



2025 FASCICOLO I

**Luigi D'Andrea**

**Discrezionalità e separazione dei poteri,  
alla luce della lezione di Gaetano Silvestri**

12 febbraio 2025

**IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO**

**CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO**



Luigi D'Andrea

## Discrezionalità e separazione dei poteri, alla luce della lezione di Gaetano Silvestri\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'esigenza di configurare la discrezionalità come categoria unitaria. – 2. La discrezionalità nel contesto del rapporto tra *legis latio* e *legis executio*: la compresenza di *ratio* e *imperium*. – 3. La discrezionalità come doppio vincolo (al sistema normativo ed al fatto). – 4. Conclusioni: la discrezionalità tra sovranità dei valori e principio di separazione dei poteri.

**ABSTRACT: *The essay proposes rethinking the concept of discretionary power in public administration through a unified approach. According to traditional legal doctrine, discretion is an interplay of constraint and freedom, both in relation to the law: the holder of discretionary power is bound by the objective to be achieved but free in the choice of means.***

***The thesis put forward reinterprets discretion in public law as the coexistence of two types of constraints: a constraint imposed by the legal system and a constraint imposed by facts. Both norms and concrete cases contribute to guiding, shaping, and limiting the exercise of public functions.***

***This redefinition is driven by the centrality of constitutional values, which have become the new objective "sovereigns" of the system, as well as by the evolving relationship between *legis latio* and *legis executio*, characteristic of the current historical context.***

***The theory that identifies discretion as a "dual constraint" aligns not only with the sovereignty of constitutional values but also with the principle of separation of powers.***

### 1. Introduzione: l'esigenza di configurare la discrezionalità come categoria unitaria

Non vi è dubbio alcuno che il modo migliore per onorare il debito contratto nei confronti di chi ci è stato – e ci è – Maestro nella ricerca scientifica, consista non certo nella pedissequa ed infruttuosa ripetizione degli insegnamenti di cui abbiamo avuto – ed abbiamo – la fortuna di godere, ma piuttosto nell'umile ascolto del suo magistero, così da permettere al nostro percorso di ricerca di esserne ancora fecondato ed orientato. È in tale prospettiva che – con gratitudine e riconoscenza – qui si intende raccogliere l'invito espresso da Gaetano Silvestri in un recente contributo dedicato alla complessa problematica della discrezionalità dei pubblici poteri, all'interno della dialettica sussistente tra legalità e giurisdizione<sup>1</sup>. Dopo aver osservato

---

\*  Intervento svolto nell'ambito del Convegno *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*, Messina, 27-28 giugno 2024.



che “la dottrina giuridica ha analizzato prevalentemente in modo scollegato” i differenti tipi di discrezionalità (legislativa, politica, amministrativa, giudiziaria)<sup>2</sup>, in relazione alla “diversità dei contesti normativi e istituzionali”, all’“eterogeneità degli interessi, individuali e sociali, coinvolti”, alla “differente articolazione dei procedimenti”, Silvestri invita gli studiosi ad “iniziare un lavoro ricostruttivo teorico, che dia maggior conto dei punti di incrocio e metta in maggior luce le similitudini concettuali”<sup>3</sup>. Un simile invito – e, in generale, l’interesse manifestato per la categoria della discrezionalità del pubblico potere – si lascia ricondurre alla marcata attenzione verso il principio costituzionale di separazione dei poteri, che ha costantemente nutrito la riflessione del Maestro qui onorato<sup>4</sup>. Lo stretto rapporto che sussiste tra discrezionalità e separazione dei poteri, segnatamente all’interno dell’elaborazione teorica prospettata da Silvestri, emergerà con chiarezza (si spera...) nel corso delle brevi riflessioni che qui si avvanzeranno, ed è stato espressamente rimarcato dallo stesso Autore alla conclusione del recente saggio dal quale si sono tratte le citazioni adesso fedelmente riportate: sul punto, comunque, si tornerà al termine delle presenti notazioni.

---

Luigi D’Andrea è Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell’Università di Messina.

<sup>1</sup> G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in [Sistema Penale](#), 17 maggio 2024.

<sup>2</sup> Una posizione assolutamente centrale la categoria della discrezionalità ha assunto in riferimento alla funzione amministrativa, della quale si è configurata come l’autentico “cuore”: in proposito, v., in una letteratura assai ampia, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; G. BARONE, voce *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; B.G. MATTARELLA, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, III, Milano, 2006, 1993 ss.; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008 (ed ivi, 28, si definisce la discrezionalità “cuore dell’amministrazione”); L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *PA Persona e Amministrazione* [PA Persona e Amministrazione](#), n. 1/2024, 69 ss. Sulla discrezionalità legislativa (e politica) v., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 71 ss. Sulla discrezionalità giudiziale, v. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice* (1989), Milano, 1995.

<sup>3</sup> G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 9. Giova qui ricordare che la più significativa teoria unitaria della discrezionalità dei pubblici poteri offerta dalla dottrina giuspubblicistica del nostro Paese è stata elaborata da C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., 1098 ss., nonché ID., *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi del diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 997 ss. Nella stessa direzione, alla luce di una teoria della Costituzione come ordinamento per principi, S. PAJNO, *Per una teoria unica della discrezionalità*, in AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto* (Atti del Seminario di Palermo, 11 febbraio 2002), a cura di S. Pajno e G. Verde, Torino, 2004, 169 ss.

