

## **5. Ricostruzione logica delle categorie**

5.1 La struttura matematica dell'azione amministrativa

5.2 In base al principio di legalità

5.3 In base al principio di buon andamento

5.4 Applicazioni alla materia dei concorsi pubblici

5.5 Discrezionalità amministrativa e autonomia privata

## **5. Ricostruzione logica delle categorie**

Passata in rassegna l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, è possibile ricostruire le categorie dell'azione amministrativa sulla base dei modelli della logica formale<sup>1</sup>.

Nel dominio giuridico, in particolare quello amministrativo, può esistere anche una forma di inferenza non precisamente elaborata dalla logica formale, ma riconducibile alla deduzione approssimata, che si ha allorché – nota la causa – la legge di copertura non governi per intero la produzione dell'effetto, lasciando all'intermediazione di un fattore avulso dalla stessa (nella specie l'attività di un soggetto dell'ordinamento) la scelta in ordine a quale tra gli effetti che la legge consente deve realmente prodursi.

Nell'utilizzare l'inferenza deduttiva per descrivere l'attività amministrativa si deve, però, tener conto che la ricostruzione risente della diversa valenza che si attribuisce al principio di buon andamento. Essendo la nuova concezione di detto principio ancora in fase embrionale, non solo e non tanto negli studi quanto nella sua effettiva considerazione da parte del legislatore (quanto meno con riferimento all'attività sostanziale), si muove dalla visione tradizionale, impostata sul ruolo assorbente del principio di legalità, per poi analizzare le modificazioni che lo sviluppo del principio di buon andamento può comportare.

Preliminarmente occorre fissare i tratti generali dell'azione amministrativa nel sillogismo classico, definendo il concetto di potere funzionale e individuando lo schema logico entro cui ricondurre le sue diverse forme: vincolato e discrezionale.

### **5.1 La struttura matematica dell'azione amministrativa**

Nello schema fatto-norma-potere-effetto, il potere dell'amministrazione ha un duplice contiguo valore, riconducibile alla prerogativa di tradurre la fattispecie astratta (legge) in fattispecie concreta (atto amministrativo):

---

<sup>1</sup> Cap. I, sez. II.

- 1) interpretazione della norma;
- 2) applicazione della norma alla realtà<sup>2</sup>.

*fatto-norma-potere-effetto*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
<p><b>Fatto</b> (situazione reale oggetto del potere)</p> <p><b>Potere</b> (accerta il contenuto della fattispecie astratta e la applica al caso concreto)</p>	<p><b>Norma</b> (fattispecie astratta del provvedimento, che prevede i fatti e il potere)</p>	<p><b>Effetto</b> (fattispecie concreta del provvedimento)</p>

Il primo segmento del potere implica l'accertamento dei presupposti del provvedimento in astratto (cioè rispetto alla norma), il secondo segmento autorizza il loro accertamento nel caso concreto (cioè rispetto ai fatti storici) e l'assunzione della conseguente decisione, destinata a produrre i suoi effetti nel mondo giuridico. Tali elementi connotano sia il potere discrezionale, sia quello vincolato, il quale ultimo, dunque, appare provvisto della quota minima che informa il concetto di autorità pubblica: la posizione di forza nell'attuazione del precetto normativo, di cui l'unilateralità del provvedimento costituisce la spia più evidente<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Un indice della duplice consistenza del potere è nell'art. 3, comma 1 della legge 241/90, secondo cui "la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Il provvedimento amministrativo deve, dunque, essere motivato sia con riferimento all'accertamento dei fatti compiuto dall'amministrazione, sia all'interpretazione delle norme da essa applicate.

<sup>3</sup> Tale meccanismo, invero, opera anche laddove il potere sia vincolato nell'interesse del privato. Ipotesi nella quale, come detto, si ravvisano posizioni di diritto soggettivo e, conseguentemente, la giurisdizione ordinaria. Sembra, allora, insinuarsi un difetto nella costruzione del sistema amministrativo come imperniato su un duplice, simmetrico, livello, al primo dei quali (attività autoritativa) corrispondono interessi legittimi, al secondo (attività paritetica) corrispondono diritti soggettivi. Tuttavia l'anomalia è solo apparente: il legame tra la natura dell'azione amministrativa (con o senza potere) e la posizione del destinatario dei suoi effetti è il prodotto non di elaborazioni aprioristiche, ma dell'analisi dell'ordinamento positivo. Se questo prevede situazioni nelle quali il potere coesiste con il diritto soggettivo (il che è insito negli artt. 2 e 4 all. E – che riconoscono la giurisdizione ordinaria su controversie nelle quali la fonte del danno è proprio il provvedimento – non meno che nell'art. 113 Cost. – che riconosce al giudice ordinario il potere di annullamento degli atti amministrativi –), si tratta semplicemente di prendere atto che la classificazione del sistema sulla base dello schema logico di produzione dell'effetto giuridico non è assoluta, ammettendo ipotesi derogatorie. D'altronde i modelli logici non sostituiscono l'ordinamento ma, al contrario, sono rivolti alla sua più adeguata rappresentazione e dimostrazione. Ciò che rileva, allora, è spiegare le ragioni per cui l'essere il potere amministrativo vincolato nell'interesse privato modifica la qualificazione della posizione soggettiva del destinatario, pur senza modificare l'effetto giuridico prodotto (che resta provvedimentoale). Ciò sarà oggetto di trattazione nel capitolo sul riparto di giurisdizione.

Nel potere discrezionale vi è un elemento in più, attinente al secondo segmento. La norma, infatti, non fissa il contenuto del provvedimento, la cui concreta individuazione non dipende solo – come nei poteri vincolati – dal riscontro nella situazione reale degli elementi astrattamente contemplati dalla norma, ma è legata all'apprezzamento dell'amministrazione in ordine alla migliore realizzazione dell'interesse generale.

Poiché, come detto, il nudo concetto di potere postula immancabilmente la discrezionalità nel suo esercizio, occorre distinguere tale profilo di discrezionalità (presente anche nei poteri vincolati), dalla discrezionalità amministrativa propriamente detta, attinente alla valutazione degli interessi.

Ciò posto, non vi è ragione di soffermarsi su questioni lessicali. Si tratta, invece, di individuare con precisione e descrivere il contenuto di tali concetti.

Innanzitutto all'amministrazione spetta il potere di attuare i precetti giuridici: le norme sono fondamento e disciplina del potere, preordinato a creare la regola del caso concreto; ne consegue che la prima manifestazione del potere è quella di interpretare ed applicare le norme giuridiche. Sarà alla tipologia della norma giuridica che bisogna guardare per capire la natura di tale potere e della correlata discrezionalità.

Esistono norme del 1° tipo, dove non c'è discrezionalità; norme del 2° tipo, dove colui che è chiamato ad applicare la norma deve operare uno sforzo di integrazione del precetto, rivolgendosi a regole extragiuridiche nella cui interpretazione esiste un margine di discrezionalità; norme del 3° tipo, dove l'interprete deve operare un giudizio di valore, caratterizzato da ampio tasso di discrezionalità.

La “discrezionalità” che viene in rilievo in tali ambiti può essere definita come discrezionalità tecnica, attenendo all'accertamento del significato di un concetto secondo regole tecniche a carattere relativo – fissate dalle scienze sociali o dalle quelle morali – e, successivamente, alla qualificazione di determinati fatti concreti in tale concetto.

In definitiva l'amministrazione è chiamata ad operare – sempre e comunque – un duplice giudizio: di diritto (interpretazione delle norme) e di fatto (accertamento dei fatti rilevanti per le norme).

