

La discrezionalità amministrativa e le sue forme nella nuova ottica della legge numero 15 del 2005.

Autore: Valentino Melissa

In: Diritto amministrativo

1) Le origini della funzione amministrativa: cenni storico-giuridici

Il diritto amministrativo, diversamente dal diritto civile e dal diritto penale, nasce in tempi relativamente recenti, per così dire illuministici, in quanto trova la sua fonte originaria nel principio settecentesco della separazione dei poteri. È con tale distinzione che Montesquieu, per la prima volta, riconosce all'attività amministrativa un volto indipendente, autonomo rispetto alle altre funzioni dello Stato distinguendola definitivamente dal potere legislativo e da quello giurisdizionale[1].

Sulla scia di questa nuova visione, prima in Francia e poi anche in Italia, si comincia a tracciare un vero e proprio quadro normativo di diritto pubblico che trova nel nostro ordinamento un'espressione significativa nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo (1865/2248). Con questa legge, introdotta non a caso all'epoca dell'unità d'Italia, i giudici ordinari vengono destinati a svolgere le funzioni giurisdizionali quando si controbatte sui diritti, mentre il compito di sindacare la legittimità degli atti emanati dalla pubblica amministrazione viene affidato alle stesse autorità amministrative. In particolare la legge attribuisce alla giurisdizione ordinaria tutte le cause nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico (art. 2) e rimette alle stesse autorità amministrative gli affari non compresi nell'articolo precedente (art. 3).

In tal modo non solo il soggetto pubblico viene pienamente riconosciuto a livello giuridico ma, addirittura, si sgancia del tutto dal controllo dei giudici quando agisce come autorità. A fronte di un'attività amministrativa espressione di un potere pubblicistico, dinanzi alla quale gli interessi privati risultano inevitabilmente secondari, non appare opportuna un'interferenza esterna come quella di un organo giurisdizionale di modo che il miglior sindacato possibile è proprio quello della stessa autorità amministrativa.

Se questa è la versione originaria della tutela offerta al privato contro gli atti della pubblica

amministrazione le cose cambiano nel 1924 quando il legislatore, con la legge n. 1054, istituisce un apposito giudice chiamato a sindacare gli atti amministrativi emanati dal soggetto pubblico in via autoritativa. La novità di una legge come questa appare in tutta la sua evidenza in un unico articolo (l'art.26), in cui non solo si prevede un organo espressamente giurisdizionale, il Consiglio di Stato, ma soprattutto si chiariscono per la prima volta i vizi sindacabili da parte del giudice amministrativo ossia: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere[2].

Per quanto attiene ai primi due si tratta di patologie che non comportano alcuna interferenza da parte del giudice nella sfera dell'opportunità amministrativa. Il primo, infatti, consiste nello stabilire, attraverso un'indagine puramente normativa, se la competenza ad emanare il provvedimento oggetto di giudizio sia proprio dell'amministrazione interessata nella controversia ; il secondo, invece, richiede un'indagine, sempre di tipo normativo, con la quale il giudice è chiamato ad accertare la conformità del provvedimento alle norme che ne regolano l'emanazione.

Ben più incisivo è, invece, il vizio di eccesso di potere con il quale il legislatore consente al giudice un sindacato sulla finalità del provvedimento amministrativo. Tale patologia viene infatti qualificata come un vizio della funzione, un difetto che incide direttamente sul fine pubblicistico in ragione del quale il potere di emanare l'atto è stato attribuito e, come tale, implica un sindacato anche sul *modus operandi* della pubblica amministrazione. Per poter valutare la deviazione dalla funzione il giudice deve inevitabilmente individuare non solo la finalità dell'atto ma anche la sua inopportunità verificando quanto, dal punto di vista pratico, l'interesse realmente realizzato sia diverso da quello idealmente prestabilito dal legislatore.[3]

Con l'eccesso di potere, dunque, si profila per la prima volta un sindacato nuovo sull'agere amministrativo che inevitabilmente invade anche quella porzione dell'attività amministrativa che è la discrezionalità.

