

# La funzione epistemica del procedimento e la garanzia di correttezza delle decisioni amministrative

di Renata Pepe

SOMMARIO: 1. Ragioni dell'indagine – 2. Provvedimento amministrativo e attività conoscitiva – 3. Cenni alle teorie della decisione amministrativa – 4. Le variabili dei processi conoscitivi – 4.1. Accertamento dei fatti come presupposto della decisione – 4.2. I concetti giuridici indeterminati – 5. I problematici equilibri tra amministrazione e giurisdizione – 6. Il diritto procedimentale amministrativo come possibile garanzia di correttezza delle decisioni.

## 1. *Ragioni dell'indagine*

Nell'introduzione alla sua opera monografica "L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione"<sup>1</sup> Franco Levi sosteneva che «[...] le norme sul procedimento si risolvono, per alcuni aspetti, in regole sull'attività conoscitiva che precede l'emanazione di un provvedimento amministrativo [...] al punto che, [...], una teoria del procedimento non è compiuta se non si accompagna e si integra con un'analisi dell'attività conoscitiva che ne costituisce in parte il substrato»<sup>2</sup>.

L'indagine di Levi aveva ad oggetto un argomento innovativo per l'epoca, posto che la sua elaborazione a ben ventitré anni prima della promulgazione della legge sul procedimento amministrativo poneva in risalto il ruolo della conoscenza pubblica all'interno del procedimento intuendone le relative implicazioni che ancora oggi continuano a manifestarsi sul piano giuridico.

Ed invero, all'originaria funzione di strumento per disciplinare la "comprensione degli interessi"<sup>3</sup>, sulla quale si è sviluppata la teoria del procedimento nella seconda metà del secolo scorso, sono andate sovrapponendosi ulteriori e differenti funzioni<sup>4</sup> rispetto alle quali un ruolo determinante ha sicuramente svolto la

---

<sup>1</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967. In riferimento all'attività conoscitiva dell'amministrazione si vedano altresì S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; ID, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 77.

<sup>2</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 8.

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, vol. II, 155.

<sup>4</sup> L'evoluzione del pensiero sulla teoria del procedimento amministrativo ha visto avvicinarsi varie concezioni ognuna delle quali ha assunto un significato evolutivo. Dalla prima organica rappresentazione tesa a far emergere analiticamente le "fasi" attraverso cui si svolge la dinamica della funzione (A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940), alla successiva ricerca dei nessi tra la forma di manifestazione della funzione e il potere che ad essa dà vita (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.). Dagli sviluppi sul piano della ricostruzione dei profili procedurali (G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, 1964) e dei momenti di imputazione "organizzativa" delle attività (G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968), all'analisi dei contenuti conoscitivi dell'attività (F.

codificazione dei principi del procedimento amministrativo operata dalla legge n.241/90 e la maturazione del diritto amministrativo ultrastatale.

La richiamata normativa ebbe sin dall'inizio l'ambizione di porsi come strumento per l'affermazione di una nuova ed originale concezione delle relazioni tra P.A. e amministrati in cui centrale diveniva il "farsi" del provvedimento amministrativo. Ciò corrispondeva al pensiero del padre di quella legge, che muovendo dall'osservazione della compenetrazione tra procedimento e processo nella prospettiva della tutela dei cittadini, aveva ritenuto che la nuova normativa dovesse spostare l'attenzione dal provvedimento amministrativo<sup>5</sup> in sé considerato alla sua fase preparatoria e istruttoria, in modo da consentire che su di essa potesse svolgersi più efficacemente anche il successivo sindacato giudiziale<sup>6</sup>.

È così che al procedimento si è attribuita, tra le altre<sup>7</sup>, la funzione di garanti-

---

LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit.). E ancora dal graduale collegamento degli istituti che ritraggono giuridicamente il processo decisionale amministrativo – la discrezionalità e il procedimento – (A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 65) – a quelli che ne consentono la verificabilità – procedimento e processo – colti in una prospettiva di complementarietà e di integrazione (M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. Proc.*, 1980, 252).

<sup>5</sup> F. CAMMEO, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, II, 1079, III, 1234, fa emergere, per la prima volta, la nozione di procedimento come concatenazione di atti o fatti legati da un ordine logico. Secondo l'Autore, che prende come modello il processo civile, la serie ordinata di atti sarebbe necessaria per assicurare validità al provvedimento finale arrivando così ad affermare che il processo di formazione della volontà non è confinato negli atti interni, non rilevanti per il diritto: è infatti lo stesso diritto positivo che prevede atti e operazioni sicché le norme che regolano tali atti costituiscono requisiti per la conformità a diritto del provvedimento finale.

<sup>6</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* cit., 261-262; «non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto (nuovo) assetto di tali interessi».

<sup>7</sup> Le prime forme di elaborazione del procedimento amministrativo che hanno sviluppato la teoria del procedimento come presupposto dell'atto risalgono a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, I, 1960 (ma 1914), 543 ss.; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico I*, Roma, 1937, 451 ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni in tema di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, 375 ss.; G. CONSO, *Il concetto di fatto giuridico e fatti giuridici processuali penali*, in *Studi urbinati*, 1954, 249 ss.; Su tali teorie si fonda quella elaborata da A. M. SANDULLI che per la prima volta individua il legame intercorrente fra le varie fasi dell'iter procedimentale collegandole in un rapporto di condizionalità e/o esistenza. Dell'Autore si veda in proposito *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 17 ss.; ID *Il procedimento amministrativo*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, 1968, 1021 ss..

re<sup>8</sup> la tracciabilità delle decisioni assunte<sup>9</sup>. Tale garanzia, consacrata nel principio di trasparenza dell'azione amministrativa, costituisce il presupposto essenziale per svolgere il controllo sull'esercizio dell'attività amministrativa e per verificare la sua conformità ai principi e alle norme che lo regolano tant'è che si è ritenuto<sup>10</sup> come, analogamente a quanto accade nel processo, attraverso i doveri di accertamento istruttorio e di motivazione nonché di garanzia del contraddittorio, il procedimento assolva alla funzione di esternare il processo interpretativo delle norme da applicare<sup>11</sup>.

In tale quadro, si è per l'appunto consolidata la funzione conoscitiva del procedimento: il procedimento consente invero di acclarare la situazione di fatto esistente per consentire all'amministrazione di provvedere con piena consapevolezza della realtà sulla quale la sua determinazione andrà ad incidere<sup>12</sup> nonché di inquadrare e di interpretare la disciplina giuridica da applicare al caso concreto. Tale funzione va sempre letta in un'ottica strumentale e funzionale all'esercizio del potere decisorio<sup>13</sup>.

Anche nell'esercizio specifico della funzione conoscitiva si è posto in evidenza il ruolo di garanzia svolto dal procedimento orientato, a differenza del processo, «non già a garantire una migliore difesa, ma una migliore decisione»<sup>14</sup>.

E proprio dalla identificazione e dalla valenza che il significato di “migliore decisione” assume nei processi decisionali di amministrazione attiva si è tratto lo spunto per questo breve contributo il cui obiettivo è di verificare se le modalità attraverso le quali essa trae le conoscenze per addivenire ad una decisione, ovve-

<sup>8</sup> Sulla polifunzionalità del procedimento amministrativo si veda C. GUACCI, *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, Torino, 2017, 148; F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 171.

<sup>9</sup> A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2011, 210.

<sup>10</sup> M. NIGRO, il quale nel suo contributo *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., 252, sviluppa la concezione cd. paragiurisdizionale del procedimento.

<sup>11</sup> Si osserva come la differenza tra procedimento e processo vada individuata nella circostanza che, mentre nel processo il giudice manifesta i criteri interpretativi della norma in sentenza, nel procedimento invece l'individuazione delle norme e la loro interpretazione viene già manifestata nel corso dello stesso. In proposito C. GUACCI, *Il procedimento amministrativo. Nozione e caratteri generali*, cit., 149.

<sup>12</sup> R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, 1996, 577; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 183.

<sup>13</sup> Sostiene invece la necessità di distinguere tale funzione rispetto al procedimento in sé considerato F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 8 ss.

<sup>14</sup> Per S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 226, il procedimento serve per decidere meglio piuttosto che difendersi meglio. Sull'argomento si veda anche F. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*. Milano, 2011, 149 ss.

ro il potere discrezionale da questa esercitato nel corso dell'attività conoscitiva, sia in grado di raggiungere livelli ottimali di garanzia per una *corretta decisione*.

Il tema è inevitabilmente connesso a quello della discrezionalità amministrativa, il cui corretto esercizio, secondo canoni di ragionevolezza, viene verificato di volta in volta dal giudice amministrativo.

Tuttavia la ben nota crisi del principio di legalità, dovuta alle profonde revisioni cui l'amministrazione è stata sottoposta nel corso degli anni, ha sollevato non poche criticità in ordine al margine di valutazione, in sede di sindacato, del corretto esercizio della funzione discrezionale<sup>15</sup>.

È noto come nel nostro ordinamento prevalga l'orientamento volto a riconoscere all'amministrazione – anziché al giudice amministrativo – una funzione sostitutiva a quella omessa dal legislatore, sul cui esercizio il giudice amministrativo stesso non deve interferire, se non negli angusti limiti della sintomatologia del vizio di eccesso di potere o in quelli meno angusti del sindacato di proporzionalità<sup>16</sup>.

Un ruolo determinante potrebbe assumere, come qualcuno ha già evidenziato, la centralità teorica del procedimento amministrativo, come fenomeno concettualmente e giuridicamente autonomo, dal diritto sostanziale. Infatti, incentrare lo studio del diritto amministrativo sul procedimento – anziché sulla pretesa del privato nei confronti dell'amministrazione, secondo la visione che sembra oggi in via di affermazione – sembra offrire un punto d'osservazione nuovo e fecondo di conseguenze disciplinari<sup>17</sup>.