Risolto il problema della ricostruzione della fattispecie legale e di quella concreta, nelle funzioni discrezionali l'amministrazione deve valutare tutti gli interessi acquisiti. In tale operazione è soggetta a regole socio-economiche “pure” (nel senso che non sono richiamate nelle norme giuridiche che disciplinano il potere), che la indirizzano verso il risultato più adeguato. Della violazione di queste regole l'amministrazione non risponde, salvo che non abbia compromesso il fine legale.

In tale prospettiva è la natura della legge a condizionare la ricostruzione logica della funzione amministrativa. La fattispecie dell'azione amministrativa pubblicistica tende a presentarsi, come

gran parte delle fattispecie normative, nelle vesti del sillogismo deduttivo, in cui vi è un rapporto automatico tra le premesse e la conclusione, in forza del quale il risultato dell'argomentazione è dato dall'immediata riconduzione del caso alla regola.

### Attività amministrativa in generale

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
<b>Noto</b> il fatto e il potere	<b>Nota</b> la norma	<b>Ignoto</b> il provvedimento

Tuttavia, come anticipato a suo tempo, nel diritto amministrativo il procedimento di sussunzione del caso nella regola ha natura costitutiva e non dichiarativa, sicché alla produzione del risultato concorre un elemento eventuale. Ne consegue che la deduzione non potrà mai ricalcare il sillogismo puro, perché la norma non collega automaticamente l'effetto al verificarsi di presupposti predeterminati, ma all'esercizio di un potere. Si tratta, dunque, di una deduzione in qualche modo "condizionata" e, perciò, probabilistica<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> I più recenti studi di logica riconoscono in casi del genere un'induzione, e non già una deduzione. Ciò su una premessa ricostruttiva opposta a quella classica: «un argomento deduttivo è quello secondo cui la conclusione segue dalle premesse con necessità assoluta, questa necessità non essendo questione di grado, né dipendendo in alcun modo da qualunque altra cosa possa verificarsi; in netto contrasto, un argomento induttivo è quello secondo cui la conclusione segue dalle premesse solo con un certo grado di probabilità, questa probabilità essendo questione di grado e dipendendo da quant'altro possa verificarsi». (Copi e Cohen, *Introduzione alla logica* 1961-1994, p. 75).

In base alla concezione più recente, infatti, non sarebbe corretto sostenere che nell'induzione si va da premesse particolari e conclusioni generali e nella deduzione da premesse generali a conclusioni particolari, esistendo, da un lato, induzioni con premesse generali e con conclusione particolare, dall'altro, deduzioni con premesse particolari e con conclusione generale. In realtà, se si guarda al rapporto tra particolare e generale nel contesto dell'inferenza, si scopre come la definizione classica conservi validità. Esempificando:

- asserite induzioni con premesse generali: *“Tutte le mucche sono mammiferi e hanno i polmoni, tutte le balene sono mammiferi e hanno i polmoni, tutti gli uomini sono mammiferi e hanno i polmoni, quindi probabilmente tutti i mammiferi hanno i polmoni”*). In realtà qui le premesse (A, B, C = mammiferi e polmoni) sono formate da particolari (“mucche, balene, uomini”) rappresentativi di una classe limitata rispetto a quella oggetto di conclusione (“tutti i mammiferi”). Si tratta pur sempre del passaggio da premesse particolari a una conclusione più generale;
- asserite induzioni con conclusioni particolari: *“Hitler era un dittatore ed era spietato, Stalin era un dittatore ed era spietato, Castro è un dittatore, quindi Castro probabilmente è spietato”*). In realtà qui c'è prima un'induzione (“Hitler era un dittatore ed era spietato, Stalin era un dittatore ed era spietato, probabilmente tutti i dittatori sono spietati”), poi una deduzione approssimata (“Castro è un dittatore, probabilmente tutti i dittatori sono spietati, probabilmente Castro è spietato”). Si tratta, dunque, di un'inferenza doppia, la prima dal particolare al generale, la seconda – che impiega nella premessa maggiore il risultato della prima – dal generale al particolare;
- asserite deduzioni con premesse particolari: *“Se Socrate è un uomo, allora Socrate è mortale. Socrate è un uomo, quindi Socrate è mortale”*). In realtà qui ci sono una premessa particolare (“Socrate è un uomo”) e una premessa generale mascherata da particolare (“Se Socrate è un uomo, allora Socrate è mortale”, ossia “Tutti gli uomini sono mortali”) Si tratta, dunque, di una comune deduzione, con una premessa maggiore generale espressa attraverso la necessaria implicazione tra due particolari;
- asserite deduzioni con conclusioni generali: *“Tutti gli animali sono mortali, tutti gli uomini sono animali, quindi tutti gli uomini sono mortali”*). In realtà qui c'è una premessa minore (“tutti gli uomini sono animali”) formulata in termini generali, ma particolare rispetto alla premessa maggiore (“tutti gli animali sono mortali”), in modo da fornire una conclusione (“tutti gli uomini sono mortali”) che, per quanto formulata in termini generali, è particolare rispetto alla regola impiegata.

Il grado di condizionamento dell'effetto, quindi la probabilità che esso si realizzi secondo un certo contenuto, dipende dalla natura del potere.

### **Attività vincolata – deduzione condizionata rigorosa**

*(la premessa maggiore è completa)*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
<b>Fatti semplici</b> <b>Potere vincolato</b>	<b>Norma analitica del 1° tipo</b> (definisce i presupposti del provvedimento)	<b>Effetto</b> (provvedimento vincolato)

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto. La fattispecie astratta contiene un precetto "forte", atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo assoluto.

### **Attività vincolata con discrezionalità tecnica – deduzione condizionata approssimata**

*(la premessa maggiore è integrata da regole tecniche a carattere relativo)*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
<b>Fatti complessi</b> <b>Potere vincolato</b>	<b>Norma analitica del 2° o 3° tipo</b> (definisce i presupposti del provvedimento, ma per accertare taluni di essi rinvia a regole tecniche non esatte)	<b>Effetto</b> (provvedimento vincolato)

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto, ma il potere è caratterizzato da margini di scelta nell'accertamento dei fatti. La fattispecie contiene

---

In sintesi, l'induzione è tale perché mira a raggiungere una conclusione più ampia delle premesse e che sia in grado di ricomprenderle; la deduzione è tale perché mira a raggiungere una conclusione più ristretta delle premesse, in essa ricompresa. Da ciò discende che l'induzione è – spesso, ma non sempre – meramente probabilistica, la deduzione è – spesso, ma non sempre – certa. Più precisamente, la deduzione è probabilistica, se la regola impiegata nella premessa maggiore non stabilisce un rapporto di implicazione necessaria con il caso descritto nella premessa minore, il che può avvenire nell'ordinamento giuridico per diverse ragioni. Vuoi perché, come nell'attività amministrativa in generale, la premessa maggiore contiene una condizione di applicabilità, che può verificarsi o meno in concreto. Vuoi perché, nelle ipotesi di attività amministrativa tecnica o discrezionale la premessa maggiore non è universale o non è completa.

un precetto semi-forte, atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo non assoluto.

### **Attività discrezionale – deduzione imperfetta**

*(la premessa maggiore è incompleta)*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
<b>Fatto</b> <b>Potere discrezionale</b>	<b>Norma non analitica</b> (non definisce tutti i presupposti del provvedimento)	<b>Effetto</b> (provvedimento discrezionale)

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere non vincolato dalla norma giuridica (potere discrezionale) al caso concreto, sicché la deduzione, oltre che condizionata, si presenta imperfetta. La fattispecie contiene un precetto debole, perché la regola o il parametro di valore che concorre a disciplinare il potere non ha rilevanza nell'ordinamento giuridico (ma indirizza il merito della scelta amministrativa) e la sua violazione non è sindacabile dal giudice amministrativo, salvo che si traduca in eccesso di potere. I presupposti di fatto che sono definiti dalla norma giuridica possono, a loro volta, essere caratterizzati da discrezionalità tecnica.