<sup>4</sup> A partire, naturalmente, dai due fondamentali volumi *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, e II, Milano, 1984; da ultimo, si richiama G. SILVESTRI, voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir. Potere e Costituzione*, vol. V, dir. da M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, 2023, 1122 ss.



## 2. La discrezionalità nel contesto del rapporto tra *legis latio* e *legis executio*: la compresenza di *ratio* e *imperium*

Già rivolgendo un rapido e del tutto sommario sguardo alla nozione di discrezionalità del pubblico potere, se ne evidenzia l'inscindibile nesso con la bipartizione funzionale nella quale si può individuare l'autentica radice del principio di separazione dei poteri: ci si riferisce alla distinzione tra *legis latio* e *legis executio*<sup>5</sup>, cioè tra le due attività dalla cui relazione si delinea la fisionomia di ogni sistema giuridico, se ne dipana il divenire, se ne assicura l'equilibrio complessivo. Infatti, alla discrezionalità dei pubblici poteri appartiene l'attitudine a modellare le relazioni (e, perciò, a segnare i rispettivi confini) tra tali due grandi attività nell'ambito delle quali si plasmano le dinamiche dell'ordinamento giuridico: è appunto attraverso l'esercizio della discrezionalità del soggetto cui è devoluta la seconda che passa la possibilità della prima di disciplinare effettivamente la prassi comunitaria, nonché la concreta tutela da parte della seconda degli interessi individuati dalla prima sul piano generale ed astratto.

Dunque, non è possibile alcuna analisi critica della discrezionalità che non tenga conto della – anzi, che non prenda le mosse dalla – conformazione positivamente assunta dalla relazione tra produzione ed esecuzione (in senso ampio) della legge. E al riguardo non possono qui ignorarsi le gravi problematiche che, appunto in ordine ai rapporti tra *legis latio* e *legis executio* (soprattutto, *sub specie* di giurisdizione), connotano il presente contesto ordinamentale. Sembrano ormai definitivamente tramontate le coordinate ereditate dal positivismo legalistico, che, relativamente ai rapporti tra produzione ed esecuzione della legge, delineava un quadro di rassicuranti (e consolidate) certezze: il legislatore, immediata espressione della sovranità dello Stato in quanto rappresentante politico, liberamente deliberava in ordine alla fattispecie legislativa, alla quale veniva assicurata un'indiscutibile posizione di assoluta centralità nell'universo giuridico; agli esecutori della legge (privati, pubblica amministrazione e, soprattutto, giudici, "bocca della legge") competeva neutralmente applicare alle singolari e concrete vicende sociali la sovrana volontà del legislatore, come definitivamente ed univocamente scolpita nelle disposizioni normative. Tale modello – lo si ribadisce, rassicurante ed anche connotato da seducente linearità... – risulta irrimediabilmente compromesso, per il concorso di una molteplicità di fattori<sup>6</sup>, taluni del tutto immanenti nella sfera giuridico-formale, altri invece saldamente ed indiscutibilmente collocati entro la dimensione fattuale.

---

<sup>5</sup> In proposito, basti qui richiamare l'esigenza di distinguere tra il disporre in via generale ed astratta ed il provvedere in concreto, evidenziata dalla magistrale lezione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 19 ss., spec. 24.

<sup>6</sup> Un efficace quadro di sintesi dei fattori e delle manifestazioni della crisi del rapporto tra *legis latio* e *legis executio* è stato recentemente offerto da F. SAITTA, in *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 13 ss. e, successivamente, in *La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Liber amicorum per Aldo Tigano*, a cura di F. Astone, V. Berlingò, F. Manganaro,



Per quando riguarda i primi, non sembra dubbio che un impatto assai rilevante (verrebbe quasi da affermare: devastante!) sul modello positivistico e legalistico ha avuto la positivizzazione, ed in seno alla fonte collocata al vertice della gerarchia normativa, dei valori costituzionali, che trovano il loro baricentro e l'autentica sintesi nel principio personalista<sup>7</sup>; non minore capacità di erosione dell'impianto tradizionale dei rapporti tra *legis latio* e *legis executio* è da riconoscersi alla marcata complessità sistemica generata dall'attribuzione del potere di produzione normativa ad una molteplicità di soggetti, tanto all'interno dei confini nazionali (e segnatamente alle autonomie territoriali e funzionali), quanto sul piano sovranazionale, all'articolata galassia potestativa operante all'interno dello spazio costituzionale europeo emerso in forza del processo di integrazione e caratterizzato in senso multivello<sup>8</sup> (o, secondo la qualificazione che è parsa preferibile, interlivello<sup>9</sup>).

Per quanto attiene ai secondi – cioè ai fattori di crisi del modello positivistico e legalistico che si rinvergono all'esterno della sfera giuridico-formale –, è sufficiente in questa sede richiamare, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, la formidabile complessità che caratterizza il tessuto sociale ed economico<sup>10</sup>, gli accelerati processi di globalizzazione e disintermediazione, che hanno, come si è osservato dalla scienza sociologica, prodotto una “liquidazione” gli assetti sociali<sup>11</sup>, la moltiplicazione di eterogenee emergenze, a partire da quella climatica<sup>12</sup>.