## 2. *Provvedimento amministrativo e attività conoscitiva*

Il provvedimento amministrativo è preceduto necessariamente da un'attività conoscitiva rispetto alla quale un ruolo determinante è per l'appunto svolto dal procedimento amministrativo le cui norme si risolvono, per aspetti significativi, in regole sull'attività conoscitiva<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Per un approfondito studio sull'argomento si rinvia a S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 98 ss.; ID. *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, *cit.*, 119 ss.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir e proc. Amm.*, 3/14, 759 ss.

<sup>16</sup> Diffusamente S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2014, 23 ss. Dello stesso Autore si veda anche *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, *cit.*, 127.

<sup>17</sup> In termini L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1, 2005, 87.

<sup>18</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, *cit.*, 149.

Gli studi sul procedimento amministrativo, susseguitisi alla sistemazione gianniniana che lo aveva individuato come sede di ponderazione comparativa degli interessi, si sono sostanzialmente risolti nell'analisi del processo decisionale che in esso si realizza<sup>19</sup>.

In tale ottica si è giunti definitivamente a riconoscere che l'*iter* procedimentale, quale sede in cui si realizza l'adozione della decisione, costituisce un momento logicamente e giuridicamente separato rispetto al provvedimento<sup>20</sup> e conseguentemente che l'istruttoria<sup>21</sup>, dalle cui risultanze discende l'atto finale, rappresenta il momento decisivo dell'attività complessivamente intesa.

In sede teorica, il contenuto del provvedimento amministrativo viene, quindi, identificato nella determinazione precettiva che delinea il mutamento giuridico destinato ad essere prodotto nella sfera giuridica del destinatario<sup>22</sup>.

Le scelte discrezionali atterrebbero, conseguentemente, al momento decisionale e non anche al provvedimento il quale «è come tale sempre uguale a sé stesso tanto nel caso che sia preceduto dalla decisione, tanto nel caso che sia direttamente applicativo della legge o di altri atti normativi»<sup>23</sup>, ciò comportando tra l'altro, sul piano positivo, una sostanziale omogeneità di disciplina dell'atto amministrativo vincolato e di quello discrezionale<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> A. ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 160.

<sup>20</sup> Sulla distinzione fra processo decisionale e provvedimento F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 38; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, vol. II, Rimini, 1987, 784 ss., 792 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 104.

<sup>21</sup> In tema di istruttoria del procedimento amministrativo si veda E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina 25-26 febbraio, AA. VV., Milano, 1988, 15 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 121 ss.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, cit., 221; A. MEALE, *L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, cit., 161.

<sup>22</sup> Sull'argomento si veda diffusamente S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 547, 605 ss.

<sup>23</sup> Così F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 38.

<sup>24</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 35, il quale richiama la distinzione, in passato operata da A. M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 98, tra potere determinante e potere costitutivo, inteso, il primo, come "potere di determinare in modo immodificabile il contenuto del provvedimento destinato ad operare nel mondo esterno", il secondo, nel "potere di tradurre la determinazione nel provvedimento costitutivo" vale a dire il potere di costituire l'effetto. Da ciò l'Autore fa conseguire che gli atti espressione dell'esercizio di attività vincolata, al pari di

In dottrina è ormai da tempo diffusa e accolta l'opinione secondo cui rarissimi sarebbero i casi in cui rinvenire un esercizio della funzione amministrativa priva di qualsiasi discrezionalità. Se fosse altrimenti il ruolo dell'amministrazione finirebbe col ridursi a mero tramite tra la legge e i suoi destinatari così abdicando alla sua autonomia<sup>25</sup>.

Si è in proposito osservato come «l'automatismo applicativo della disciplina legislativa agli amministrati farebbe venir meno la funzione amministrativa intesa in termini creativi come produzione del diritto»<sup>26</sup>.

Quel che rileva è pertanto la decisione dell'Amministrazione di adottare un atto costitutivo di effetti, e ciò a prescindere dalla modalità di formazione del suo contenuto<sup>27</sup>.

Muovendo dall'assunto che «gli interessi non sono costituiti attraverso l'indicazione normativa, ma scaturiscono dai fatti e risultano conformati all'apporto creativo del soggetto responsabile, che li modella sull'impronta della situazione ed in conformità ai valori incorporati nell'ordinamento»<sup>28</sup> la decisione risulta essere, essenzialmente, «scelta tra le diverse alternative che, sulla base dell'indagine compiuta, rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo»<sup>29</sup>. In conseguenza di ciò parte della dottrina, sul presupposto della distinzione tra l'agire per la decisione e l'agire per la produzione dell'effetto giuridico, giunge ad affermare la coincidenza tra la fase procedimentale in senso stretto e l'istruttoria considerando quest'ultima non come qualcosa di distinto dalla decisione ma come «la stessa decisione nel suo farsi dinamico»<sup>30</sup>.

L'autorità, pertanto, nell'esaurire la propria attività di scelta, al termine dell'*iter* di valutazione della necessità (discrezionale) della propria azione detta a se medesima e formula una prescrizione, in egual modo vincolante per l'amministrato e l'amministrazione.

Tale processo decisionale consiste in un'attività di conoscenza composta anche da profili creativi dal momento che, con la propria valutazione, «l'amministrazione pone qualcosa che prima non esisteva, attingendo il valore della soluzione in maniera autonoma dall'ordinamento»<sup>31</sup>.

---

quelli discrezionali, si pongono come atti costitutivi di effetti indipendentemente dal fatto che il contenuto sia stato in precedenza determinato dall'Amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale o direttamente dalla legge.

<sup>25</sup> È di questo avviso S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss.

<sup>26</sup> Così S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, cit., 119.

<sup>27</sup> S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 124.

<sup>28</sup> F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, AA. VV., Rimini, 1987, 243.

<sup>29</sup> F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 243.

<sup>30</sup> Così A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 133.

<sup>31</sup> L'affermazione è tratta da A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 85.

Quanto a quest'ultimo aspetto è stato difatti posto in luce come la fattispecie legale del caso concreto non sia, nella gran parte dei casi, preesistente all'indagine giuridica sul fatto della vita, quanto, piuttosto, rinvenga da un procedimento che è, insieme, di accertamento delle circostanze e di individuazione della fattispecie legale che vi si applica, di guisa che quest'ultima, in quanto necessariamente combinazione di principi generali, di norme procedurali e di disposizioni puntuali, non sarà rintracciabile in un unico precetto normativo (con forme di applicazione on/off). Tutto ciò a riprova della circostanza che l'amministrazione, nella sua attività procedimentale, presupposta all'adozione del provvedimento, costruisce, nel dialogo paritario con gli interessati, la fattispecie legale piuttosto che trovarla già esistente e pronta da applicare al caso concreto<sup>32</sup>.

La necessità di un apporto creativo dell'autorità nella disciplina del caso concreto veniva anche evidenziata da Crisafulli il quale al riguardo scriveva che «la vera garanzia dei diritti non si esaurisce nel principio di legalità della pubblica amministrazione[...], ma richiede che per di più tra la legge e l'atto applicativo, tra norma e provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge»<sup>33</sup>, del resto, come è stato osservato, qualora l'attività della pubblica amministrazione risultasse del tutto vincolata dalla legge si esulerebbe dal diritto amministrativo poiché verrebbe meno al soggetto agente ogni capacità di offrire un seppur minimo apporto giuridico in termini di esercizio del potere<sup>34</sup>.

La riflessione che consegue da tale affermazione non può che essere una e cioè l'esigenza che nell'ambito dello "stacco" tra norma e provvedimento l'esercizio della funzione si avvicini a livelli ottimali di correttezza.

Su tali livelli ottimali concorrono una serie di fattori esterni si pensi alla legislazione sostanziale, alle norme di organizzazione e per tutti alla disciplina del procedimento.

In relazione a quest'ultima lo strumento istruttorio si rivela sicuramente

<sup>32</sup> L. PERFETTI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 280 ss.

<sup>33</sup> V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 135.

<sup>34</sup> Si esprime in questi termini S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di F. ASTONE, A. BARONE, S. COGNETTI, A. CONTIERI, R. DAGOSTINO, C. GUACCI, M. INTERLANDI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, D. MARRAMA, A. MEALE, R. MONTEFUSCO, S. PERONGINI, F. SAITTA, F. TIGANO, S. VILLAMENA, *cit.*, 119; analoghe riflessioni vengono formulate dal medesimo Autore in *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; (con E. CARDI) *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I agg., 2012; *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss; *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2-3/2013.

indispensabile. Nel corso di questo, infatti, l'attività conoscitiva definisce la situazione specifica da trasporre nel provvedimento materializzando in tal modo l'interesse pubblico da realizzare<sup>35</sup>.

Lo strumento istruttorio si rivela indispensabile non solo ai fini dell'accertamento dei fatti e degli interessi in evidenza, ma anche a garanzia della partecipazione degli interessati<sup>36</sup>. In questo modo il soggetto pubblico acquisisce la piena conoscenza, con il confronto delle posizioni e l'acquisizione della documentazione, dell'effettiva consistenza dei bisogni e delle aspettative dei cittadini, svolgendo di talchè la sua azione, alla stregua dei canoni costituzionali del buon andamento e dell'efficienza, in modo logico e ragionevole, soprattutto, risolvendo le varie problematiche, proprie, del particolare ordinamento di competenza<sup>37</sup>.

### 3. *Cenni alle teorie della decisione amministrativa*

L'evoluzione della teoria funzionale, che individua nel procedimento il luogo del "divenire" del potere amministrativo, e dunque del "farsi" della decisione, ha inevitabilmente spinto le scienze giuridiche a confrontarsi con le teorie che hanno ad oggetto lo studio dei processi decisionali.