### **5.2 In base al principio di legalità**

L'analisi va condotta distintamente nelle tre ipotesi (norme del 1° tipo, 2° tipo, 3° tipo), precisandosi, ovviamente, che il riferimento alla "norma" va inteso con riguardo al complesso normativo che definisce la fattispecie.

**1) Norme del primo tipo:** il potere amministrativo si incastona nella norma, che ha natura descrittiva (si avvale di concetti immediatamente esplicativi). Le regole del potere, cioè, sono direttamente ricavabili dalla legge, essendo il loro significato accertabile tramite procedimenti di mera sussunzione<sup>5</sup>.

In tale ipotesi, il potere di applicazione della norma al caso concreto non presenta caratteri di discrezionalità tecnica<sup>6</sup>, ed è intrinsecamente sindacabile dal giudice amministrativo, il quale può accertare la legittimità dell'azione amministrativa, attraverso un'indagine essenzialmente formale,

<sup>5</sup> La disposizione di legge impiega concetti precisamente definiti, su cui la comunità statale ha raggiunto unanime condivisione, vuoi perché desunti dalle scienze esatte, vuoi perché definiti da altre norme giuridiche di contenuto certo.

<sup>6</sup> Eventuali dati fattuali tecnici sottesi ai concetti normativi saranno oggetto di accertamento tecnico, quindi percepibili mediante l'applicazione di procedimenti esatti.

in quanto condotta sulla base di disposizioni di legge puntuali, che non si prestano ad alternative ermeneutiche, sicché l'amministrazione non gode, appunto, di margini di scelta al riguardo.

Possono, invece, esservi spazi, anche ampi, di discrezionalità amministrativa, sindacabili solo sotto il profilo dell'eccesso di potere. Al di fuori di quest'area di sindacato c'è il merito. Il confine con la discrezionalità è, in tale ipotesi, abbastanza netto, atteso che la natura descrittiva della norma giuridica non crea equivoci sul ruolo che hanno le regole extragiuridiche nella fattispecie, chiamate a governare, appunto, il merito della scelta amministrativa. Da un lato, dunque, le regole sull'esercizio del potere, che specificano il fine e la causa della sua attribuzione, nonché gli eventuali contenuti ad esso strumentali, dall'altro le regole che guidano la scelta dei mezzi migliori per realizzare il fine pubblico.

Un tipico esempio di funzione amministrativa discrezionale retta da norme del primo tipo sono le autorizzazioni commerciali, in cui il potere di autorizzazione è chiaramente definito dalle norme primarie (statali e regionali) e secondarie (regolamenti delle autonomie territoriali), ma richiede l'acquisizione e la valutazione di una molteplicità di interessi, pubblici e privati, nella cui valutazione l'amministrazione gode di sicuri margini di discrezionalità.

**2) Norme del secondo tipo:** il potere amministrativo è mediamente definito nella norma, che ha natura integrativa (si avvale di concetti non immediatamente esplicativi). Le regole del potere, cioè, non sono direttamente ricavabili dalla legge, essendo il loro significato accertabile solo tramite rinvio a ordinamenti extragiuridici, che hanno carattere "tecnico" (scientifico<sup>7</sup> o sociale<sup>8</sup>).

In tale ipotesi il potere di applicazione della norma al caso concreto presenta in genere caratteri di discrezionalità tecnica, ed è intrinsecamente sindacabile dal giudice amministrativo nella misura in cui le discipline di riferimento presentino un elevato grado di affidabilità sul piano epistemologico (es. economia). Diversamente i margini di scelta dell'amministrazione sono più ampi, poiché le disposizioni di legge che ne regolano l'azione si prestano ad alternative ermeneutiche plausibili.

Possono, inoltre, esservi spazi, anche ampi, di discrezionalità amministrativa, sindacabili solo sotto il profilo dell'eccesso di potere, come nell'ipotesi precedente. La differenza, sotto tale punto di vista, risiede nella circostanza che le regole di buona amministrazione che presiedono all'ottimale perseguimento dell'interesse generale possono confondersi con le regole tecniche richiamate dalle norme giuridiche che disciplinano il potere, qualora esse siano prelevate dalle scienze sociali, dando luogo a sovrapposizione dei profili di discrezionalità amministrativa e merito.

---

<sup>7</sup> Il riferimento è, ovviamente, alle scienze non esatte, come ad esempio la medicina. Tipici casi di discrezionalità tecnica sono, infatti, i giudizi medico-legali.

<sup>8</sup> Si tratta delle scienze sociali, come il diritto, l'economia, le scienze della politica, la sociologia, e delle scienze umane, come la psicologia e l'antropologia.

Un tipico esempio di funzione amministrativa discrezionale retta da norme del secondo tipo che richiamano regole di matrice sociale sono le autorizzazioni di polizia, in particolare il rilascio del porto d'armi. La materia è retta dal T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773).

L'art. 42 prevede che: *“Il Questore ha facoltà di dare licenza per porto d'armi lunghe da fuoco e il Prefetto ha facoltà di concedere, in caso di dimostrato bisogno, licenza di portare rivoltelle o pistole di qualunque misura o bastoni animati la cui lama non abbia una lunghezza inferiore a centimetri 65”*.

L'art. 43 dispone che: *“Oltre a quanto è stabilito dall'art. 11, non può essere concessa la licenza di porto d'armi: a) a chi ha riportato condanna alla reclusione; b) a chi ha riportato condanna a pene restrittive della libertà...; c) a chi ha riportato condanna per diserzione in tempo di guerra.*

*La licenza può essere riusata ai condannati per delitti diversi da quelli sopra menzionati e a chi non può provare la sua buona condotta o non dà affidamento di non abusare delle armi”*.

Su tale disposizione va precisato che la Corte costituzionale, con sentenza 16 dicembre 1993, n. 440, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma, nella parte in cui pone a carico dell'interessato l'onere di provare la sua buona condotta.

Le norme fissano condizioni (*“dimostrato bisogno”*) e limiti (in particolare quelli relativi ai casi di mancanza di *“buona condotta”* o di *“inaffidabilità all'uso delle armi”*) del rilascio della licenza di porto d'armi.

Procedendo con ordine, occorre individuare, innanzitutto, il potere dell'amministrazione (Prefetto o Questore) di accertare i presupposti – esistenza delle condizioni positive e assenza di quelle ostative – per il rilascio dell'autorizzazione (e, dunque, di interpretare i relativi concetti giuridici, che si presentano parzialmente indeterminati); in seconda battuta il potere di negare, pur sussistendone i presupposti, la licenza, in base ad una valutazione discrezionale.

Quanto al primo aspetto, non vi è dubbio che i concetti di *“dimostrato bisogno”*, *“buona condotta”* e *“affidabilità all'uso delle armi”*, pur non costituendo vere e proprie clausole generali, implicano un accertamento in sé opinabile, sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo dell'attendibilità, ma immune da controllo qualora dia luogo (come è ben possibile, in situazioni nelle quali l'istante non sia direttamente esposto a pericolo di incolumità, ovvero lasci dubitare – senza escluderla – della sua idoneità all'uso delle armi) ad alternative ermeneutiche plausibili, rispetto a cui la scelta è rimessa all'amministrazione, quale titolare del potere.

