipo, e solo progressivamente divenne oggetto di riflessione sistematica da parte della scienza giuridica. Comprendere le origini di questo processo è indispensabile per valutare quanto profonda fosse la continuità concettuale che la Costituzione del 1948 si trovò ad affrontare.

Alle origini del sistema amministrativo moderno, l'esigenza di specializzazione dell'apparato pubblico condusse innanzitutto a sottrarre alcune controversie alla cognizione dei tribunali ordinari, affidandole al sistema del contenzioso amministrativo. Questa tendenza emerse ben presto già nella Francia rivoluzionaria e napoleonica. Giudici e amministratori furono collocati «sullo stesso piano e dotati di una pari dignità», con esclusione di qualsiasi possibilità di interferenza reciproca[8]. La funzione amministrativa si sdoppiò: in quanto «pura», si avvicinava alla libertà del legislatore; in quanto «contenziosa», poiché astretta da vincoli legislativi, si avvicinava alla potestà giurisdizionale[9]. È in questo contesto che la discrezionalità cominciò a definire, sia pure in termini negativi e residuali, lo spazio dell'amministrazione pura; quell'area non coperta da previsioni legislative che per ciò stesso risultava sottratta al controllo giurisdizionale[10].

In Italia, questo impianto rimase sostanzialmente inalterato dopo l'unificazione. Il modello centralistico di stampo napoleonico, importato attraverso l'ordinamento piemontese e progressivamente esteso all'intera penisola, fondava la propria logica sulla

[7] In questo senso, per le persistenti tensioni tra continuità amministrativa e discontinuità costituzionale nel diritto amministrativo contemporaneo, v. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. XIV, 69 ss., ove si osserva come il dibattito sulla natura e i limiti della discrezionalità sia tuttora aperto e investa le questioni più profonde del rapporto tra legge, amministrazione e giudice.

[8] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 243, citati da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2023, § 1.

[9] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 297, citati da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 1.

[10] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 299, citati da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 1; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4ª ed., Il Mulino, Bologna, 1994, 56, citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 1; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000, 35, citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 1.

netta separazione tra la sfera dell'amministrazione e quella della giurisdizione[11]. Nel dibattito che condusse all'abolizione del contenzioso amministrativo nel 1865, era ben presente agli stessi esponenti liberali l'obiettivo di salvaguardare la libertà dell'amministrazione dagli altri poteri dello Stato. I sostenitori della giurisdizione unica, invocando la separazione dei poteri, non si fermavano al profilo per cui il giudice dovesse essere separato dall'amministrazione, ma mettevano in luce anche il profilo inverso, «secondo il quale l'amministrazione dovesse essere "separata" dalla giurisdizione e cioè sottratta da essa»[12]. La discrezionalità diventava così il discrimine tra amministrazione pura e amministrazione contenziosa, finendo per corrispondere, nelle elaborazioni del tempo, all'autonomia privata di stampo civilistico: «l'area dell'irrilevante giuridico, preclusa tanto al sindacato del giudice quanto all'esplorazione della dottrina»[13].

L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, avvenuta con la legge del 31 marzo 1889 n. 5992, sembrò in un primo momento destinata a rompere questo schema. Silvio Spaventa, che aveva fortemente sostenuto la riforma, la motivò con l'obiettivo di sottoporre al controllo giurisdizionale «il potere discrezionale dell'amministrazione»[14]. Ma la realtà si rivelò ben più prudente delle intenzioni. L'istituzione della IV Sezione non costituì «una frattura rivoluzionaria» bensì «il logico perfezionamento della tutela di quegli interessi che la legge del 1865 aveva privato delle garanzie assicurate dai tribunali del contenzioso», attraverso l'attribuzione della cognizione a un "corpo deliberante" rigorosamente inserito nella sfera dell'esecutivo»[15]. Il potere discrezionale continuava ad appartenere «alla gelosa autonomia dell'apparato», e l'interesse del singolo era solo un'occasione per attivare un controllo pubblico nell'interesse dell'ordinamento oggettivo, non una tutela soggettiva piena[16]. Fu la debolezza intrinseca di questo sistema di giustizia amministrativa a garantire la "tenuta" del principio di separazione dei poteri rispetto alle crescenti esigenze di legalità sostanziale[17]. Lo Stato liberale era insieme Stato amministrativo e Stato costituzionale, e i due profili erano tenuti insieme proprio dalla separazione dei poteri, la quale «distacca e isola la legge dall'amministrazione e dalla giurisdizione, ma contemporaneamente fa dell'amministrazione una entità e una attività a sé rispetto alla legislazione e alla giurisdizione»[18].

Con il passaggio allo Stato interventista del primo Novecento, questo equilibrio venne sottoposto a tensioni crescenti. L'avvento dello Stato pluriclasse coincise con un processo di consolidamento e rafforzamento del protagonismo dell'amministrazione nello spazio

[11] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., cap. I-II.

[12] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 59.

[13] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 299.

[14] S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato* (1890), ora in ID., *La giustizia nell'amministrazione*, Einaudi, Torino, 1949, 101.

[15] B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 1985, 195.

[16] Ibid., 208 ss. Da tale riflessione si svilupperà poi l'evoluzione del concetto di interesse legittimo per come lo si intende oggi.

[17] M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico* (1975), ora in ID., *Scritti giuridici*, t. II, Giuffrè, Milano, 884 ss.

[18] Ibid., 886 ss.

pubblico, anche e soprattutto a scapito del Parlamento[19]. Venendo meno il presupposto della rigida separazione tra Stato, società e mercato, l'amministrazione non poteva più essere concepita come semplice esecutrice del diritto obiettivo. Su di essa venivano traslati «sempre maggiori poteri valutativi e di scelta, spesso di natura generale o consistenti nell'esercizio di poteri normativi o regolatori»[20]. La risposta delle istituzioni alla crescente complessità sociale necessitava di flessibilità e capacità di adattamento alle circostanze concrete, esigenze che andavano «nella direzione della non completa "predeterminabilità" delle decisioni pubbliche da parte della legge»[21].

In questo contesto la discrezionalità subì una profonda trasformazione qualitativa. Da spazio residuale e negativo, definito per sottrazione rispetto alla legge, divenne il simbolo stesso dell'azione amministrativa, «della capacità della pubblica amministrazione di realizzare una interpretazione più "intima" della volontà legislativa, interdetta all'autorità giudiziaria»[22]. La forte specializzazione professionale della burocrazia rafforzò il peso dei corpi burocratici e la loro autonomia dalla politica[23], alimentando quel rischio che Weber aveva lucidamente descritto come l'"impossessamento" della politica da parte dei burocrati, in virtù della superiore preparazione dei secondi e del principio di continuità professionale che li caratterizza»[24]. Il Novecento si apprestava a essere «il secolo dell'amministrazione»[25] – e con esso la discrezionalità cessava di essere un problema teorico marginale per diventare la questione centrale del diritto pubblico moderno.

