

DISCREZIONALITÀ DELL'ATTO E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

dell'Avv. Francesco Petrocchi

La discrezionalità nell'atto amministrativo assume rilevanza ai fini della individuazione della posizione soggettiva del privato, in termini di diritto soggettivo ove la discrezionalità sia assente o di interesse legittimo ove la stessa sia presente e si connota quale esercizio del potere. Con conseguenti riverberi sul riparto di giurisdizione, anche ove sia prevista giurisdizione esclusiva.

Discretion in the administrative act assumes relevance for the purpose of identifying the subjective position of the private individual, in terms of subjective right where discretion is absent or of legitimate interest where it is present and is connoted as an exercise of power. With consequent repercussions on the division of jurisdiction, even where exclusionary jurisdiction is envisaged

Sommario: 1. La discrezionalità nell'atto amministrativo: discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e assenza di discrezionalità. 2. Il riparto di giurisdizione. 3. Discrezionalità, esercizio del potere e giurisdizione esclusiva.

1. La discrezionalità nell'atto amministrativo: discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e assenza di discrezionalità.

La discrezionalità è una delle modalità di atteggiarsi dell'esercizio del potere amministrativo. Si tratta di un potere pubblico ossia finalizzato alla cura di interessi pubblici, attribuito per legge ad enti che possono essere anche privati ed in tal caso vengono investiti da funzioni pubbliche.

La discrezionalità attiene agli atti e rappresenta il tema di indagine giudiziale ove si voglia censurare l'eccesso di potere, ossia il cattivo esercizio di potere rispetto alle finalità per le quali viene conferito.

Tale vizio può essere rilevato negli atti di gestione ma anche negli atti politici cosiddetti di alta amministrazione. Insindacabili dal giudice ex art. 7 cpa ("non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico") sono invece gli atti politici che attengono alla direzione suprema e generale dello Stato considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali (cfr. Corte Cost. 19.3.1993 n. 103)

Pertanto rispetto alla discrezionalità va osservata ed operata una prima distinzione ri-

spetto alla giurisdizione. Gli atti eminentemente e squisitamente politici, liberi anche nella scelta dei fini, e quindi di amplissima discrezionalità, proprio per tale carattere rimangono fuori dalla sindacabilità giudiziale.

Esclusi gli atti di cui sopra, la discrezionalità può riguardare sia gli atti di gestione che gli atti politici di alta amministrazione, entrambi passibili di sindacato giurisdizionale, seppur questi ultimi limitatamente ai canoni di ragionevolezza, coerenza e adeguatezza motivazionale (Così CdS, IV, 29.2.2016 n. 808 e TAR Lombardia-Milano, II, Sentenza 25.5.2020 n. 926: "L'ampia discrezionalità di cui dispone l'Amministrazione nella pianificazione – che, peraltro, incide anche in ordine alla minor pregnanza del generale obbligo di motivazione – implica che le scelte di pianificazione sono soggette al sindacato di legittimità del giudice amministrativo solo nei limiti della verifica della loro manifesta irragionevolezza, illogicità ovvero arbitrarietà e senza poter procedere ad un esame del merito della scelta pianificatoria").

Negli atti amministrativi, la discrezionalità può assumere diverse gradazioni fino ad estinguersi. Si distinguono, infatti, tradizio-

nalmente, atti discrezionali, atti con discrezionalità tecnica e atti vincolati.

I primi sono contraddistinti da una facoltà di scelta concessa alla amministrazione di realizzare l'interesse pubblico e può determinarsi optando tra differenti modalità di intervento.

La discrezionalità tecnica, in quanto tale è più limitata della discrezionalità amministrativa poiché la stessa si esercita in un ambito circoscritto e rispondente a valutazioni scientifiche e tecniche.

In ultimo vi sono gli atti in cui la discrezionalità è assente e sono appunto quelli vincolati, in cui alla p.a. viene rimesso esclusivamente l'acclaramento di presupposti oggettivi, da cui la legge fa discendere gli effetti che si manifestano con l'atto. In questo caso, dunque, è prevista una sorta di automatismo di risultato ed il vincolo è relativo sia alle modalità che al risultato provvedimenti, di cui l'ente è mero esecutore.

Tale distinzione ha assunto tradizionalmente rilievo con riguardo al riparto di giurisdizione.

2. Il riparto di giurisdizione.

Il riparto di giurisdizione ha subito un continuo lavoro dottrinario che, in parte, ha trovato successiva codificazione.