Tali studi, inizialmente approfonditi in campo economico e statistico, che da tempo hanno colto la centralità del momento decisionale e dei processi che lo precedono, rappresentano, come recentemente osservato<sup>38</sup>, un presupposto prezioso per l'esame delle problematiche legate all'adozione della decisione amministrativa.

Più specificatamente, per la funzione di garanzia a cui è improntato, il procedimento amministrativo, a seguito del contemperamento dei differenti interessi coinvolti alla luce dell'interesse pubblico, dovrebbe divenire il luogo deputato alla maturazione della scelta "migliore"<sup>39</sup> o "preferibile" e dunque "corretta" fra le diverse possibili soluzioni.

<sup>35</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.

<sup>36</sup> Sulla centralità dell'istruttoria, con particolare riferimento alla fase della partecipazione, nella quale si svolge l'identificazione, la valutazione, la comparazione degli interessi e la definizione dell'interesse pubblico, si veda M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)* in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 18. Si veda inoltre R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 195 ss. nonché M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, 90 ss.

<sup>37</sup> A. MEALE, *L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, cit., 161 ss. Si veda ancora E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1990, 108.

<sup>38</sup> L. LAMBERTI, *Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012, 1 ss.

<sup>39</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 226 ss.

Il significato di “migliore decisione” viene mutuato dalla teoria della decisione razionale, che identifica nella decisione la scelta della soluzione migliore ed anche più vantaggiosa dal punto di vista economico<sup>40</sup>.

Essa muove dalla individuazione di premesse assunte come valide e dalle quali si parte per addivenire alla decisione. Sulla scorta di tali premesse si presume conseguentemente che il decisore, in possesso di tutte le informazioni relative al problema da risolvere, sia in grado di formulare le possibili alternative e di valutare comparativamente le conseguenze che da tali alternative possano derivare in modo da poter addivenire alla soluzione migliore.

La teoria della decisione razionale, stante l'impossibilità di una sua applicazione nelle circostanze reali caratterizzate da ristrettezze di tempi, risorse, informazioni e anche capacità predittiva, (infallibilità ed onniscienza del decisore), è stata oggetto di numerose critiche.

In seno a queste è maturata la teoria della “razionalità vincolata” elaborata da Herbert A. Simon<sup>41</sup> il quale, muovendo dal presupposto dell'impossibilità di estendere alle teorie che si occupano dei processi comportamentali amministrativi i principi che governano le attività economiche – ispirate ad una perfetta razionalità delle decisioni – delinea un concetto di razionalità limitata secondo la quale ciò a cui l'uomo può aspirare è un livello tollerabile di soddisfazione di tale esigenza di razionalità piuttosto che uno ottimale.

A tale modello è stato opposto quello incrementale o “razionale – comprensivo” sorto in seno alle teorie sociologiche.

Il modello incrementale descrive il processo decisionale come un sistema politico, un'arena all'interno della quale si realizza l'incontro e lo scontro ma anche la negoziazione di tutti gli interessi in gioco<sup>42</sup>. In particolare si parte dalla considerazione che le amministrazioni pubbliche decidono in base ad adattamenti marginali delle politiche pubbliche a partire dallo *status quo*. Tale modello, che individua nella contrattazione il motore delle scelte, si caratterizza per la mancanza della predeterminazione di valori e parametri di giudizio.

Si è osservato che mentre il primo approccio ha un intento prevalentemente normativo, il secondo sembra limitarsi alla rilevazione fenomenologica.

---

<sup>40</sup> Il modello al quale questa teoria si ispira è quello dell'*homo economicus* che tende a massimizzare la propria funzione di utilità.

<sup>41</sup> H. A. SIMON, *Administrative behaviour*, New York, 1947 (*Il comportamento amministrativo*, trad. it a cura di S. CIMMINO, Bologna 1967).

<sup>42</sup> Si veda F. RANIOLO, *La prospettiva della “policy analysis”: il ciclo di vita delle politiche*, in *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, a cura di R. D'AMICO, Milano, 2004, 406 ss., il quale ricorda che «le decisioni politiche non possono essere prese al riparo dall'influenza delle dimensioni politiche dell'agire (...). Del resto basta un minimo di esperienza e di conoscenza dei processi politico-amministrativi per aderire a questa immagine conflittualistica delle decisioni. Quando le decisioni devono essere prese in condizioni di interdipendenza strategica sia il modello di razionalità sinottica sia quello di razionalità limitata perdono di attrattiva. Per contro si può far riferimento al modello cosiddetto incrementale legato al nome dell'economista e politologo americano Charles Lindblom».

Rispetto a tale ultima impostazione parte della dottrina non ha mancato di manifestare un certo scetticismo laddove pur riconoscendo che «questo approccio ha avuto il merito di mettere in evidenza il carattere aleatorio e non programmato di molte decisioni » rileva, tuttavia, che «non per questo, però, sembra giustificare il fatto di avere enfatizzato forse eccessivamente il ruolo della casualità nella produzione delle politiche pubbliche[.....]d'altra parte, si può cercare di tenere sotto controllo l'ambiguità e la incertezza dei processi decisionali enfatizzando il ruolo delle istituzioni , che fissando ruoli e routine organizzative finiscono per tenere sotto controllo la casualità e l'imprevedibilità dei processi decisionali»<sup>43</sup>

Sulla scorta di tale orientamento, le modalità di svolgimento del processo decisionale, in relazione alla decisione amministrativa, dovrebbero essere rette da regole e canoni ben definiti proprio al fine di garantire il rispetto di quei parametri di legalità e di razionalità che l'amministrazione deve osservare nel compiere la selezione dell'alternativa preferibile.

Ciò risulta necessario non solo perché il rispetto delle norme che disciplinano tale procedimento garantisce il raggiungimento, da parte del decisore, della scelta migliore, ma anche perché, in considerazione dell'impossibilità, per la legge, di disciplinare compiutamente l'agire amministrativo, nello svolgersi della dinamica decisionale si realizza quella specificazione e progressiva definizione dell'interesse pubblico che è connaturata al concreto esercizio del potere.

Non manca però chi<sup>44</sup>, anche nelle teorie incrementalistiche riconosce un intento normativo e cioè quello di raccomandare un metodo fondato su un'azione di successive limitate comparazioni che sembra in parte rinvenirsi in quella discrezionalità amministrativa che Giannini descrive come ponderazione tra interesse primario e interessi secondari<sup>45</sup>.

Le indagini sulla bounded rationality, sorte sul terreno della teoria amministrativa, sembrano tuttavia rappresentare ancora oggi i presupposti da considerare in relazione allo studio della decisione della pubblica amministrazione<sup>46</sup>.

Queste brevissime premesse che non hanno assolutamente la pretesa di coprire l'intera tematica trattata consentono però di evidenziare, come l'analisi della qualità della decisione discrezionale, osservata nell'ottica delle modalità con cui le amministrazioni applicano o dovrebbero applicare il principio di ragionevolezza, e non sul versante del controllo giudiziale<sup>47</sup>, non può prescindere da una

<sup>43</sup> Così F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis"*, cit., 417.

<sup>44</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Ragionevolezza*, in *"Diritto on line"* Treccani, 2017.

<sup>45</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; ID. *Diritto amministrativo*, cit., 156.

<sup>46</sup> L. LAMBERTI, *Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative*, cit., 8.

<sup>47</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, n.2/19 ,319, chiarisce come «La ragionevolezza, considerata dal punto di vista di chi agisce, non coincide con la

appropriata regolamentazione procedimentale in particolare dell'istruttoria che nel suo ambito si svolge<sup>48</sup>.

La dimostrazione di ciò si riscontra nella circostanza che il procedimento è divenuto, soprattutto in determinati settori, un percorso amministrativo *ad ostacoli*<sup>49</sup> ed invero nell'ambito di quest'ultimo concorrono in misura variabile al formarsi della determinazione, fattori della più diversa natura che vanno dagli atti di indirizzo alla compresenza di interessi pubblici spesso confliggenti, dall'acquisizione – più o meno selettiva, o «orientata»<sup>50</sup> – di elementi di fatto e di interessi alle analisi e valutazioni tecniche (che anch'esse possono essere impostate e sviluppate in modo diverso), e non da ultimo la cultura delle amministrazioni e il loro atteggiamento<sup>51</sup>.

A ciò si aggiunge che la stessa “guida” del percorso procedimentale è condizionata dal concorso di fattori eterogenei tra i quali vi è anche il potere del decisore al quale spesso si affiancano livelli e poteri diversi di codecisione<sup>52</sup>.

#### 4. *Le variabili dei processi conoscitivi*

Per la scienza amministrativa la “migliore” decisione si fa coincidere con quella più adeguata e consapevole ovvero quella “più ragionevole” in virtù del principio di ragionevolezza che rappresenta un imprescindibile canone per il corretto esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione<sup>53</sup>.

---

*ragionevolezza considerata dal punto di vista di chi giudica la condotta altrui. Chi agisce individua lo scopo dell'azione e i mezzi che considera adeguati allo scopo, impiegando gli strumenti conoscitivi dei quali dispone. Il risultato – attuale o prevedibile – dell'azione decisa potrà apparire più o meno ragionevole in un giudizio ex post, e in questo giudizio chi verifica la ragionevolezza della decisione altrui non si interroga su quale sarebbe stata la soluzione ottima del problema pratico, e si chiede piuttosto se la soluzione che è stata adottata fosse giustificata, alla luce dei fatti rilevanti*. In questo senso anche diffusamente S. COGNETTI, *Legge amministrazione e giudice, cit.*, 118.

<sup>48</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Ragionevolezza, cit.*

<sup>49</sup> S. AMOROSINO, *Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche*, in P.A. *Persona e Amministrazione*, n.1/2018, 11.