Questa è materia di discrezionalità tecnica e non amministrativa, perché il margine di scelta attiene all'accertamento di fatti legittimanti il potere, e non all'individuazione della soluzione migliore per realizzare l'interesse generale. Prova ne sia che, per quanto parzialmente indeterminati, i concetti di



“*dimostrato bisogno*”, “*buona condotta*” e “*affidabilità all’uso delle armi*” trovano aggancio in parametri oggettivamente esistenti, quali l’esistenza di procedimenti penali, lo svolgimento di particolari funzioni da parte del richiedente, le sue condizioni fisiche, i suoi precedenti giudiziari, non solo penali<sup>9</sup> e, in generale, tutti gli elementi documentati suscettibili di illustrarne, da un lato, le esigenze sottese all’impiego dell’arma e, dall’altro, la capacità di detto impiego.

Quanto al secondo aspetto, può osservarsi come l’espressa previsione del potere di rilascio o di rifiuto della licenza come facoltativo esprima nitidamente il cuore della discrezionalità amministrativa, nella comparazione dell’interesse privato all’autodifesa o altro interesse protetto, positivamente riscontrati, con l’interesse pubblico a controllare lo *stock* di armi legalmente circolante<sup>10</sup>.

Il rischio di sovrapposizione tra i due momenti del potere amministrativo dipende dalle regole applicate in tali fasi: fermo restando che l’uso di regole extragiuridiche è, nella fase dell’accertamento dei presupposti per il rilascio della licenza, destinato ad integrare le norme giuridiche che disciplinano il potere, mentre nella fase della ponderazione degli interessi è estraneo ad esse, dette regole possono coincidere, allorquando i canoni di buona amministrazione utilizzati per decidere circa l’opportunità di rilasciare l’autorizzazione all’uso delle armi al privato siano, almeno in parte, mutuati dai criteri valutativi della situazione del soggetto richiedente.

È interessante osservare come il procedimento per il rilascio del porto d’armi sia, in parte, vincolato; ciò, in particolare, con riguardo alle previsioni di cui all’art. 43, comma 1, che fissano tre fattispecie di esclusione automatica della licenza.

La licenza per il porto d’armi è un provvedimento caratterizzato, dunque, da discrezionalità c.d. mista – prima tecnica, poi amministrativa – e da quote di vincolo in negativo, in cui il dato della discrezionalità amministrativa appare determinante e, per certi aspetti, incardinato su regole omogenee a quelle che riempiono di contenuto il precetto normativo.

Spesso, invece, la discrezionalità tecnica si presenta nell’ambito di procedimenti vincolati, in cui, cioè, è assente una scelta amministrativa sulla soluzione più conveniente, essendo l’adozione del provvedimento rimessa esclusivamente all’accertamento dei presupposti indicati dalla norma regolatrice, i quali, appunto, richiedono l’esperimento di valutazioni tecniche discrezionali.

Caso classico è quello dei giudizi delle commissioni sulle prove effettuate dai candidati in concorsi ed esami pubblici, che avvengono sulla base delle regole specialistiche della prova in questione,

---

<sup>9</sup> Che sono direttamente considerati dall’altra ipotesi di diniego facoltativo della licenza, relativa ai “*condannati per delitti diversi da quelli sopra menzionati*”, cioè diversi da quelli che determinano automaticamente il diniego. Anche in tale ipotesi il concetto giuridico si presenta parzialmente indeterminato; tuttavia muove da una piattaforma predefinita (la condanna per delitti), rispetto cui è agevolmente individuabile il criterio integrativo (la natura del delitto commesso).

<sup>10</sup> Considerato di per sé fonte di rischio per la sicurezza pubblica, perché incrementa le probabilità di episodi delittuosi o, comunque, lesivi dell’altrui (e, anche, della propria) incolumità fisica.

rispetto ai quali il sindacato del giudice amministrativo appare ancorato a tecniche desuete, forse a causa del monolitico orientamento che vuole sufficientemente motivato il giudizio espresso tramite voto numerico o altre valutazioni sintetiche, che semplificano il lavoro delle amministrazioni e, però, impediscono di comprendere quale sia la reale giustificazione dei giudizi delle commissioni<sup>11</sup>. Più penetrante, invece, è il sindacato sui giudizi medico-legali, che devono essere motivati sulla base dell'accertamento sanitario – retto da leggi scientifiche, sia pure relative – e del suo inquadramento nei paradigmi legali, ampiamente verificabile sotto il profilo dell'eccesso di potere, allorquando la valutazione sia inattendibile.

In tali ipotesi appare evidente come la scelta dell'amministrazione si compia nella fase dell'istruttoria tecnica, mentre il momento decisionale è sostanzialmente vincolato.

Ancor più penetrante è il sindacato del giudice amministrativo sulle scelte tecniche delle Autorità indipendenti, pur chiamate ad applicare concetti giuridici parzialmente indeterminati, come nel classico caso dell'Autorità *antitrust*, che accerta fattispecie disciplinate dalle leggi economiche (“abuso di posizione dominante”, “intesa illecita”, “mercato rilevante”).

Sviluppando le indicazioni giurisprudenziali già fornite<sup>12</sup>, deve richiamarsi il tentativo di sistemazione nelle categorie logiche dell'orientamento maturato, operato da ultimo dal Consiglio di Stato<sup>13</sup>. Di seguito il passaggio fondamentale.

«In punto di diritto occorre ricordare che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità incrocia il limite della discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'applicazione di norme elastiche o concetti giuridici indeterminati. Il Collegio condivide l'orientamento più recente, in precedenza delineato, che vuole ampliato il sindacato sulla discrezionalità tecnica in ragione della sua appartenenza – non già alla discrezionalità amministrativa bensì – al giudizio tecnico discrezionale, caratterizzato dalla natura complessa dei fatti da accertare, ovvero dalla natura incerta delle regole di valutazione.

Detto orientamento va, anzi, confermato su basi dogmaticamente più solide, cioè facendo riferimento alla struttura logica dell'azione amministrativa autoritativa (norma-potere-effetto), in ragione della quale l'amministrazione, nel perseguimento dell'interesse pubblico, ha il potere di applicare la norma di legge al caso concreto, sia sotto il profilo dell'interpretazione della fattispecie astratta, che sotto quello dell'accertamento dei fatti in essa sussumibili.

---

<sup>11</sup> Orientamento – su cui vedi *amplius* cap. XVI – fortemente criticabile e foriero di prassi incivili, che rincarano il *deficit* originario da cui sono afflitte le prove di accesso a posti pubblici, imperniate sulla verifica della preparazione nozionistica, piuttosto che su quella delle attitudini e delle doti naturali, senz'altro da privilegiare ai fini dello sviluppo del consorzio umano, specie in settori caratterizzati da elevato impegno intellettuale.

<sup>12</sup> *Ante*, § 4.2.2.

<sup>13</sup> La già citata decisione della sez. VI n. 424 del 2008.

Allorquando la norma prenda in considerazione fatti il cui accertamento richiede l'impiego di regole extragiuridiche spetta all'amministrazione la loro applicazione e, dunque, ove queste consistano in leggi di carattere relativo, la scelta tra le varie soluzioni prospettabili.

Ma, per converso, traducendosi questo potere, come visto, pur sempre nell'applicazione della norma di legge, il suo cattivo esercizio si risolve in un vizio di legittimità del provvedimento, e non può non essere sindacabile sotto il profilo dell'adozione della regola o del modo di formazione del giudizio tecnico.

Il limite a siffatto sindacato risiede nel divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione. Nel modello teorico sopra delineato, ciò significa che al giudice non è consentito di controllare l'intrinseca validità del risultato, cioè del giudizio tecnico formulato dall'amministrazione, che implicherebbe la neutralizzazione del potere di applicazione delle regole extragiuridiche attribuito dalla legge all'amministrazione ed, in definitiva, il sovvertimento dell'essenza (non meno che l'attività di ponderazione degli interessi) della funzione pubblica.

