

GIANMARCO POLI

Dottore di ricerca in diritto pubblico
Professore a contratto di diritto processuale amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Luiss
gpoli@luiss.it

LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E L'AUTONOMIA PRIVATA DAVANTI ALLA LEGGE.

THE ADMINISTRATIVE DISCRETION AND THE PRIVATE AUTONOMY IN THE PRESENCE OF THE LAW

SINTESI

La centralità dell'individuo, che testimonia il passaggio a una versione più adulta dello Stato di diritto, ha reso necessario un riequilibrio nel rapporto con la pubblica amministrazione. La ricerca di parità nelle garanzie predisposte dalla legge ha reso inevitabile sottoporre a verifica la tenuta di uno dei concetti che ha portato nel tempo a separare il diritto pubblico dal diritto comune: la diversità tra autonomia privata e potere discrezionale. L'indagine, condotta alla luce del rapporto con la legge, ha lasciato emergere che nell'ordinamento non esiste un'ontologica diversità tra le due nozioni, evidenziando che, dietro lo schermo delle diverse denominazioni, si cela una sostanza pressoché identica. Nel diritto pubblico, allo stesso modo che nel diritto privato, le norme che disciplinano un potere, in quanto preordinate a proteggere interessi di soggetti che a esso si contrappongono, appartengono alla categoria delle norme cd. di relazione. Anche le disposizioni sul fine pubblico partecipano della stessa logica. Ne discende che il potere discrezionale (come l'autonomia privata), nella parte non regolata dalla legge, riserva al proprio titolare un margine di libertà assoluta che non tollera interferenze da parte del giudice. Tale acquisizione ha comportato la necessità di rivedere il modello di protezione degli interessi (pubblici e privati) che ricadono nell'orbita dell'agire amministrativo discrezionale, attingendo alle categorie logiche del diritto comune. Si è, così, illustrato come, anche nel diritto amministrativo, lo strumento delle clausole generali riesca a meglio bilanciare le esigenze di tutela degli amministrati (elevando le relative pretese al rango di diritti) con la libertà dell'amministrazione di assumere scelte di merito, sottoposte unicamente al giudizio dell'elettorato.

ABSTRACT

The pivotal position of individuals, that witness a modern version of the State, made necessary a rebalancing in the relationship between individuals and the public administration. The search for equality in guarantees provided for by

law made inevitable to test the difference between private autonomy and discretionary power, that led over time to separate public law from private law. The present study, that takes into account the relationship with law, shows that in the legal system there is no difference between the two concepts, a part from the different title. Both in public law and in private law, laws regulating powers, aimed at protecting the interests of subjects opposing this power, are the so called relation norms. Also laws on the public purpose share the same logic. Therefore, the discretionary power (as the private autonomy), gives to its owner a margin of absolute freedom that does not tolerate interference by judges. This assumption has led to the need to revise the model of protection of interests (public and private) that fall under the orbit of discretionary administrative action, drawing on the logical categories of private law. It was thus illustrated how, even in administrative law, the instrument of general clauses manages to better balance the needs of protection of the administrators (raising the related claims to the rank of rights) with the freedom of the administration to take choices of merit, subject only to the judgment of the electorate.

PAROLE CHIAVE: autonomia, discrezionalità, comparazione, parità, legge

KEYWORDS: autonomy, dcretion, comparison, equality, law

INDICE: 1. Premessa: le finalità di un raffronto e le sue conseguenze pratiche – 2. La legge come prospettiva di confronto – 3. Autonomia privata e clausole generali – 4. La discrezionalità amministrativa e il ruolo dei principi generali – 5. Le ragioni di insoddisfazione suscitate dal pensiero tradizionale – 6. Discrezionalità e vincolo sul fine: dalle norme d'azione alle norme di relazione – 7. Il merito amministrativo come libertà dell'Amministrazione

1. Premessa: le finalità di un raffronto e le sue conseguenze pratiche.

Il diritto amministrativo, a un punto della sua parabola evolutiva¹, si è affermato nel nostro Paese come nuovo ramo del diritto, caratterizzato dall'essere un sistema giuridico conchiuso, retto da un «*costrutto organico di principi*» e concetti giuridici propri, autonomi e incompatibili con quelli impiegati nel diritto comune².

Questa spinta verso la specialità, mossa dall'intento di apprestare un maggior grado di tutela ai cittadini nei confronti di uno Stato di tipo ottocentesco, si è fondata su una concezione della relazione tra autorità e individuo in termini contrappositivi.

È, dunque, naturale che un rifiuto così netto delle categorie del diritto privato abbia cominciato a smarrire la sua ragion d'essere con l'avvento della

¹ Momento che, per opinione diffusa, si fa coincidere con la cd. "svolta orlandiana" di fine '800. Su questi temi, di recente, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800 – 1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim* (in particolare p. 7 ss. e p. 67 ss.).

² M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 463 ss.

democrazia costituzionale che, identificando nell'individuo la base legittimante del potere pubblico, ha assegnato a quest'ultimo il ruolo (collaborativo) di strumento per il pieno svolgimento e lo sviluppo della persona umana.

La centralità dell'individuo, che testimonia il passaggio a una versione più adulta dello Stato di diritto, ha recato con sé la necessità di riequilibrare il rapporto con la pubblica amministrazione, attraverso il raggiungimento di una situazione di eguaglianza nelle garanzie predisposte dalla legge. Una ricerca di parità, funzionale a controbilanciare la naturale diversità insita nella contrapposizione tra potere pubblico e sfera individuale, che mal si conciliava con l'esistenza di un diritto a sé stante³.

Il cennato cambio di prospettiva ha, dunque, reso inevitabile sottoporre a verifica la tenuta dogmatica, nonché l'utilità pratica, di alcuni concetti e moduli operativi – ancora largamente radicati nel pensiero comune – su cui la autonomia del diritto amministrativo si è sempre retta. Un'operazione che si è rivelata necessaria, soprattutto per quelle nozioni elaborate in seno alla scienza dell'amministrazione che, celando dietro lo schermo delle (diverse) denominazioni una sostanza potenzialmente identica, apparivano suscettibili di rivisitazione dogmatica alla luce delle categorie di diritto comune.

Tra di esse, una delle costruzioni che ha meglio rappresentato, incarnandola, la specialità del diritto amministrativo è senz'altro la prospettata diversità di mezzi giuridici con cui agisce l'Amministrazione in veste di autorità rispetto a quelli di cui sono dotati i soggetti privati. Mentre in diritto privato i rapporti giuridici si costituiscono, si modificano e si estinguono mediante atti di esercizio dell'autonomia privata, nel diritto pubblico è al potere discrezionale che viene demandato questo compito.

L'obiettivo che si propone la presente indagine è, allora, quello di sottoporre a vaglio critico l'assunto implicito su cui la distinzione fa perno: la convinzione che esista nell'ordinamento un'ontologica diversità tra l'autonomia (privata) e la discrezionalità (amministrativa), che giustifica il mantenimento in vita di due distinti apparati concettuali e disciplinari. Se, infatti, risulterà dimostrato che la postulata diversità è solo apparente, il modello di tutela degli interessi che ricadono nello spazio di azione dell'Amministrazione, con l'apparato

³ Dal momento che, come ha rilevato C. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 134, «se il diritto utilizzato è un diritto speciale, lo Stato è eguagliato a tutti gli altri soggetti di diritto solamente per una parte, se e fin dove non emerge la specialità, e ciò può risultare incompatibile con lo Stato di diritto». Per un inquadramento generale della tematica, assai articolata e complessa, si rinvia alle riflessioni svolte da L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, p. 11 ss.

di categorie e principi che lo corredano, dovrà essere, inevitabilmente, rimediato, nell'ottica di un riavvicinamento al diritto comune.