2) Il dogma della discrezionalità amministrativa e i suoi compromessi

2.1) La discrezionalità tecnica: attività vincolata o discrezionale?

La discrezionalità amministrativa è da sempre identificata come quella sfera di competenza dell'amministrazione intangibile ed insindacabile perché agganciata a scelte di pura opportunità. Nel perseguire il pubblico interesse soltanto la pubblica amministrazione, in quanto organo indipendente, può decidere qual è il *modus operandi* più idoneo, quali istanze possono essere accolte e quali invece debbono soccombere, qual è, insomma, la via migliore per contemperare l'interesse pubblico specifico con gli altri

interessi coinvolti[4].

Questo modo di agire, discrezionale, è, del resto, assolutamente necessario per poter garantire l'indipendenza del potere esecutivo tanto paventata nelle teorie di Montesquieu e trova conferma in una serie di disposizioni che, sin dal 1865, hanno specificamente delimitato i confini della sindacabilità degli atti amministrativi. Un esempio in tal senso è rappresentato proprio dalla legge n. 2248 che in quegli affari non compresi nelle questioni di diritto soggettivo include un insieme di posizioni soggettive, gli interessi legittimi, di fronte ai quali la pubblica amministrazione agisce di regola in via discrezionale. A conferma di ciò la medesima legge chiarisce i poteri del giudice ordinario precisando che ove l'organo giurisdizionale rilevi un'illegittimità dell'azione amministrativa potrà disapplicare l'atto ma non modificarlo.

Nella stessa direzione sembra muoversi anche la legge istitutiva della IV Sez. del Consiglio di Stato che, nel chiarire i vizi di legittimità, riconosce al giudice solo il potere di annullare il provvedimento limitando il sindacato alla semplice valutazione dell'atto. In tal senso il giudizio amministrativo si presenta come un giudizio sull'atto e non sul rapporto, in cui l'organo giurisdizionale è chiamato a valutare la correttezza formale del provvedimento e mai il suo contenuto in termini di opportunità[5].

Pertanto, nell'ipotesi in cui l'atto sfavorevole per il privato risulti assolutamente legittimo nella forma, nessun sindacato sarà possibile visto che il potere di adottare provvedimenti alternativi, ugualmente idonei a realizzare il pubblico interesse, rimane una scelta di mera opportunità e come tale assolutamente discrezionale.

Se, dunque, la discrezionalità amministrativa in senso stretto sembra non lasciare spazio ad alcuna interferenza tuttavia, accanto a questa forma di assoluta insindacabilità, alcuni autori riconoscono una discrezionalità per così dire ibrida, a metà strada tra la pura attività discrezionale e l'attività vincolata: la discrezionalità tecnica[6].

Come ogni potere dello Stato, anche la pubblica amministrazione trova in alcuni settori, particolarmente delicati, un campo di azione assolutamente predeterminato sia nel modus che nel fine in queste ipotesi, cosiddette di attività vincolata, la sindacabilità sull'operato amministrativo è massima visto che la valutazione relativa agli interessi da sacrificare è fatta a monte dal legislatore in persona.

Meno ampia è invece la sindacabilità quando l'intervento della pubblica amministrazione presuppone prima una valutazione di tipo tecnico all'esito della quale è il legislatore a stabilire l'atto da adottare. Si pensi alla necessità di appurare il valore storico-artistico di un edificio ai fini del suo eventuale abbattimento: in questa ipotesi nell'eventualità che l'immobile risulti un bene d'interesse storico-artistico, in seguito ad una valutazione tecnico-scientifica, l'attività dell'amministrazione sarà vincolata all'emanazione di un provvedimento di conservazione dell'edificio. E' questo il caso della discrezionalità tecnica caratterizzata, a ben vedere, da due componenti: l'una discrezionale, collegata alla scelta della legge scientifica cui fare riferimento; l'altra vincolata, relativa al provvedimento conseguente all'esito

dell'indagine tecnica. Da qui anche la difficoltà a qualificare la discrezionalità tecnica come attività vincolata o discrezionale a seconda che si consideri determinante, ai fini della qualificazione, il momento della scelta della regola o quello dell'emanazione del provvedimento.