Naturalmente, tanto i fattori interni alla sfera giuridico-formale, quanto quelli presenti nella dimensione sociale ed economica, entrano in relazione tra di loro, e, di regola, operano

---

F. Saitta, Napoli, 2023, 325 ss. Nella dottrina costituzionalistica, v, da ultimo e per tutti, M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 95 ss.

<sup>7</sup> Al riguardo, sia permesso rimandare a L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, spec. 203 ss.

<sup>8</sup> Ha suggerito, con riferimento all'ordinamento dell'Unione europea, la formula “*multilevel constitutionalism*” I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* in [Common Market Law Review](#), 1999, 703 ss.

<sup>9</sup> Sia consentito, in proposito, richiamare ancora L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea – G. Moschella – A. Ruggeri – A. Saitta, Torino, 2016, 306 ss., ove si afferma che attraverso l'adozione dell'aggettivo “interlivello” per caratterizzare lo spazio costituzionale europeo si intende enfatizzare la centralità delle relazioni che sussistono tra i diversi livelli ordinamentali che lo strutturano, ne plasmano le dinamiche, ne delineano la fisionomia complessiva.

<sup>10</sup> E che non può che generare complessità giuridica: v., in proposito, A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. giur.*, Annali, I, Milano, 2007, 207 ss.

<sup>11</sup> Naturalmente, ci si riferisce all'elaborazione di Z. BAUMAN, e segnatamente alla “trilogia” *Modernità liquida* (2000), Roma-Bari, 2002, *Vita liquida* (2005), Roma-Bari, 2006, e *Paura liquida* (2006), Roma-Bari, 2008.

<sup>12</sup> In una letteratura assai ampia (specialmente in relazione all'emergenza COVID), si segnala soltanto, rispetto alla categoria generale dell'emergenza, V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023, e, riguardo all'emergenza climatica, v. M. CECCHETTI, *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla “straordinarietà” delle situazioni di fatto alla “ordinarietà” di un diritto radicalmente nuovo*, in [federalismi.it](#), n. 17/2024, 64 ss.



sinergicamente, spingendo il sistema in direzione antitetica rispetto ai consolidati equilibri sui quali si reggeva il modello tradizionale, plasmando piuttosto il divenire dell'ordinamento secondo dinamiche di tipo circolare, laddove quel modello le connotava in senso verticale (e precisamente secondo un paradigma unidirezionale *top/down*). Ma non è possibile in questa sede procedere oltre nell'analisi di tali complesse ed articolate problematiche. Ai nostri fini, è sufficiente osservare come la conformazione assunta dall'ordinamento in ragione dei molteplici fattori adesso rapidamente elencati, proprio in quanto incidenti sulle relazioni tra *legis latio* e *legis executio*, non possa non modellare la fisionomia di una categoria che, come la discrezionalità dei pubblici poteri, occupa una posizione davvero strategica nella complessiva dinamica del sistema: perciò, l'invito rivolto alla dottrina giuridica da Silvestri a ripensare in chiave unitaria la discrezionalità del pubblico potere si traduce nella segnalazione dell'esigenza di rimodellarne lo statuto teorico in una prospettiva – per così dire – “aggiornata” e costituzionalmente orientata.

Per cominciare a porre mano al “*vaste programme*” prefigurato da quell'invito<sup>13</sup>, conviene volgere lo sguardo in direzione della fisionomia assegnata dalla dottrina tradizionale all'istituto della discrezionalità del pubblico potere; e segnatamente non può non farsi riferimento alla conformazione attribuita alla discrezionalità amministrativa, nella quale sembra di potersi ravvisare la – si direbbe – “matrice” della discrezionalità del potere pubblico in via generale. È agevole osservare come nell'elaborazione dottrinale consegnataci dalla tradizione la discrezionalità finisca per risolversi in un intreccio di vincolo e di libertà all'interno della funzione devoluta all'autorità amministrativa: il primo si pone rispetto al fine da raggiungere, definito dal legislatore, la seconda è riconosciuta in riferimento ai mezzi funzionali al conseguimento di tale fine<sup>14</sup>. Se la definizione del vincolo è affidata innanzitutto all'interpretazione della disposizione legislativa (e, più in generale, dell'ordinamento normativo), la conformazione della libertà è generata dalla ricognizione, dalla ponderazione e dalla composizione degli interessi giuridicamente vincolanti ravvisabili nei differenti casi concreti. È mediante il gioco tra vincolo e libertà adesso sommariamente richiamato che la discrezionalità si colloca strategicamente all'interno della polarità che si instaura tra *legis latio* e *legis executio*, risultando così decisiva per la mediazione – necessaria per ogni ordinamento giuridico – tra dimensione generale ed astratta e sfera dell'esperienza comunitaria, tra universo giuridico-formale e realtà effettuale, nonché, per alcuni versi, tra attività di direzione politica ed esercizio di funzioni pubbliche, giuridicamente disciplinate. Ed è appena il caso di osservare come l'incidenza dei fattori di crisi del tradizionale modello positivistic e legalistico cui è sopra fatto cenno abbia rimodellato (come si è accennato, secondo una logica di tipo

---

<sup>13</sup> Così secondo lo stesso G. SILVESTRI (*La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 9).