2. La legge come prospettiva di confronto.

Per fare luce sulla questione, occorre domandarsi se l'attività di cura degli interessi lasciati liberi dalla legge segua modalità operative diverse nel diritto privato e nel diritto pubblico, o se viceversa il meccanismo giuridico che presiede alla gestione degli interessi, individuali e collettivi, si mostri concettualmente unitario, non risentendo né della natura del soggetto a cui la composizione di detti interessi è lasciata (il privato che ne è titolare o la Pubblica amministrazione) né delle modalità attraverso le quali essa avviene.

Al riguardo, vi è convergenza di vedute nel ritenere che i concetti di "autonomia privata" e "discrezionalità amministrativa" possiedano, al fondo, un nucleo comune: l'esistenza di una sfera di dominio su una cerchia di interessi che il soggetto, al quale è consentito disporne, può regolare con un proprio atto di volontà⁴. In tutti e due i casi, dunque, si è al cospetto di un "potere" giuridico inteso alla soddisfazione di certi interessi⁵.

Tale constatazione, peraltro, non verrebbe scalfita dalla - pur rilevata - differenza nelle modalità (unilaterali o consensuali) con cui potere pubblico e autonomia privata producono ordinariamente i propri effetti giuridici. È apparso presto evidente come tale aspetto, oltre ad aver smarrito quel carattere rigido che presentava in passato⁶, rappresenti un mero accidente nel ciclo di vita del potere: una variabile che non influisce sulla forza giuridica dell'atto in cui il potere si manifesta né, soprattutto, sulla definizione e composizione degli interessi coinvolti dal suo esercizio⁷.

⁴ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 39 ss., in particolare ove l'A. osserva che «anche i poteri negoziali, almeno nell'ambito classico della loro collocazione nel campo dell'autonomia privata, esprimono una disponibilità degli interessi in causa, sono diretti a risolvere un conflitto e a definire sfere giuridiche, sono regolati dalla legge solo quanto alle modalità di esercizio e sono insindacabili rispetto al risultato, cioè al modo in cui il conflitto è stato risolto. Sono dunque poteri dotati degli stessi caratteri di innovatività e definitività che contraddistinguono i poteri pubblici» (41). Vedi anche A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 94 ss. e p. 198 ss.

⁵ Da intendersi nella accezione elementare di possibilità di produrre modificazioni nella sfera di interessi di un soggetto, come riferisce G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, p. 116. Vedi, in termini, anche A. LENER, (*voce*) *Potere (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 610 ss.

⁶ In relazione al rapporto tra poteri pubblici e poteri privati unilaterali, la dottrina ha già da tempo dimostrato che, sul piano della produzione degli effetti e della modalità di cura degli interessi coinvolti, non è dato rintracciare alcuna differenza sostanziale. Cfr., B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 362 e 363).

⁷ Ha osservato A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 41, che, rispetto ai poteri pubblici, «l'esercizio di questi poteri [i.e. quelli negoziali] avviene in forma consensuale: ma

Nell'ambito del diritto privato, è da tempo invalsa l'idea che l'attività dispositiva degli interessi, tanto che avvenga in via pattizia, quanto che sia affidata alla tecnica del potere unilaterale, non snaturi il significato dell'atto di autoregolamento. Ne sono riprova quelle fattispecie in cui il potere di autonomia privata può essere fatto valere, indistintamente, con atto unilaterale o bilaterale, producendo un'identica regola del caso concreto⁸.

In maniera speculare il discorso è stato affrontato con riguardo al potere discrezionale, soprattutto alla luce della clausola di equivalenza tra modalità di esercizio unilaterale e consensuale introdotta, anni or sono, dall'art. 11, l.n. 241/90⁹. Anche in questo caso, si è ritenuto che la forma con cui si materializza il potere discrezionale, pur rilevando in termini di regime giuridico dell'atto finale, non va ad alterare i caratteri propri del potere¹⁰, specialmente con riguardo alla regolazione degli interessi ad esso demandati¹¹.

*tale differenza, per quanto rilevante ad altri fini, non interferisce col problema qui in esame. Rispetto alla identificazione dei caratteri propri del potere in relazione alla definizione delle situazioni soggettive e alla struttura del sindacato giurisdizionale, alla qualificazione cioè della forza giuridica nella quale lo stesso potere consiste, e del suo prodotto (si pensi all'art. 1372 c.c.) la sua attitudine a operare unilateralmente o consensualmente appare del tutto irrilevante». Già G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 392, definiva «puramente estrinseca e perciò trascurabile» la circostanza che «l'autonomia privata si concreta quasi sempre in negozi giuridici bilaterali» mentre la «regola opposta vale per l'autonomia pubblica: i negozi sono sempre, o quasi sempre, atti unilaterali di volontà della pubblica amministrazione».*

⁸ È il caso, ad esempio, del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente che, ai sensi di quanto dispone l'art. 1333, c.c., può assumere la veste del negozio giuridico unilaterale, producendo gli stessi effetti costitutivi o modificativi che la legge riconosce all'accordo bilaterale siglato ex art. 1321, c.c. Sulla tematica in parola, si rimanda allo studio condotto da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè, 1969, *passim*.

⁹ Dall'art. 11 l. proc., specie alla luce della novella intervenuta nel 2005, è ormai lecito trarre un principio di indifferenza tra l'azione amministrativa unilaterale e quella realizzata in via consensuale, quale corollario della più generale regola di negoziabilità del potere amministrativo. Sul tema, cfr. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati (Problemi generali)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1311.

¹⁰ In questi termini, F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1484: «se, dunque, il potere amministrativo può concretarsi, al termine del suo farsi, cioè alla fine del procedimento, ora in un atto amministrativo e contratto accessivo, ora in un atto negoziale sostitutivo di provvedimento [...] ciò vuol dire che il potere amministrativo può trovare diverse forme di manifestazione, pur restando sostanzialmente sé stesso». A cui fa eco, S. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 60 per il quale la situazione giuridica che la P.A. esercita nell'accordo è «da stessa situazione giuridica soggettiva che presiede alla produzione del provvedimento».

¹¹ Dovendo, in ogni caso, deve tenere conto dell'interesse pubblico da perseguire ed essendo soggetto a identici vincoli normativi. Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 88 che, da un lato, rammenta come gli accordi previsti dall'art. 11, l. proc., «devono essere comunque conclusi "nel perseguimento del pubblico interesse"»; dall'altro, indica come certo il dato che «la potestà amministrativa conserva i parametri normativi suoi propri (e, cioè, tutti i limiti normativi stabiliti per il suo esercizio), anche se si esprime in questo caso in modo consensuale e contrattuale e non in modo autoritativo» (p. 114).

Per converso, l'aspetto che ha indotto la maggioranza degli studiosi a tenere separate queste due figure, fino a considerarle fenomeni contrapposti, è rappresentato dal diverso peso esercitato dalla legge sulla disponibilità soggettiva degli interessi ad esse sottesi, destinato a mutare in funzione della appartenenza delle relative norme al diritto pubblico anziché al diritto privato.

Mentre, infatti, nel potere di autonomia la legge si limiterebbe a tracciare, in negativo, i confini entro i quali al singolo è consentito autodeterminarsi, nella discrezionalità amministrativa, all'opposto, si sarebbe al cospetto di un potere mai – nemmeno in parte – libero, in quanto costantemente finalizzato al raggiungimento di uno scopo prefissato. Quando c'è discrezionalità, più precisamente, venendo in rilievo un potere-funzione, la legge assolverebbe a un ruolo diverso, essendo chiamata a indicare, in positivo, l'interesse (pubblico) che l'attività amministrativa è tenuta a perseguire¹².

È, allora, al paradigma della legge che occorrerà guardare per appurare se tale distinzione, nei termini sopra prospettati, sia o meno da condividere. Per un verso, mettendo in luce se, specie con l'avvento della Costituzione, abbia ancora senso tracciare una linea di demarcazione tanto netta tra diritto amministrativo e diritto privato¹³. Per l'altro, verificando se autonomia e discrezionalità, nel rapporto che le intreccia con la legge, possiedano realmente una diversa anima o non siano, piuttosto, fenomeni profondamente affini, da ricondurre, di là dalle nomenclature utilizzate, a un medesimo genere.

