



## A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 593\*

La monografia del professor Alfredo Moliterni “La discrezionalità dell'amministrazione” affronta un tema nodale nella comprensione del sistema amministrativo. Il tentativo di definizione dei margini di scelta in seno ai pubblici poteri è frutto della tensione costante tra le esigenze di legalità, astrattezza e generalità della regolazione e la necessità di assicurare un'attuazione degli interessi pubblici aderente al caso concreto, nella complessità delle democrazie pluraliste, riconoscendo maggiori spazi di discrezionalità all'amministrazione.

L'indagine condotta si pone l'obiettivo di mettere in luce le contraddizioni in cui dottrina e giurisprudenza spesso incorrono e descrivere la dimensione attuale della discrezionalità amministrativa, operando il dovuto chiarimento di un istituto che rappresenta una delle ragioni stesse della specialità del Diritto amministrativo.

Il primo capitolo del volume ripercorre analiticamente l'evoluzione della dottrina che si è occupata del tema della discrezionalità, dando rilievo ai mutamenti storico-politici e alle trasformazioni ordinamentali che ne hanno influenzato gli sviluppi. La narrazione prende avvio dai primi decenni postunitari, con la disamina dei cambiamenti apportati all'idea di discrezionalità dall'abolizione del contenzioso amministrativo e dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato; da una concezione solo processuale quale sinonimo di insindacabilità, diventa attributo del potere e indice di supremazia, sintomo dello statuto speciale di cui gode l'amministrazione rispetto ai privati. Nonostante l'ostinata resistenza del modello dello Stato-persona e la conseguente equiparazione di matrice pandettistica tra libertà e discrezionalità, si scorge in questa fase una primitiva epifania dell'interesse pubblico a opera di Santi Romano, Cammeo e Ranelletti.

Il superamento della scissione tra Stato e Società diviene fatto noto con l'avvento dello Stato pluriclasse, mentre, sottolinea l'Autore, gli spazi decisionali attribuiti alla p.a. si ampliano esponenzialmente. I tentativi di giuridificare la fumosa discrezionalità sono accompagnati dalle rivendicazioni di centralità del parlamento negli ordinamenti nazionali: dall'idea di Carré de Malberg, Zanolini identifica la discrezionalità con l'attuazione dell'interesse pubblico fissato dalla legge. Sulla scorta delle teorie di Hauriou e Jellinek, la

---

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

dottrina italiana valorizza le prescrizioni non giuridiche e i principi politici per limitare il potere amministrativo. Moliterni espone le criticità di simili tentativi, che da un lato sembrano ancora cedere alle tentazioni di assimilare discrezionalità e autonomia negoziale quali semplici fenomeni interpretativi, dall'altro legittimano l'assoggettamento della p.a. al governo grazie al rafforzamento della funzione di indirizzo politico.

La nozione di discrezionalità come ponderazione di interessi, teorizzata da Giannini, viene descritta dall'Autore come una svolta. Donando una veste politica all'attività amministrativa e legandola al concetto di funzione pubblica, opera una netta distinzione rispetto all'autonomia privata e alla mera interpretazione. La componente intellettuale dell'attività, di natura statica, coincidente con la lettura dell'interesse pubblico individuato dalla legge, si unisce a una valutativa, dinamica, di selezione dei plurimi interessi in relazione. L'opera di Giannini pone le basi per la progressiva giuridificazione della discrezionalità.

L'Autore espone successivamente le teorie della funzione di Feliciano Benvenuti e Piras, che consentono l'assunzione di nuovi parametri valutativi, come principi e regole d'esperienza, che orientano la funzione, sindacabili dal giudice attraverso l'eccesso di potere, che precedentemente era rimasto legato ai vizi della volontà.

Moliterni mostra il successo perdurante dell'idea di discrezionalità come ponderazione di interessi e dell'attività amministrativa come funzione, ovvero concretizzazione del potere in atto. Dall'esposizione delle dottrine successive alla Costituzione emerge chiaramente l'accettazione di tali modelli teorici, utilizzati come fondamento per più raffinate elaborazioni: le esigenze di garanzia delle situazioni giuridiche private e di partecipazione e rappresentazione degli interessi coinvolti all'attività hanno orientato la dottrina verso una crescente razionalizzazione obiettiva del potere. Simile operazione è avvenuta sia attraverso l'estensione del sindacato del giudice amministrativo per eccesso di potere alla logicità delle scelte operate dalla p.a. sia grazie alla costruzione di diversi modelli teorici di giudizio per la discrezionalità pura, quella tecnica e per l'attività vincolata.