<sup>50</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 228. Per la dottrina tedesca si veda E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* n.70/2011, 238 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VOSSKUHLE, München, 2012, 490 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, in *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, a cura di P. LERCHE, W. SCHMITT GLAESER, E. SCHMIDT-ASSMANN, Heidelberg, 1984, 2 ss..

<sup>51</sup> Diffusamente S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014.

<sup>52</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 459 ss.; R. URSI, *Il responsabile del procedimento “rivisitato”*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 2/2021, 5 ss..

<sup>53</sup> F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA F. SAIITA, Milano, 2012, 372. Quando elabora il concetto di vizio della funzione criticando la costruzione delle figure di eccesso di potere come sintomi della deviazione dal fine legale, Ben-

Tale principio, a partire dagli approfondimenti di Feliciano Benvenuti<sup>54</sup>, viene qualificato in termini di regola sulla normazione del caso concreto, la cui esistenza deriva dal fatto stesso che vi è un ordinamento giuridico. Essa costituisce pertanto un elemento fondamentale del processo decisorio della pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale<sup>55</sup> laddove a fronte di una definizione normativa – generica – dell'interesse pubblico primario, corrisponde la necessaria “delega” all'Amministrazione di concretizzare la fattispecie astrattizzata nella norma.

Il rilievo per cui in sede decisionale si opera la sintesi in cui si esprime la discrezionalità non è di poco momento atteso che la decisione scaturisce da un farsi progressivo che passa attraverso i vari momenti dell'istruttoria o meglio attraverso la guida dell'istruttoria.

La ragionevolezza segna in definitiva la correttezza e l'adeguatezza della funzione<sup>56</sup>, rappresentando il criterio che consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e dunque la logicità e la coerenza del processo decisionale<sup>57</sup>.

---

venuti presenta la ragionevolezza come principio regolatore della funzione amministrativa, la cui violazione è motivo di illegittimità F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1950, I, 1 ss.. Per la nozione di eccesso di potere negli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 487 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 406 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, 291 ss.; P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 126.

<sup>54</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 23, il quale afferma la natura normativa della ragionevolezza per giustificare l'attrazione nell'ambito del controllo di legittimità del sindacato di ragionevolezza e di giustizia sostanziale.

<sup>55</sup> F. ASTONE, *Ragionevolezza delle scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, Torino, 2017, 223.

<sup>56</sup> Sostiene che gran parte delle manifestazioni di eccesso di potere hanno la loro matrice nel principio di ragionevolezza F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 213. L'Autore osserva che il principio di ragionevolezza caratterizza non tanto l'azione della p.a., quanto il sindacato del Consiglio di Stato sugli atti amministrativi: ma per tale via si è trasformato in una guida per l'attività amministrativa; in altre parole attraverso il consolidarsi e lo stratificarsi dei vari sintomi di eccesso di potere, sussunti sotto il principio di ragionevolezza, si dice all'Amministrazione cosa non può fare e di converso cosa deve fare. Nel senso che il principio di ragionevolezza costituisce l'angolo di visuale più comprensivo dal quale poter valutare tutte le numerose ipotesi che si riconducono all'eccesso di potere, e che dunque la ragionevolezza dell'azione amministrativa, così giuridicamente condizionata rispetto al fine, costituisce la regola di fondo dell'attività amministrativa; sul principio di ragionevolezza si veda anche il contributo monografico di M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 259 ss..

<sup>57</sup> Sul punto vale la pena richiamare quanto osservato da G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, a cura di G. PASTORI, Vicenza, 1964, 34 ss., laddove evidenzia l'insufficienza della legge a soddisfare, con la semplice delimitazione preventiva dei poteri e dei diritti, l'esigenza di una trasformazione del potere in atto amministrativo in maniera equa e completa.

Spostando ora l'attenzione sul piano della conoscenza, ossia dell'attività conoscitiva, la più recente dottrina identifica la decisione "migliore", e dunque "ragionevole", in quella pronunciata all'esito di un'attività procedimentale volta all'accertamento della verità<sup>58</sup> in cui il principio di completezza dell'acquisizione conoscitiva risulta particolarmente radicalizzato.

Si ritiene che l'accertamento della verità costituisca presupposto indefettibile per una decisione più adeguata e consapevole<sup>59</sup>.

Partendo dal presupposto che sulla base del principio inquisitorio<sup>60</sup>, l'amministrazione non può essere relegata, nella dinamica conoscitiva, a svolgere un ruolo neutrale circoscritto alla mera applicazione della legge ai fatti presentati dai partecipanti al procedimento, si sostiene che ad essa spetti il compito di ricercare la verità in funzione della quale è tenuta a sviluppare tutta l'attività istruttoria (e, in senso lato "probatoria"<sup>61</sup>) che ritiene necessaria per la definizione, la conoscenza e la comprensione dei dati in base ai quali sarà assunta la decisione<sup>62</sup>.

Detentore del ruolo di "investigatore amministrativo"<sup>63</sup> sarebbe il responsabile del procedimento al quale la legge affida i compiti di valutare i presupposti rilevanti, accertare d'ufficio i fatti "disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari" e di adottare "ogni misura per l'adeguato" (ma sollecito) svolgimento dell'istruttoria.

A tale orientamento si contrappone l'indirizzo fondato sulla concezione del fatto come entità indeterminata e indeterminabile al di fuori del processo di attuazione della norma attributiva del potere<sup>64</sup>. In proposito, si sostiene che l'adeguatezza dell'attività istruttoria, rispetto alla situazione reale su cui il provve-

<sup>58</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 151. L'Autore accosta in maniera significativa il procedimento al processo sia pure scorgendovi alcune differenze: tra queste senz'altro la diversità dello scopo essendo il primo orientato a garantire una migliore decisione mentre il secondo una migliore difesa. Sul punto si richiama U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti amministrativi e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 1 ss..

<sup>59</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 151

<sup>60</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, vol. II, Bologna, 1998, 1256; G. PASTORI, *Principi costituzionali sull'amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in *Informazione e funzione amministrativa nella dinamica partecipativa procedimentale*, a cura di M. CAMMELLI, M.P. GUERRA, Rimini, 1996, 19 ss..

<sup>61</sup> Sul punto, cfr. criticamente M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 170-171, che esclude il rilievo probatorio dell'istruttoria e considera erronea, per quanto diffusa, l'idea di "prove" acquisite nella dinamica procedimentale: lo stesso autore, peraltro, successivamente, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 277, individua nei procedimenti una parte di attività volta alla "acquisizione di elementi probatori", ma questa "indirizzata agli interessi".

<sup>62</sup> E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit. 155.

<sup>63</sup> Sul principio di administrative investigation si veda W. KLUTH, J. NUCKLELT, *Implications of the Law on Administrative Procedure for Generating Knowledge in Public Administration*, in *Transforming administrative procedures*, a cura di J. BARNES, Siviglia, 2015, 391.

<sup>64</sup> Si veda E. CARDI, *La manifestazione di interessi*, I, cit., 16, 27 ; in tal senso anche E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2003, 385.

dimento andrà ad incidere, debba rapportarsi ad un criterio integralmente “qualitativo”, consistente nella rilevanza della manifestazione di parte da acquisire.

La *ratio* ispiratrice di tale punto di vista riflette la necessità, vieppiù avvertita dalla dottrina e dalla legislazione moderna, di cogliere e valorizzare, in seno al procedimento amministrativo, la spinta impressa dal dettato costituzionale verso l’allineamento, accanto al principio di imparzialità, del valore del buon andamento quale canone integrativo del parametro di legalità dell’azione amministrativa, di modo che il giudizio di legittimità del provvedimento finale non consti più soltanto di un rigido verdetto di corrispondenza tra norma ed atto, ma anche di un flessibile e ragionevole apprezzamento di idoneità alla produzione di un risultato efficiente, tempestivo ed economicamente controllato<sup>65</sup>.

In conclusione, gli studi che si sono occupati del fenomeno conosciuto ne hanno evidenziato l’articolata complessità dal momento che questo investe una serie di problematiche, tutt’altro che risolte, che spaziano dalle modalità di accertamento dei fatti su cui sarà basata la decisione fino alla precisazione nel caso concreto di concetti giuridici indeterminati<sup>66</sup>.

Le implicazioni che ne seguono assumono portata dirimente ai fini della presente indagine.

#### 4.1. *L’accertamento dei fatti come presupposto della decisione*

La centralità e la necessità dell’istruttoria<sup>67</sup> nello svolgimento dell’attività procedimentale si desume dall’art. 3 della legge sul procedimento la quale, nel positivizzare il dovere di motivazione dei provvedimenti amministrativi, stabilisce che «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».

La norma in questione instaura un rapporto fra il procedimento e il suo esito e, in particolare, sancisce che l’esito del procedimento è condizionato da tutto quanto in esso avvenga.

L’istruttoria è quindi tesa ad assicurare la raccolta di dati ed informazioni, la verifica dei fatti introdotti nel procedimento, l’identificazione di fatti ulteriori, la loro elaborazione ma anche l’inquadramento della corrispondenza tra la realtà e la previsione normativa<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Così R. LASCENA, *La giustizia amministrativa al 1996*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 109-110; si veda anche F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 277 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), III, Padova, 1993, 327 ss..

<sup>66</sup> E. CARDI, *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, cit., *passim*.

<sup>67</sup> La centralità e la necessità dell’istruttoria sono evidenziate particolarmente da F. LEVI, *L’attività conoscitiva*, cit., 363 ss.; nello stesso senso A. MEALE, *L’istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, cit., 161; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1251.

<sup>68</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 167; E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 156.

La determinazione provvedimentoale è dunque condizionata dalle risultanze istruttorie contenute nella motivazione che, costituendo esercizio di un pubblico potere, manifesta le ragioni per le quali l'atto è stato adottato<sup>69</sup>.