3. Autonomia privata e clausole generali.

Secondo l'impostazione tradizionale, la sfera di libertà riconosciuta ai privati dall'ordinamento (e in cui si sostanzia l'autonomia privata¹⁴) non è asso-

¹² La distinzione è ben compendiata in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 70 – 71: «la funzionalizzazione della scelta che avviene nell'esercizio del potere discrezionale consente altresì di distinguere discrezionalità e autonomia privata. [...] alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire ed esse sono soggette solo a limiti d'ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito. [...] La scelta compiuta nell'esercizio dell'attività discrezionale è funzionalizzata ad interessi non propri dell'amministrazione agente, è vincolata nel fine». I due concetti giuridici, in quanto disomogenei, non sarebbero tra loro rapportabili, secondo l'opinione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, II, p. 61.

¹³ O se, piuttosto, non sia il caso di convincersi della storicità della distinzione e abbandonarla (come suggerisce B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 368 e p. 364), in nome di un'unità sostanziale del diritto (così, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991, p. 112 ss.).

¹⁴ La quale è «potestà di regolare i propri interessi» in maniera «essenzialmente libera», secondo la definizione che ne dà F. SANTORO PASSARELLI, (voce) *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 369 ss.

luta, ma incontra dei limiti che ne definiscono, dall'esterno, l'ambito di operatività. Più in particolare, in relazione alla rilevanza di interessi (generali o individuali) che entrano in contatto con la sfera di dominio del singolo, la legge pone degli argini alla libertà di scelta di quest'ultimo, ammettendo il pieno autoregolamento dei propri interessi (finanche a scapito di un pari interesse altrui¹⁵) solo a condizione che siano rispettate talune modalità di comportamento. Detta autonomia, di contro, non subirebbe mai limitazioni al suo interno, poiché «*la determinazione del soggetto avviene in base a una libera valutazione del diverso grado di urgenza dei vari bisogni*»¹⁶.

A questa ricostruzione fa da sfondo la concezione, maturata nell'esperienza secolare dei rapporti tra privati, secondo la quale la nozione stessa di autonomia postula sempre una parità tra gli interessi degli individui¹⁷, che la legge ha il compito di mantenere in rapporto di equi-ordinazione¹⁸, scongiurando così il rischio di una qualsiasi finalizzazione del potere di autonomia a un interesse superiore¹⁹. Il corollario di detta impostazione è stato una netta preferenza per un sistema di controllo dei poteri di autonomia che, pur preordinato a colpire eventuali usi distorti, risultasse neutrale rispetto agli interessi coinvolti dal suo esercizio.

In tal senso, l'ottica delle cd. clausole generali ha rappresentato un valido compromesso tra l'esigenza di rispettare la libertà di scelta che contrassegna l'autonomia privata e la garanzia di un efficace sistema di tutele per il soggetto destinatario dell'atto in cui l'autonomia si inverte. Attraverso il sistema delle clausole generali, infatti, si costruisce attorno al potere di autonomia privata un reticolo di comportamenti (ricavati dagli *standard* sociali) che, dal punto di vista del soggetto agente – che fa esercizio di autonomia –, rende impermeabile la

¹⁵ Come accade, ad esempio, nel contesto dei cd. poteri (privati) sulla sfera giuridica altrui.

¹⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, cit., 370.

¹⁷ Cfr. L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 248 per il quale è comunemente accettata l'idea che «*l'autonomia privata sarebbe un potere "autonomo", nel senso che si esplicherebbe tra eguali o inter partes*». Vedi anche G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., p. 392, secondo cui «*nel diritto privato, i soggetti sono in condizione di eguaglianza*».

¹⁸ In tal senso, è stata ripudiata in dottrina la distinzione tra limiti al potere privato posti nell'interesse dell'organizzazione aziendale e limiti posti, invece, nell'interesse dei lavoratori atteso che, a prescindere dalle difficoltà pratiche di distinguere tra le due ipotesi, essa presuppone una funzionalizzazione delle scelte organizzative dell'imprenditore, incompatibile con lo statuto costituzionale dell'impresa. Così, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 95 ss.

¹⁹ Con i connessi, inevitabili, condizionamenti nell'applicazione delle norme di composizione dei relativi conflitti. Al riguardo, evidenzia il pericolo che attraverso l'esigenza di reprimere gli abusi si arrivi a sindacare il merito della scelta imprenditoriale (che è, invece, essenzialmente libera), G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass., Sez. III, 19 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 22.

sua scelta di libertà alle possibili interferenze del giudice²⁰; mentre, dal punto di vista dei destinatari dell'atto di autonomia, genera un fascio di rapporti obbligatori che conferiscono a questi ultimi veri e propri diritti di credito aventi a oggetto la pretesa a che l'altra parte (che diviene soggetto passivo della relazione) ponga in essere i comportamenti richiesti dalle regole sociali di convivenza richiamate dalla norma incompleta²¹.

Sotto questo profilo, nel diritto privato non c'è distinzione tra clausole e principi generali; nonostante, sul piano della teoria generale, i due concetti non siano pienamente sovrapponibili, la differenza tra di essi si stempera, perdendo di rilievo, all'atto pratico. Di là dalle classificazioni variamente proposte in dottrina²², infatti, tutte quelle disposizioni che si caratterizzano per un certo grado di vaghezza tendono a identificarsi nel momento della loro applicazione concreta²³. Specialmente sul piano operativo-funzionale, tutte le clausole generali manifestano una comune tendenza a porsi quale fonte generativa (o integrativa) di rapporti giuridici, in funzione limitatrice di poteri o facoltà che si esercitano sotto la loro copertura²⁴.

Per questa ragione, tra gli studiosi del diritto civile, non ha mai fatto presa la distinzione di piani, pur teorizzata in senso ai pubblicisti, tra clausole generali come fonte di diritti (riconducibili alle norme di relazione) e principi generali, da intendersi – secondo l'impostazione classica – come direttive che assistono il potere nel suo farsi atto, indirizzandolo verso un interesse preciso e

²⁰ Chiamato solamente a riscontrare la corrispondenza o meno del comportamento posto in essere allo *standard* di condotta tratto dal contesto sociale di riferimento, senza possibilità di condizionare, nei contenuti, la composizione degli interessi voluta dal soggetto decidente. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 146.

²¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 187 e, sulla scorta dell'insegnamento di quest'ultimo, A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, Cedam, 2007, p. 147, la quale rileva che «le clausole generali costituiscono fonti di eterointegrazione del sistema giuridico che [...] attribuiscono valore giuridico a fatti e comportamenti non codificati ma rappresentativi di interessi riconosciuti dall'ordinamento».

²² Vedi, al riguardo, la sistemazione proposta da A. GUARNERI, (voce) *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., II*, Torino, Utet, 1988, p. 403 ss. (nonché, più di recente, ID., *Le clausole generali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte*, Torino, Utet, 1999, p. 131 ss.).

²³ Avverte E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3558 ss., come nella dottrina civilistica la distinzione tra clausola generale e concetti affini venga reputata «poco persuasiva» o comunque «svanisca al momento della loro applicazione». Sembra addivenire a una piena identificazione tra una certa categoria di principi e le clausole generali, A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 457 ss.

²⁴ Per L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 17, le clausole generali sono destinate a operare «in funzione di fonti integrative dei rapporti giuridici che in esse si costituiscono [...] o di limite di poteri o facoltà che in esse si esercitano».

prestabilito dalla stessa norma di legge (e, per ciò, riconducibili alle norme sull'esercizio del potere o di azione).