La linea di confine è data dalla natura della regola extragiuridica. Quando il tasso di relatività della stessa è tale da rendere il giudizio opinabile, il sindacato di attendibilità non può avere natura intrinseca, traducendosi altrimenti in una valutazione sulla condivisibilità della scelta dell'amministrazione».

Il problema emerge in giurisprudenza: adite con ricorso per motivi di giurisdizione avverso una sentenza del Consiglio di Stato che giudicava illegittima l'esclusione dall'appalto di un'impresa disposta dalla stazione appaltante *ex art. 38, comma. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006* per la ritenuta inaffidabilità della medesima, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno accolto il ricorso, ravvisando in detta sentenza un eccesso di potere giurisdizionale, per aver svolto una valutazione di merito, spettante alla pubblica amministrazione<sup>14</sup>.

Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato, con riferimento all'ipotesi di mancata verifica facoltativa dell'anomalia delle offerte presentate nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici (art. 87, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006), che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni

---

<sup>14</sup> Cass. sez. un., n. 2312 del 2012: «In presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa – esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale, *ex art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006* – il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto deve prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto opposto dalla stazione appaltante deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio dell'eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa. L'adozione di criteri di non condivisione, nella parte in cui comporta una sostituzione nel momento valutativo riservato all'appaltante, determina non già un mero errore di giudizio (insindacabile in questa sede) ma uno sconfinamento nell'area *ex lege* riservata all'appaltante stesso e quindi vizia, per ciò solo, la decisione, tale sconfinamento essendo ravvisabile anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione».

compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe la sfera di discrezionalità tecnica propria della pubblica amministrazione<sup>15</sup>.

Sono tutte ipotesi in cui la scelta demandata dalla legge all'amministrazione presenta un elevato margine di soggettività, essendo rimessa a parametri poco determinati, sicché il sindacato di attendibilità – l'unico consentito – si esaurisce nella verifica della congruità dell'operato amministrativo, con una terminologia evocativa dell'antica concezione del sindacato estrinseco.

Quando il margine di soggettività scende, perché i criteri della scelta sono meglio definiti, pur restando nell'ambito dei paradigmi "sociali", come nel caso dell'assegnazione di incarichi dirigenziali nella magistratura, il giudizio di attendibilità riacquista spessore<sup>16</sup>.

**3) Norme del terzo tipo:** il potere amministrativo non è compiutamente definito nella norma, che ha natura elastica. Le regole del potere, cioè, non sono chiaramente ricavabili dalla legge, essendo il loro significato accertabile solo tramite rinvio a concetti di valore, poco propensi ad essere inquadrati in nozioni giuridiche<sup>17</sup>.

In tale ipotesi il potere di applicazione della norma al caso concreto presenta caratteri di discrezionalità tecnica amplissima, sfociando quasi sempre in alternative ermeneutiche plausibili, la cui scelta è sindacabile dal giudice amministrativo solo sotto il profilo estrinseco, con riferimento ai principi di ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

La discrezionalità tecnica spesso tende a confondersi con la discrezionalità amministrativa, poiché la formulazione di giudizi di valore – necessaria per ricostruire il significato della fattispecie legale – avviene sulla base di standard e principi prossimi a quelli che sorreggono la scelta di opportunità dell'amministrazione.

Ad esempio, l'art. 136 d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) dispone:

*“1. Sono soggetti alle disposizioni di questo Titolo per il loro notevole interesse pubblico:*

---

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. IV, n. 3862/11.

<sup>16</sup> Cass. sez. un., n. 3622/12: «In tema di sindacato sul conferimento di incarichi dirigenziali occorre riuscire a cogliere la linea di discriminazione - talora sottile, ma mai inesistente - tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute. Altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa. Un conto è stabilire quali criteri di valutazione l'amministrazione intende privilegiare nel compiere una certa scelta, a quali elementi essa intende dare maggior peso ed a quali un peso minore o come ritiene di dover contemperare i primi con i secondi, altro conto è motivare la concreta applicazione di quei medesimi criteri nel caso concreto. L'insindacabilità della valutazione discrezionale dell'amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che, peggio ancora, manifesti l'illogicità o la contraddittorietà della loro applicazione nella fattispecie concreta».

<sup>17</sup> Tuttavia, anche tali concetti sono definibili dal sapere scientifico, precisamente dalle scienze morali, come filosofia, religione, discipline umanistiche.

- a) *le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale, di singolarità geologica o memoria storica, ivi compresi gli alberi monumentali;*
- b) *le ville, i giardini e i parchi, non tutelati dalle disposizioni della Parte seconda del presente codice, che si distinguono per la loro non comune bellezza;*
- c) *i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici;*
- d) *le bellezze panoramiche e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze”.*

Gli articoli seguenti prevedono il procedimento per la dichiarazione di notevole interesse pubblico ai sensi della disposizione precedente, che avviene da parte della Regione “*sulla base della proposta della commissione, esaminate le osservazioni e tenuto conto dell'esito dell'eventuale inchiesta pubblica*”.

A sua volta, la proposta della competente commissione provinciale “*è formulata con riferimento alle caratteristiche storiche, culturali, naturali, morfologiche ed estetiche proprie degli immobili o delle aree che abbiano significato e valore identitario del territorio in cui ricadono o che siano percepite come tali dalle popolazioni...*”.