L'ordinamento giuridico ne sancisce l'obbligatorietà affinché siano esplicitate le ragioni che hanno determinato la decisione a suffragio della esattezza del giudizio che in essa si sostanzia<sup>70</sup> ed invero, l'amministrazione deve emanare i propri provvedimenti su presupposti rigorosamente verificati e su dati sicuri e non devono esservi margini di incertezza come del resto si ricava dal principio di "buon andamento"<sup>71</sup>.

La rappresentazione del fatto che offra una esatta percezione degli aspetti essenziali di una determinata realtà oggettiva, per la quale e sulla quale agisce l'Amministrazione, costituisce uno dei momenti indispensabili che contrassegnano l'intero arco di formazione del giudizio, nel quale l'apprezzamento del fatto tende a tradurre in realtà la situazione giuridica che ne consegue e nell'ambito della cui progressiva formazione tale apprezzamento non può che dividerne le regole disciplinatrici.

Dalla esigenza di piena conoscenza della situazione di fatto sottostante al provvedimento *in fieri* deriva che non vi sono preclusioni in ordine allo svolgimento dell'attività istruttoria ciò comportando che l'amministrazione, oltre agli strumenti istruttori obbligatori (perché richiesti dalla legge), può ricorrere a strumenti istruttori facoltativi, vale a dire liberamente assunti.

Parimenti il soggetto pubblico ha facoltà di integrare il procedimento con nuovi elementi istruttori, seguendo criteri e percorsi diversi, oppure può rinnovare l'intera istruttoria.

Anche il privato può suggerire ulteriori mezzi di prova ampliando il campo delle conoscenze con indicazioni funzionali al buon esito della procedura, nel

---

<sup>69</sup> R. JUSO, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1963, 26 ss.; G. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione degli atti discrezionali*, Milano, 1966; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1973, 1595 ss.; L. CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. Amm.* 1995, 441 ss., 458 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 276; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 202 ss.

<sup>70</sup> S. PIRAINO, *Il fatto nella motivazione dell'atto amministrativo*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol XI, 2013, 43.

<sup>71</sup> Un atteggiamento sostanzialmente favorevole verso ogni forma di potenziamento degli adempimenti istruttori – tra i quali quella della diretta audizione degli interessati – idoneo a "consentire una più attenta e approfondita valutazione" degli elementi da considerare nella fattispecie in vista del migliore svolgimento della funzione da adempiere da parte dell'autorità, è stato espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza 16 giugno 1988. Ma questo aspetto è stato appunto risolto con le norme della stessa legge procedimentale sulla partecipazione degli interessati al procedimento. Sulle ricostruzioni delle tappe evolutive del procedimento amministrativo si veda G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.* n.2/2021, 571.

rispetto della coerenza, buon andamento ed efficienza, presupposti necessari dell'attività amministrativa.

Il limite esterno all'approfondimento istruttorio è costituito dai termini di conclusione del procedimento, oggi non superabili per la concomitanza tra silenzio assenso o responsabilità in caso di inadempimento e dal divieto di aggravamento del procedimento<sup>72</sup> che può trovare giustificazione soltanto in motivate esigenze imposte proprio dallo svolgimento dell'istruttoria. Altro aspetto problematico è quello del collegamento con le previsioni volte a semplificare l'azione amministrativa<sup>73</sup> e a riconoscere certificazioni (e certazioni) private<sup>74</sup>.

Il principio inquisitorio consente all'autorità amministrativa di avvalersi, di propria iniziativa, di ogni mezzo probatorio che ritenga utile.

Tale principio incontra la sua massima espansione nei procedimenti in cui la legge pone a presupposto del provvedimento non l'esistenza o l'inesistenza di fatti indicati con precisione bensì presupposti da riempire attraverso l'esercizio della discrezionalità. In questi casi, poiché la fattispecie legislativa contiene termini non valutabili oggettivamente, si rende sovente necessario lo svolgimento di una indagine estensiva, volta a valutare, in via tendenziale, l'intera situazione storica in cui si colloca il provvedimento *in fieri*.

Ma il principio inquisitorio vale anche per i provvedimenti vincolati in quanto l'Amministrazione ha sempre l'onere di ricercare i presupposti di fatto che giustificano l'emissione del provvedimento<sup>75</sup>. Del resto l'art.6 lett.(a), assegna al responsabile il potere (dovere) di valutare i «presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento» e nella valutazione della rilevanza è implicita l'attribuzione di un potere di disamina che può anche andare al di là di un mero riscontro documentale.

La rappresentazione del fatto che offra una esatta percezione degli aspetti essenziali di una determinata realtà oggettiva, per la quale e sulla quale agisce l'amministrazione, costituisce pertanto uno dei momenti indispensabili che con-

<sup>72</sup> Sul divieto di aggravamento del procedimento si veda S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di certezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.; C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento in Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011, 206 ss.; F. SAITTA, *Interrogativi sul cd. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. Soc.*, 2001, 547.

<sup>73</sup> Il conflitto tra esigenze di provvedere celermente e completezza dell'istruttoria è un dato ineliminabile, come evidenziato da H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, cit., 47; nello stesso senso P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 22 ss.; ID, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori, tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005, 44 ss.

<sup>74</sup> M. OCCHIENA, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in *Certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, Cuneo, 2007, 99.

<sup>75</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1259.

trassegnano l'intero arco di formazione del giudizio ed invero, l'acquisizione del fatto al procedimento amministrativo, lungi dal ridursi nella mera raccolta di dati ed informazioni, si compone di più momenti logico-giuridici che, attraverso la verifica, la identificazione e la elaborazione del fatto, ne predispongono la valutabilità ai fini della decisione: «il giudizio opera per congiungere ciò che è a ciò che sarà»<sup>76</sup>.

#### 4.2. I concetti giuridici indeterminati

Si è in precedenza premesso che la precisazione nel caso concreto di concetti giuridici indeterminati rappresenta una delle problematiche irrisolte che aleggiano sulla funzione conoscitiva, da espletarsi nel corso dell'istruttoria procedimentale, della pubblica amministrazione.

La nozione di concetti giuridici indeterminati è stata elaborata in seno alla dottrina tedesca dell'ottocento che l'ha approfondita in contrapposizione con la nozione di discrezionalità<sup>77</sup>.

Essa nasce e si sviluppa congiuntamente alla tesi dell' "unica decisione giusta", in virtù della quale, in presenza di un concetto giuridico indeterminato, l'amministrazione può adottare un'unica decisione giusta<sup>78</sup>. Secondo questa teoria l'azione amministrativa risponde ad un principio funzionale che le impone di perseguire alcuni interessi pubblici specializzati, astrattamente individuati ed espressi mediante concetti giuridici indeterminati.

<sup>76</sup> Così S. PIRAINO, *Il fatto nella motivazione*, cit., 47.

<sup>77</sup> Sull'argomento approfonditamente, S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino, 2020, 180 ss.; e sempre dello stesso Autore *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss; si veda anche E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n.3/2014, 759 ss..

<sup>78</sup> Uno dei massimi esponenti di questa teoria fu F. TEZNER che nell'opera *Zur Lehre von freiem Ermessen als Grund zur Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888, *passim*, avversa la teoria della discrezionalità conforme propugnata da F. BERNATZIK il quale partendo dal presupposto che gli apparati amministrativi applicano i concetti giuridici indeterminati in osservanza del comando generale dell'ordinamento, ovvero nel modo ritenuto più opportuno avuto riguardo all'optimum generale, presuppone che in capo al funzionario sia circoscritto uno spazio di azione entro cui districarsi al fine di applicare la norma generica e indeterminata. Il postulato di tale dottrina è quindi rappresentato dalla sottrazione dei concetti giuridici indeterminati al sindacato del giudice amministrativo. Si veda F. BERNATZIK, *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, 1886, *passim*. Sulla tesi dell'unica decisione giusta si veda ancora R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 1910, 60; H. REUB, *Das Ermessen*, in D.V.BI, 1953, 649 ss.; F. CZERMAK, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.; H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm u. Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tübingen, 1965, 213 ss.; W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969, 142; F. OSSENBÜCHL, *Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in D.Ö.V., 1972, 402 ss.; H.U. ERICHSEN, W. MARTENS, *Das Verwaltungsbandeln*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, a cura di H.U. ERICHSEN, W. MARTENS, Berlin- New York, 1992, 191, 192; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 59 ss..

Tali concetti, dal contenuto evanescente devono necessariamente essere integrati secondo il criterio del meglio possibile, ovvero di ciò che si ritiene rappresentativi oggettivamente l'*optimum* generale.

Si sostiene pertanto l'oggettività del criterio di applicazione, che a sua volta implica, nei casi concreti, l'esistenza di un'unica soluzione giusta, sempre sindacabile dal giudice in sede di impugnazione dell'atto discrezionale amministrativo<sup>79</sup>.

Nelle elaborazioni successive dedicate alla nozione di *Unbestimmte Rechtsbegriffe*<sup>80</sup>, si sostiene che, quando il legislatore impiega volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale<sup>81</sup>, invece, quando l'incertezza non è voluta, il legislatore devolve all'amministrazione il potere di interpretare la legge<sup>82</sup>.

L'influenza di siffatta costruzione sul dibattito successivo è stata fondamentale<sup>83</sup>.

Con l'avvento delle Costituzioni di valori della seconda metà del novecento, invece, gli strumenti normativi non si limitano più a dettare quali forme devono essere seguite dagli apparati amministrativi bensì si spingono ad indicare l'obiettivo da raggiungere. Questo obiettivo, non potendo essere cristallizzato in un testo di legge, necessita di essere espresso in forma generica, di modo che possa adattarsi facilmente al periodo storico in cui la norma deve essere applicata.

Da ciò la necessità di ricorrere alla tecnica dei concetti giuridici indeterminati, vale a dire sintagmi di natura valutativa che garantiscono la flessibilità dell'ordinamento giuridico, sia nel senso dell'adattabilità delle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel senso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo.