Emblematico, in tal senso, è il ruolo che ha assunto nei rapporti interprivati il parametro della ragionevolezza. Quest'ultimo principio, rispetto alla tradizione pubblicistica che lo ha sempre raffigurato come alfiere di un interesse superindividuale e prevalente, è stato acquisito nel diritto privato come vera e propria clausola generale²⁵ assimilabile, per struttura e funzionamento, alla buona fede²⁶ quando, addirittura, non è stato interpretato come un elemento di cui quest'ultima si compone²⁷.

La ragionevolezza, coerentemente con l'impostazione libero-centrica del diritto privato, che pone nel cuore del proprio sistema la libertà di autodeterminazione dei singoli, ripudiando ogni tentativo di funzionalizzarne l'attività, si atteggia come un limite esterno dell'autonomia privata che, al pari delle altre clausole generali, individua la soglia di rilevanza degli interessi altrui²⁸. Soglia, varcata la quale, si riespande con pienezza la sfera della libertà individuale.

Nei rapporti tra privati, in altri termini, la legge, una volta regolati in astratto i conflitti tra interessi di pari grado riferibili a diverse sfere soggettive, cede il passo alla libera espressione della volontà individuale: lo spazio dell'agire privato non occupato dalla legge ammette illimitate (e insindacabili) possibilità di scelta.

4. La discrezionalità amministrativa e il ruolo dei principi generali.

Non così quando la legge incontra la discrezionalità amministrativa. L'opinione classica, pur nelle sue numerose variabili, concorda nel ritenere non

²⁵ Per una qualificazione della ragionevolezza nel diritto privato in termini di clausola generale, *ex multis*, L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 373; A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contr. impr.*, 2005, II, p. 643; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 801.

²⁶ Secondo G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 752, la buona fede oggettiva è un concetto a contenuto plasmabile e, in quanto tale, può essere intesa come sinonimo di ragionevolezza. Cfr., altresì, C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, *cit.*, p. 802.

²⁷ Così, S. TROIANO, (voce) *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2013, p. 802, nota 2. Similmente, qualifica la ragionevolezza uno «strumento per misurare la buona fede», M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, II, p. 511.

²⁸ Piuttosto che guardare alla meritevolezza degli interessi perseguiti dal soggetto agente. Sulla ragionevolezza come limite all'autonomia privata che «regola comportamenti» e non quindi come giudizio «di per sé diretto (come sarebbe un ipotetico principio di ragionevolezza) a disapprovare il «regolamento contrattuale» per il suo contenuto», vedi S. TROIANO, (voce) *Ragionevolezza (diritto privato)*, *cit.*, p. 798. *Contra*, E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, ESI, 2010, p. 143.

recidibile il filo di Arianna che tiene legato il potere discrezionale alla legge che lo genera e lo disciplina. Poiché alla base del potere pubblico vi sarebbe sempre una funzione (il cui tratto essenziale è rappresentato dalla necessaria direzione dell'attività verso un fine prestabilito²⁹), ciò comporta che la gestione degli interessi demandata alla P.A. debba essere costantemente e in ogni caso finalizzata al conseguimento e alla soddisfazione del bisogno in vista del quale il potere è attribuito³⁰. Si tratterebbe, a differenza della situazione di autonomia in cui versano i privati, di «un limite interno e perenne»³¹.

La circostanza che l'esercizio della discrezionalità si rivolga alla cura di un interesse pubblico specifico, determinato in positivo, ha comportato che la scelta comparativa degli interessi non fosse mai totalmente libera ma sempre soggetta al giogo della legge³². Anche quando la scelta si colloca di là dal perimetro di azione delimitato dalle disposizioni normative, essa deve comunque risultare controllabile sul piano della legittimità³³.

Per garantire questo collegamento costante con il fine è stato assegnato un ruolo operativo determinante ai principi generali del diritto amministrativo, impiegati quale strumento di indirizzo della scelta amministrativa proprio per

²⁹ Parla evocativamente di «attività [amministrativa] come funzione, assunto questo secondo termine nel suo senso originario, di *deputatio ad finem*», M.S. GIANNINI, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 989. Il concetto di funzione è indicativo di un'attività diretta a un fine (la cura di interessi pubblici), a carattere intrinseco, anche in G. MIELE, (voce) *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, Utet, 1961, p. 686 e D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 20 e 62.

³⁰ Cfr. C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 1098 ss.; ID., (voce) *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, Utet, 1939, p. 76 – 78, che rileva come l'azione amministrativa autoritativa sia sempre e in ogni caso finalizzata dall'interno, al conseguimento e alla soddisfazione di bisogni sociali; G. ZANOBINI, (voce) *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 235; nonché, F. BENVENUTI, *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 91 - 92.

³¹ In questi termini, G. BARONE, (voce) *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 2. Parla dello scopo conferito dalla norma come di un «limite positivo all'esercizio della libertà», A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss.

³² Attraverso quella che è stata definita una progressiva “legalizzazione” dell'attività amministrativa, in seno alla quale ha preso vita un principio di generalità del controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, anche il profilo della rispondenza al fine indicato dalla norma ha finito per essere assoggettato (mediante il vizio di eccesso di potere) alla verifica dell'autorità giudiziaria. Cfr., sul tema, la ricostruzione di G. CORAGGIO, (voce) *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, p. 130 ss.

³³ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 5 ss. il quale, in ragione della loro destinazione a un determinato interesse pubblico, ravvisa che «i poteri amministrativi vengono resi intrinsecamente (e in linea di principio) interamente giuridici, poiché vengono disciplinati non soltanto nei loro confini, ma anche nel loro più interno elemento che è dato dal fine». Di recente, D. DE PRETIS, in P.L. Portaluri (a cura di) *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia: il percorso delle riforme*, Napoli, ESI, 2016, p. 210.

quegli aspetti non raggiunti direttamente dalla legge³⁴. È affermazione tutt'oggi ricorrente in dottrina che, pur nella diversità di classificazioni e declinazioni prospettate, i principi «costituiscono, assieme alla legge, una guida e un orientamento sicuro per il raggiungimento del fine pubblico positivamente determinato»³⁵.

Detti principi, tradotti in criteri non predeterminati alla stregua dei quali verificare la correttezza della valutazione ponderativa, hanno sortito l'effetto di imbrigliare l'attività di scelta riservata, dalla stessa legge, al soggetto agente³⁶. Tale scelta, benché affidata in via esclusiva alla P.A., non potrà mai dirsi libera (diversamente da quella frutto di autonomia privata), siccome perennemente ingabbiata in una rete di prescrizioni, anche non giuridiche, che rappresentano i «mezzi per attuare i principi giuridici»³⁷.

Evocativa, anche in questo caso, è la parabola della ragionevolezza, canone che – come accennato – appartiene all'ordinamento generale ma che, in quello particolare dell'Amministrazione, ha assunto un significato peculiare: non già norma (di comportamento) tratta dal comune sentire, bensì regola (di azione)³⁸ che riflette un giudizio di compatibilità tra la decisione e l'interesse pubblico³⁹.

Il consolidarsi del su riferito ordine di idee ha quindi comportato che l'area del merito amministrativo (quale epicentro della scelta politica⁴⁰), benché

³⁴ Secondo la nota distinzione tra prescrizioni normative puntuali (che regolano segmenti specifici dell'azione) e norme che dettano i principi dell'azione amministrativa (fissando fini e criteri di esercizio del potere) elaborata da F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 1 ss.

³⁵ A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 202.

³⁶ Cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 71 – 72, per il quale, dall'utilizzo dei principi come strumento di sindacabilità della scelta di merito, «emerge un effetto di imbrigliamento del potere [...]. Questo imbrigliamento, però, appare relativo, inverandosi il rischio che il potere sia insieme occultato e assottigliato, cioè reso inesauribile [...]: occultato in quanto sindacabile, assottigliato in quanto senza limiti. Senza quei limiti che fissano la “convivenza fra due sfere giuridiche”, perché quella dell'individuo “più” protetta dall'anzidetto sindacato resta assoggettata al potere anche laddove i principi lo disciplinano. I principi, infatti, si guardano in relazione alla legittimità oppure al merito amministrativo, sono sempre e soltanto una “guida”».