2.2. La costruzione dottrinale: da Presutti a Giannini

È in questo clima che matura la prima elaborazione sistematica della discrezionalità amministrativa come categoria giuridica autonoma. Tra i contributi più significativi del periodo spicca quello di Enrico Presutti, che agli inizi del Novecento elaborò una distinzione destinata a rivelarsi straordinariamente feconda, ovvero quella tra discrezionalità amministrativa in senso proprio e discrezionalità tecnica[26]. Prima di Presutti, la dottrina

[19] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3, con rimando a G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, 66 e 70.

[20] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3, con rimando a G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., 63.

[21] R. POUND, *Administrative Application of Legal Standard*, in *Proceedings of the Section of Public Utility*, 42 Annual Report of the American Bar Association, 1919, 452 ss., citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 192, citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3.

[22] B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., 299, citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 2; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981, 75 ss., citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 2.

[23] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3.

[24] M. WEBER, *Parlamento e governo* (1919), Laterza, Roma-Bari, 62.

[25] R. POUND, *Administrative Application of Legal Standard*, cit., 445 ss.

[26] E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910, 44 ss.; ID., *I limiti del sindacato di legittimità*, Società Editrice Libraria, Milano, 1911. Sul pensiero di Presutti v. C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 4 ss.

italiana trattava la discrezionalità come un concetto unitario, all'interno del quale convivevano indistintamente la libertà di scelta tra opzioni politicamente equivalenti e la valutazione di fatti e presupposti che richiedevano competenze tecnico-specialistiche. Presutti fu il primo a rilevare la radicale eterogeneità delle due figure. Infatti, mentre nella discrezionalità amministrativa la pubblica amministrazione compie un vero e proprio bilanciamento tra interessi, scegliendo liberamente tra più soluzioni ugualmente legittime, nella discrezionalità tecnica essa si limita invece all'applicazione di regole tecnico-professionali, senza che residui un autentico spazio di scelta[27].

Cruciale, ai fini del presente contributo, è tuttavia un altro aspetto del pensiero di Presutti, che ne fa un anticipatore involontario delle trasformazioni che solo la Costituzione del 1948 avrebbe reso possibili. Presutti sostenne l'insindacabilità della discrezionalità tecnica, ma non per ragioni ontologiche o strutturali, bensì per ragioni meramente storico-contingentali[28]. L'insindacabilità non derivava dalla natura intrinseca del concetto, ma dalla forma di Stato autoritaria di quel tempo e dalla posizione di supremazia che la pubblica amministrazione vantava rispetto al cittadino. Ne conseguiva implicitamente che con il mutare della forma di Stato quella insindacabilità avrebbe dovuto venir meno. Era, come è stato osservato, un'intuizione a tempo, destinata a superarsi con l'evoluzione degli ordinamenti verso il modello liberal-democratico[29].

Nel frattempo, la dottrina più conservatrice procedeva in direzione opposta, elevando la discrezionalità a «libertà originaria» dell'amministrazione. Ranelletti aveva affermato che, in assenza di un limite certo imposto dalla legge, l'autorità «deve poter agire liberamente nell'interesse pubblico, perché ciò è nella sua funzione, è il compito della sua esistenza»[30], e che attraverso la discrezionalità l'amministrazione agisce liberamente per «determinare il bene pubblico per ragioni di convenienza»[31]. La discrezionalità non era più spazio residuale lasciato dalla legge, ma espressione di una libertà originaria dell'amministrazione, sottratta al giudice non per scelta legislativa ma per sua natura intrinseca. Essa era divenuta ormai «una linea di confine che pur nella sua mobilità assicura la concomitante espressione della libertà del cittadino e della libertà dell'amministrazione»[32].

La vera svolta sistematica arrivò con Massimo Severo Giannini, la cui opera del 1939 rappresenta il momento fondativo della moderna teoria della discrezionalità nell'ordinamento italiano[33]. Giannini costruisce una nozione con forti basi giuridiche,

---

[27] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, 12 ss.; C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 4-5.

[28] E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 16 e 62; C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 5.

[29] C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 5.

[30] O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, I, Jovene, Napoli, 1992, 202 ss.

[31] Ibid.

[32] B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., 337.

[33] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit. Sul significato fondativo di quest'opera v. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto*

affermando come la discrezionalità consista nella comparazione di interessi pubblici plurali, attività che esprime una dimensione politica ma non è libera, perché sempre subordinata alla legge. Essa non è arbitrio né semplice residuo della legge, ma piuttosto è la ponderazione comparativa tra un interesse pubblico primario e una pluralità di interessi secondari, pubblici e privati, che l'amministrazione è tenuta a considerare nell'esercizio del potere[34]. In questo modo Giannini separa definitivamente la discrezionalità dal merito amministrativo in senso stretto – spazio della pura opportunità politica non suscettibile di alcun controllo – e la riconduce entro i confini della giuridicità, aprendo la strada alla sua progressiva sottoposizione al sindacato giurisdizionale.

Sul fronte della stretta legalità, nel frattempo, si affermavano indirizzi che spingevano in direzione opposta rispetto alla tradizione della discrezionalità come libertà originaria. Nella prospettiva kelseniana, l'amministrazione doveva essere pienamente sottoposta alla legge, essendole affidata una funzione non già di produzione ma di mera applicazione del diritto[35]. In Italia, simili prospettive trovarono eco nelle tesi di Zanobini, il quale valorizzò la dimensione normativa della discrezionalità riconducendola all'attuazione dell'interesse pubblico fissato dalla legge[36]. Erano questi i prodromi di quella «giuridicizzazione» della discrezionalità che la teoria gianniniana avrebbe portato a compimento, e che la Costituzione del 1948 avrebbe dovuto, almeno nelle intenzioni, tradurre in realtà istituzionale.

Tuttavia, Giannini elabora la sua teoria in un contesto storico preciso, quello dello Stato fascista, in cui l'espansione delle funzioni amministrative procede di pari passo con la compressione delle garanzie individuali e con il consolidamento della «riserva di amministrazione» come principio di sistema[37]. La scienza giuridica elabora categorie raffinate, ma lo fa all'interno di un ordinamento che non prevede né una Costituzione rigida né una Corte costituzionale, e in cui i principi di imparzialità e buon andamento non hanno ancora il rango di norme giuridiche vincolanti. La discrezionalità gianniniana è dunque una categoria che nasce giuridicamente avanzata ma politicamente compressa. Possiede già gli strumenti concettuali per una democratizzazione che il contesto storico non consente ancora di realizzare. Sarà compito della Costituzione, e della lenta, faticosa opera di costituzionalizzazione che ne seguì, portare a compimento ciò che la dottrina aveva solo elaborato in nuce.

---

pubblico, n. 4/2000, 1045 ss., richiamato da C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 4, nota 14.

[34] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit.; A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, cit.

[35] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2021, 346.

[36] G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1924, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 205 ss.

[37] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 2; C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 7-8.