<sup>14</sup> Al riguardo, per tutti, v. B.G. MATTARELLA, voce *Discrezionalità amministrativa*, cit., 1993, che discorre della discrezionalità come di “una situazione intermedia tra la libertà e il vincolo”, coesistendo in essa una “scelta” riguardante il mezzo ed un “vincolo nel fine”.



circolare) appunto le relazioni dialettiche tra le grandezze adesso rapidamente richiamate, perciò imponendo un radicale ripensamento delle forme positive delle rispettive relazioni (e dunque della discrezionalità).

Sulla riconformazione della categoria in esame che il presente contesto ordinamentale prepotentemente esige, si avrà modo di dire tra breve, nel successivo paragrafo. Intanto, anche in ordine alla profilazione di un diverso statuto della discrezionalità dei pubblici poteri, è necessario rilevare come in seno ad ogni determinazione autoritativa di natura discrezionale si assista ad un inesauribile dialogo tra il momento conoscitivo e l'elemento volitivo, passando attraverso le complesse attività di valutazione/ponderazione che conducono dal primo al secondo: l'esercizio di discrezionalità, da parte di qualunque soggetto dotato di pubblica autorità, è espressione di un intreccio – nella fisiologia, virtuoso e fecondo – tra conoscenza/valutazione e volontà<sup>15</sup>.

È precisamente nella prospettiva aperta dalla compresenza dell'elemento conoscitivo con il fenomeno volitivo, che Gaetano Silvestri, se non si fraintende, non soltanto rileva “un intreccio molto stretto tra interpretazione e discrezionalità”<sup>16</sup>, ma risolve la discrezionalità dei pubblici poteri nell'incessante dialettica di *ratio* e *imperium*<sup>17</sup>, diversamente combinate nelle diverse forme assunte dalla categoria in esame<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Osservava M.S. GIANNINI (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 166) che la discrezionalità è “insieme giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e volontà come scelta della soluzione imposta da tale valutazione”. Sulla distinzione tra conoscenza e volizione nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, v. anche, tra gli altri, G. BARONE, voce *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., 7.

<sup>16</sup> In tali termini, G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 6, il quale aggiunge che interpretazione e discrezionalità “si incontrano, si sorreggono a vicenda, ma non si indentificano”; lo stesso A. chiarisce che gli interpreti sono chiamati a “compiere, di volta in volta, un'operazione complessa, nella quale si intrecciano strettamente ermeneutica e discrezionalità, giacché la seconda deve essere sempre esercitata in esito ai risultati della prima” (ivi, 13). Conviene qui riferire che, ad avviso di G. SILVESTRI, “la discrezionalità di un soggetto o organo produttore di diritto comincia laddove una norma giuridica non è suscettibile di applicazione diretta e immediata ad una situazione specifica, per la cui regolazione si rende necessaria la creazione di un'altra norma, con un ambito di efficacia più ristretto, non in contrasto con la prima, ma neppure sua logica e unica conseguenza” (ivi, 9). Sul rapporto tra discrezionalità e interpretazione, v., tra gli altri, v. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 51 ss. e, più recentemente, F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2022, 597 ss.

<sup>17</sup> G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 6 ss.

<sup>18</sup> “Nella funzione legislativa la *ratio* precede l'*imperium* e rimane esterna alla legge. Per questo motivo la statuizione legislativa deve essere riservata al Parlamento, la cui sottrazione all'obbligo razionale di motivazione è compensata dalla sua legittimazione democratica. Nelle funzioni amministrativa e giudiziaria la *ratio* precede pur sempre l'esercizio dell'*imperium*, ma fa tutt'uno con l'atto, che deve essere motivato giacché la potestà di comando degli organi amministrativi e giudiziari (almeno negli ordinamenti come quello italiano) non è sorretta da una legittimazione democratica elettiva” (G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 7-8).



Dunque, è l'attitudine a porsi quale espressione dell'incessante tensione che corre tra differenti polarità dialettiche (*legis latio/legis executio*; diritto/fatto; conoscenza/volontà; *ratio/imperium*) che sembra definire e connotare lo statuto concettuale della categoria in esame, rappresentandone quasi il precipitato: la discrezionalità si configura come generata e plasmata da complessi intrecci di grandezze non soltanto diverse, ma anche – in qualche modo – contrapposte. È precisamente all'interno di tali tensioni dialettiche, di siffatti complessi intrecci, che si declina e si articola la faticosa compresenza di vincolo e libertà nella quale, come si è già rilevato, la discrezionalità finisce per risolversi.

### 3. La discrezionalità come doppio vincolo (al sistema normativo ed al fatto)

Dalla compresenza di assoggettamento a vincoli e riconoscimento di spazi di libertà, in cui si è individuato il nucleo concettuale dello statuto della discrezionalità consegnatoci dalla dottrina tradizionale, si intende adesso prendere le mosse per riproporre una tesi già avanzata<sup>19</sup> che, se non si fraintende, raccoglie l'invito a ripensare in una prospettiva unitaria le diverse forme nelle quali la categoria in esame si manifesta nell'ordinamento giuspubblicistico.