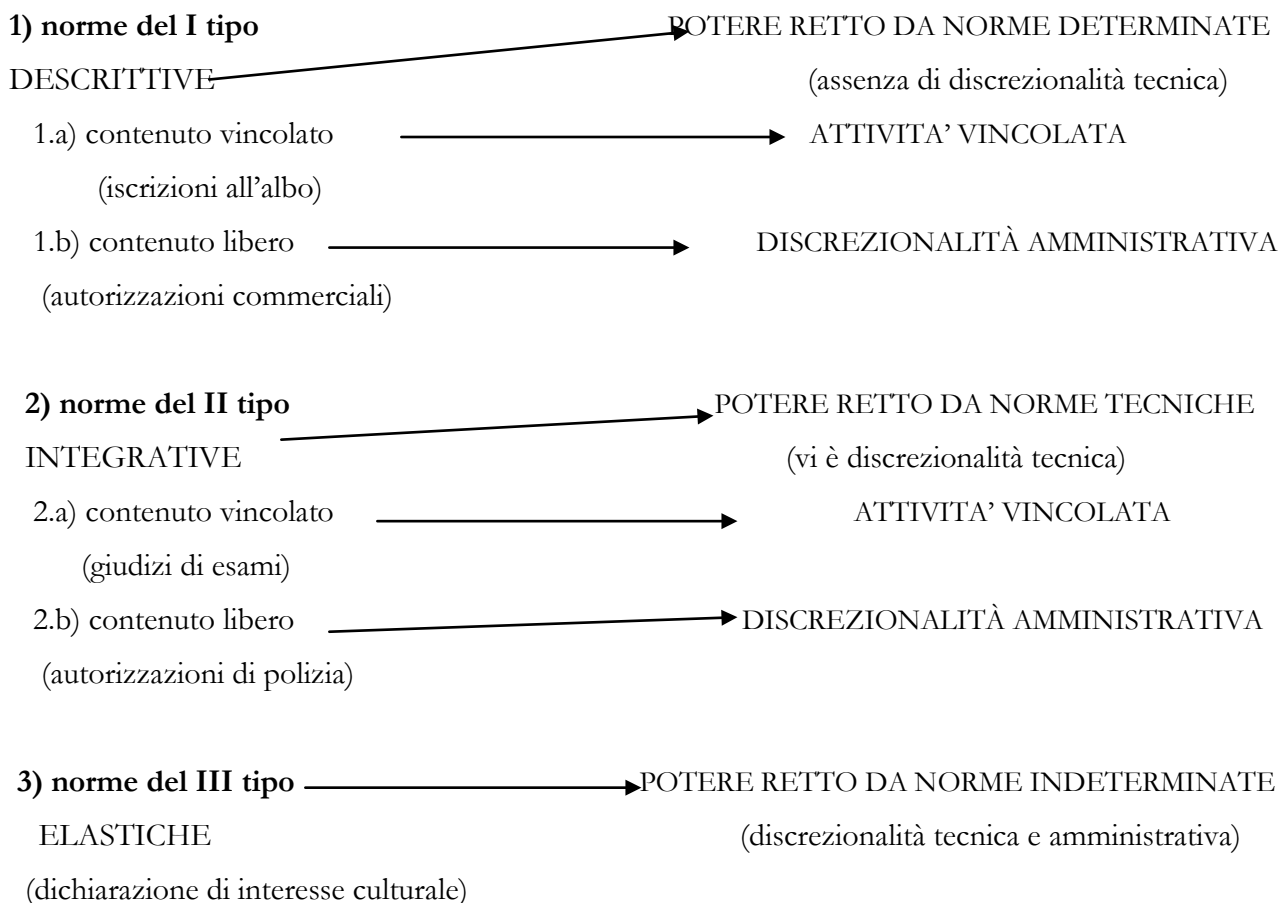
Il concetto di “*bellezza naturale*”, quand’anche lo si ritenga specificato dai parametri cui deve uniformarsi la proposta della commissione, è un classico concetto giuridico assolutamente indeterminato, attesa la natura elastica, convenzionale, variabile nel tempo e nello spazio dei codici estetici. Allora, quando l’Autorità è chiamata a valutare “*le caratteristiche storiche, culturali, naturali, morfologiche ed estetiche proprie degli immobili o delle aree*” ai fini dell’attribuzione della qualifica di notevole interesse pubblico, la discrezionalità tecnica sfuma in discrezionalità amministrativa, poiché il parametro tecnico si alimenta di considerazioni attinenti al “valore” tutelato, che involgono una scelta sugli interessi toccati dal procedimento. Nella fattispecie in esame ciò emerge direttamente dalla norma, nella parte in cui prescrive che la proposta della commissione deve essere calibrata su quelle caratteristiche del sito che “*abbiano significato e valore identitario del territorio in cui ricadono o che siano percepite come tali dalle popolazioni*”, con ciò rivelando una commistione tra aspetti tecnici e interesse culturale della comunità.

L’attività di applicazione della norma al caso concreto e di ponderazione degli interessi è, dunque, un *unicum*, che attiene al merito amministrativo, salva la quota sottoposta al sindacato di legittimità, che, sul piano sostanziale, attiene alla ragionevolezza e congruità – ma non anche all’attendibilità – del giudizio formulato.

A riassumere le conclusioni per ciascuna tipologia di norma – e funzione – amministrativa può valere il seguente schema grafico.

## PRINCIPIO DI LEGALITÀ

### NORMA – POTERE – EFFETTO



### 5.3 In base al principio di buon andamento

Occorre ricordare che la concezione moderna del principio implica la progressiva qualificazione delle regole di scienza dell'amministrazione come precetti giuridici dell'agire amministrativo, sulla base essenzialmente di una visione di matrice economico-finanziaria. Ne consegue, in linea di massima, che il principio di buon andamento può valere a ridurre l'ambito della discrezionalità amministrativa, dove le regole di buona amministrazione si prestano in larga misura ad essere lette secondo parametri economici e di finanza pubblica, mentre più difficilmente opera con riferimento alla discrezionalità tecnica, scandita da regole scientifiche relative, tecnico-specialistiche, culturali. La possibilità che la maturazione della fisionomia giuridica del principio di buon andamento

limitasse l'ambito della discrezionalità amministrativa è stata intuita dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>18</sup>: «L'attribuzione di una scelta elettiva fra più comportamenti nel perseguimento dei fini istituzionali, che rappresenta il cuore della insindacabile discrezionalità, costituisce una caratteristica connaturale allo statuto dell'amministrazione pubblica allorché essa agisce come autorità, e trova fondamento nel principio di legalità dell'amministrazione. Dalla discrezionalità amministrativa va tenuto distinto il potere di scelta nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati o clausole generali, quali sono i principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (posto che gli stessi sono stati positivizzati dall'art. 1 L. 241/90). Si tratta, infatti, non di un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo), la cui concreta applicazione dà luogo ad esercizio di discrezionalità amministrativa, ma di vere e proprie regole giuridiche. Tali principi, quindi, costituiscono una regola di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale in ordine alla loro concreta applicazione. Trattandosi di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati, secondo un principio generale dell'ordinamento, la verifica della loro osservanza da parte dell'amministrazione non può, peraltro, comportare un controllo che vada al di là della ragionevolezza. In altri termini il rispetto di tali principi conforma *ab initio* l'azione discrezionale, sicché la libertà di scelta tra più comportamenti consentiti dalla legge si esplica nel limite in cui detti comportamenti rispettino lo specifico vincolo di proporzionalità tra mezzi impiegati ed obiettivi, come pure tra costi e risultati»<sup>19</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, è del tutto insoddisfacente rispetto alla portata che il principio di buon andamento sta assumendo, specie dopo la modifica dell'art. 97 Cost., che ne fa non già una mera clausola generale dell'azione amministrativa, ma un principio fondamentale suscettibile di applicazione futura da parte del legislatore ordinario, nel senso di introdurre parametri puntuali alla discrezionalità amministrativa, e di applicazione immediata da parte del giudice, nel senso di adeguare l'interpretazione delle disposizioni che regolano il potere amministrativo.

Ciò premesso in termini generali, l'analisi va comunque condotta distintamente nelle tre ipotesi (norme del 1° tipo, 2° tipo, 3° tipo).

---

<sup>18</sup> Cass. sez. un., n. 7024 del 2006.

<sup>19</sup> Nella controversia giudicata la Suprema Corte ha ritenuto che l'assessore regionale alla sanità il quale, in violazione dei doveri inerenti alla carica, ometta di assumere le necessarie iniziative per il tempestivo soddisfacimento dei crediti vantati dai farmacisti convenzionati nei confronti delle Unità sanitarie locali, in attesa di interventi del governo centrale, provocando in tal modo l'esborso di somme per interessi e spese legali, risponde per danno erariale dinanzi alla Corte dei Conti. Nei casi in cui si addebiti all'amministrazione non già di aver effettuato una scelta anziché un'altra, bensì di aver omesso di adottare una qualunque scelta che consentisse di far fronte con la maggiore rapidità (e quindi evitando l'onere di maggiori spese legali, danni e interessi) alle obbligazioni assunte, sussiste la giurisdizione della magistratura finanziaria nei confronti dei responsabili del suo eventuale mancato o intempestivo soddisfacimento, atteso il carattere di atto comunque dovuto del pagamento di un debito gravante sulla P.A. In simili ipotesi, non è infatti in contestazione l'uso del potere discrezionale, bensì il mancato esercizio di tale potere.