3. La rottura costituzionale del 1948: i nuovi principi e la loro promessa

La Costituzione repubblicana del 1948 non fu soltanto un cambio di regime politico. Essa rappresentò – almeno nelle intenzioni dei suoi redattori – una ridefinizione profonda del rapporto tra potere pubblico e cittadino, tra amministrazione e ordinamento democratico. Sul piano del diritto amministrativo, questa ridefinizione si condensava in una serie di principi che per la prima volta assumevano il rango di norme costituzionali vincolanti. I principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., le garanzie di tutela giurisdizionale degli artt. 24, 103 e 113 Cost., il principio di legalità sostanziale che permeava l'intero impianto della Carta. Erano principi che, almeno sulla carta, avrebbero dovuto trasformare radicalmente il modo in cui l'amministrazione esercitava il proprio potere discrezionale: non più libertà originaria dell'apparato, non più spazio sottratto per sua natura al controllo giurisdizionale, ma funzione orientata all'imparzialità, vincolata alla legalità, aperta alla verifica democratica[38].

La portata innovativa di questi principi fu colta con lucidità da alcuni dei protagonisti del dibattito costituente. Costantino Mortati, in seno alla II Sottocommissione dell'Assemblea costituente, aveva espresso con chiarezza l'obiettivo sotteso alle disposizioni costituzionali sull'amministrazione: «garantire una certa indipendenza ai funzionari» dalla politica, al fine di «avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti»[39]. Era un'affermazione che, nella sua apparente semplicità, conteneva una rottura profonda rispetto al modello precedente. D'ora in avanti, l'amministrazione non avrebbe più dovuto essere lo strumento del potere politico contingente, ma una funzione oggettiva al servizio dell'interesse pubblico, disciplinata da principi giuridici vincolanti e non dalla discrezionalità incontrollata dell'apparato.

Sul piano dottrinale, il principio di imparzialità cominciò presto a essere analizzato nella sua portata innovativa per il diritto amministrativo. Come ha ricostruito la letteratura dell'epoca, l'imparzialità non era semplicemente un canone etico di comportamento dei funzionari, ma un principio giuridico destinato a «oggettivizzare» l'attività dei pubblici poteri[40]. Esso imponeva che le scelte discrezionali dell'amministrazione fossero orientate non dall'interesse dell'apparato o del partito di governo, ma dall'interesse pubblico oggettivamente determinato attraverso una ponderazione imparziale di tutti gli interessi in gioco. In questa prospettiva, l'imparzialità si saldava con il principio di buon andamento per delineare un modello di amministrazione radicalmente diverso da quello ereditato dallo Stato liberale e fascista, dando vita a un'amministrazione che doveva rendere conto delle

[38] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3, ove si descrive la «crescente attenzione allo statuto costituzionale dell'amministrazione» e la centralità dei principi di legalità e giustiziabilità degli atti amministrativi (artt. 24, 103 e 113 Cost.).

[39] C. MORTATI, intervento in Assemblea costituente, II Sottocommissione, Sez. I, 14 gennaio 1947, 123.

[40] P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova, IV, 1958, 30 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1973; S. CASSESE, *Imparzialità e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1973.

proprie scelte, che non poteva rifugiarsi nell'insindacabilità del merito, che era tenuta a motivare e a giustificare l'esercizio del potere discrezionale[41].

Come è stato ricordato, la nozione di legittimità, evolutasi negli anni con il contributo di dottrina e giurisprudenza, non si esaurisce certo nella mera legalità formale, ma si integra con i principi di buona amministrazione, logicità, ragionevolezza, economicità, imparzialità e buon andamento[42]. L'art. 97 Cost. diventava così non solo il fondamento dell'azione amministrativa, ma anche – attraverso la nozione di legittimità così arricchita – il parametro del controllo giurisdizionale. Era la via attraverso la quale accorciare progressivamente la distanza tra legittimità e merito; una distanza non fissa ma relativa, soggetta a continua revisione da parte del giudice, specchio del modo in cui i rapporti tra poteri pubblici si modificano nel tempo[43]. La promessa costituzionale del 1948 si traduceva così in un programma aperto – non una rottura istantanea, ma un processo evolutivo destinato a svilupparsi nei decenni successivi.

Altrettanto rilevante fu la portata delle disposizioni costituzionali sulla tutela giurisdizionale. Gli artt. 24, 103 e 113 Cost. sancirono il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, sottoponendo l'intera attività amministrativa, senza eccezioni, al controllo dei giudici[44]. Era la fine, almeno sul piano dei principi, di quella «riserva di amministrazione» che aveva per decenni sottratto lo spazio della discrezionalità a qualsiasi forma di sindacato esterno. La Costituzione disegnava un ordinamento in cui il cittadino non era più suddito esposto all'arbitrio del potere, ma titolare di posizioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi a un giudice indipendente. Sul piano della legalità sostanziale, infine, la Carta imponeva che l'azione amministrativa non si limitasse al rispetto formale delle norme attributive del potere, ma fosse orientata ai valori e ai principi dell'ordinamento democratico[45].

Eppure, tra la promessa costituzionale e la realtà dell'amministrazione repubblicana si aprì fin da subito uno iato profondo. La dottrina amministrativistica dell'epoca accolse il mutamento costituzionale con un'inerzia culturale che oggi appare sorprendente. La teoria gianniniana della discrezionalità – che pure conteneva gli strumenti concettuali per una piena democratizzazione dell'agire amministrativo – rimase poco considerata fino agli anni Cinquanta, e venne accolta soprattutto nel contesto del nuovo interventismo in campo economico, non come strumento di garanzia dei diritti dei cittadini[46]. La tendenza dominante degli amministrativisti continuò a essere quella di mettersi «sempre e comunque

---

[41] L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1974, 176 ss., per l'esigenza di indirizzare «in senso democratico» l'attività amministrativa attraverso la legalità sostanziale.

[42] P. CHIRULLI, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada Bartoli*, in F. FRANCARIO - M.A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, in *Studi di giustizia amministrativa*, 2023, 239-240.

[43] Ibid., 237-238.

[44] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962; M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, 1970, 229 ss.

[45] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3, con rimando a Corte cost., sent. n. 150/1982, che afferma la legalità in «chiave sostanziale».

[46] M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini (1939-1950)*, Giuffrè, Milano, 2012, 167 ss.

dal punto di vista del singolo dinanzi al potere dell'amministrazione», intendendo l'avanzamento della tutela individuale come progresso verso la civiltà giuridica[47] – ma senza che questo si traducesse in una effettiva messa in discussione dello spazio di insindacabilità della discrezionalità. Il vecchio modello resisteva, alimentato da categorie concettuali elaborate in un contesto autoritario e da una giurisprudenza amministrativa che continuava a fare della «riserva di amministrazione» il proprio punto di riferimento.