L'ultima parte del capitolo interessa gli sviluppi più recenti della materia. L'Autore descrive il restringimento degli spazi discrezionali causato dalle riforme degli anni '90: la ridotta politicità delle scelte amministrative in forza della separazione tra politica e amministrazione, l'ingresso di parametri tecnici sempre più obiettivanti, la prefigurazione di assetti di interessi stabili a opera del legislatore nazionale ed europeo. Dottrina e giurisprudenza danno rilievo alla fase istruttoria, facendo risaltare la componente conoscitiva su quella valutativa e così ampliando il sindacato del giudice sull'attività discrezionale. Il dettagliato *excursus* storico si conclude con le teorie che attribuiscono al potere natura accertativa, dando atto del contenimento dello stesso in una dimensione oggettiva e razionale.

Il secondo capitolo dell'opera è dedicato ai significati assunti dalla discrezionalità negli orientamenti giurisprudenziali più rilevanti. La prima analisi coinvolge la giurisprudenza costituzionale, impegnata nel complesso tentativo di bilanciare costi e benefici della discrezionalità: vengono prima richiamate le numerose pronunce volte a definire in modo oggettivo i margini del potere ai fini di garantire un chiaro affidamento dei privati titolari di

posizioni giuridiche soggettive, soprattutto in presenza di riserve di legge, osservando la tendenza a strumentalizzare i criteri tecnici procedimentali come sufficienti garanzie obiettivanti; successivamente sono rievocate peculiari sentenze a difesa della discrezionalità quale necessaria risorsa dei poteri pubblici, presidio di adeguata valutazione della situazione peculiare; in questo senso risultano significativi degli arresti con cui la Consulta ha sanzionato norme di automatici licenziamenti o esclusioni da concorsi per il rischio di un irrigidimento del potere, non più reattivo rispetto alle esigenze sociali concrete.

La trattazione prosegue con le contrastanti opinioni del giudice civile e amministrativo in tema di riparto di giurisdizione. Viene posto l'accento sull'utilizzo strumentale della discrezionalità, spesso ambiguo: per gli atti vincolati l'assenza di discrezionalità si desume dalla norma attributiva di potere, mentre nel caso dei diritti fondamentali non si ammettono margini valutativi sulla base della situazione giuridica in rapporto con il potere. Il tentativo delle diverse giurisdizioni di attrarre a sé le controversie è oggetto di biasimo, poiché fonte di incoerenti esiti processuali, che si risolvono in tutele “frantumate” (come nelle liti sui piani educativi per studenti disabili, la cui formazione è conoscibile dal giudice amministrativo, mentre l'attuazione è appannaggio della giurisdizione ordinaria).

L'elasticità del trattamento giurisprudenziale dell'istituto in esame resta il *trait d'union* anche nell'ultima parte del secondo capitolo. L'Autore si concentra sulla ricostruzione della discrezionalità operata dal giudice amministrativo sulla base della natura degli atti della p.a.: vengono passati in rassegna prima gli atti più generali di indirizzo e programmazione caratterizzati da una discrezionalità molto ampia, successivamente sono analizzati i provvedimenti che incidono direttamente la sfera giuridica dei destinatari. Dopo aver illustrato le criticità legate alla definizione dell'atto propriamente politico, per il quale la provenienza da un organo costituzionale apicale sembra essere l'unico certo tratto distintivo, tra gli atti della prima categoria vengono approfonditi quelli di alta amministrazione, prima attuazione dell'indirizzo politico, gli atti di programmazione, con ampia discrezionalità ponderativa, gli atti di predeterminazione di scelte e criteri e infine quelli di macro-organizzazione. L'Autore evidenzia la riluttanza dei giudici amministrativi a scandagliare le norme attributive del potere al fine di definire la portata dei margini di scelta dell'amministrazione; le caratteristiche funzionali e strutturali dell'atto sono quasi sempre in secondo piano. Il regime che si cerca di applicare (onere di motivazione del ricorso, pervasività del sindacato) diventa il criterio di qualificazione dell'atto, in un pigro processo inverso. L'analisi delle scelte puntuali della seconda categoria di atti, tuttavia, dimostra l'essenza meramente quantitativa delle conseguenze derivanti dalla qualificazione del potere discrezionale: nonostante i riferimenti alla discrezionalità “pura”, “tecnica”, “valutativa”, “mista”, “organizzativa”, l'intensità del sindacato sembra variare di pochissimo. Le tendenze del giudice amministrativo di autolimitazione quasi vanificano le differenze tra gli atti di indirizzo e quelli di gestione puntuale. Nella maggioranza dei casi analizzati (decisioni prognostiche, valutazioni di rischi, giudizi ambientali o su beni culturali etc.) il sindacato si limita al vaglio di logicità e ragionevolezza, completato dal controllo di attendibilità in presenza di scelte tecniche. La valorizzazione dell'istruttoria come mezzo per verificare la