A seguito della abolizione del contenzioso giustiziale (l.n. 2248/1865) e la istituzione del Consiglio di Stato (con l. n. 642 del 1907 istitutiva della V Sezione del Consiglio di Stato) quale organo con funzioni giurisdizionali si è posta con immediatezza la necessità di individuare le controversie da devolvere al giudice amministrativo.

La distinzione prende le mosse dal caposaldo in virtù del quale il diritto soggettivo è giudicabile dal giudice ordinario, mentre solo le altre posizioni soggettive sono valutabili diversamente.

L'interesse legittimo, quale posizione giuridica distinta è stata teorizzata come degradazione e compressione del diritto soggettivo attinto dall'esercizio del potere pubblico. In base a tale teorica la posizione del privato cede e viene conformata dal potere quale esercizio del prevalente interesse pubblico su quello privato.

Inizialmente si è sostenuto che la distinzione giurisdizionale dovesse determinarsi dal *peti-*

tum formale, ossia dalla domanda introdotta a seconda che avesse ad oggetto l'annullamento dell'atto (riservata al giudice amministrativo fin dalla legge abolitrice del contenzioso) o una tutela differente relativa a diritto soggettivo. In tal modo, però, si rimetteva alla discrezione del ricorrente la scelta di giurisdizione, anche a prescindere dalle reali posizioni soggettive lese.

Tanto che, successivamente tale orientamento è stato superato dalla teoria della *causa petendi*, che poneva in rilievo la reale posizione sottesa al ricorso al fine della determinazione della giurisdizione.

In seguito si è fatto riferimento al *petitum sostanziale*, teoria mediana tra le due, con attenzione alla domanda spiegata e come individuata dal giudice rispetto alla posizione soggettiva sottesa e di cui si chiede tutela, senza che la qualificazione assunta dal ricorrente assumesse valenza assoluta.

La distinzione giurisdizionale ha assunto, poi, rilevanza costituzionale ex art. 103 Cost così come l'interesse legittimo, devoluto in linea di principio alla giurisdizione amministrativa.

Con la Sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 4.7.1949 n. 1657, conosciuta come Sentenza Ferrari, viene introdotto il principio della relatività delle posizioni giuridiche come criterio di riparto della giurisdizione: il destinatario dell'esercizio del potere dell'ente pubblico è titolare di interesse legittimo come degradazione del diritto e quindi giudica il Giudice Amministrativo sul corretto esercizio del potere; ove il potere non c'è permane il diritto, sindacabile dal Giudice Ordinario.

Tale posizione si è poi consolidata e riaffermata quale principio di diritto con la Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2000 secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento, ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento.

Occorre, quindi, individuare le posizioni soggettive in gioco al fine del riparto di giurisdizione.

E su tale aspetto assume rilevanza la tipologia dell'atto amministrativo, ossia se lo stesso

possa essere discrezionale o vincolato ed in sostanza se nella condotta possa evidenziarsi esercizio del potere o meno.

Infatti secondo autorevole opinione il carattere vincolato dell'atto non determina esercizio del potere, con la conseguente persistenza del diritto soggettivo su cui incide l'atto, che non degrada ad interesse legittimo. Pertanto il giudice chiamato alla valutazione sarà il giudice ordinario quale giudice dei diritti.

Quindi l'esercizio del potere vincolato equivarrebbe al non esercizio o all'esercizio al di fuori dei parametri legali che, per la teoria della carenza di potere in concreto, determinava la giurisdizione ordinaria poiché privo di attribuzione o al di fuori dei parametri del corretto esercizio. In tal caso l'atto amministrativo, ritenuto nullo, doveva essere scrutinato dal giudice ordinario poiché non incidente sul diritto del privato.

La teoria della carenza di potere in concreto non ha trovato poi accoglimento e codificazione normativa, infatti nella legge 241/1990 all'art. 21 septies l'unica ipotesi di nullità è relativa al vizio assoluto di attribuzione. Conseguentemente ha assunto prevalenza la teoria del potere in astratto secondo cui l'atto è nullo solo ove non si attribuito il potere o lo stesso sia esercitato al di fuori dello schema tipizzato e non nel caso in cui, in concreto, l'esercizio sia caratterizzato da violazioni rispetto alla attribuzione legale (cattivo esercizio del potere).

Nella riflessione sul ruolo giocato dalla discrezionalità sul riparto, corre l'obbligo soffermarsi sull'inquadramento della discrezionalità tecnica, in avvio di discorso considerata la "posizione mediana" tra discrezionalità e vincolo. Sul punto si sono registrate principalmente due tesi. La prima secondo cui la valutazione discrezionale tecnica equivarrebbe ad un mero accertamento tecnico, privo di discrezionalità e di conseguenza determinerebbe la giurisdizione del Giudice ordinario, (tale orientamento è stato fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità con l'ordinanza n. 6821 del 15 marzo 2017 della Cassazione a Sezioni Unite).