2.2) Il silenzio amministrativo e i limiti del sindacato giurisdizionale: il problema della discrezionalità tecnica

La problematica sulla natura della discrezionalità tecnica lungi dall'essere una questione puramente teorica ha, in realtà, importantissime implicazioni sul piano sostanziale e processuale, in special modo dal 2005. Con l'entrata in vigore della legge numero 15, infatti, è apparso in tutta la sua evidenza il contrasto tra la precedente disciplina del 1924, che limitava il processo amministrativo all'accertamento dei vizi del provvedimento, e le nuove norme sul procedimento amministrativo.

Il nuovo art. 2 della legge n. 15 prevede, in particolare, che in caso di silenzio rifiuto il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. In tal modo, per la prima volta, il giudizio amministrativo viene esplicitamente trasformato in un giudizio sul rapporto nel quale l'organo giurisdizionale non deve più limitarsi a valutare la legittimità dell'atto ma può conoscere anche della fondatezza della pretesa avanzata dal privato[7].

Un'affermazione di questa portata richiede, tuttavia, una serie di precisazioni indispensabili per ritagliare in capo alla pubblica amministrazione quello spazio di discrezionalità amministrativa su cui si fonda l'autonomia del potere esecutivo. Dire che il giudizio amministrativo è, sempre, anche un giudizio sulla spettanza del bene significa sostenere che il giudice amministrativo può sindacare indiscriminatamente l'operato della pubblica amministrazione e decidere di attribuire il bene al privato modificando il contenuto del provvedimento impugnato.

Se un'interpretazione di questo tipo non è ammissibile, a meno di non svuotare del tutto il principio di separazione dei poteri, è allora necessario specificare i casi in cui il giudizio amministrativo si può qualificare come un giudizio di tipo sostanziale.

Per prima cosa va osservato che la norma in questione si riferisce esclusivamente al silenzio-rifiuto, situazione in cui il privato è più che mai in balia della volontà amministrativa. In tale ipotesi, infatti, il soggetto necessita di un provvedimento espresso che solo la pubblica amministrazione può concedergli (es. concessione edilizia) di modo che in assenza di risposta non gli rimane che ricorrere all'autorità giurisdizionale. A questo punto diventa determinante stabilire cosa può fare il giudice e soprattutto in che

termini può sostituirsi all'amministrazione per valutare le istanze del privato.

Naturalmente se si tratta di un'attività vincolata nulla questo: il giudice non dovrà fare altro che sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione dell'atto visto che il provvedimento amministrativo non può che avere il contenuto prestabilito dalla legge.

Ben più complesso è, invece, il problema quando il silenzio cade su un atto che va emanato nell'esercizio di un'attività di discrezionalità tecnica. La natura ibrida di questo tipo di attività rende, infatti, particolarmente difficile l'applicazione dell'articolo 2. A questo proposito da una parte c'è chi sostiene che in tale ipotesi il sindacato del giudice dovrebbe limitarsi a valutare l'atto solo sotto il profilo della regolarità formale(sindacato cosiddetto estrinseco)[8]. Dall'altra parte c'è chi invece ritiene che il potere del giudice possa spingersi fino a ripetere l'iter svolto dalla pubblica amministrazione valutando anche la correttezza tecnica del criterio utilizzato(sindacato cosiddetto intrinseco)[9]. Questa seconda impostazione sembra trovare conferma in un'altra norma di recente emanazione, l'art. 16 della legge n.205/2000, che estende al processo amministrativo l'istituto della consulenza tecnica. A parere di questi autori non avrebbe senso allargare i mezzi istruttori nel procedimento amministrativo se non si volesse consentire al giudice di svolgere un'indagine anche di tipo tecnico sull'operato della pubblica amministrazione.