rispondenza del provvedimento alla realtà fattuale avviene in modo non omogeneo, dato lo scarso utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio e della verifica.

Nel terzo e ultimo capitolo Moliterni introduce la propria ricostruzione della discrezionalità. Ripercorrendo le osservazioni esposte su dottrina e giurisprudenza, l'Autore muove una critica alla teoria di Giannini, generalmente seguita dalla maggioranza dei giuristi, mettendo in discussione l'identificazione tra discrezionalità e ponderazione di interessi. A supporto di tale superamento viene richiamata la plurivoca accezione della discrezionalità nel giudizio amministrativo, a dispetto della tendenziale omogeneità del sindacato, spesso utilizzata in modo funzionale a specifici fini applicativi; in quasi nessun caso il giudice amministrativo si serve della nozione gianniniana per sindacare la corretta selezione degli interessi coinvolti e fissazione dei rispettivi valori. Ad avviso di Moliterni, la forte distinzione tra politica e amministrazione, l'ipertrofia normativa che fissa a monte l'assiologia e introduce criteri tecnici sempre più pregnanti, la composizione della pluralità di interessi in una procedimentalizzazione razionalizzata hanno relegato la p.a. ad attività di gestione, ove gli spazi di ponderazione e l'attività di indirizzo sono propri della politica.

L'omogeneo trattamento riservato dalla giurisprudenza ai differenti 'tipi' di discrezionalità induce l'Autore a ritenere superata anche la distinzione, ormai pacifica nella dottrina, tra discrezionalità pura e tecnica, ritenendo impossibile scindere il momento valutativo e quello fattuale, l'apprezzamento di opportunità e quello tecnico.

In quest'ordine di idee viene delineato il livello primo ed essenziale della discrezionalità, definito "interstiziale", ovvero il momento creativo-interpretativo in cui la p.a. completa la volontà del legislatore attribuendo significato a clausole generali e concetti giuridici indeterminati. In tale forma elementare di discrezionalità si individua il tratto comune alle varie forme, per cui l'ampiezza dei margini di scelta dipende sempre dalla vaghezza degli enunciati normativi. Il "riempimento del testo alla luce del contesto", della norma alla luce dei fatti, avviene secondo una scala di gradazione, in cui possono, per l'Autore, scorgersi differenze soltanto quantitative. Simile discrezionalità prende atto della struttura essenzialmente accertativa della maggior parte delle scelte amministrative. La selezione e valutazione dei fatti, di rilevanza centrale nell'attività amministrativa, condiziona l'adozione della misura finale, rendendo difficile distinguere diverse fasi o momenti valutativi e volitivi. La tendenza della giurisprudenza a valorizzare il sindacato sulla fase istruttoria induce l'Autore a elevare il giudizio di valore sui presupposti giuridici della norma attributiva di potere a "minimo comun denominatore" della discrezionalità amministrativa.

La confusione tra scelte interpretative impone, tuttavia, la necessità di trovare un nuovo *proprium* della discrezionalità amministrativa, al fine di distinguerla da qualsiasi altro processo ermeneutico. Si delinea così, nella parte finale dell'ultimo capitolo, ciò che l'autore chiama "valore costituzionale dell'intermediazione amministrativa". La scelta finale di concretizzazione di un pubblico interesse è influenzata da una pluralità di cause, quali la tutela di beni giuridici, le necessità di prevenzione di rischi, la complessità dei fenomeni sociali, la natura tecnica delle valutazioni, l'esperienza e l'autonomia dell'organo competente. Una così intricata trama richiede che il legislatore si affidi alla pubblica

amministrazione per completare la fattispecie normativa. Il processo di tipo interpretativo richiesto alla p.a. differisce da quello di un giudice o di un altro operatore del diritto, non solo per la presenza di una componente valutativa più o meno ampia (a seconda della gradazione della discrezionalità), ma anche perché la p.a. è un soggetto qualificato, dotato di precisi poteri all'interno di un procedimento fortemente razionalizzato. La discrezionalità, in questa chiave, assume una connotazione più estesa, ben oltre il limite delle scelte ponderative.