³⁷ V. OTTAVIANO, (voce) *Merito*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, Utet, 1964, p. 577.

³⁸ Rileva C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 26, che la ragionevolezza nel diritto amministrativo è stata acquisita come «regola sul potere».

³⁹ Afferma suggestivamente G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 439 che «tra questi due termini – il potere amministrativo e lo scopo per il quale è attribuito (ma si parla in giurisprudenza anche di fine, di interesse pubblico etc.) – si insinua e poi saldamente si installa il principio di ragionevolezza». Il principio di ragionevolezza, per F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 387, sembra comportare «il necessario raffronto tra il fine concreto propostosi dall'amministrazione ed il fine di legge».

⁴⁰ Vedi C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 129 ss. e 137. Il merito rappresenta il luogo dell'opportunità “politica”

non “giuridificata”, fosse comunque sindacabile da parte del giudice in sede di legittimità mediante il ricorso alla categoria dell’eccesso di potere⁴¹.

Il potere amministrativo discrezionale, come riflesso di questa impostazione, ne esce rappresentato come un’entità unica e compatta, tenuto insieme dal fine pubblico che lo attraversa dall’interno e che lo rende interamente controllabile mediante un fascio di principi che ne avvolgono l’esercizio. In questo modo, la presenza preponderante del fine pubblico è garantita anche in quella fase della scelta che, invece, è lasciata all’apprrezzamento dell’amministratore pubblico⁴².

5. Le ragioni di insoddisfazione suscitate dal pensiero tradizionale.

Osservando il fenomeno dalla su esposta angolazione è naturale che autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa risultino concetti giuridici non assimilabili, anzi antitetici. La distanza che li separa fa perno, essenzialmente, sull’esistenza di un vincolo di scopo posto dalle norme sul fine pubblico (e sulla natura interna del relativo limite) e sulla - connessa - pressione che, sulla situazione di potere, esercitano i principi e i criteri destinati a integrare le norme sul fine.

L’impostazione tradizionale del problema, nei termini dianzi esposti, ha tuttavia perso progressivamente consensi. L’insoddisfazione per una ricostruzione del sistema che occultasse in realtà l’intenzione di non staccarsi dalle convenzioni del passato, rimanendo ancorati a una concezione ideologizzata e autoritaria dello Stato, ha indotto parte della dottrina a riflettere sulla compatibilità della costruzione, nella sua logica complessiva o nei suoi fondamenti, con il progetto di Stato prefigurato dalla Costituzione e fin qui rimasto incompiuto.

È stato, al riguardo, osservato che il testo costituzionale, interpretato nel suo complesso, conterrebbe tutte le istruzioni per impostare su nuove basi il rapporto tra autorità e libertà. Le indicazioni provenienti dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, militeranno tutte verso un ribaltamento dei rapporti tra

all’interno della scelta discrezionale, anche per M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 181.

⁴¹ Sull’eccesso di potere come vizio che sanziona la violazione dei principi, per tutti C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, cit., p. 151 ss.

⁴² Trattandosi, come è stato osservato, di ambito oggetto di una riserva (costituzionale) di amministrazione. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 156. Nonché, C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, cit., p. 136 ss., per il quale il merito amministrativo è riservato all’amministrazione, in quanto non raggiunto dalle regole ed espressione di politica.

Amministrazione e amministrati che, in nome dei principi dello Stato di diritto, ponga la tutela del cittadino al centro del sistema⁴³.

Per realizzare il disegno costituzionale, allora, il primo passo da muovere doveva essere necessariamente quello di affrancare il potere amministrativo dalla ingombrante ipotesi dell'interesse pubblico. Obiettivo, quest'ultimo, che è stato perseguito dapprima, depurando i poteri vincolati da ogni riferimento a un interesse pubblico (di rango primario); poi, anche grazie al superamento della storica contrapposizione, fioritura del dualismo ottocentesco diritto pubblico - diritto privato, tra norme di azione e norme di relazione, ridefinendo la posizione che l'interesse in parola assume sullo scacchiere del potere discrezionale⁴⁴.

In particolare, è merito dell'intuizione di alcuni studiosi se, per la prima volta, è stata messa in dubbio la rilevanza dell'interesse pubblico con riferimento all'attività vincolata. Si è, al riguardo, osservato che quando un conflitto tra interessi è risolto, in via definitiva e astratta, dalla legge, di talché è solo una la definizione conforme a legge, ogni riferimento all'interesse pubblico o a una gerarchia tra questo e gli altri interessi collaterali perderebbe di significato⁴⁵. Una questione di sovraordinazione o sottordinazione degli interessi, infatti, si potrebbe porre «solo in quanto vi sia un conflitto di interessi (ancora) da risolvere, una decisione da assumere, una quantità, anche minima di interessi di cui poter disporre»⁴⁶.

⁴³ Da segnalarsi, al riguardo, i contributi di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 808 ss.; ID. *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Marsilio, 1975, p. 211 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994; G. BERTI, *Art. 113*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, IV, Bologna – Roma, Zanichelli, 1987, p. 90 ss.; ID., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, p. 91 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966. Sul tema, cfr. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., passim.

⁴⁴ Sulla questione vedi, diffusamente, L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, cit., p. 11 ss., in partic. p. 57 dove si esorta a «[mettere] definitivamente nel dimenticatoio il continuum storico-concettuale delle opposizioni leggi amministrative-leggi civili, norme di azione-norme di relazione, doveri (irrelati)-obblighi», atteso che la – criticabile – contrapposizione tra norme d'azione e di relazione «si lega all'idea che le norme che disciplinano l'azione amministrativa siano interne alla stessa pubblica amministrazione, dunque, siano irrelate: tutto al più, e per l'appunto (essendo limite interno il vincolo nel fine), siano poste nell'interesse pubblico o dello Stato (ma non nell'interesse dell'individuo)», quando invece «la norma sul fine pubblico può essere intesa come norma di relazione, satisfattiva di un interesse privato, la cui violazione dà luogo a inadempimento» (p. 78).

⁴⁵ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, cit., p. 301 ss.; ID., in *Diritto e processo*, Padova, Cedam, 1978, p. 338 ss.; ID., *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *ivi*, 1963, 100 ss. Nonché, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3 ss., in partic. p. 42 ss.

⁴⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 43 – 44, che soggiunge: «quando invece il conflitto è esaurientemente risolto, gli interessi definitivamente ordinati, [perde] ogni significato il riferimento all'interesse pubblico o alle relative deduzioni in termini di subordinazione ad esso o al soggetto che

L'esito di questa analisi critica ha prodotto un primo risultato: la consapevolezza che il "problema" dell'interesse pubblico riguardasse – e potesse astrattamente riguardare – solo il potere discrezionale, essendo privo di rilevanza nei confronti dell'attività vincolata⁴⁷. Diventava, a questo punto, imprescindibile procedere più a fondo nell'indagine stabilendo, nel mutato contesto, quale peso dovesse assumere l'interesse pubblico all'interno della scelta discrezionale.

L'impostazione tradizionale, come osservato, si fondava sull'assunto per il quale le norme che regolano il potere discrezionale, anche quando formulate in termini di concetti indeterminati, mirassero essenzialmente a garantire il perseguimento dello scopo pubblicistico sotteso al potere; a tutelare, in altri termini, l'interesse del soggetto attributario del potere di scelta. In questo modo, la norma sul vincolo di scopo ridondava in parametro di legittimità dell'atto di esercizio del potere⁴⁸.