Se, dunque, questa seconda impostazione appare più conforme alle intenzioni del legislatore nondimeno anche tale interpretazione va precisata nel senso che una cosa è ammettere un controllo sulla correttezza del criterio tecnico adoperato dalla pubblica amministrazione altra cosa è riconoscere al giudice un vero e proprio potere di sostituzione nell'emanazione del provvedimento. Probabilmente l'organo decidente avrà la facoltà di ripetere il procedimento amministrativo utilizzando un proprio consulente tecnico ma, una volta accertata la scorrettezza dell'atto, non potrà sostituirsi all'amministrazione nella definire il contenuto del provvedimento.

In caso contrario dovrebbe accordarsi al giudice un potere sostitutivo che esorbita dalle sue funzioni in special modo nel caso di silenzio-rifiuto in cui, addirittura, un provvedimento vero e proprio non è mai stato emanato.

2.3) La discrezionalità amministrativa e l'articolo 21 octies: deroga o contrasto di norme?

L'interpretazione sinora offerta, che limita l'ambito di applicazione dell'art. 2 legge n.15 ai casi di attività vincolata e di discrezionalità tecnica, cerca di salvaguardare quella sfera di intangibilità dell'azione

pubblicistica rappresentata dalla discrezionalità amministrativa. Questo tentativo risulta, tuttavia, ancora più arduo di fronte ad un'altra norma della stessa legge: l'articolo 21 octies.

La disposizione da ultimo citata è, probabilmente, la più rivoluzionaria sotto certi aspetti della legge del 2005 soprattutto per quanto riguarda i poteri attribuiti al giudice in materia di discrezionalità amministrativa. In particolare il secondo comma prospetta due circostanze nelle quali l'organo giurisdizionale ha il potere di evitare l'annullamento dell'atto quando dal punto di vista sostanziale il provvedimento è corretto.

La prima ipotesi riguarda i casi in cui non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Si tratta in sostanza di quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione ha emanato un provvedimento formalmente illegittimo ma sostanzialmente giusto di modo che, ad una valutazione sostanziale dell'atto, risulta che il suo contenuto non poteva essere diverso.

Il potere riconosciuto al giudice amministrativo di sindacare il provvedimento nella sostanza nasce proprio dalla natura vincolata dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione, attività in ragione della quale non c'è spazio per una scelta discrezionale e dunque per un provvedimento dal contenuto differente. Ciò che l'atto dispone dal punto di vista sostanziale è predeterminato a monte dal legislatore e, come tale, indisponibile anche da parte della pubblica amministrazione[10].

Maggiori problemi interpretativi pone, invece, la seconda parte dell'articolo 21-octies che estende il meccanismo della sanatoria ai casi in cui l'atto sia viziato per mancata comunicazione di avvio del procedimento amministrativo. Più precisamente la norma dispone che il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

L'aspetto più interessante della disposizione in esame riguarda il momento in cui il vizio nasce, ossia la fase di avvio del procedimento amministrativo, fase in cui la pubblica amministrazione agisce sicuramente come autorità. Del resto la natura fortemente pubblicistica del procedimento amministrativo trova conferma proprio nell'articolo 33 del d.lgs. 80/1998, riscritto dalla Corte Costituzionale, in cui si riconosce, a chiare lettere, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quelle controversie relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241[11].

La correzione apportata dalla Consulta nasce proprio dall'esigenza di chiarire in quali casi la pubblica amministrazione agisce come autorità nell'esercizio di una funzione pubblica e quando, invece, deve considerarsi priva di uno speciale potere autoritativo. Tale distinzione è essenziale per capire nell'uno e nell'altro caso che tipo di posizione vanta il privato e quali poteri ha il giudice.

Se, infatti, il soggetto amministrativo agisce iure privatorum deve ritenersi che il privato sia titolare di un diritto soggettivo e che le posizioni del singolo e della pubblica amministrazione siano su un piano di assoluta parità. In questo caso il cittadino gode degli stessi rimedi di tutela che gli sono offerti contro i soggetti di diritto privato ed il giudice può condannare la pubblica amministrazione come una qualsiasi parte processuale.