**1) Norme del primo tipo:** il potere di applicazione della norma al caso concreto non è influenzato dalla trasformazione del buon andamento, essendo le norme giuridiche regolatrici dell'azione amministrativa già informate a criteri determinati. Ad esserne incisa è l'area della discrezionalità amministrativa, atteso che i criteri di buona amministrazione che governano l'attività di ponderazione degli interessi – sindacabili solo per eccesso di potere in quanto trasmodino nel vizio funzionale – acquistano valenza giuridica, restringendo gli spazi riservati al merito.

Per restare all'esempio fatto, in materia di autorizzazioni commerciali la discrezionalità amministrativa viene ad essere conformata dalle regole economiche, nella misura in cui esse assurgono – per il tramite del principio di buon andamento – a parametro giuridico della scelta in ordine alla soluzione migliore nel caso concreto. Così, verificata la possibilità di apertura di una grande struttura di vendita in base alla disciplina normativa primaria e secondaria, il potere dell'amministrazione di negarla in forza di una valutazione complessivamente negativa dell'insediamento commerciale sullo sviluppo della comunità locale sarebbe certamente illegittima qualora emergessero dati indicativi di un probabile impatto favorevole sul prodotto interno lordo dell'area interessata da tale insediamento, come l'aumento dell'occupazione, l'attrazione di investimenti, la diminuzione dei prezzi. Un'analisi di questo tipo sarebbe consentita al giudice amministrativo al di là dello stretto varco dell'eccesso di potere sintomatico, ricavabile dalla motivazione.

**2) Norme del secondo tipo:** il potere di applicazione della norma al caso concreto, qui caratterizzato da discrezionalità tecnica, è inciso qualora il settore di attività della pubblica amministrazione attenga ad ambiti in cui le regole tecniche presentino profili suscettibili di essere interpretate alla luce dei parametri di economicità, efficacia, efficienza amministrativa. In tale ipotesi può aversi ingresso delle questioni relative al merito della scelta tecnica nell'ambito dell'attività giuridicamente significativa, con riduzione della discrezionalità tecnica, che tende altresì ad assorbire la discrezionalità amministrativa.

**3) Norme del terzo tipo:** il potere di applicazione della norma al caso concreto, qui caratterizzato da ampia discrezionalità tecnica, non viene significativamente intaccato dalla assunzione dei parametri economici a norme giuridiche di azione, essendo detti parametri poco compatibili con i giudizi di valore che questo tipo di norme demanda all'amministrazione. Nella misura in cui la discrezionalità amministrativa si confonde con la discrezionalità tecnica, anch'essa resterà estranea all'implementazione dei principi di efficacia ed efficienza.

Al termine dell'analisi possono dettarsi riflessioni di carattere generale sulle possibili modificazioni introdotte dalla giuridicizzazione delle regole di scienza dell'amministrazione: innanzitutto, il tramonto della discrezionalità, intesa come spazio di scelta presidiato dall'eccesso di potere, che



tende a congegnarsi in violazione delle norme dell'economia; in secondo luogo, la riduzione del merito amministrativo all'area delle scelte equivalenti. Il tutto, coerentemente con il nuovo modello dell'azione amministrativa, il cui fine non è più solo quello del legittimo perseguimento dell'interesse generale, ma anche la sua ottimale realizzazione, in guisa che il risultato diventa criterio di azione giuridicamente vincolante per l'amministrazione.

#### **5.4 Applicazioni alla materia dei concorsi pubblici**

Il concorso nel pubblico impiego rappresenta il procedimento amministrativo emblematico per lo studio della discrezionalità tecnica, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, è un'attività puramente tecnica, in cui non vi è alcuna ponderazione di interessi da effettuare, essendone la finalità interamente predeterminata in sede legislativa, tramite l'individuazione dei requisiti di partecipazione e del procedimento preordinato alla scelta dei candidati più idonei.

In secondo luogo, il diritto vivente ritiene che il giudizio che presiede alla formazione della graduatoria sia sufficientemente motivato tramite il voto numerico, purché la commissione abbia preventivamente fissato i criteri di valutazione delle prove.

Proprio ammettendo la sufficienza del voto numerico, deve ritenersi che il giudizio espresso possa essere sottoposto a penetrante scrutinio da parte del giudice di legittimità, onde non vanificare il generale obbligo di motivazione, imposto per qualsiasi attività amministrativa, ivi compresa quella caratterizzata da discrezionalità tecnica. Inaccettabile, dunque, è l'orientamento volto a restringere la cognizione giurisdizionale al sindacato estrinseco, sul presupposto che ogni ingresso nei contenuti che si spinga oltre il rilievo del vizio macroscopico implicherebbe invasione del merito amministrativo.

Al riguardo occorre chiarire che:

- il sindacato sulla discrezionalità tecnica non può essere frenato da antiquate formule di stile, non più conformi all'evoluzione del diritto positivo e della scienza giuridica amministrativa;
- verifica del giudizio e riesame dell'elaborato sono un *unicum*. Individuare punti di debolezza di un giudizio implica il raffronto tra il giudizio e il suo oggetto, dunque, inevitabilmente, un – diverso – giudizio su tale oggetto;
- non si deve confondere il riesame dell'elaborato da parte del giudice con un'attività di sostituzione del giudice all'amministrazione: ciò che è impedito è il secondo, non anche il primo.

Nella materia delle prove scritte a concorsi pubblici le regole tecniche da applicare sono quelle contemplate:

- a) dalla logica e dalle discipline della conoscenza, per quanto attiene ai criteri generali di valutazione di un elaborato teorico;
- b) dalla disciplina del settore oggetto della prova, per quanto attiene ai criteri specifici di valutazione dell'elaborato.

Per quanto attiene al primo punto, tali criteri sono di massima riconducibili al seguente schema:

1. aderenza alla traccia, ovvero la pertinenza degli argomenti alla prova teorica o pratica;
2. completezza dello svolgimento, la quale postula che siano stati toccati tutti gli argomenti oggetto di traccia;
3. approfondimento dei contenuti: ciascun punto oggetto di traccia deve ricevere sviluppo adeguato;
4. logicità: il tema deve essere bilanciato e proporzionato; la trattazione deve essere ordinata e continua, andare dal generale al particolare; le conclusioni devono essere coerenti con le premesse, anche sul piano metodologico.
5. forma: non devono sussistere errori di lessico e sintassi, lo stile della trattazione non deve essere scolastico.

Per quanto attiene al secondo punto, spetta alla commissione giudicatrice specificare i criteri della materia oggetto di prova.

In primo luogo, la commissione è tenuta a formulare criteri pertinenti, sufficientemente precisi, congrui rispetto all'obiettivo di selezionare i migliori. In secondo luogo la commissione è tenuta ad applicare correttamente i criteri generali e quelli specifici.

Nell'analisi delle valutazioni delle prove concorsuali, il giudice amministrativo dovrà ripetere l'operazione logica della commissione, il che implica il riesame della prova alla luce dei parametri fissati dalla commissione.

Un primo caso di censura si ha quando il risultato sia difforme a causa dell'inadeguatezza di tali parametri.

Un secondo caso di censura si ha quando, pur essendo i parametri corretti, il risultato sia difforme perché l'applicazione fatta non è corretta.

Ovviamente, il problema è stabilire quale sia il limite tra l'erroneità e l'opinabilità nella scelta dei parametri o nella loro applicazione, appunto individuato nell'attendibilità, che va oltre il mero riscontro della logicità del giudizio.

La più recente giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup> è approdata a conclusioni analoghe, affermando che «il sindacato del giudice amministrativo, pur senza giungere alla riserva di intangibilità del merito amministrativo, si qualifica ben più che un controllo della mera coerenza logica dell'argomentazione, ossia come sindacato di attendibilità dei giudizi tecnici adottati, restando

---

<sup>20</sup> Cass. sez. un., n. 14893 del 2010, cui si riferiscono tutte le citazioni seguenti nel testo.

esclusa pertanto la possibilità di alcun intervento demolitorio sulle valutazioni attendibili ancorché opinabili».