Il capovolgimento della prospettiva, che mina alla base le fragili premesse su cui riposa la tesi avversata, avviene invertendo i termini del ragionamento. Posto che, sul piano logico-giuridico, «*nulla induce a ritenere, in termini di principio, che un limite posto a un potere di scelta sia necessariamente posto a tutela del soggetto che sceglie e non invece di altri interessati al contenuto della scelta stessa*», è stato possibile concludere che «*qualunque limite al potere di un soggetto riguarda la tutela di un interesse contrapposto*»⁴⁹.

La stessa esistenza di un vincolo normativo alla situazione di potere, sia esso a contenuto puntuale o vago, riecheggia cioè il bisogno di tutela di un interesse del soggetto che con il potere entra in contatto. Ne discende che tutte le norme, anche quelle che disciplinano il potere (e tradizionalmente identificate come norme di azione), tendono non già a garantire il perseguimento dello scopo che ne giustifica l'attribuzione quanto, più propriamente, a definire in astratto i termini di composizione di un conflitto, generando, come fanno le norme di relazione, veri e propri rapporti giuridici con il destinatario dell'azione stessa⁵⁰.

lo impersona. E tutto ciò, in termini correnti, può essere espresso dicendo che l'interesse pubblico qualifica soltanto il potere discrezionale, essendo privo di rilevanza nei confronti dell'attività vincolata».

⁴⁷ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 43 ss.

⁴⁸ Come ben rappresentato da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 25, «*l'interesse pubblico viene elevato a canone di validità del provvedimento non solo perché esige che il provvedimento sia compatibile con il fine legale del potere, ma anche perché diviene riflettore che rende visibili le violazioni di tutte le regole sull'esercizio della discrezionalità*».

⁴⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 158 (ma vedi anche p. 156, ove si afferma che «*ogni legge, in quanto tale, è potenzialmente e astrattamente idonea a tutelare direttamente un interesse del cittadino, anche se riguarda un potere discrezionale dell'amministrazione*»).

⁵⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 159 ss., in partic. p. 160: «*le c.d. norme di azione, una volta depurate della loro unilaterale funzione pubblicistica, sono esse pure idonee a creare*

Questa perdita di contatto con l'interesse pubblico e, per tale via, con una visione funzionalizzata del vincolo di scopo, ha determinato una piena equiparazione, nel significato e nella struttura, tra le norme che limitano e/o vincolano l'attività amministrativa e quelle che dettano le regole di convivenza sociale. La legge, infatti, tanto nei rapporti inter-privati quanto in quelli con le pubbliche amministrazioni, definisce astrattamente i termini di composizione di un conflitto di interessi, stabilendo le condizioni di prevalenza dell'uno o dell'altro, ma ciò senza alterare «*il carattere paritario delle parti di fronte alla legge*»⁵¹.

6. Discrezionalità e vincolo sul fine: dalle norme d'azione alle norme di relazione.

Se ci si pone in quest'ottica alternativa, diventa inevitabile superare la stessa classificazione, implicita nella tesi tradizionale, che distingue tra limiti interni (che vincolano, in positivo, l'esercizio del potere) e limiti esterni (o a carattere negativo, che evocano l'idea di un non potere se non a certe condizioni)⁵². La nozione di limite (*rectius*, di norma limite), per le ragioni fin qui osservate, non può che essere tipologicamente unitaria⁵³; e invero, se tutte le disposizioni di legge condividono una medesima struttura e un identico scopo, anche i limiti che da esse traggono origine finiscono per possedere un'unica (e identica) natura⁵⁴.

In questo senso, allora, di là dal valore meramente descrittivo che può ancora mantenere la distinzione, il concetto di limite assumerà un significato operativo generale e unitario, valido in egual misura per tutti gli ambiti del diritto amministrativo così come per il diritto civile. Esso, infatti, alla stregua di

*rapporti giuridici con il destinatario dell'azione stessa: il che significa che sono esse pure norme di relazione e che garantiscono utilità del soggetto privato del tutto autonome rispetto a quella "finale"». Cfr., altresì, A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 496, ove è detto che «la pubblica amministrazione deve solo rispettare la legge e dunque attuare il rapporto tra interessi da questa in astratto definito».*

⁵¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 164.

⁵² Tra i molti, F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 216.

⁵³ Per un abbandono della distinzione tra limiti interni ed esterni (o, secondo un diverso criterio di classificazione, tra limiti positivi e negativi), in quanto superflua, se non addirittura fuorviata, cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., p. 76 ss.

⁵⁴ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 772, che osserva: «tanto nell'attività discrezionale quanto in quella vincolata il diritto cui l'amministrazione si assoggetta produce diritti – certamente con contenuti diversi – a favore dei privati. Questo consente di tornare ad osservare che la differenza tra attività vincolata e discrezionale non si pone sul piano di una differente natura delle rispettive norme che regolano la condotta dell'amministrazione, ma solo sul piano più generale della strategia decisionale prescelta».

quanto accade nei rapporti inter-privati, segna il confine di coesistenza tra due sfere soggettive contigue (per es., le clausole generali di buona fede e di ragionevolezza regolano la convivenza tra le autonomie negoziali dei soggetti che entrano in contatto), anziché occuparsi dell'interesse (prevalente) di una sola parte⁵⁵.

Una rilettura di tal genere del vincolo nel fine è possibile, a patto che si ripensi, nel senso su specificato, al ruolo della norma che lo individua, ponendolo al centro del potere discrezionale. Facendo transitare la norma sul fine pubblico tra le norme di relazione, destinata a regolare un conflitto tra interessi di pari dignità, il limite imposto dalla relativa norma diventa immediatamente di tipo esterno (sul modello delle clausole generali che dettano la regola di convivenza tra sfere soggettive)⁵⁶, se non, addirittura, mette in discussione, superandola, la stessa partizione – ancorché soltanto descrittiva – del concetto di limite (non più distinguibili in limiti interni o esterni, ma limiti *tout court*, che demarcano l'area del “potere” da quella del “non potere”, nell'interesse non di colui che deve compiere la scelta, ma di altri soggetti interessati al contenuto della scelta stessa)⁵⁷.

La norma sul fine pubblico, infatti, come ogni altra norma che disciplina l'azione della P.A., deve essere rivisitata in chiave relazionale: non più norma che guida, dal di dentro e nell'interesse esclusivo dello Stato, il potere nel suo farsi atto ma norma che regola i conflitti tra l'interesse pubblico e gli interessi privati, entrambi protetti dalla legge che individua il fine⁵⁸. Entro quest'ottica, il limite introdotto dalla norma finisce per operare con lo stesso meccanismo delle clausole generali nel diritto privato⁵⁹; tanto le clausole generali, quanto le

⁵⁵ Delimitando, in questo modo, l'area degli interessi «*lasciati liberi dalla legge*» (in quanto da essa non direttamente regolati), secondo la nota definizione di autonomia (pubblica e privata) proposta da G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., p. 391.

⁵⁶ Cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 261, che rileva: «*la tecnica civilistica di controllo sul potere consentirebbe di utilizzare i principi non più come precetti positivi ma come limiti esterni negativi*».

⁵⁷ Vedi C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 358, quando osserva che «*non c'è differenza tra limiti positivi e negativi, se non di punto di vista: qualsiasi limite rende l'attività vincolata e oltre il limite c'è la libertà. Similmente perdono di significato le distinzioni tra limiti interni ed esterni, intrinseci ed estrinseci*».

⁵⁸ Vedi A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 120, per il quale la fattispecie legale astratta, anche quanto riguarda un potere pubblico, determina la «*linea di contemperamento tra interessi contrapposti che costituisce carattere comune di ogni rapporto giuridico*». Una prospettiva non dissimile, sia pur limitatamente ad alcune tipologie di norme di azione (idonee a disciplinare situazioni di dovere), è presente anche nell'elaborazione di F. VOLPE, *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, in partic., p. 198 ss.