In ragione di un secondo orientamento vi sarebbe, invece, esercizio del potere (ed affievolimento del diritto soggettivo) poiché resi-

dua, in ogni caso, la scelta dell'amministrazione e come tale coincidente con la determinazione derivante da discrezionalità amministrativa.

E' stato altresì ritenuto e precisato dalla giurisprudenza che l'attività vincolata non automaticamente determina la assenza di discrezionalità e di esercizio del potere. Ed anche in questo caso, occorre una valutazione casistica specifica su due differenti temi di indagine. Ovvero se l'attività vincolata sia diretta alla tutela dell'interesse pubblico o dell'interesse privato. Nel primo caso vi sarà comunque una posizione del privato di interesse legittimo (per esempio relativamente alla apposizione di un vincolo), mentre nel secondo la posizione sarà di diritto soggettivo (per esempio la concessione di un buono spesa per l'emergenza Covid).

Di guisa che, al di là delle ripartizioni teorizzate in via generale, dovrà sempre verificarsi la posizione giuridica sottesa ed incisa dalla situazione.

Tale principio appare immanente nel procedimento valutativo del riparto.

3. Discrezionalità, esercizio del potere e giurisdizione esclusiva.

Ed infatti, tale indagine va condotta anche nel caso della giurisdizione esclusiva la quale, come prefissata dal legislatore, apparentemente non dovrebbe dare luogo ad incertezze. Ed invece anche in questo caso rileva la presenza della discrezionalità, l'esercizio del potere o, di converso, la posizione di pariteticità.

A tal proposito va richiamato il recentissimo arresto dalla Cassazione SS. UU. N. 21990 del 12.10.2020 relativo ad una controversia con ad oggetto la clausola di revisione prezzo per un appalto di raccolta rifiuti urbani.

Come noto l'art. 133 cpa ricomprende tale materia in quelle di giurisdizione esclusiva devolute al giudice amministrativo. La Cassazione si sofferma sulla espressione "esclusiva" rilevando come in senso giuridico la stessa non possa essere intesa in maniera assoluta, in ragione della necessaria indagine sull'esercizio del potere da effettuare anche in questo caso. Ed infatti, argomenta la Corte,

l'art. 103 Cost. attribuisce al giudice amministrativo cognizione anche sui diritti soggettivi in ambiti specifici e sul necessario presupposto che sussista, anche in via indiretta, un potere dell'ente pubblico. Non basta quindi la scelta del legislatore, ma occorre una indagine in base alla quale si evidenzia nella fattispecie l'esercizio del potere.

Su tale presupposto, il Giudice di Legittimità scruta il caso in esame ed in particolare la clausola di revisione prezzi:” *Se dunque la clausola di revisione dei prezzi non include alcuna discrezionalità determinativa della parte pubblica, ai fini del riparto giurisdizionale, vale la situazione paritetica che ne discende... Se, invece, la clausola rimette alla stazione appaltante una discrezionalità nella determinazione della debenza della revisione e/o del suo quantum, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ricorre, perché la pariteticità non è stata raggiunta nella specifica regola negoziale della revisione e pertanto non può sussistere nella fase esecutiva di detta regola.*”

In parole differenti ove la discrezionalità è assente il privato manterrà la titolarità di un diritto soggettivo che lo parifica alla p.a. in

quello specifico ambito, e dunque la giurisdizione apparterrà al giudice dei diritti (malgrado la giurisdizione esclusiva amministrativa); nel caso in cui, invece, alla attività amministrativa sia connaturata la discrezionalità di determinazione nell'ambito della clausola, vi sarà esercizio del potere e quindi l'interesse legittimo del privato, come affievolitosi in ragione della preminenza della tutela dell'interesse pubblico.

“L'assenza di potere della parte pubblica – conclude la Corte – e dunque la sussistenza di pariteticità delle parti – ovvero della ordinaria posizione che esse rivestono nella fase esecutiva di quanto hanno concordato – conducono a riconoscere che il petitum sostanziale che xxx richiede è un diritto soggettivo che ha per oggetto l'adempimento da parte del Comune della clausola di revisione dei prezzi, conducendo quindi alla giurisdizione ordinaria”.

Pertanto, la assenza di esercizio di potere per assenza di discrezionalità, determina la giurisdizione nel riparto, anche indipendentemente dalla riserva di principio posta dal legislatore.

«.....GA.....»