Quando, viceversa, il soggetto amministrativo agisce come autorità il privato vanta una posizione d'interesse legittimo, ossia una posizione soggettiva che può trovare espressione, dal punto di vista sostanziale, solamente attraverso un provvedimento favorevole della pubblica amministrazione. È evidente che in questo caso il soggetto pubblico ha un potere decisamente più ampio in quanto è solo attraverso una sua valutazione discrezionale che il privato potrà conseguire il bene a cui aspira. La scelta dell'amministrazione si basa, infatti, su un ragionato confronto degli interessi in gioco che si conclude con un provvedimento frutto di una strategia di pura opportunità. Pertanto, esclusi i casi eccezionali di giurisdizione di merito ammessi per legge, quando si parla di attività discrezionale non è possibile ipotizzare un sindacato nel merito del provvedimento: il potere del giudice non va oltre la soglia della legittimità dell'atto.

Le considerazioni appena svolte, pacifiche per così dire fino al 2005, trovano oggi una smentita nel nuovo art 21 octies che infrange a dir poco la granitica certezza dell'insindacabilità del merito amministrativo. Tale disposizione arriva, infatti, a consentire la conservazione dell'atto quando sia corretto nel contenuto, autorizzando implicitamente il giudice a sindacare la fondatezza della pretesa sostanziale. In altre parole, per poter stabilire se il provvedimento sia giusto da un punto di vista concreto, il giudice deve ripetere quel confronto tra gli interessi in gioco che prima era di esclusiva competenza della pubblica amministrazione, ipotizzando eventualmente delle soluzioni alternative. Viene, allora, da chiedersi come questa norma si concili con il principio della discrezionalità amministrativa e fino a che punto possa spingersi il sindacato dell'organo giurisdizionale.

Per prima cosa va ricordato che la disposizione in esame dev'essere riferita solo al caso in cui oggetto di giudizio sia il mancato avviso di avvio del procedimento. Solo ed esclusivamente in presenza di questo vizio il sindacato del giudice amministrativo potrà estendersi fino alla valutazione del contenuto sostanziale dell'atto.

In secondo luogo va precisato che l'art.21 octies non nasce come norma finalizzata a rafforzare la tutela del privato dinanzi ad un atto della pubblica amministrazione ma mira, al contrario, a rendere più efficace l'azione amministrativa. Scopo della norma è sanare un atto formalmente illegittimo impedendone l'annullamento attraverso una valutazione sostanziale del contenuto. Malgrado ciò, pur essendo il legislatore mosso da buone intenzioni nei confronti della pubblica amministrazione, non si può negare che l'effetto della disposizione sia esplosivo dal momento che come il giudice può salvaguardare l'atto quando è giusto nella sostanza allo stesso modo deve considerarsi autorizzato ad annullarlo quando invece è scorretto. Pertanto sarà sempre oggetto di sindacato non soltanto ciò che il provvedimento concede o non concede ma anche perché, in base a quale valutazione di opportunità, in poche parole sulla base di

quale scelta discrezionale.

Se, dunque, questa intromissione nella discrezionalità è innegabile è tuttavia anche vero che la norma consente alla stessa amministrazione di provare la correttezza sostanziale del provvedimento. Pertanto il giudice compirà sì una valutazione discrezionale ma attraverso una strada tracciata dalla stessa amministrazione. Del resto soltanto il soggetto pubblico è in grado di spiegare le ragioni del proprio modus operandi e dell'impossibilità di un provvedimento alternativo visto che, per un principio di vicinanza della prova, è l'unico in grado di chiarire qual è stata la procedura seguita ed in che modo si sono valutati i vari interessi coinvolti[12].