⁵⁹ Cfr., ancora, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 160 – 161. Ma vedi anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 327 ss.

norme sul fine pubblico (unitamente al *set* di principi che stanno a corredo), dettano le condizioni di prevalenza di una sfera di interessi sull'altra, segnando il limite oltre il quale non è giuridicamente ammissibile il sacrificio dell'interesse antagonista.

Violare la norma sul fine pubblico, in altri termini, significa oltrepassare il limite di ammissibilità del sacrificio richiesto all'interesse privato⁶⁰, tanto quanto violare le regole di correttezza e buona fede significhi disattendere le condizioni che giustificano il sacrificio del soggetto che subisce l'atto di altrui autonomia privata⁶¹.

7. Il merito amministrativo come libertà dell'Amministrazione.

Una volta imboccata questa via, si comprende allora il perché certa dottrina abbia potuto intendere il merito amministrativo (e la relativa scelta ponderativa di interessi) come ambito di libertà dell'Amministrazione non raggiunta dalle norme, puntuali o di principio. Una zona dell'agire amministrativo, per usare un'espressione plastica, che si genera per scissione da quella componente regolata dal diritto.

E, infatti, i principi (che operano secondo la logica delle clausole generali), al pari delle norme che dettano regole puntuali, contribuiscono a costruire un'area (dominata dalla legalità) da tenere isolata e ben distinta dalla zona in cui avviene la scelta comparativa degli interessi; scelta che diviene, per tale via, immune da ogni verifica di corrispondenza con il fine pubblico: oltrepassato il reticolo delle regole di convivenza «*si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi "libero"*»⁶².

In quest'ottica ricostruttiva, in altri termini, la scelta di merito, in quanto collocata in un ambiente non raggiunto (e non raggiungibile) dal diritto, è espressione di libertà e, al pari di ciò che si verifica per i poteri negoziali, intangibile da parte del giudice⁶³.

⁶⁰ Così L. FERRARA, *Individuo e potere. In un ginocchio di specchi*, cit., p. 78: «violare il fine pubblico significa, infatti, violare la giustificazione o l'ammissibilità del sacrificio dell'interesse privato».

⁶¹ In tal senso, quindi, è coerente asserire che «*in ogni caso la violazione di norme inerenti al rapporto tra amministrazione e cittadino, anche nel caso in cui detto rapporto venga definito da un atto, rilevano, in questa prospettiva, in termini di comportamento, e più precisamente di inadempimento di obblighi inerenti al rapporto stesso. Si può dunque concludere che nessun aspetto "regolato" dal potere discrezionale sfugge alla logica del rapporto*» (così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 170).

⁶² S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 765.

⁶³ Individua il tratto comune dell'autonomia privata e del potere amministrativo discrezionale (o autonomia pubblica, nella ricostruzione dell'A.) nella «*circostanza che la volontà agisce in un*

Al riguardo, si potrebbe addirittura prospettare un intervenuto mutamento nella struttura stessa del potere amministrativo discrezionale che, da entità unica (tenuta unita dalla caratterizzazione finalistica della funzione), si scinde in due sotto entità, suddividendosi in una componente legale (o normativa) e in una libera (o politica), in cui gli interessi «*si riespandono liberamente*» e la loro considerazione acquista un carattere che rileva esclusivamente su un piano politico⁶⁴. Si viene, in questo modo, a distinguere con nettezza l'area del giuridicamente rilevante da quella del non giuridicamente rilevante⁶⁵.

A questa nuova veste del potere pubblico, con struttura bi-fasica, corrisponderà una suddivisione nell'attività demandata al soggetto agente: un primo momento (quello normativo) caratterizzato dall'assolvimento di veri e propri obblighi imposti dalle norme e un secondo momento, che prende vita con l'esaurirsi del primo, di libera determinazione degli interessi in gioco⁶⁶.

Lo schema, a ben riflettere, è analogo a quello che caratterizza l'esercizio dell'autonomia privata. Anche in questa ipotesi, infatti, una volta assolti gli obblighi imposti dalla correttezza e buona fede⁶⁷ (componente normativa), si apre per l'individuo uno scenario di libertà piena, nel quale costui è *dominus* della gestione degli interessi propri e artefice della sorte di quelli su cui la scelta è destinata a incidere (componente libera)⁶⁸.

campo lasciato libero dalla legge», G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., p. 391. Più di recente, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 156.

⁶⁴ Cfr., L. FERRARA, *Individuo e potere*. In *un giuoco di specchi*, cit., 73 - 74. Nello stesso senso, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 352.

⁶⁵ E fatte salve le conseguenze (comunque giuridiche) che l'ordinamento ricollega al mancato raggiungimento degli obiettivi politici. In tal senso, l'utilizzo della locuzione "non giuridicamente rilevante" non vuole rappresentare uno stato di completo disinteresse per la componente politica da parte del diritto ma, più semplicemente, evidenziare una diversa considerazione che l'ordinamento riserva a questo aspetto (libero) del potere. Infatti, una cattiva gestione degli interessi da parte dell'organo rappresentativo a ciò deputato, pur comportando conseguenze regolate da norme di legge (quale, per esempio, l'attivazione dei meccanismi con cui viene sanzionata la responsabilità politica), non influirà sulla validità dell'atto amministrativo regolativo dei predetti interessi, né sulla stabilità dei relativi effetti avendo, in questo senso, una rilevanza meramente interna. Sulla valenza interna delle norme (o di alcune di esse) che finalizzano all'interesse pubblico l'attività amministrativa, vedi per es. A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 470 ss., nonché (ma con orizzonte circoscritto all'attività amministrativa svolta mediante poteri privati) A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 272.

⁶⁶ Afferma la necessità di scindere l'esercizio del potere discrezionale in una componente legale e in una politica, «*raccordando, in particolare, alla prima componente la situazione soggettiva del diritto potestativo e quella correlativa della soggezione. Ma riconducendo, al tempo stesso, alle norme, come si è visto, anche la situazione soggettiva dell'obbligo e quella del diritto*», L. FERRARA, *Individuo e potere*. In *un giuoco di specchi*, cit., 73.

⁶⁷ Nonché dalle ulteriori clausole generali che, come la ragionevolezza, assolvono alla medesima funzione di limitare o correggere l'esercizio del potere di autonomia.

⁶⁸ Sotto il dedotto profilo, ha osservato A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 164, che «*la disparità sostanziale che indubbiamente sussiste in ogni rapporto è identificabile, a ben*

Nell'ambito dei rapporti interprivati una tale ampiezza nella scelta (che può spingersi fino alla massimizzazione dell'interesse di una sola parte con completo sacrificio degli interessi delle altre) si giustifica ricorrendo alla logica del consenso. Poiché l'atto di autonomia non può mai disporre di (o sacrificare) interessi altrui senza il consenso del soggetto nei cui confronti la modificazione è destinata a verificarsi (consenso che, nel caso di poteri privati, è prestato a monte, aderendo all'atto costitutivo del rapporto da cui la situazione di potere promana⁶⁹), l'accordo tra le parti giustifica e fa da contrappeso al riconoscimento di una libertà di autodeterminazione che, all'interno dello steccato innalzato dalla legge, è piena⁷⁰.

Nel diritto pubblico, di contro, questo meccanismo non è (di norma) riscontrabile. L'unilateralità della scelta comparativa di interessi, che rappresenta la regola, determina un'imposizione delle scelte ponderative effettuate, con riferimento al caso concreto, dall'Amministrazione; e questo, senza che i titolari degli interessi di cui la P.A. dispone abbiano la facoltà di disvolarlo. In un contesto del genere, dunque, potrebbe risultare ingiustificato sottrarre al controllo del giudice la scelta di merito, mancando uno strumento che riequilibri la libertà lasciata al decidente pubblico⁷¹.

