

Con sentenza n. 7585 del 7 agosto 2023, la settima sezione del Consiglio di Stato ha affermato che ogni potere amministrativo deve soddisfare il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Il che non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (Corte Cost. sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982).

Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa (Corte Cost. n. 115/2011). Il che, quindi, non implica la legittimità soltanto di poteri rigidamente vincolati in ogni loro aspetto, in ragione dell'impossibilità per il legislatore di prevedere e valutare a priori ogni possibile sviluppo ed implicazione o riflesso tanto per l'interesse pubblico perseguito, quanto per gli interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti dall'esercizio di un determinato potere. Donde, la legittima facoltà per il legislatore di riconoscere alla competente Autorità Amministrativa margini di operatività, più o meno ampi, idonei a consentire una corretta calibratura del potere esercitato in base alle peculiarità del caso concreto, nell'ottica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico da perseguire. E poiché spesso l'agire autoritativo dell'Amministrazione coinvolge interessi (pubblici e privati) anche confliggenti di non agevole né a volte prevedibile composizione a livello normativo, le leggi attributive disciplinanti poteri pubblici solitamente riconoscono alle Autorità competenti una certa discrezionalità in relazione a quei profili dell'esercizio del potere (ed ossia l'*an*, il *quid*, il *quomodo*, il quando) sui quali è opportuno demandare ad una valutazione caso per caso il suo concreto determinarsi.

Nell'ambito, quindi, di un settore contraddistinto dall'accoglimento del principio di legalità in senso forte (Corte Cost. n. 115/2011), in cui cioè la legge deve determinare tutti gli aspetti fondamentali dell'esercizio del potere in modo da mantenere costantemente una pur elastica copertura legislativa dell'azione amministrativa, devono ritenersi sussistenti margini di discrezionalità implicanti valutazioni di opportunità presupponenti un contemperamento degli interessi pubblici ed eventualmente anche privati coinvolti, ogniqualvolta il legislatore non vincoli l'agire autoritativo dell'Amministrazione in tutti i suoi aspetti, dovendosi seguire, quindi, il criterio interpretativo secondo cui *ubi lex noluit tacuit*.

Può, dunque, affermarsi che, in linea di principio, il potere pubblico amministrativo è discrezionale, salvo che non risulti diversamente dalla norma che lo prevede o che ne regola l'esercizio.

Diversa dalla discrezionalità amministrativa è, poi, la c.d. discrezionalità tecnica che, come noto, rileva (a monte) sul diverso piano della verifica dei presupposti normativamente previsti per l'esercizio del potere (discrezionale o vincolato che sia), allorché il relativo accertamento presupponga l'applicazione di una regola tecnica dai concetti indeterminati o, comunque, suscettibili di apprezzamenti opinabili financo implicanti l'attribuzione di un giudizio di valore (Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5468).

L'opinabilità, infatti, è altro rispetto all'opportunità. Sul punto basti considerare che la prima rileva nell'ambito della valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento costituenti presupposto del potere da esercitare, e quindi presupposto di legittimità del provvedimento emanato dall'Autorità amministrativa competente, mentre la seconda opera in un momento successivo, traducendosi in una scelta fra interessi contrapposti una volta già ritenuti sussistenti i presupposti per l'esercizio di quel potere.

Se, dunque, la discrezionalità tecnica concerne (a monte) i presupposti del potere, la discrezionalità amministrativa (o pura), invece, riguarda le modalità (a valle) di esercizio del potere, identificabile nella normativamente riconosciuta (in modo espresso o implicito) facoltà di scelta tra più soluzioni possibili, in ordine all'*an* o al *quid* o al *quomodo* o al quando o a tutti o soltanto ad alcuni dei predetti profili dell'agire autoritativo.



**In linea di principio, il potere pubblico amministrativo è discrezionale, salvo che non risulti diversamente dalla norma che lo prevede o che ne regola l'esercizio**

**Diritto amministrativo** Procedimento amministrativo

Valerio de Gioia

07 | 08 | 2023

---