Le Sezioni Unite, al fine di evitare che la determinazione del parametro di inattendibilità si risolva in una sostanziale sovrapposizione di giudizio delle Commissioni, hanno fissato il procedimento che la commissione deve seguire e i poteri del giudice:

- a) il ruolo delle commissioni di esame, espressione di discrezionalità tecnica, è quello di «accertare, secondo criteri oggettivi o scientifici (che la legge impone di portare a preventiva emersione) il possesso di requisiti di tipo attitudinale-culturale dei partecipanti alla selezione la cui sussistenza o insussistenza deve essere conclusivamente giustificata»;
- b) a tali fini, «il legislatore ha imposto alla commissione esaminatrice la preventiva, generale e astratta posizione delle proprie regole di giudizio, al fine di assicurare che le singole, numerose, anche remote valutazioni degli elaborati (nell'ampio arco temporale delle odierne procedure di selezione) siano tutte segnate dai caratteri dell'omogeneità e permanenza»; e ciò perché solo in tal modo (attraverso cioè la definizione preventiva di una cornice), è possibile pervenire «all'auspicato risultato di una procedura concorsuale trasparente ed equa»;
- c) dette regole di giudizio non devono tuttavia consistere in formule note e tautologiche, ma devono chiarire «quanto con la traccia proposta viene richiesto e quanto (in specie nell'ottica aperta propria dell'opinabilità delle soluzioni giuridiche) ci si attende in termini di risultato finale rappresentante lo standard minimo per una valutazione di idoneità»;
- d) ciò comporta che «quanto più espliciti e analitici saranno i criteri con riguardo ai livelli di accettabilità dell'elaborato rispetto alle proposte contenute nella traccia tanto meno rilevante diventerà l'onere».

Il giudice amministrativo deve:

- 1) esaminare «se i criteri, chiaramente esplicitati o sommariamente enunciati ma desunti anche dalle motivazioni poste a base delle valutazioni, siano coerenti con le possibilità di argomentazione offerte dalla traccia, o non siano, di contro, irragionevolmente restrittivi»;
- 2) esaminare se «la motivazione data all'esito della singola valutazione, ove imposta e pertanto redatta, evidenzi un travisamento delle premesse logico-giuridiche alla base dei criteri o sia inficiata da elementi di contraddizione al suo interno»;
- 3) valutare, infine, «se il giudizio sintetico o il risultato numerico di idoneità, autorizzati dalla norma, espressi su un elaborato, appaiono, alla lettura di esso, frutto di travisamento dei criteri posti espressamente o siano espressivi dell'adozione di criteri irragionevolmente restrittivi».

Confrontare una prova con i criteri di valutazione stabiliti dalla commissione esaminatrice non significa sostituirsi alla Pubblica Amministrazione.

Neppure vi è sostituzione quando i criteri di valutazione – generali o particolari – siano chiaramente inadeguati rispetto alle leggi che governano la tipologia di prova e la materia su cui verte.

Il “sindacato estrinseco” era una formula vuota, significava guardare da spettatori il lavoro delle commissioni.

Il “sindacato intrinseco” deve avvalersi di tutti gli strumenti utili ad evidenziare il vizio intellettuale del giudizio.

Nel settore dei concorsi nella pubblica amministrazione, che vertono in tutto o in parte su materie giuridiche, il vero salto di qualità, probabilmente, lo si avrà solo quando maturerà l’idea che il diritto è una scienza sociale il cui statuto è in condominio con le scienze esatte, sicché le regole tecniche che la commissione giudicatrice e il giudice amministrativo sono chiamati ad applicare sono assai meno relative di quanto comunemente si pensi.

Ciò, alla luce delle coordinate teoriche fissate in generale, consente un più penetrante sindacato della discrezionalità tecnica, pur in assenza di una motivazione verbale, questa essendo ricavabile dal coordinamento tra voto numerico e criteri di giudizio, altrimenti palesandosi un sintomo quasi sempre univoco di eccesso di potere.

### **5.5 Discrezionalità amministrativa e autonomia privata**

Delle critiche all’impostazione che vede nella distinzione tra i due concetti il perno della rigida contrapposizione tra pubblico e privato si è accennato. Per approfondire il problema occorre preliminarmente dare una chiara rappresentazione della tesi prevalente.

$$\begin{array}{ccc} \text{autonomia privata} & : & \text{discrezionalità} \\ | & = & | \\ \text{diritto privato} & : & \text{diritto pubblico} \end{array}$$

L’equazione delinea il rapporto di incompatibilità che esiste tra l’autonomia privata e la discrezionalità amministrativa in termini speculari al rapporto di incompatibilità che esiste tra diritto privato e diritto pubblico. Ne consegue che non vi potrà mai essere secondo questo schema un incrocio, cioè non ci potrà mai essere discrezionalità nel diritto privato e autonomia privata nel diritto pubblico.

A questa tesi si obietta che il rapporto tra autonomia privata e discrezionalità non può essere riferito a quello tra diritto privato e pubblico.

La caratteristica ontologica dei due istituti non è nella forma giuridica (il negozio per l'autonomia privata, il provvedimento per la discrezionalità), ma nella funzione, che nell'autonomia privata è libera perché rispondente ad un interesse egoistico, nella discrezionalità non è libera perché attribuita nell'interesse altrui.

Si aggiunge che l'autonomia privata è regolata in partenza (giudizio di rilevanza dello strumento giuridico) ed in arrivo (giudizio di meritevolezza e liceità dell'effetto giuridico), non nel divenire; la discrezionalità amministrativa è regolata anche nel divenire, essendo costantemente sottoposta ai principi di legalità, necessità, continuità, imparzialità. Ne consegue che non può escludersi l'utilizzazione di figure giuridiche proprie del diritto privato nell'esercizio di attività retta dal diritto pubblico.

La tesi classica – avallata dalla Corte Costituzionale – è di massima condivisibile, ma trascura i collegamenti che esistono tra diritto privato e diritto pubblico.

Sul versante pubblicistico i casi sono molteplici.

Già nell'ambito dell'attività contrattuale si riscontrano deroghe legate al perseguimento dell'interesse pubblico (il formalismo, i limiti all'atipicità, il diritto speciale in tema di obbligazioni pecuniarie).

Ma è nell'ambito dell'attività funzionale che l'interferenza tra pubblico e privato si è realizzata, nell'ambito del vasto ed eterogeneo *genus* delle privatizzazioni.

Guardando alle architravi normative del fenomeno, spiccano alcune disposizioni della legge 241/90: l'art. 1, comma 1-*bis* (nella parte in cui consente che le leggi di settore possano derogare alla previsione secondo cui l'attività della pubblica amministrazione non autoritativa – dunque negoziale – è retta dal diritto privato), e l'art. 1, comma 1-*ter* (che consente ai privati di porre in essere attività amministrativa).

Ma è una terza disposizione ad essere decisiva: l'art. 11 dà vita alla categoria dell'attività intermedia, la cui caratteristica è proprio quella di associare gli strumenti dell'autonomia privata alla funzione amministrativa.

Sul versante privatistico, deve segnalarsi il processo di funzionalizzazione dei diritti soggettivi, che avviene in due direzioni diverse: da un lato l'apposizione di vincoli interni all'autonomia privata (artt. 41 e 42 Cost.), dall'altro l'emergere di situazioni soggettive attive caratterizzate da poteri discrezionali (autorità private), talvolta per il perseguimento di interessi altrui (potestà private).

L'equazione può, allora, essere ridescritta.