Il profilo dello statuto tradizionale della discrezionalità del pubblico potere, dal quale qui si muove in direzione di una riconformazione dello stesso, è rappresentato dalla posizione indiscutibilmente baricentrica in esso assunta dalla legge: è precisamente in riferimento alla legge che si configura, in capo al soggetto dotato di potere discrezionale, tanto l'assoggettamento al vincolo quanto il riconoscimento di uno spazio di libertà. È la fattispecie legislativa (naturalmente, generale ed astratta) che – per così dire – dall'alto governa e sovranamente articola il gioco cangiante tra doverosità e libertà in cui la discrezionalità finisce per risolversi; è appunto rispetto alla legge (fonte del diritto per eccellenza) che il potere discrezionale si qualifica vincolato, per taluni profili, e libero, per altri aspetti. Evidentemente, una simile configurazione teorica del categoria in esame si presenta come pienamente congeniale al modello positivisticco e legalistico, in seno al quale, come si è già osservato, si manifestano dinamiche potestative verticali (segnatamente, dall'alto verso il basso): la sovrana volontà statale è integralmente definita dal legislatore rappresentativo e deve fedelmente conformare le singole vicende dell'esperienza comunitaria, attraverso il neutrale e "passivo" esercizio delle funzioni di *legis executio*.

---

<sup>19</sup> Tale tesi è già stata sinteticamente avanzata in L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 301 ss. [ove si discorre della discrezionalità come "fedeltà duplice e creativa" (s'intende, alle norme ed ai fatti)], e più ampiamente esposta in L. D'ANDREA, *La discrezionalità dei pubblici poteri come doppio vincolo*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri – F. Francario – M. Immordino – A. Zito, I, Napoli, 2010, 619 ss.



Ma un siffatto statuto della discrezionalità risulta radicalmente incompatibile con la complessiva fisionomia degli ordinamenti costituzionali contemporanei, nonché con l'assetto delle relazioni tra produzione ed esecuzione delle fonti primarie che, nell'attuale contesto positivo, si è venuto plasmando. Come si è evidenziato, tanto per ragioni riconducibili all'evoluzione economico-sociale, quanto per fattori operanti all'interno del sistema giuridico (non certo ultimi, è necessario in questa sede sottolineare, quelli di natura squisitamente costituzionale), il modello ereditato dalla tradizione, incardinato sulla centralità della legge, appare definitivamente tramontato, sostituito da un sistema connotato dal superamento delle "grandi dicotomie"<sup>20</sup> (a partire da quelle tra essere e dover essere, tra fatto e norma, tra politica e diritto<sup>21</sup>) e plasmato da dinamiche di natura circolare<sup>22</sup>. Inutile segnalare qui l'evidente fatica degli ordinamenti costituzionali liberal-democratici del nostro tempo ad assestarsi su nuovi punti di equilibrio, che siano in grado di assicurarne nel nuovo contesto genuina fedeltà alle esigenze recate dal costituzionalismo contemporaneo<sup>23</sup> e, ad un tempo, necessaria effettività alle manifestazioni potestative. In questa sede è possibile soltanto avanzare qualche rapida notazione relativa alla nuova fisionomia che alla discrezionalità del pubblico potere deve riconoscersi nei sistemi costituzionali del nostro tempo.

Il profilo di novità che sembra richiesto dalla fisionomia che caratterizza gli ordinamenti costituzionali liberal-democratici (o, se si preferisce, il modello di Stato costituzionale<sup>24</sup>) è rappresentato dal riconoscimento alla dimensione fattuale di un'attitudine vincolante nei confronti del soggetto investito di potere pubblico. Le vicende della vita della comunità cui fa riferimento l'esercizio discrezionale di pubblica funzione non si presentano semplicemente come – per così dire – i "luoghi" nei quali questo spiegherà i suoi effetti: esse esibiscono piuttosto una chiara capacità di vincolo rispetto al soggetto dotato di pubblico potere, di cui

---

<sup>20</sup> "Nel processo di ordinamento e di organizzazione del proprio campo d'indagine ogni disciplina tende a dividere il proprio universo di enti in due sottoclassi che sono reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive. Per designare il prodotto di questa operazione, che è un'operazione di classificazione, uso l'espressione 'grande dicotomia': così N. BOBBIO, *La grande dicotomia* (1974), in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, pref. di M.G. Lozano, Roma-Bari, 2007, 122.

<sup>21</sup> È stato rilevato dal Maestro qui onorato (G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 2) che lo sforzo del positivismo giuridico imperante nella seconda metà del XIX secolo e nella prima metà del XX secolo "di escludere dal campo della giuridicità ogni riferimento ad elementi di valutazione e di giudizio non deducibili dalle norme poste ed imposte dall'autorità detentrica del potere effettivo di comando, per quanto portato a livelli di elaborazione molto raffinati, può considerarsi oggi complessivamente fallito".

<sup>22</sup> Sia consentito, al riguardo, ancora rimandare a L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., spec. 443 ss.

<sup>23</sup> Icasticamente scolpite nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, laddove si identifica il cuore dell'"autentica" Costituzione nella garanzia dei diritti umani e nella separazione dei poteri.

<sup>24</sup> Sul modello di Stato costituzionale, si rimanda qui soltanto a P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005 e, nella letteratura italiana, a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.



concorrono ad orientare e, in misura non certo marginale, determinare la decisione connotata da discrezionalità. Sia chiaro: tale attitudine vincolante della dimensione fattuale deve essere declinata non certo in opposizione rispetto al vincolo al sistema normativo in senso formale; ma, parimenti, deve riconoscersi che ad esibire tale attitudine parametrica nei confronti dei pubblici poteri sono i fatti, precisamente nella loro connotazione di mutevolezza e di concretezza, in quanto collocati in una condizione di radicale alterità rispetto alla formale normazione, generale ed astratta<sup>25</sup>.