La norma attributiva, per l'Autore, investe la p.a. del potere al fine di completare gli effetti prefigurati a livello legislativo e, simultaneamente, della responsabilità funzionale di tale attribuzione. Il sindacato del giudice amministrativo si restringe in modo inversamente proporzionale all'ampiezza dei margini discrezionali, che per l'Autore possono avere natura sia valutativa che interpretativa. Mentre in presenza di atti vincolati sia nei presupposti che negli esiti il giudice può condannare la p.a. al rilascio del provvedimento dovuto, solo il controllo di ragionevolezza e proporzionalità è ammissibile nei confronti di margini discrezionali. La ragione del divieto per il giudice di sostituirsi alla p.a. è così posta nella fissata dislocazione del potere, che vede l'amministrazione titolare della complessa funzione di completamento del testo normativo.

Il modello di sindacato delineato dall'Autore sugli atti discrezionali si fonda sulla motivazione degli atti, che, giustificando il potere, assurge a chiave per controllare l'adeguatezza di ogni scelta. Assumono rilevanza essenziale i canoni elastici di ragionevolezza e proporzionalità: il primo offre al giudice un modello di comportamento generale con cui confrontare e controllare gli atti amministrativi e i ragionamenti a essi sottesi; il secondo consente di conoscere la qualità del bilanciamento di interessi operato dalla p.a. in riferimento al sacrificio imposto agli interessi privati.

In conclusione, l'Autore ribadisce che la *ratio* della discrezionalità amministrativa è l'affidamento a un soggetto qualificato della concretizzazione dell'ordinamento, all'interno di dinamiche procedimentalizzate, consentendo il migliore inveroimento della Costituzione e la giustizia del caso concreto.

L'opera di Moliterni si distingue per il tentativo di offrire una lettura innovativa della discrezionalità amministrativa rispetto alla dottrina tradizionale. Attraverso una ricognizione puntuale e rigorosa della giurisprudenza, l'Autore argomenta a favore del superamento della concezione classica di matrice gianniniana, basata sul paradigma della ponderazione degli interessi. Il volume ha il pregio di spostare l'analisi sulle dinamiche concrete del diritto vivente, con una presa di coscienza delle trasformazioni del quadro ordinamentale, così come recepite negli indirizzi giurisprudenziali e nella prassi amministrativa.

La discrezionalità, posta su una dimensione interpretativo-creativa, necessaria a riempire di senso clausole generali e concetti giuridici indeterminati, rispecchia l'immagine di un'amministrazione chiamata ad accertare e qualificare fatti complessi, non più a operare scelte di natura politica, selezionare e attribuire valore alla moltitudine di interessi. La complessità, invero, è richiamata nella parte costruttiva dell'opera come ragion d'essere della

discrezionalità, nucleo generativo delle decisioni amministrative. A loro volta sono complessi i processi ermeneutici che della complessità si occupano, tanto da impedire la distinzione tra momenti intellettivi e valutativi, apprezzamenti tipici del merito amministrativo e giudizi tecnici. Cade conseguentemente la contrapposizione tra i diversi tipi di discrezionalità, che l'Autore definisce "ideale", dando riscontro della tendenziale omogeneità del sindacato operato dal giudice amministrativo.

La teoria prospettata giunge a conclusioni in evidente discontinuità con la dottrina, sebbene tragga spunti dalle tesi sulla natura accertativa del potere, mostrando la necessità, avvertita dall'Autore, di aggiornare le categorie dogmatiche tradizionali allo stato dei fatti. In curiosa attesa di un rinnovato dibattito nella dottrina giuspubblicistica, si auspica che vengano ora proposte nuove e alternative ricostruzioni sistematiche, capaci di inquadrare i mutevoli confini della discrezionalità amministrativa.

Michelangelo Fusca