L'approdo della teoria dei concetti giuridici indeterminati è dunque rappresentato dall'elaborazione teorica di un fondamentale ed insopprimibile *spazio di valutazione*, in aperto contrasto con il principio dell'unica decisione giusta<sup>84</sup>.

Il dibattito sul carattere attributivo di discrezionalità, insito nei concetti giuridici indeterminati, viene quindi affrontato distinguendo fra discrezionalità

<sup>79</sup> La giustificazione storica del principio dell'unica decisione giusta consiste, secondo F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 252, nel contrastare certe pericolose «tendenze del giudice ad abdicare di fronte all'amministrazione».

<sup>80</sup> W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss.; Sul tema dei concetti giuridici indeterminati si veda sempre W. JELLINEK, *Vervaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss. La stessa teoria è stata analizzata dalla dottrina italiana successiva e segnatamente da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 254-255.

<sup>81</sup> W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, cit., 39 ss..

<sup>82</sup> W. JELLINEK, *op. ult. cit.*, 30.

<sup>83</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 50.

<sup>84</sup> La teoria del margine di valutazione consente infatti il controllo giurisdizionale soltanto entro certi limiti, e, comunque, non si estende fino al punto di consentire al giudice di sostituire il proprio apprezzamento discrezionale a quello previamente compiuto da parte dell'amministrazione.

di azione o volitiva, che ricorre quando la legge conferisce all'amministrazione libertà di azione, e discrezionalità sussuntiva, vale a dire cognitiva o di giudizio, che ricorre quando la legge le attribuisce un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione<sup>85</sup>. Nella prima ipotesi si manifesta quella che viene denominata discrezionalità amministrativa; invece, nella seconda ricorre quello che può essere definito uno spazio libero di valutazione il *Beurteilungsspielraum* appunto. La finalità perseguita da siffatto orientamento è stata quella di ricavare uno spazio, inaccessibile al sindacato giurisdizionale, diverso da quello occupato dalla discrezionalità vera e propria<sup>86</sup>.

Detta impostazione è stata convalidata e ulteriormente sviluppata dalla coeva teoria denominata dottrina della rappresentatività o sostenibilità (*Vertretbarkeitstheorie*)<sup>87</sup>, secondo la quale soprattutto i concetti di valore o normativi non sono applicabili se non integrati da un giudizio di valore<sup>88</sup>. Secondo la tesi in esame, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono ad una sola interpretazione e altri, i concetti normativi, che legittimano soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide<sup>89</sup>. Per i concetti fattuali o descrittivi, il giudice amministrativo può sindacare il procedimento di sussunzione del fatto nella fattispecie normativa perché si tratta di una pura attività interpretativa<sup>90</sup>. Invece, in presenza di concetti normativi, il giudice amministrativo può sindacare l'interpretazione che l'amministrazione abbia fatto del concetto giuridico indeterminato e la sussunzione fra fatto concreto e fattispecie normativa, ma si deve astenere dall'incidere sul giudizio di valore formulato dall'amministrazione<sup>91</sup>.

Un orientamento minoritario ha negato la sussistenza e l'utilità di un'autonomia e distinta categoria di concetti giuridici indeterminati.

<sup>85</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 99 ss.

<sup>86</sup> O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht* in *JuristenZeitung*, vol. 4/55, 97 ss.; si veda anche C.H. ULE, *Zur anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *A. ö. R.*, 1957, 171 ss.

<sup>87</sup> Si veda in proposito PH. HECK, *Gesetzesjurisprudenz*, Tübingen, 1914 e, in epoca successiva, D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht* in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 82, n. 2/3 (1957), 163 ss.

<sup>88</sup> C.H. ULE, *Zur anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss.; ID, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756 ss.; ID, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1983, 9; ID, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verm. Arch.*, 1985, 1 ss. *A. ö. R.*, 1957, 171 ss.

<sup>89</sup> C.H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 1989, 9 ss.

<sup>90</sup> C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 324 ss.

<sup>91</sup> C.H. ULE, *op. ult. cit.*, 326

La giurisprudenza tedesca<sup>92</sup>, salvo qualche sporadica eccezione<sup>93</sup>, ha perseguito la strada della sindacabilità dei provvedimenti emanati sulla base di concetti giuridici indeterminati, basandosi prevalentemente sulla cogenza delle norme costituzionali, che non ammettono limitazioni al sindacato giurisdizionale, e sulla convinzione che in sede di applicazione degli *unbestimmte rechtsbegriffe* sia prospettabile un'unica "decisione giusta". Naturalmente l'atteggiamento della giurisprudenza è stato differente, riconoscendo spazi insindacabili, in presenza di provvedimenti emanati in settori contraddistinti da una più marcata autonomia valutativa, come per esempio in caso di pianificazione urbanistica, di giudizi prognostici, di giudizi tecnici estremamente complessi, quali quelli concernenti le centrali nucleari.

In Italia la categoria dei concetti giuridici indeterminati viene inizialmente evocata dalla dottrina per indicare quei «sintomi vaghi e generici adoperati dal legislatore per delimitare l'ambito del potere amministrativo fissandone i presupposti per l'esercizio»<sup>94</sup>.

Una volta preso atto dell'esistenza di un indiscusso potere di valutazione, la dottrina successiva<sup>95</sup>, pur evocando la nozione di concetto giuridico indeterminato, ha privilegiato l'approfondimento della contrapposizione fra discrezionalità pura (o comparativa) e discrezionalità tecnica. Soprattutto quest'ultima ha rappresentato lo strumento per consentire al giudice amministrativo, come si avrà modo di approfondire oltre, di elaborare la possibilità di un sindacato di tipo forte e, in alcuni casi, anche di sviluppare un sindacato di siffatta natura.

<sup>92</sup> Sull'elaborazione della giurisprudenza tedesca si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995; C. FRAENKEL, HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento 2004, 19 ss..

<sup>93</sup> Nota è la pronuncia del B. Vew. G 16.12.1971 in BVewGE, 1971, 5, 153 ss.

<sup>94</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 70 ss. riteneva che il carattere della discrezionalità fosse racchiuso nell'operazione di completamento della norma imprecisa che consta di due fasi: quella intellettuale, in cui si procede ad un apprezzamento dei vari interessi in gioco, e quella volitiva, in cui viene adottata la decisione finale.

<sup>95</sup> Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati si vedano inoltre F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 244 ss.; F. SAITTA, *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminazione della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, cit., 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 362 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., 180 ss.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, cit., 759 ss..

### 5. *I problematici equilibri tra amministrazione e giurisdizione*

Con l'approvazione della Costituzione repubblicana si è compiuta quella progressiva modificazione dell'esercizio del potere, che, da manifestazione non intrinsecamente controllabile di una facoltà propria dell'amministrazione è divenuto manifestazione di funzione, attribuita dal legislatore, disciplinata dal medesimo, da esercitare secondo i modelli di logica, coerenza e proporzionalità proprie di qualunque agire giuridico e maggiormente di un agire giuridico finalizzato qual è l'agire della pubblica amministrazione<sup>96</sup>.

La disciplina procedimentale, il controllo attraverso numerosi profili sintomatici di eccesso di potere, le scelte contenutistiche del legislatore, sono state tutte orientate in questa direzione.

Il potere discrezionale si è venuto, perciò, a conformare sempre di più, e in parte anche attraverso la possibilità di intervento dei singoli cittadini che, partecipando al procedimento amministrativo, possono fare emergere i cosiddetti interessi riflessi, al fine di rendere sempre più adeguata la scelta finale della pubblica amministrazione.

In quest'ottica si sono anche utilizzate le appena richiamate riflessioni sui concetti giuridici indeterminati, al fine di rendere sempre meno libera per l'amministrazione l'individuazione del contenuto dei precetti giuridici, con l'assicurazione di una maggiore prevedibilità delle scelte amministrative e perciò dei contrapposti comportamenti dei cittadini: in questo ovviamente accrescendo il ruolo e l'efficacia del giudice amministrativo che, come ogni giudice, svolge una funzione interpretativa.

Eppure, diversamente dagli intenti iniziali, la nota crisi del principio di legalità, che ha determinato il venir meno di un riferimento effettivo per sindacare l'azione amministrativa in assenza di norme che ne statuiscono precetti e limiti, ha fatto sì che il legislatore, quando non emana testi legislativi estremamente dettagliati e riferiti a situazioni addirittura concrete e specifiche, lascia un ampio

---

<sup>96</sup> In un recente contributo monografico si è evidenziato come nello stato costituzionale di diritto accanto ai tradizionali diritti di libertà, ai quali corrispondono i divieti ai pubblici poteri di fare, si sono affermati tutta una serie di diritti sociali o materiali, ai quali corrispondono gli obblighi dei pubblici poteri di fare, ciò determinando una significativa modifica della struttura normativa del potere. Quest'ultimo si caratterizza per il fatto di assumere come obiettivo principale il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale e non solo di quella formale tra i cittadini. Orbene, il provvedimento amministrativo che del potere costituisce l'espressione, subisce una duplice trasformazione. Da un lato, diventa lo strumento tipico per assolvere alla funzione prestazionale del diritto, divenendo mezzo per rimuovere le disuguaglianze e assicurare la piena soddisfazione dei diritti sociali. Dall'altro, assurgendo a momento di attuazione dei valori dominanti nell'assetto costituzionale, esprime la sintesi della dialettica tra libertà e uguaglianza. Così S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 151 ss. e 368 ss. ID, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, cit., 8 ss..

marginale di azione alle autorità amministrative, limitandosi a fissare obiettivi generali e non immediatamente attuabili.