Comunque, non deve in alcun modo trascurarsi di considerare come il vincolo alla dimensione fattuale si lasci compiutamente spiegare all'interno delle nuove coordinate che strutturano e qualificano l'ordinamento normativo in ordine al rapporto tra *legis latio* e *legis executio*: esso trova il suo radicamento nella stessa struttura (costituzionale) del sistema normativo, e, in primo luogo, nell'insediamento ai vertici della gerarchia delle fonti di molteplici opzioni assiologiche, che si caratterizzano per la loro relazionalità appunto alla sfera fattuale e che devono essere reciprocamente bilanciate secondo ponderazioni calibrate sulla mutevole realtà esperienziale, in base al principio di ragionevolezza<sup>26</sup>.

Dunque, l'esercizio della discrezionalità da parte dei pubblici poteri trova quali imprescindibili punti di riferimento il polo normativo ed il polo fattuale: soltanto dal virtuoso concorso di entrambi tale esercizio potrà risultare conforme al sistema, cioè in grado di offrire una tutela degli interessi giuridicamente rilevanti ad un tempo idonea ed equilibrata. Non mancano, sul terreno del diritto positivo, significative conferme dell'esigenza di dislocare i fattori idonei ad orientare e determinare l'azione dei poteri pubblici tanto sul terreno squisitamente normativo quanto nell'ambito della sfera fattuale: in tale prospettiva, sembra collocarsi l'art. 3 l. n. 241/1990, laddove prevede 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"<sup>27</sup>. Da tale disposizione si evince, non soltanto che all'esercizio della discrezionalità appartiene sempre una capacità innovativa (naturalmente, dal tasso variabile), ma anche che l'"integrazione normativa" in cui quest'ultima finisce per risolversi "si pone come la risultante di un complesso di valutazioni di fatto e di diritto, delle quali l'organo o soggetto agente deve dare conto nella (obbligatoria) motivazione dell'atto finale"<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Di recente, ha osservato F. SAITTA [*La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo*, cit., 332] che la complessa struttura dell'ordinamento normativo, rendendo impraticabile il metodo sillogistico, "elimina il diaframma normalmente esistente tra i fatti e l'enunciato normativo, rappresentato dalla componente condizionale di quest'ultimo, e pone le direttive di cui è portatore il principio evocato nel caso controverso in presa diretta con i fatti".

<sup>26</sup> Sia consentito, al riguardo, richiamare ancora L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 215 ss.

<sup>27</sup> Corsivi, naturalmente, non testuali.

<sup>28</sup> In questi termini, G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 9 (corsivi non testuali).



Le considerazioni adesso avanzate riconducono alla tesi secondo la quale nell'esercizio della discrezionalità si ravvisa costantemente un'incessante tensione dialettica tra *ratio* e *imperium*<sup>29</sup>: infatti, i vincoli (al sistema normativo e al fatto) non potrebbero essere rispettati se non in forza di attività di conoscenza e di valutazione/ponderazione, riferite tanto all'ordinamento normativo, quanto alla dimensione fattuale<sup>30</sup>; ed è dal loro complesso intreccio che non può che generarsi la decisione autoritativa, funzionale all'effettiva tutela degli interessi giuridicamente rilevanti. Si consideri anche che al momento di conoscenza/valutazione (la *ratio*), che all'esercizio del potere discrezionale appartiene, deve venire riconosciuta una posizione centrale, poiché esso orienta il momento potestativo (l'*imperium*), così reso idoneo ad offrire una congrua implementazione dei valori costituzionalmente sanciti<sup>31</sup>. Si potrebbe forse, senza eccessive forzature, avanzare l'ipotesi che una simile fisionomia della discrezionalità del pubblico potere risulti congeniale alla stessa sistematica secondo la quale è strutturata la nostra Carta costituzionale, riconoscendo un primato alla (appunto...) prima Parte, ove sono enunciati i diritti inviolabili dell'uomo ed i doveri inderogabili (la *ratio*) rispetto alla seconda Parte, che delinea l'assetto potestativo della Repubblica (l'*imperium*).

Una palmare conferma dell'attitudine vincolante della dimensione fattuale è offerta, ancora sul terreno positivo, dalle ormai innumerevoli pronunzie della Corte costituzionale che dichiarano l'incostituzionalità degli automatismi legislativi, proprio in quanto questi si pongono come insormontabili ostacoli rispetto al necessario apprezzamento, da parte dell'autorità cui è devoluta l'attività di *legis executio*, delle peculiarità recate dai casi concreti: evidentemente, i casi da tali autorità deve essere compiutamente conosciuti ed adeguatamente apprezzati, poiché si configurano come infungibili fattori di orientamento nell'opera di implementazione e concretizzazione dell'astratta fattispecie legislativa<sup>32</sup>. Dunque, se, da una parte, il vincolo al diritto richiede all'autorità decidente di non considerare profili del caso concreto rispetto ai quali essa è tenuta ad essere del tutto indifferente<sup>33</sup>, dall'altra parte, il vincolo al fatto si traduce per la stessa autorità nell'opposta esigenza di conoscere e

---

<sup>29</sup> Si richiama qui alla tesi di G. SILVESTRI (*La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 6 ss.) già ricordata nel testo; v. al riguardo le espressioni fedelmente riportate alla nota 18.