Fu la giurisprudenza della Corte costituzionale, più che la dottrina, a imprimere le prime accelerazioni significative al processo di costituzionalizzazione dell'amministrazione. Con la sentenza n. 44 del 30 aprile 1968, la Corte valorizzò l'art. 24 Cost. ai fini del necessario assoggettamento di tutti gli atti dell'ordinamento a forme di controllo giurisdizionale, estendendo in modo decisivo l'ambito del sindacato sui provvedimenti amministrativi[48]. Con la sentenza n. 150 del 9 luglio 1982, la Corte affermò il principio di legalità in chiave sostanziale, sancendo che il rispetto della legge da parte dell'amministrazione non poteva limitarsi alla sua dimensione formale ma doveva investire i valori e i principi dell'ordinamento costituzionale[49]. Erano tappe fondamentali di un percorso che avrebbe portato, nel secondo Novecento, al progressivo trionfo della legalità sull'autonomia dell'apparato, ma che si sviluppò con una lentezza che confermava, ancora una volta, la forza di inerzia delle strutture concettuali ereditate dal passato.

Il quadro che emerse fu, dunque, quello di una promessa costituzionale solo parzialmente mantenuta. La Carta costituzionale aveva, infatti, disegnato un'amministrazione orientata all'imparzialità e al buon andamento, vincolata alla legalità sostanziale, aperta al controllo giurisdizionale. Ma gli apparati continuavano a funzionare secondo categorie elaborate in un contesto autoritario, e la discrezionalità restava nella sostanza uno spazio di autonomia sottratto al controllo, nonostante i nuovi principi costituzionali. Era l'eterometria, cioè la distanza tra il disegno costituzionale e la realtà amministrativa, che i decenni successivi avrebbero dovuto progressivamente colmare, attraverso un processo di costituzionalizzazione lento, non lineare e ancora oggi incompiuto in alcuni suoi aspetti fondamentali[50].

4. La resistenza del vecchio concetto: la «riserva di amministrazione» come strumento di continuità

La Costituzione del 1948 aveva disegnato un'amministrazione nuova. Ma tra il disegno costituzionale e la realtà degli apparati si aprì, nei primi decenni della Repubblica, uno iato

[47] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Diritto pubblico*, 2009, 777, ove si osserva come la tendenza dominante degli amministrativisti a privilegiare la tutela individuale rispetto all'efficacia dell'azione amministrativa costituisca «l'ideologia assolutamente dominante dell'intera parabola del diritto amministrativo».

[48] Corte cost., sent. n. 44/1968.

[49] Corte cost., sent. n. 150/1982.

[50] Per questa tensione irrisolta tra continuità amministrativa e discontinuità costituzionale, v. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., cap. V, dedicato all'amministrazione tra guerra e dopoguerra (1943-1978).

che la sola forza normativa dei principi costituzionali non era in grado di colmare. La discrezionalità amministrativa – quel «rebus» che Mario Nigro aveva descritto come una condizione a un tempo di libertà e di vincolo[51] – continuò a essere esercitata secondo logiche e categorie elaborate in un contesto radicalmente diverso da quello repubblicano. La continuità non era accidentale ma strutturale. Come ha osservato Morbidelli, la discrezionalità costituisce un'invariante dell'agire amministrativo, uno spazio di cui l'ordinamento non può fare a meno perché la legge non può prevedere in via generale e astratta «la frastagliatissima realtà degli episodi, delle contingenze e delle situazioni che via via richiedono misure e interventi da parte dell'autorità amministrativa»[52]. Proprio questa necessità strutturale della discrezionalità rendeva possibile, e forse inevitabile, la sopravvivenza delle categorie precostituzionali. Non potendo eliminare lo spazio discrezionale, infatti, occorreva ridefinirlo alla luce dei nuovi principi costituzionali, ma tale ridefinizione si rivelò assai più lenta e faticosa di quanto il testo della Carta lasciasse presagire.

Il principale strumento di questa resistenza fu il principio della «riserva di amministrazione», ovvero l'idea, consolidata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato fin dall'epoca liberale, che lo spazio della discrezionalità appartenesse per sua stessa natura all'apparato amministrativo e non potesse essere intaccato dal giudice, se non nei casi di manifesta illogicità o di errore di fatto. Come già si è detto in precedenza, questo principio non derivava da una necessità ontologica del concetto di discrezionalità, ma era figlio di contingenze storiche precise – della forma di Stato autoritaria, della posizione di supremazia che la pubblica amministrazione vantava rispetto al cittadino[53]. Eppure, esso sopravvisse alla transizione repubblicana, continuando ad alimentare una giurisprudenza amministrativa che faticava a fare propri i nuovi valori costituzionali.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato nei primi decenni della Repubblica offre una testimonianza eloquente di questa resistenza. Il sindacato sugli atti discrezionali restò a lungo confinato al controllo estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione. Al giudice era consentito verificare la contraddittorietà motivazionale, l'irragionevolezza manifesta del giudizio, l'erroneità dei presupposti fattuali, ma non spingersi fino a una valutazione intrinseca della correttezza delle scelte compiute[54]. La discrezionalità tecnica, in particolare, continuava a essere sostanzialmente assimilata al merito insindacabile. Il giudice si riteneva privo della competenza necessaria per sindacare valutazioni tecnico-

[51] M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, 3ª ed., a cura di G. AMATO - A. BARBERA, Il Mulino, Bologna, 1991, 713, citato da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, n. 1/2021, 11.

[52] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 13, con rimando a G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1999, 126 ss., e a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993, 54.

[53] C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 5, ove si osserva che l'insindacabilità sostenuta da Presutti derivava «dalle manifestazioni dello Stato autoritario di quel tempo» e non da ragioni strutturali-ontologiche.

[54] C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 7-8; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 4.2, ove si descrive la persistenza di un controllo «estrinseco di manifesta irragionevolezza» anche nei casi in cui il giudice afferma di voler esercitare un sindacato intrinseco.

specialistiche, e questa limitazione – che Presutti aveva giustificato con ragioni storico-contingentali destinate a venir meno con l'evoluzione della forma di Stato – persisteva ben oltre il momento in cui quelle ragioni avrebbero dovuto esaurirsi[55].

Sul piano dottrinale, la tensione tra il vecchio concetto e i nuovi principi costituzionali fu avvertita con chiarezza, ma non sempre tradotta in proposte di effettiva trasformazione. Il nodo più difficile da sciogliere era quello della necessità di coniugare l'art. 95 Cost. – secondo cui il Presidente del Consiglio dei ministri mantiene l'unità di indirizzo politico-amministrativo e i ministri sono responsabili degli atti dei loro dicasteri – con l'art. 97 Cost., relativo all'imparzialità dell'amministrazione[56]. Si trattava di conciliare due modelli di amministrazione ricavabili dalla Costituzione. L'amministrazione «servente» del potere politico e l'amministrazione «autocefala», orientata all'interesse pubblico oggettivo. La tensione tra questi due modelli era reale e profonda, e la sua mancata risoluzione alimentava quella continuità tra vecchio e nuovo ordinamento che è il problema centrale del presente contributo.