È evidente come in questo contesto emerga con maggiore evidenza, ai fini conoscitivi, l'importanza della distinzione di fondo tra il fenomeno della discrezionalità pura, intesa come disponibilità e libero bilanciamento di interessi, e il fenomeno della discrezionalità tecnica e, più in generale, quello della sussunzione dove l'indeterminatezza della norma si coniuga con l'incertezza intrinseca del fatto da accertare, da apprezzare, da qualificare sotto di essa come premessa legale alla sua applicazione.

Per quanto, come visto, l'elaborazione di concetti giuridici indeterminati, sia stata inizialmente pensata in un'ottica conformativa del sistema amministrativo, essa non ha più sortito, sul piano pratico, gli effetti auspicati.

In particolare ci si è chiesti se la necessaria integrazione, effettuata in sede applicativa dall'amministrazione, dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, che devono la propria indeterminatezza al carattere della tecnica cui fanno rinvio, sia ascrivibile al territorio della piena cognizione da parte del giudice amministrativo oppure soltanto a quello del tradizionale sindacato di eccesso di potere.

I ricchi contributi dottrinali che si sono susseguiti nel corso degli anni hanno inizialmente visto contrapposti due indirizzi di pensiero: un primo, e più risalente, riconduce la discrezionalità tecnica in quella amministrativa<sup>97</sup>. In particolare, secondo tale impostazione, sia le valutazioni tecnico discrezionali, sia le valutazioni conseguenti all'esercizio del potere discrezionale amministrativo sono di competenza esclusiva della pubblica amministrazione, pertanto, solo questa può effettuare le relative ponderazioni, essendo, viceversa, precluso al giudice amministrativo sostituirsi all'amministrazione nell'uno quanto nell'altro caso, in sede di verifica del corretto esercizio del potere.

Senonchè, dopo una travagliata evoluzione di queste originarie posizioni, si è pervenuti ad ammettere, sulla scorta dei concetti giuridici indeterminati elaborati dalla dottrina tedesca, e in particolare delle "norme imprecise la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi" un sindacato estrinseco, vale a dire un sindacato volto a valutare la irragionevolezza e la erroneità della scelta compiuta dall'amministrazione<sup>98</sup>.

Successivamente, l'assimilazione della discrezionalità tecnica a quella amministrativa è stata sottoposta ad una revisione critica da parte della dottrina la quale non ha mancato di evidenziare la diversità delle due forme.

In particolare, secondo questa dottrina<sup>99</sup>, con la discrezionalità tecnica non

<sup>97</sup> O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912; A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, 125 ss.

<sup>98</sup> E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1912, IV, 10.

<sup>99</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 313 ss.

viene compiuta una comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari, bensì viene realizzata una valutazione di fatti, viene effettuato un giudizio sulla base di canoni scientifici e tecnici che non implica il potere di scegliere quale sia la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire, dal momento che questa è stata già individuata a monte dal legislatore.

Questa impostazione dottrinale è stata poi recepita da una innovativa giurisprudenza che ha ribadito la diversità dei concetti di discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica<sup>100</sup>.

Tuttavia, nonostante la ridefinizione del rapporto intercorrente tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, non tutti i fautori di tale assimilazione hanno sostenuto la piena sindacabilità delle scelte tecnico-discrezionali. Parte della dottrina ha difatti sostenuto, sul piano sostanziale, che anche per le valutazioni tecniche sia possibile parlare di una "riserva" a favore dell'amministrazione, dovuta alla più accentuata rappresentatività delle valutazioni dell'amministrazione o alla particolare competenza dei soggetti chiamati a effettuare tali valutazioni<sup>101</sup>.

Anche da parte dei giudici amministrativi, nonostante qualche pronuncia più "audace", si continua a registrare una certa ritrosia a svolgere un sindacato più incisivo, con ciò discostandosi dall'orientamento assunto dalla giurisprudenza centro europea dove invece vige la dottrina dei concetti giuridici indeterminati<sup>102</sup>.

Il Consiglio di Stato non ha infatti mancato di puntualizzare che spetta al legislatore esprimersi in modo tale da consentire un controllo più penetrante del giudice mediante un più preciso "inquadramento della fattispecie nella disposizione precettiva" realizzabile col tramite di "una più specifica tipizzazione" delle condotte da valutare<sup>103</sup>.

Ciò dimostra una riluttanza ad assumere una posizione di rottura rispetto alla tradizionale tesi dell'intangibilità delle scelte di discrezionalità tecnica. Non sono tuttavia mancati sporadici orientamenti coraggiosi che hanno ammesso un vero e proprio sindacato diretto<sup>104</sup>. La maggior parte delle pronunce è tuttavia

---

<sup>100</sup> In particolare il Consiglio di Stato (sez. IV, 9 aprile 1999, n.601) ha affermato che «La discrezionalità tecnica non sfugge aprioristicamente al sindacato del giudice amministrativo perché essa riguarda un concetto diverso dal merito amministrativo identificandosi con le ipotesi in cui l'operato dell'amministrazione, in relazione a particolari materie, deve svolgersi secondo criteri, regole e parametri tecnici o scientifici direttamente o indirettamente richiamati dalla norma giuridica che disciplina il potere». Si veda, per un'analisi delle evoluzioni giurisprudenziali sull'argomento, A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2/2021, 335 ss..

<sup>101</sup> Si vedano, fra gli altri, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 227 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, cit., 312 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 135 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 791 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2011, 133 ss.

<sup>102</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 297 ss.

<sup>103</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010, n.2369

<sup>104</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n.926; Sez. VI, 9 luglio 2012, n.3974; Sez. IV, 4 luglio, 2012.

ancora orientata a privilegiare una concezione del sindacato debole, laddove la debolezza indica un controllo caratterizzato dal pieno accesso al fatto e dalla ripetibilità delle operazioni tecniche, ma non dalla possibilità di sostituire il risultato del giudice a quello dell'amministrazione come accade invece per il contrapposto "sindacato forte"<sup>105</sup>. I supremi giudici sembrano tuttora assumere come incontestabile l'esistenza di un margine di apprezzamento riservato all'amministrazione, al cospetto del quale non sarebbe consentito all'autorità giudiziaria di entrare nel merito delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione, senza invero esplicitare la fonte di legittimazione di tale margine<sup>106</sup>.

Questa ritrosia oltre ad avere una matrice di carattere culturale<sup>107</sup>, affonda sicuramente le sue radici storiche nella legislazione del 1889 con la quale veniva reintrodotta il controllo giurisdizionale sull'attività dell'Amministrazione.

In particolare, però, il controllo veniva escluso, con riferimento all'amministrazione statale, in relazione all'apprezzamento del fatto, vale a dire in relazione alla specifica ricostruzione della situazione concreta sulla quale l'autorità amministrativa era intervenuta.

L'impossibilità di accertare il fatto, con l'equiparazione del provvedimento amministrativo definitivo alla sentenza d'appello del giudice ordinario nei confronti della quale era proponibile il ricorso in Cassazione<sup>108</sup>, al quale già nelle discussioni nel Senato del Regno venne equiparato il ricorso al Consiglio di Stato, qualificava in modo estremamente significativo il ruolo dell'Amministrazione pubblica; le sue valutazioni erano verificabili soltanto laddove contrastanti con la legge, essendo, per il resto, non suscettibili di verifica.

Parte della dottrina è dell'avviso che tali spiegazioni che sembrano essere ancora valide per ciò che attiene la discrezionalità pura, non lo sono per la discrezionalità tecnica laddove si ritiene che «indipendentemente dalla giustificazione sostanziale riconosciuta alla (ritenuta) riserva di valutazione tecnica l'insindacabilità si risolve in una lesione del giusto processo in quanto non consente la pienezza di tutela di diritti soggettivi ed interessi legittimi»<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n.3893; Sez. IV, 20 giugno 2012, n.3622.

<sup>106</sup> In questi termini M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2012, 1606. ss. Su questi aspetti e, in particolare, sulla ritrosia del giudice rispetto all'accesso al fatto anche nel sindacato sulla discrezionalità tecnica, si veda G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 105.

<sup>107</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 415.

<sup>108</sup> Sulle difficoltà anche del sindacato della Corte di Cassazione avanti ai concetti giuridici indeterminati, si veda M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993.

<sup>109</sup> Così F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, Torino, 2010, I, 227; a favore di un pieno sindacato sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica si esprimono N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir.*

Da quanto precede emerge come complessivamente prevalga una certa tendenza, ispirata al principio della salvaguardia delle prerogative dell'autorità amministrativa in ordine alla valutazione di fatti complessi, a limitare la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo.

Tale tendenza, come noto, è in contrasto con le sentenze del giudice di Strasburgo che non ammette, in linea di principio, che il sindacato sugli atti amministrativi frutto di valutazioni tecniche complesse, possa essere in qualche modo limitato<sup>110</sup>.

Le valutazioni dell'amministrazione devono pertanto poter essere tutte ripercorse laddove le medesime siano ricostruibili esattamente, siano fondate su elementi misurabili e su una realtà di fatto accertabile.

Non sono ripercorribili laddove costituiscano attuazione delle scelte politico-discrezionali dell'amministrazione. In tali ipotesi non è opportuna la sostituzione da parte del giudice dell'amministrazione decidente, ciò potendo ingenerare il rischio di una "rottura" col principio della responsabilità politica dell'amministrazione per le decisioni politico amministrative<sup>111</sup>.

Distinguendo le questioni di mero fatto, pur se complesse e soggette a leggi inesatte, dalle questioni di pura opportunità, la Corte ha precisato che esclusivamente nel secondo caso è giustificato un *restraint* dell'autorità giurisdizionale.

Ad avviso della Corte l'effettività della tutela giurisdizionale viene garantita attraverso il giusto procedimento ovvero attraverso il giusto processo fondato sul pieno accesso ai fatti, anche complessi<sup>112</sup>, che costituiscono il presupposto delle decisioni amministrative.