<sup>30</sup> È appena il caso di osservare come in tale prospettiva ben si comprenda lo stretto rapporto che si ravvisa tra la ricerca scientifica e l'esercizio delle pubbliche funzioni: per tutti, di recente, v. V. BALDINI, *L'apporto delle scienze nelle decisioni razionali dello Stato costituzionale di diritto*, in [dirittifondamentali.it](http://dirittifondamentali.it), n. 1/2025, 35 ss.

<sup>31</sup> "In un ordinamento imperniato sulla sovranità dei valori la *ratio* svolge un ruolo chiave" (G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 15).

<sup>32</sup> Sugli automatismi legislativi, v., per tutti, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020.

<sup>33</sup> Ed è precisamente per tale ragione che l'iconografia tradizionale ci consegna l'immagine della giustizia come di una dea bendata.



ponderare i profili del caso idonei a manifestare interessi giuridicamente rilevanti, così che la sua decisione ne venga orientata e conformata<sup>34</sup>.

Non sfugga come (anche) da tale orientamento giurisprudenziale sia dato desumere che lo stesso esercizio della funzione legislativa debba essere a sua volta caratterizzato da una discrezionalità analogamente conformata, allo scopo di consentire all'atto normativo primario di porsi come elemento di adeguata mediazione tra l'universo della normazione costituzionale (e soprattutto dei principi fondamentali) e la sfera fattuale, garantendo che il primo venga implementato e concretizzato in forme congrue rispetto alla seconda. È precisamente dall'assoggettamento non soltanto delle attività di *legis executio*, ma anche di quelle di *legis latio* ai due vincoli (al sistema normativo ed alla sfera fattuale), sinergicamente declinati, che passa la capacità del sistema giuridico di operare sul terreno storico-positivo in conformità alla sua identità, quale è delineata nella Carta costituzionale, perciò offrendo effettiva ed idonea garanzia ai diritti fondamentali dei cittadini e, più in generale, agli interessi costituzionalmente protetti. Analogamente, si può forse considerare come al coordinato rispetto di quei due vincoli risulti affidato il complessivo rispetto, ad opera dell'organizzazione potestativa, del "principio di eguaglianza, nella sua doppia faccia di pari trattamento per tutti, assicurata dalla legge generale ed astratta, e di adeguatezza della regola nel caso concreto, assicurata dalla decisione singolare, amministrativa o giudiziaria"<sup>35</sup>: dal vincolo alle norme dipende la garanzia della parità di trattamento di tutti i destinatari degli atti normativi, al vincolo ai fatti è consegnata l'attitudine del sistema ad adeguare l'applicazione delle regole alle peculiarità dei casi concreti.

Concludendo questo tentativo di delineare una rinnovata fisionomia della discrezionalità del pubblico potere, si intende ulteriormente porre in evidenza come la fisiologia dell'ordinamento riposi sulla capacità degli attori del sistema di gestire secondo una logica di tipo sinergico l'intreccio dei due vincoli in cui si è identificato lo statuto della categoria in esame. E la sinergia tra tali due vincoli non può che realizzarsi *nel e per* il procedimento entro il quale il pubblico potere viene esercitato: con specifico riferimento al procedimento amministrativo, ma con osservazioni suscettibili di estensione (*mutatis mutandis*) ad ogni

---

<sup>34</sup> E perciò (se non si fraintende) è stato osservato (da G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 15) che si deve pervenire ad "una concretizzazione giudiziaria [ma, come si è notato, non solo giudiziaria] dei precetti legislativi, che non è meccanica tradizione al singolare della norma generale dettata in astratto per tutti i consociati, ma ricerca della soluzione più adatta al problema specifico che il giudice [in generale, il soggetto di *legis executio*] deve risolvere".

<sup>35</sup> Così G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 15, il quale aggiunge: "si corrono due rischi: il primo è quello dell'arbitrio soggettivo che produce atti discrezionali irragionevoli e discriminatori, il secondo è quello, opposto, del conformismo ripetitivo, che produce decisioni non ben ponderate *in base al caso concreto da regolare*" (corsivi non testuali).



forma di procedura pubblica<sup>36</sup>, è stato ancora di recente osservato che appunto nel procedimento “si definisce l’assetto concreto degli interessi alla base della scelta decisionale dell’amministrazione ed è in questo luogo che la conoscenza, ma prima ancora la ‘lettura’ degli elementi di fatto e la individuazione del diritto da applicare da parte dell’amministrazione, ma anche degli altri attori, consente di pervenire alla decisione in teoria più adeguata al caso concreto; dove l’adeguatezza è data sì dalla ponderazione degli interessi in gioco alla luce dell’interesse pubblico determinato dalla legge, che è la causa attributiva del potere, ma presuppone la corretta valutazione, e ancor prima rappresentazione, dei fatti e del quadro normativo”<sup>37</sup>. Dunque, sussiste uno stretto nesso tra la procedura ed il sinergico intreccio dei due vincoli dal quale dipende il corretto esercizio della discrezionalità da parte dell’autorità pubblica. Ma non deve sfuggire come l’apertura alla pluralità di interessi coinvolti dal caso, nonché alle differenti possibili interpretazioni delle disposizioni normative, che caratterizza la dinamica procedimentale, si mostri – e per la stessa ragione – funzionale anche alla conformazione di un ordinamento strutturato non su un “criterio verticale-gerarchico”, ma piuttosto su un “criterio orizzontale-collegiale”; un ordinamento che (per così dire) scommette non sulla schmittiana “rimozione autoritaria del dubbio”, ma sul “superamento discorsivo dello stesso”<sup>38</sup>, modellando perciò secondo una dinamica circolare le relazioni tra i diversi soggetti del sistema.