La carenza, tuttavia, è soltanto apparente. La vera essenza dello Stato di diritto non si esaurisce in una visione della tutela degli individui nei confronti della P.A. che si risolva entro un ambito eminentemente soggettivo ma com-

guardare, con l'area non regolata e attribuita a un potere dispositivo libero del soggetto: e non fa alcuna differenza se si tratti del merito amministrativo in senso stretto o del giudizio di un privato sulla convenienza dell'esercizio di un potere discrezionale».

⁶⁹ La regola, tuttavia, soffre qualche eccezione. Per esempio, essa non sembra valere per quelle "autonomie" che si collocano in ambienti monopolistici o in materia di poteri sanzionatori. In situazione del genere, infatti, il consenso dell'avente diritto non può spingersi fino al punto di attribuire a una parte sola il potere di sanzionare l'altra; cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, p. 22; più di recente, S. STACCA, *La giuridificazione dell'etica nelle formazioni sociali. Riflessioni sulla c.d. autodisciplina: in particolare, il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 507 ss.

⁷⁰ Ne è riprova la circostanza che il consenso del contraente potenzialmente danneggiato, anche alla luce delle nuove codificazioni d'ispirazione europea, è elemento sufficiente a rimuovere ogni connotato di illiceità dall'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale. Cfr. G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 16.

⁷¹ Tant'è che, come ha ricordato G. BARONE, *Discrezionalità*, cit., p. 1, l'impegno della dottrina pubblicistica, storicamente, è stato rivolto a sottrarre la discrezionalità dall'ambito interno dell'amministrazione, incentivando l'idea secondo cui l'uso del potere discrezionale è sempre sindacabile in funzione della protezione giuridica delle posizioni dei cittadini. Critico nei confronti di un tale atteggiamento (di generalizzato favore per la tutela individuale a scapito delle altre forme di garanzia pur presenti nell'ordinamento), S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 774 ss. (in partic. p. 777).

porta che il rapporto di rappresentazione politica, accompagnato dalla connessa responsabilità degli eletti, giochi un ruolo di primo piano nel sistema del controllo democratico⁷².

Più precisamente, una versione dello Stato di diritto che contempi la democrazia rappresentativa, postula che sia la base elettorale il vero “giudice” delle scelte di valori poste in essere dalle autorità pubbliche i cui esponenti, attraverso il sistema della responsabilità politica, verranno premiati o penalizzati a seconda degli esiti del loro operato⁷³. Risulta, allora, evidente, affinché detto sistema di responsabilità possa esistere ed essere effettivo, la necessità che sia riconosciuto a chi rappresenta la collettività uno spazio di scelta autonomo e riservato, intangibile tanto da parte della legge, quanto da parte di un’ autorità terza⁷⁴.

Solo in questo modo la collettività degli amministrati è posta nella condizione di controllare realmente le scelte politiche demandate ai propri rappresentanti, verificando che questi ultimi abbiano effettivamente portato a termine i compiti che sono stati loro affidati⁷⁵.

Di tale assunto, peraltro, esiste nel diritto positivo una precisa traccia, la cui presenza si può notare anche nelle più recenti codificazioni. La previsione

⁷² D'altronde, come avvertiva lo stesso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 8, «la ragione per cui una norma “funzionalizza” un’attività, di una qualsiasi figura soggettiva, sta nella esigenza di controllare. [...] a controllare può essere un giudice [...] un organo amministrativo [...], il Parlamento [...], il corpo elettorale». Ha ricordato S. BATTINI, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, I, p. 525, come sia «il principio di sovranità popolare, che impone un controllo dell’amministrazione da parte di organi che siano provvisti di legittimazione democratica e, dunque, espressione di rappresentanza politica».

⁷³ Ha spiegato, in proposito, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 156, che «l’insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall’assenza della legge, ma anche, in positivo, da una (a nostro avviso) ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l’autonomia e la responsabilità politica dell’amministrazione in quanto democraticamente legittimata».

⁷⁴ Una sorta di «nucleo compatto di insindacabilità che costituisce l’estrema frontiera segnata dall’applicazione del principio della separazione dei poteri» (S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 200). In dottrina, è stato desunto dall’art. 97, Cost., tanto che il legislatore non possa eliminare del tutto gli spazi di discrezionalità dell’Amministrazione nel raggiungimento dei suoi fini (cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 327), quanto che l’autorità giudicante non possa avere l’ultima parola sulla congruità delle scelte operate dall’Amministrazione (G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, IPZS, III, 1981, p. 1606).

⁷⁵ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 774 ss., il quale osserva che il potere «in una versione dello Stato di diritto che includa la democrazia rappresentativa deve dare conto ai cittadini del suo effettivo portare a termine i compiti che gli sono affidati. Non altro che a questo è strumentale l’attribuzione di un potere di scelta alle autorità pubbliche. E a ciò si legano la “libertà” insita nel potere e la responsabilità, in un ordinamento democratico, di chi quel potere esercita possedendo, e non solo esercitando, “discrezionalità”» (p. 774).

secondo la quale i cd. atti politici sono espressamente sottratti al controllo giurisdizionale (art. 7, cod. proc. amm.) testimonia la volontà, immanente nel sistema, di lasciare che la scelta ponderativa degli interessi – che negli atti di governo (in senso lato) acquista la sua massima libertà di espressione – venga giudicata dai cittadini, in virtù del vincolo elettorale⁷⁶.

È, dunque, il circuito della legittimazione democratica (che ha anch'esso alla base la logica della volontà, questa volta di tipo elettorale, liberamente manifestata) che consente di giustificare l'attribuzione di questa libertà di scelta all'Amministrazione⁷⁷. Anzi, a ben guardare, la rende un fatto necessario⁷⁸. Se il concetto di democrazia rappresentativa evoca la necessità di un controllo da parte del corpo elettorale, tale controllo postula la possibilità per chi è eletto di compiere le proprie scelte in autonomia (è, infatti, noto che la responsabilità di un'azione ne presuppone il libero compimento⁷⁹).

Ponendosi in quest'ordine di idee, allora, appare assai ridimensionata – se non del tutto colmata – la distanza che, tradizionalmente, separa l'autonomia negoziale dalla discrezionalità amministrativa, dal momento che entrambe le figure mostrano di possedere un unico volto di fronte a un'unica legge.

⁷⁶ Va, tuttavia, dato conto della tendenza, anche recente, di ridurre il più possibile le ipotesi di “atto politico”, come tali sottratte al controllo giurisdizionale. In questa prospettiva si muovono le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 61 ss., il quale propende per un'affermazione piena e senza eccezioni del principio di soggezione dell'amministrazione alla giurisdizione, confermata dal fatto che l'esclusione degli atti politici dal controllo giurisdizionale sarebbe rimasta lettera morta. Cfr., sul tema, anche F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 863 ss. In giurisprudenza, la presenza di atti (sia pur in numero ristretto) sottratti al controllo giurisdizionale, in quanto di rilievo politico, è stata confermata, ad es., da Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1125; Id., sez. IV, 28 luglio 2008, ord. n. 3992, in *Foro it.*, 2009, III, p. 16; TAR Lazio – Roma, sez. I, 29 agosto 2013, ord. n. 3324, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁷ Parla di «circuito democratico» L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, cit., p. 74.

⁷⁸ Rileva A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 156, nota 227, che «l'ordinamento democratico di diritto si fonda su due distinti canali di legittimazione: quello formale e discendente dalla legalità e quello sostanziale e ascendente alla rappresentanza politica: [...] annullare l'autonomia dell'amministrazione ritenendo sempre definibile in termini di legalità, e quindi sindacabile e sostituibile dal giudice, la sua azione è incompatibile con la struttura e la dinamica del sistema costituzionale».

⁷⁹ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 769, che osserva come la libertà, dal punto di vista soggettivo, «la si può concepire tanto come autodeterminazione, ponendo l'accento sul posse, e quindi sul mero agire nella sfera del lecito, quanto come responsabilità implicita nell'idea di autonomia».