Il rischio che questa tensione irrisolta produceva era stato lucidamente identificato già dai protagonisti del dibattito costituente. Mortati aveva avvertito l'esigenza di garantire una certa indipendenza ai funzionari dalla politica, per evitare che si affermasse «un'amministrazione dei partiti» in luogo di «un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica»[57]. Ma la realtà dei primi decenni repubblicani andò in direzione opposta. Nigro avrebbe parlato di «dominanza totale e continua della politica sull'amministrazione»[58], e Allegretti avrebbe qualificato l'eliminazione della politicità indotta in sede di amministrazione come «uno dei più ardui e drammatici problemi dello Stato contemporaneo»[59]. L'imparzialità, che la Costituzione aveva elevato a principio fondamentale dell'agire amministrativo, faticava a tradursi in realtà istituzionale concreta, e ciò in quanto la discrezionalità continuava a essere esercitata in un contesto in cui il confine tra scelta tecnico-giuridica e scelta politica era sistematicamente offuscato.

A complicare ulteriormente il quadro concorreva la struttura stessa del concetto di discrezionalità quale era stato elaborato dalla dottrina precostituzionale. La nozione gianniniana – la discrezionalità come ponderazione comparativa tra interessi pubblici primari e secondari – era una categoria giuridicamente raffinata, ma nella sua applicazione pratica lasciava all'amministrazione un margine di apprezzamento che i principi costituzionali non erano ancora in grado di disciplinare compiutamente. Come ha osservato Cassese, sintetizzando il significato della teoria di Giannini, all'amministrazione «in ultima istanza, spettava il compito di stabilire quale interesse pubblico canonizzato dovesse

[55] C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 7, con riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato fino agli anni Novanta; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 16 e 62.

[56] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 25, con rimando a M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, ora in *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1948.

[57] C. MORTATI, intervento in Assemblea costituente, II Sottocommissione, Sez. I, 14 gennaio 1947, cit., 123.

[58] M. NIGRO, *Le riforme amministrative a quattro anni dal Rapporto Giannini*, in *Le Regioni*, 1984, 642 ss.

[59] U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 22, citato da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 27.

prevalere»[60]. Era una libertà che i nuovi principi costituzionali avrebbero dovuto orientare e vincolare, ma che nella pratica continuava a essere esercitata secondo logiche ereditate dal passato.

Il processo di erosione della «riserva di amministrazione» fu lento e non lineare. Sul piano normativo, esso prese avvio con le grandi riforme degli anni Novanta – su tutte, la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, il decreto legislativo n. 29 del 1993 sulla separazione tra politica e amministrazione – che introdussero nuovi strumenti di disciplina e controllo della discrezionalità[61]. Dal punto di vista giurisprudenziale, la svolta decisiva arrivò con la sentenza n. 601 del 1999 del Consiglio di Stato che, per la prima volta, sancì la sindacabilità intrinseca delle valutazioni tecnico-discrezionali, superando definitivamente l'equazione tra discrezionalità tecnica e merito insindacabile[62]. Infine, sul piano dottrinale, fu l'affermarsi dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, in parte di derivazione europea, a fornire gli strumenti di scrutinio attraverso cui l'area della legittimità si espanse progressivamente a scapito dello spazio tradizionalmente riservato al merito[63].

Ma questa erosione, per quanto significativa, non equivalse a una piena costituzionalizzazione della discrezionalità. Lo spazio del merito amministrativo – quella dimensione politica della scelta che Giannini aveva tenuto distinta dalla discrezionalità in senso tecnico – continuò a resistere, ridimensionato ma non eliminato. E la domanda su cui i princìpi costituzionali poggiavano fin dal 1948 – come garantire che l'esercizio della discrezionalità fosse orientato all'imparzialità e al buon andamento piuttosto che agli interessi dell'apparato o del partito di governo – restò a lungo senza una risposta pienamente soddisfacente. Era la conferma, ancora una volta, della massima di Otto Mayer: il diritto costituzionale era passato, ma il diritto amministrativo resisteva.

5. Il lento processo di «costituzionalizzazione»: Giannini, il procedimento e il sindacato sull'eccesso di potere

Come già ricordato, il processo attraverso cui la discrezionalità amministrativa si è progressivamente «costituzionalizzata», vale a dire il percorso che ha portato a ricondurre l'esercizio del potere discrezionale entro i principi di imparzialità, ragionevolezza e legalità sostanziale sanciti dalla Carta repubblicana, non fu né rapido né lineare. Fu piuttosto un cammino lento, segnato da tensioni irrisolte e da resistenze profonde, che si sviluppò

[60] S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 725 ss., citato da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3.

[61] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 15-16 e 28-29, sul ruolo della l. n. 241/1990 come fattore di espansione e disciplina della discrezionalità, e del d.lgs. n. 29/1993 come strumento di attuazione della separazione tra politica e amministrazione.

[62] Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 601/1999, citato da C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 8-9, ove si ricostruisce il significato di questa pronuncia come «primo significativo momento di rottura rispetto all'indirizzo tradizionale circa la sindacabilità solamente estrinseca della discrezionalità tecnica».

[63] F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2017, 179 ss.

attraverso tre canali principali e tra loro interconnessi: la rielaborazione dottrinale del concetto di discrezionalità, la valorizzazione del procedimento amministrativo come sede di oggettivizzazione della scelta e l'espansione progressiva del sindacato giurisdizionale attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Sul piano dottrinale, il punto di partenza fu la teoria gianniniana della discrezionalità come ponderazione comparativa di interessi. Questa teoria, elaborata nel 1939 in un contesto politico autoritario, conteneva tuttavia gli strumenti concettuali per una piena democratizzazione dell'agire amministrativo: la distinzione tra momenti intellettivi e momenti volitivi della scelta, la separazione tra discrezionalità e merito, la riconduzione del potere discrezionale entro i confini della legalità[64]. Nel contesto costituzionale repubblicano, questi strumenti avrebbero dovuto essere collegati ai principi di imparzialità e buon andamento dell'art. 97 Cost., traducendosi in un modello di amministrazione orientata all'interesse pubblico oggettivo e aperta al controllo democratico. La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 32 del 1969, avrebbe affermato che «l'autorità amministrativa deve operare ponderando adeguatamente ed imparzialmente i diversi interessi, pubblici e privati, implicati nella fattispecie»[65] – sancendo il collegamento tra la struttura della discrezionalità come ponderazione e il principio costituzionale di imparzialità.