---

*Amm.*, 1996, 486 ss.; L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 422 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2001, 251 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pub.*, 2004, 439 ss.; ID, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 304 ss.

<sup>110</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2003, ric. n.29010/95, *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, in cui si afferma il diritto del giudice di accertare, al limite sostituendosi all'amministrazione, i presupposti a carattere tecnico per l'assoggettamento di una impresa ad una procedura fallimentare disposta per via amministrativa. Si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2008, ricorso n.72034/01, *Družstevní záložna Píra and others v. the Czech Republic* in cui si ribadisce la necessità che a fronte di decisioni discrezionali delle autorità di vigilanza bancaria che conducano alla procedura fallimentare, il judicial review deve essere effettivo, dovendo il giudice compiere una verifica punto su punto sugli elementi oggetto di valutazione da parte delle autorità, senza poter declinare la propria giurisdizione per impossibilità di sostituirsi all'amministrazione.

<sup>111</sup> Si veda Corte europea 21 settembre 1993, ricorso n.12235/86, *Zumbotel v. Austria*, in cui si afferma che il sindacato sulla decisione di espropriare un'area per pubblica utilità non consente al giudice di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico, costituendo la stessa valutazione prerogativa riservata all'amministrazione.

<sup>112</sup> Sull'argomento si veda M. ALLENA, *Il giudicato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., 1609.

L'approccio che la Corte dei diritti dell'uomo impiega con riferimento all'equo processo nelle procedure amministrative si può definire come un approccio integrato per cui il "farsi dell'atto" nel procedimento e il "contestare l'atto" nel processo costituiscono fasi complementari rispetto all'esigenza di restituire un giusto processo, o se si vuole, una giusta amministrazione.

La funzione interpretativa di collegamento tra fattispecie astratta e fattispecie reale, svolta dall'amministrazione prima, ed eventualmente dal giudice poi, ha tuttavia sollevato alcuni timori in ordine alla possibilità che il secondo possa sostituirsi alla prima per verificare se i fatti già da essa accertati e verificati costituiscano (o non) efficaci premesse all'applicazione al caso concreto di norme indeterminate<sup>113</sup>.

#### 6. *Il diritto procedimentale amministrativo come possibile garanzia di correttezza delle decisioni*

Come poc'anzi evidenziato lo studio delle modalità decisionali che informano le determinazioni degli organi procedenti ha senz'altro il pregio di porsi in una prospettiva differente rispetto a quella del giudice che, chiamato a sindacare la ragionevolezza dell'istruttoria e l'attendibilità scientifica del criterio seguito per ottenere la decisione, valuta l'operato amministrativo allorché esso si è già consumato ponendosi in una prospettiva *ex post*.<sup>114</sup>

L'ambito di applicazione del principio di ragionevolezza, dichiarato applicabile nel sindacato della valutazione di merito, sia amministrativo che tecnico, copre pertanto l'intera azione discrezionale dell'amministrazione.

Come si è avuto modo di vedere la tendenza dei giudici nazionali è quella di accomunare discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica dichiarando quest'ultima insindacabile fin tanto che le relative valutazioni non superino la soglia dell'abnormità.

Tutto ciò comporta, in caso di caducazione dell'atto ritenuto "irragionevole", una sostituzione del provvedimento amministrativo con una nuova decisione produttiva di effetti ma non la correzione di un accertamento "errato".

In buona sostanza è il giudice a sostituire l'amministrazione nell'esercizio della funzione creativa del caso concreto<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Si veda *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello del 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, con relazioni di A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, 3 ss.; D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 11 ss.; A. POLICE, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 53 ss.; P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 79 ss..

<sup>114</sup> Si veda S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice*, cit., 129 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., 319.

<sup>115</sup> Nella dottrina tedesca tale aspetto è stato approfondito da R. WAHL, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in *VVDStRL* 41, 1983, 151 ss.; J. C. SCHUHR, *Zur vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, in *JZ*, 2008, 603.

Tali riflessioni potrebbero suggerire di riconsiderare, sulla scorta dei risultati degli studi condotti in Germania, il ruolo che il procedimento amministrativo assume ai fini dell'assunzione di una corretta decisione<sup>116</sup>.

Ed invero, la elevazione di un diritto procedimentale amministrativo ad autonoma categoria potrebbe aiutare, anche se in modo non assoluto, a superare l'empasse del dibattito giuridico intorno al concetto giuridico indeterminato e alla interferenza dei poteri tra giudice e amministrazione.

La corretta decisione è qui da intendersi come "correttezza fattuale", vale a dire quella correttezza che dovrebbe informare l'attività conoscitiva che precede e prepara la tipica esplicazione del potere di imperio dell'amministrazione, e cioè il provvedimento<sup>117</sup>.

Mentre il postulato della legalità, al quale il processo decisionale è già informato<sup>118</sup>, riguarda la libertà dall'errore, vale a dire la scelta tra una delle varie possibilità di "scelta legittima", la soddisfazione del postulato della correttezza fattuale per il tramite del procedimento riguarda l'impiego degli spazi decisionali che non solo deve essere privo di errori, ma anche il "migliore possibile", vale a dire finalizzato all'ottimalità<sup>119</sup>.

La qualità del processo decisionale può essere dunque migliorata attraverso i procedimenti e ciò a maggior ragione se a questi si imprime una autonoma considerazione rispetto al diritto sostanziale<sup>120</sup>.

Da tempo parte della dottrina ha sostenuto la necessità di distinguere tra diritto procedimentale, inteso ad assicurare la difesa degli interessi giuridici nel processo di attuazione dell'ordinamento, e diritto sostanziale che è il prodotto effettuale della decisione amministrativa.

La tesi, che qui si ritiene di condividere in considerazione degli effetti che essa può sortire ai fini di garantire un miglioramento dello standard di correttezza dell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, muove dall'assunto che il procedimento amministrativo si colloca come punto di snodo tra la sfera decisionale dell'amministrazione nell'attuazione dell'ordinamento e la tutela delle

---

<sup>116</sup> Si veda E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2011, 229 ss; E. SCHMIDT, ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e tutela dei diritti*, in *Dir. Amm.*, 3/2011, 11 ss.

<sup>117</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 26 ss.

<sup>118</sup> In tale prospettiva la legge 241/90 costituisce uno snodo decisivo. Per la prima volta viene affidato alla fonte primaria il compito di dare forma, in via generale, all'esercizio della potestà amministrativa richiamando tra i criteri fondamentali dell'agire pubblico la legalità, l'economicità e l'efficacia.

<sup>119</sup> Esplicitamente W. HOFFMANN-RIEM, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe*, in *AöR*, 115 (1990), 416

<sup>120</sup> E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, cit., 232; P. HILBERT, *Erkenntnisfunktionen und Richtigkeitsgewähr von Verwaltungsverfahren*, in *Die Verwaltung*, 2018, 345 ss., in questo senso L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 84.

posizioni giuridiche dei consociati coinvolti. Il contemperamento di queste esigenze è assicurato, appunto, attraverso il diritto procedimentale, ossia il diritto inteso a orientare un effetto nella direzione voluta dalla legge<sup>121</sup>.

In questa prospettiva l'attività conoscitiva potrebbe acquisire quell'autonomia teorica che ancora oggi non le viene riconosciuta perché spesso confusa con altri fenomeni contigui<sup>122</sup>.

Si tratta di considerazioni brevissime che necessitano di approfondite valutazioni dal momento che una tale opzione aprirebbe ulteriori scenari tra i quali i necessari correttivi all'impianto delle norme di organizzazione, ciò implicando inevitabili scelte di politica del diritto.

---

<sup>121</sup> Si rinvia ancora a L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 95; E. GURLIT, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, cit., 235.; E. SCHMIDT, ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e tutela dei diritti*, cit., 11 ss.

<sup>122</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 22 ss.

### Abstract

Il presente lavoro si incentra sull'analisi del se le modalità attraverso le quali la pubblica amministrazione trae le conoscenze per addivenire ad una decisione, ovvero il potere discrezionale da questa esercitato nel corso dell'attività conoscitiva, sia in grado di raggiungere livelli ottimali di garanzia per una *corretta decisione*.

La nota crisi del principio di legalità ha tuttavia sollevato non poche criticità in ordine al margine di valutazione, in sede di sindacato, del corretto esercizio della funzione discrezionale.

È noto come nel nostro ordinamento prevalga l'orientamento volto a riconoscere all'amministrazione – anziché al giudice amministrativo – una funzione sostitutiva a quella omessa dal legislatore, sul cui esercizio il giudice amministrativo stesso non deve interferire, se non negli angusti limiti della sintomatologia del vizio di eccesso di potere o in quelli meno angusti del sindacato di proporzionalità.

La centralità teorica del procedimento amministrativo, come fenomeno concettualmente e giuridicamente autonomo dal diritto sostanziale, potrebbe offrire una garanzia di miglioramento dello standard di correttezza delle determinazioni amministrative.

#### The epistemic function of the procedure and the guarantee of correctness of administrative decisions

The paper analyzes the ways in which the public administration acquires the knowledge to take a decision, that is to say the discretionary power exercised in the course of its cognitive activity, achieving optimal levels of guarantee for a correct decision.

However, the well-known crisis of the principle of legality has raised a number of critical issues with regard to the margin of appreciation, during the judicial review, of the proper exercise of the discretionary power.

In our legal system prevails the orientation of giving to the administration – rather than the administrative court – a substitute function to that omitted by the legislature, over which the administrative court itself should not interfere, if not within the narrow limits of the symptomatology of the vice of excess of power or in those less narrow than proportionality review.

The theoretical centrality of the administrative procedure, as a phenomenon that is conceptually and legally autonomous from the substantive law, could offer a guarantee of improvement of the standard of correctness of the administrative decisions.