#### 4. Conclusioni: la discrezionalità tra sovranità dei valori e principio di separazione dei poteri

In conclusione, conviene tornare allo stretto legame che si è già posto in evidenza tra la conformazione della discrezionalità del pubblico potere, come in questa sede sinteticamente delineata, e la positiva implementazione del principio di separazione dei poteri, alla ricostruzione del quale il Maestro che qui onoriamo ha dedicato pagine che si pongono come un ineludibile punto di riferimento per ogni ulteriore riflessione dottrinale<sup>39</sup>. Per un verso, il vincolo al sistema normativo che grava su ogni soggetto dotato di potere pubblico vale ad assicurare la tenuta complessiva del sistema, oltre che la sua conformità al paradigma dello Stato di diritto: grazie ad esso, il principio di separazione dei poteri non opera come fattore di irreparabile disgregazione del tessuto unitario che dell’ordinamento complessivo garantisce

---

<sup>36</sup> È stato rilevato da M.S. GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 534) che la procedimentalizzazione dell’azione dei pubblici poteri è “principio tendenziale dell’esperienza giuridica contemporanea”.

<sup>37</sup> In questi termini, F. PATRONI GRIFFI, *Quid est veritas? La “conoscenza” del fatto e del diritto: la dialettica tra verità e certezza nell’esperienza del processo amministrativo*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2024, 113-114.

<sup>38</sup> In questi termini, G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 11.

<sup>39</sup> Nella letteratura più recente relativa al principio di separazione dei poteri, v. C. PINELLI, *L’influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2024, 126 ss.



l'essenziale coesione<sup>40</sup>. Per altro verso, il vincolo alla dimensione fattuale concorre ad assicurare, in primo luogo, che l'esercizio delle pubbliche funzioni sia, nella loro armonica articolazione, costantemente – meglio: istituzionalmente – baricentrato non su astratte compatibilità formali (cioè: formalistiche), ma piuttosto sull'istanza di concreta ed effettiva tutela degli interessi giuridicamente rilevanti, nella quale si deve ravvisare l'autentica sostanza dell'unità del sistema costituzionale. Inoltre, il vincolo alla sfera fattuale, nella compressa interazione con la soggezione all'ordinamento normativo sopra rapidamente delineata, si presenta come funzionale al fisiologico sviluppo dei molteplici cicli funzionali entro i quali incessantemente scorre la dinamica del sistema, presidiandone l'autonomia di ciascuna fase<sup>41</sup>.

È in tale prospettiva che si predispongono solidi argini rispetto al pericolo (esiziale per la fisionomia del modello di Stato costituzionale) che “prevalga la dittatura della maggioranza parlamentare posta alla sommità di una scala gerarchica di poteri, reintroducendo nei fatti quel verticismo che il costituzionalismo contemporaneo – con la sua scelta per il criterio orizzontale-collegiale – ha voluto bandire sia sul piano teorico che su quello istituzionale”<sup>42</sup>. Come chiaramente (se non ci si illude...) emerge dalla riflessione fin qui avanzata, la sinergica relazione tra il vincolo all'ordinamento legislativo ed il vincolo alla dimensione fattuale in cui finisce per risolversi la categoria in esame riconduce alla posizione di “sovranità” che il Maestro messinese ha riconosciuto ai valori costituzionalmente sanciti: essa si pone come genuina espressione del radicamento degli ordinamenti costituzionali sul fondamento di valore (e non più di autorità)<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Ha ancora di recente rilevato G. SILVESTRI (voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit., 1133) che, come “non è mai esistita l'unità assoluta del potere (anche nello Stato... assoluto)”, così non “s'è mai vista, nella storia delle istituzioni politiche, una separazione rigida tra poteri del tutto scissi e privi di comunicazioni tra loro”.

<sup>41</sup> La nozione di “ciclo funzionale” si deve a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, cit., 256.

<sup>42</sup> In questi termini, G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 18.

<sup>43</sup> Secondo G. SILVESTRI (*La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 72 e 73), “il fondamento assiologico dell'ordinamento, guardato dal punto di vista del diritto costituzionale, non ha la struttura del *Sollen*, ma del *Sein*, nel senso che i valori supremi sono *dati* imm modificabili dai poteri soggettivi dell'ordinamento, che possono solo concretizzarli, attuarli e definirli nei loro specifici contorni”; “l'effettività dei valori diventa, in questa prospettiva teorica, il *punto archimedeo* dell'ordinamento, la sovranità ideale di una teoria dello Stato interamente sciolta dal principio soggettivo di autorità”. Ancora di recente, lo stesso A. (*La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 11) ha affermato che “gli ordinamenti costituzionali contemporanei delle democrazie pluraliste hanno ormai superato il fondamento di autorità, per volgersi a quello di valore. Si deve propendere, di conseguenza, per la valorizzazione del metodo dialogico nella precisazione delle norme concretizzanti, evitando il più possibile il predominio del puro comando”.