Il dibattito più acuto sulla natura della discrezionalità si svolse tra Giannini e Mortati. Le sue implicazioni per il sindacato giurisdizionale furono profonde. Per Giannini, la discrezionalità era uno spazio di equivalenza tra più soluzioni legittime. L'amministrazione, nel comparare gli interessi in gioco, poteva legittimamente scegliere tra opzioni diverse, nessuna delle quali poteva essere qualificata come «l'unica giusta». Per Mortati, invece, l'attività discrezionale si sviluppava attraverso una catena di sillogismi, al termine della quale si individuava la soluzione ottimale, con conseguenze assai più ampie in ordine alla sindacabilità della scelta[66]. Il confronto tra le due posizioni fu aspro. Giannini, in uno scritto del 1941 arrivò a scrivere che delle norme *extra legem* Mortati aveva «una concezione tutta sua, e allora sarebbe un gran bene per la scienza che egli ce la rivelasse»[67]. Paradossalmente, fu la procedimentalizzazione della discrezionalità, sviluppatasi nei decenni successivi, a confermare *ex post* parte della tesi di Mortati. Rendendo giuridiche le regole di esperienza e di buona amministrazione che accompagnavano la scelta discrezionale, il procedimento trasformò in vincoli giuridici ciò che Mortati aveva qualificato come norme non giuridiche

[64] M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi* (1941), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 347 ss.; A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, 16 ss.

[65] Corte cost., sent. n. 32/1969.

[66] A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, cit., 11, ove si richiama il dibattito tra Giannini e Mortati sulla discrezionalità come spazio di equivalenza tra più soluzioni *versus* percorso verso l'unica soluzione ottimale, e le sue conseguenze sul piano del sindacato giurisdizionale.

[67] M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 444, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 2002, 355, citato da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 6, nota 18; il dibattito è ricostruito da G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1989, 408 ss., citato da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 6, nota 18.

rilevanti per la validità dell'atto[68]. Era, in altri termini, la via attraverso cui la discrezionalità cessava di essere un potere opaco per diventare una funzione giustificabile e verificabile.

Fu proprio la valorizzazione del procedimento amministrativo come sede di oggettivizzazione della discrezionalità il secondo grande canale attraverso cui si sviluppò il processo di costituzionalizzazione. La «destrutturazione della discrezionalità» avviata dalla teoria di Giannini si saldò, nel secondo dopoguerra, con la logica funzionale elaborata da Benvenuti, che valorizzò «il profilo obiettivo» della funzione amministrativa come «momento della concretizzazione del potere in un atto»[69]. Berti approfondì questa prospettiva, affermando la «massima valorizzazione del momento "obiettivo" dell'amministrare» e descrivendo l'esercizio della discrezionalità come attività che trovava «la sua verificazione nel procedimento»[70]. Il procedimento diventava così non soltanto la sede formale in cui si adottava il provvedimento, ma il luogo sostanziale in cui la scelta discrezionale si formava, si motivava e si esponeva al controllo. L'aspetto della politicità si restringeva al momento conclusivo del processo decisionale, ma era «comunque inciso e condizionato, sul piano giuridico e logico, dalla fase conoscitiva presupposta»[71]. Questa evoluzione della discrezionalità era divenuta qualcosa che non era più nella esclusiva disponibilità dell'amministrazione, configurandosi come una «ipotesi di lavoro iniziale che dovrà essere verificata e vagliata nel procedimento»[72].

Il procedimento rendeva così la discrezionalità più trasparente e più controllabile, affermando il principio della «legalità procedurale» come strumento supplente dell'indeterminatezza sostanziale della legge[73]. L'obbligo di motivazione disposto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990 costituì il punto di arrivo normativo di questo percorso. Si tratta di un principio che imponeva – e impone tutt'ora – all'amministrazione di rendere conto delle proprie scelte discrezionali, trasformando la motivazione da mero adempimento formale in «discorso giustificativo del potere»[74]. Era la capacità di offrire una «*credible reasoning*», una giustificazione razionale e verificabile delle proprie scelte, a rendere l'amministrazione legittimata nel sistema democratico[75].

Il terzo canale fu l'espansione progressiva del sindacato giurisdizionale attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Come ha osservato Morbidelli, il sindacato attraverso l'eccesso di potere – tanto nella sua configurazione tradizionale attraverso le figure sintomatiche, quanto nella configurazione più recente attraverso i principi di ragionevolezza, proporzionalità, efficienza e precauzione – finiva «sovente per trasferire di

[68] S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1993, 221 ss., secondo cui «la procedimentalizzazione avrebbe reso giuridiche le regole di esperienza, confermando *ex post* la tesi di Mortati».

[69] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 118 ss.

[70] G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, 286 ss.

[71] F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, 203 ss.

[72] G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987, 3170.

[73] Corte cost., sent. n. 62/2017; e G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 703 ss.

[74] A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987.

[75] E.H. STIGLITZ, *The Reasoning State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

fatto la valutazione discrezionale di ultima istanza al giudice amministrativo»[76]. Era un processo che Merusi avrebbe definito come l'affermarsi di un nuovo eccesso di potere amministrativo, attraverso cui l'area della legittimità si espandeva progressivamente a scapito dello spazio tradizionalmente riservato al merito[77]. Sul piano teorico, fu Ledda a fornire uno degli strumenti concettuali più efficaci per questa espansione, valorizzando l'irriducibilità della componente tecnico-scientifica alla sfera propriamente discrezionale nella prospettiva di «dischiudere le porte ad un sindacato più penetrante»[78], seguito da Cerulli Irelli che approfondì il tema dei limiti e delle condizioni del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità[79].

Il punto di arrivo più significativo di questa prima fase fu la sentenza n. 601 del 9 aprile 1999 del Consiglio di Stato, che sancì per la prima volta in modo esplicito la sindacabilità intrinseca delle valutazioni tecnico-discrezionali[80]. La pronuncia superò definitivamente l'equazione tra discrezionalità tecnica e merito insindacabile, affermando che al giudice doveva essere permesso non solo il controllo estrinseco-formale, ma «la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza del procedimento applicativo»[81]. Come aveva lucidamente anticipato Cannada Bartoli già nel 1956, poiché il sindacato sull'attività tecnica attiene alla *quaestio facti*, era «contrario ai principi che un giudice costituzionalmente competente sul fatto debba decidere una data controversia senza potere avere del relativo fatto quella conoscenza che in genere ha riguardato ai fatti di tutte le altre controversie»[82]. La sentenza del 1999 non fece che applicare ciò che la dottrina più avanzata aveva teorizzato per decenni.

Il percorso non si arrestò tuttavia al 1999. La sentenza aveva aperto una breccia importante, ma lasciava irrisolto il problema di dove tracciare il confine tra sindacato ammissibile e sostituzione del giudice all'amministrazione. La tensione tra effettività della tutela giurisdizionale e autonomia valutativa dell'amministrazione continuò a produrre elaborazioni giurisprudenziali sempre più raffinate, fino a un ulteriore punto di svolta rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990, pronunciata nel caso Avastin-Lucentis relativo alla sanzione AGCM per intesa anticompetitiva nel mercato farmaceutico. La sentenza del 2019 non richiama

[76] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 22, con rimando a F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa*, in G. PIZZITELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 12.

[77] F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit.

[78] F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 427 ss.

[79] V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e di sindacato giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 463 ss.

[80] Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 601/1999, citato da C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 8-9, e da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 5-6, nota 21; v. anche D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 1179 ss.

[81] C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 8-9.

[82] E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1956, 83, citato da G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 6, nota 21.

esplicitamente la pronuncia del 1999 ma ne rappresenta, nella sostanza, il compimento e il superamento sul piano teorico[83].

Il Collegio compie in questa pronuncia un salto qualitativo decisivo, distinguendo strutturalmente tra due tipi di potere amministrativo che producono regimi diversi di sindacato giurisdizionale. Da un lato vi è la discrezionalità amministrativa in senso proprio, che «presuppone una ponderazione di interessi» e in cui «al giudice amministrativo resta precluso il giudizio di valore politico consistente nella conveniente e opportuna scelta allocativa, distributiva e gestionale delle risorse pubbliche», perché «l'intangibilità del nucleo "intimo" della decisione discrezionale consegue alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione»[84]. Dall'altro lato vi è il potere antitrust dell'AGCM, che non è discrezionalità in senso proprio ma «una forma di garanzia amministrativa» che «realizza una funzione "arbitrale" tra interessi privati contrapposti, volta fondamentalmente all'accertamento della corretta applicazione delle norme di legge»[85]. In questo caso gli elementi valutativi sono «presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di "fatto storico" accertabile in via diretta dal giudice»[86].

Su queste basi, la sentenza introduce, o meglio consolida per la prima volta in modo esplicito, la formula del sindacato di «maggiore attendibilità». «Al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità"»[87]. La formula supera definitivamente la tradizionale dicotomia tra sindacato «debole» e sindacato «forte», radicando la pienezza del controllo giurisdizionale nel principio costituzionale di effettività della tutela. Come afferma il Collegio, «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità»[88]. È il compimento di quella promessa che la Costituzione del 1948 aveva formulato nell'affermare il diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva (artt. 24 e 113) e che la giurisprudenza aveva impiegato settant'anni ad attuare sul piano della discrezionalità tecnica.

La formula del sindacato di «maggiore attendibilità» non è tuttavia priva di criticità dottrinali. Come è stato osservato, infatti, essa «non può trasformarsi in una regola che impone sempre e comunque al giudice di sostituirsi negli accertamenti tecnici complessi e opinabili», dovendosi distinguere tra ipotesi in cui l'amministrazione dispone di una libertà di movimento legata al margine di ponderazione degli interessi – in cui vi è una vera riserva

[83] Il raccordo tra la sentenza n. 601/1999 e la sentenza n. 4990/2019 è frutto di ricostruzione dottrinale: la pronuncia del 2019 non richiama espressamente il precedente del 1999. Sul percorso evolutivo che collega le due pronunce v. A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021, 5 ss.; C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 7-9.

[84] Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 4990/2019, § 1.6.

[85] Ibid., § 1.7.1.

[86] Ibid., § 1.6.

[87] Ibid., § 1.6. La nota redazionale interna della sentenza precisa che «con l'ultimo periodo viene per la prima volta sposato in sentenza l'indirizzo fornito nel 2017 dall'Ufficio Studi del Consiglio di Stato».

[88] Ibid., § 1.6, con riferimento agli artt. 24 e 113 Cost. e all'art. 6 CEDU, richiamati dalla sentenza come fondamento costituzionale e convenzionale della pienezza del sindacato giurisdizionale.

di valutazione – e quelle in cui più opzioni decisorie sono il frutto di una scelta tra più strade tecnicamente equivalenti per accertare i presupposti dell'esercizio del potere – dove il giudice può spingersi a verificare la maggiore attendibilità[89]. In questo senso, la suddetta formula implica un giudizio comparativo tra diverse opzioni interpretative che presuppone la possibilità per le parti di introdurre fatti o argomentazioni ulteriori rispetto a quelli vagliati nel corso del procedimento, e deve essere «utilizzata con cautela dal giudice»[90]. Come ha rilevato Morbidelli, la distinzione tra merito e legittimità restava tuttavia «oltremodo flebile e vacillante», senza che nessuno fosse mai riuscito a «tracciarne linee di confine sicure»[91]. Il processo di costituzionalizzazione della discrezionalità era dunque avanzato in modo significativo, ma non si era compiuto, in quanto lo spazio del merito, che né il procedimento né il sindacato giurisdizionale potevano del tutto eliminare, continuava a resistere, ancorché ridimensionato.

6. Conclusioni: gli effetti dell'asimmetria e una «costituzionalizzazione» incompiuta

Alla luce di quanto sopra osservato, possiamo concludere che, a distanza di un secolo dalla sua formulazione, la massima di Otto Mayer non ha perso la sua capacità di interrogare la scienza giuridica. Il percorso che abbiamo ricostruito in queste pagine ne conferma la pregnanza, ma ne sfuma anche i contorni. Il diritto amministrativo non è rimasto immobile, e la discrezionalità di oggi non è quella del 1948, né quella del 1939. Sarebbe, infatti, un errore ritenere che Mayer affermasse l'immobilità degli apparati; egli, piuttosto, ne evidenziava la loro inerzia, la tendenza a trasformarsi più lentamente di quanto i mutamenti costituzionali richiedano, a preservare categorie e logiche elaborate in contesti radicalmente diversi da quello in cui si trovano ad operare.

L'asimmetria tra la discontinuità costituzionale del 1948 e la continuità amministrativa che le fece seguito produsse effetti che è necessario valutare nella loro ambivalenza. Sul versante delle conseguenze positive, la continuità garantì la funzionalità degli apparati nel difficile periodo della ricostruzione postbellica. Uno Stato che avesse dovuto ricostruire simultaneamente le proprie strutture amministrative e il proprio ordinamento costituzionale avrebbe probabilmente corso il rischio del collasso istituzionale. La sopravvivenza delle strutture burocratiche preesistenti – con il loro personale formato, le loro procedure consolidate, le loro categorie giuridiche rodate – assicurò una continuità operativa senza la quale la stessa attuazione della Costituzione sarebbe stata compromessa[92]. Tuttavia, questa stessa continuità perpetuò per decenni logiche di potere incompatibili con i valori

[89] P. CHIRULLI, *Provvedimenti sanzionatori antitrust e sindacato giurisdizionale: è davvero tempo di una svolta?*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Volume I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 795 e 798.

[90] Ibid., 798.

[91] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 22, con rimando a B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano, 2006, 1995.

[92] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., cap. V, sull'amministrazione tra guerra e dopoguerra (1943-1978) e sulla continuità degli apparati burocratici attraverso la transizione repubblicana.

costituzionali. Privò i cittadini di una tutela piena ed effettiva delle proprie posizioni giuridiche soggettive, mantenne la discrezionalità come spazio sostanzialmente insindacabile in nome di una «riserva di amministrazione» che la Costituzione avrebbe dovuto superare, e rallentò in modo significativo quella democratizzazione dell'agire amministrativo che i principi di imparzialità e buon andamento dell'art. 97 Cost. avevano promesso[93].

Il processo di costituzionalizzazione della discrezionalità è stato reale, ma incompiuto. Esso si è sviluppato attraverso tre canali che si sono alimentati a vicenda: la rielaborazione dottrinale del concetto, avviata dalla teoria gianniniana e proseguita attraverso il dibattito sul procedimento e sulla motivazione; l'espansione progressiva del sindacato giurisdizionale, culminata nella sentenza n. 601 del 1999 del Consiglio di Stato e nella progressiva affermazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità come strumenti di controllo sulla scelta discrezionale; e l'intervento del legislatore, che con la legge n. 241 del 1990 e le successive riforme ha disciplinato il procedimento, imposto l'obbligo di motivazione, e introdotto criteri di economicità ed efficacia come parametri vincolanti dell'azione amministrativa[94]. Attraverso questi tre canali, la discrezionalità è stata progressivamente sottratta alla logica della libertà originaria dell'apparato e ricondotta entro i binari della legalità sostanziale; ma lo spazio del merito amministrativo ha continuato a resistere. Le sfide che il diritto amministrativo contemporaneo pone al concetto di discrezionalità confermano che il *rebus* di cui parlava Nigro non ha ancora trovato soluzione definitiva[95]. Sul piano del diritto europeo, la spinta verso la certezza giuridica e la protezione delle libertà economiche ha prodotto una progressiva erosione degli spazi discrezionali, avvicinando le concessioni alle autorizzazioni e imponendo criteri predeterminati che riducono il margine di apprezzamento dell'amministrazione[96]. Sul piano della digitalizzazione, l'uso degli algoritmi nell'attività amministrativa ridefinisce i confini tra attività vincolata e discrezionale, spostando a monte – nella progettazione del software – quella scelta discrezionale che tradizionalmente si collocava nel momento del provvedimento[97]. Sul piano della regolazione dei contratti pubblici, il principio del risultato introdotto dal nuovo Codice del 2023 ha riaperto il dibattito sui confini della discrezionalità, ponendo la questione se i

[93] A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3, sul «trionfo» della legalità come processo lento e non lineare; C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, cit., 1, sulla persistenza della «riserva di amministrazione» oltre il momento in cui le sue ragioni storico-contingentali si erano esaurite.

[94] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 15-16 e 19, sul ruolo della l. n. 241/1990 come fattore di espansione e disciplina della discrezionalità; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., § 3, sul ruolo del procedimento amministrativo nella progressiva giuridicizzazione della discrezionalità.

[95] M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, cit., 713.

[96] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 17-18, sui fattori erosivi della discrezionalità di derivazione europea, con rimando a M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 347 ss., e a G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa, semplificazioni e liberalizzazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 125 ss.

[97] A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, cit., 14, ove si osserva che le nuove tecnologie non determinano la scomparsa della discrezionalità ma la sua «ridefinizione e riallocazione»: essa «non va individuata nella decisione assunta al termine dell'attività istruttoria, ma nella scelta preliminare di avvalersi di date tecnologie nella formazione della decisione».

principi gerarchicamente ordinati dal legislatore costituiscano un limite o una fonte del potere discrezionale delle stazioni appaltanti[98].

Sul piano del sindacato giurisdizionale, il percorso che si è tentato di ricostruire, dalla sentenza n. 601 del 1999 fino alla sentenza Avastin-Lucentis del 2019, mostra come la giurisprudenza abbia progressivamente cercato di attuare – sebbene il percorso sia ben lungi dall'essere concluso – quella promessa di tutela piena ed effettiva che la Costituzione aveva formulato negli artt. 24 e 113 Cost. La formula del sindacato di «maggiore attendibilità» elaborata nel 2019 non è un punto di arrivo definitivo, ma piuttosto la conferma che il processo di costituzionalizzazione della discrezionalità procede per approssimazioni successive, ciascuna delle quali riduce ulteriormente lo spazio di immunità dell'apparato senza mai eliminarlo del tutto. Il merito amministrativo, che appartiene strutturalmente all'amministrazione democraticamente legittimata, continua a costituire un limite invalicabile per il giudice, non per ragioni di convenienza istituzionale ma per ragioni di sistema. In uno Stato democratico, le scelte di valore che la legge non predetermina appartengono all'amministrazione che risponde politicamente delle proprie decisioni, non al giudice che risponde solo del diritto.

Sono tensioni che dimostrano come la discrezionalità amministrativa rimanga, nelle parole di Cassese, «un autentico assillo per la cultura giuridica»[99] – non perché il problema sia irrisolvibile, ma perché esso si ripropone in forme nuove a ogni trasformazione dell'ordinamento. La discrezionalità è lo spazio di cui l'ordinamento non può fare a meno, perché la legge non può prevedere in anticipo la complessità della realtà[100]. Ma ciò che muta, e che il percorso che si è tentato di ricostruire dimostra con chiarezza, è il modo in cui questo spazio viene disciplinato, controllato e orientato dai principi dell'ordinamento. La discrezionalità dello Stato autoritario non era la stessa di quella dello Stato liberale, né quest'ultima è uguale a quella dello Stato costituzionale repubblicano. Ciascuna forma di Stato ha prodotto la propria teoria della discrezionalità, con le proprie garanzie e i propri limiti.

La promessa del 1948 è stata in parte mantenuta. La discrezionalità è oggi molto più vincolata, molto più trasparente, molto più sindacabile di quanto fosse all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione. I principi di imparzialità e buon andamento hanno smesso di essere mere enunciazioni programmatiche per diventare parametri effettivi di legittimità dell'azione amministrativa, e il cittadino dispone oggi di strumenti di tutela che nel 1948 erano ancora di là da venire. Ma la promessa è in parte ancora aperta. La massima di Otto Mayer, alla luce delle riflessioni esposte in questo breve contributo, non suona più come una constatazione dell'immobilità dell'amministrazione, ma come un invito permanente alla vigilanza. Il diritto amministrativo, per sua natura più lento del diritto

[98] L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, cit., 69 ss., ove si sostiene che i principi gerarchicamente ordinati dal Codice dei contratti pubblici del 2023 non costituiscono una fonte di potere discrezionale ma un suo limite, rendendo la valutazione discrezionale «razionalmente prevedibile ed altrettanto ragionevolmente esercitabile e sindacabile».

[99] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000, 444.

[100] G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 13, con rimando a G. CORSO, *L'attività amministrativa*, cit., 126 ss.

costituzionale, richiede uno sforzo continuo di adattamento ai valori dell'ordinamento democratico. Uno sforzo che la scienza giuridica, la giurisprudenza e il legislatore sono chiamati a rinnovare senza sosta, perché la costituzionalizzazione dell'amministrazione non è un traguardo raggiunto una volta per tutte, ma un processo che non conosce punto di arrivo definitivo[101].

[101] Sulla natura processuale e mai definitivamente compiuta della costituzionalizzazione dell'amministrazione, v. A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, cit., come punto di arrivo più aggiornato del dibattito dottrinale sul tema.