A voler ragionare diversamente dovrebbe riconoscersi al giudice un potere pieno e svincolato da qualsiasi prospettazione alternativa formulata dalla pubblica amministrazione. Questa strada, altrettanto coerente con il dettato normativo dell'art. 21 octies, pone, tuttavia, più problemi in termini di compatibilità con le vecchie norme poste a garanzia della discrezionalità amministrativa. Ammettere, infatti, che il giudice possa effettuare una valutazione nuova e del tutto indipendente da quella prospettata dal soggetto pubblico significa riconoscergli un'ampiezza di poteri assolutamente incompatibile con l'istituto della discrezionalità che verrebbe completamente svuotata di contenuto.

Per tale ragione deve forse ritenersi più corretta la tesi che riconosce all'organo giurisdizionale la possibilità di compiere una valutazione sostanziale sul contenuto del provvedimento ripercorrendo, però, l'iter seguito dalla pubblica amministrazione. In questo modo il giudice prenderà in considerazione delle ipotesi alternative ma saranno sostanzialmente quelle prospettategli dalla stessa amministrazione.

Se si segue questa impostazione ci si troverà di fronte ad un sindacato per così dire ampio ma non libero in cui il giudice avrà sì un certo margine di scelta nella valutazione di opzioni alternative al provvedimento adottato ma, come nel caso della discrezionalità tecnica, non potrà sostituirsi del tutto alla pubblica amministrazione nella definizione del provvedimento impugnato.

[1] M. S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, 33 s.s.

[2] A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1192 s.s.

[3] F. Caringella, *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2002, 758 s.s.

[4] A. M. Sandulli, *Manuale di diritto Amministrativo*, Napoli, 1989, 591 s.s.

[5] In tal senso vedi Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3338/02, in *Foro It.*, III, 392 s.s. il quale, a proposito della pregiudiziale amministrativa, afferma che il giudizio amministrativo è prima di tutto un giudizio di legittimità sull'atto volto a garantire la tutela primaria che il privato mira a conseguire contro un provvedimento della pubblica amministrazione, ovvero sia il suo annullamento. La funzione risarcitoria si qualifica, invece, secondo questa giurisprudenza, come un aspetto secondario ed eventuale del processo amministrativo che non può prescindere dall'annullamento dell'atto.

[6] L. Mazzaroli, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001, 1438 ss.

[7] T.A.R. Calabria sez.I, n. 562/05, in www.altalex.it

[8] Per questa tesi opta il Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3212/2000 che limita l'utilizzabilità dei nuovi mezzi istruttori riconosciuti al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 16 legge n. 205/2000 ai soli casi di giurisdizione esclusiva escludendo qualsiasi tipo di sindacato sotto il profilo tecnico da parte del giudice

amministrativo nei casi di giurisdizione generale di legittimità.

[9] In questo senso vedi Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2199/02 in Giurisprudenza Amministrativa 2005 a cura di F. Caringella e R. Garofoli, che nel caso di valutazioni tecniche che non si fondano su regole scientifiche esatte ed universali afferma che <<la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza applicata dall'amministrazione>>.

[10] In tal senso T.A.R. Veneto, sez.II, n. 935/2005 in www.lexitalia.it, che in merito all'installazione di un'insegna pubblicitaria rilasciata senza la necessaria autorizzazione afferma che il provvedimento di rimozione deve ritenersi un provvedimento di natura vincolata. Ne consegue che in forza di tale acclarata natura vincolata e del conseguente fatto che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato le ulteriori censure mosse dal destinatario devono ritenersi infondate.

[11] Vedi Corte Costituzionale n. 204/2004 in Foro Italiano, 2004, Parte I, 47 s.s. in cui la Corte chiarisce che in materia di pubblici servizi è necessario che gli atti del gestore si qualificano come veri e propri provvedimenti perché solo in questo caso è possibile rintracciare l'esercizio di un potere pubblicistico che giustifichi l'ammissibilità di una giurisdizione eccezionale come la giurisdizione esclusiva.

[12] T.A.R. Sardegna, sez.I, n. 1435/2005 in www.lexitalia.it, la violazione delle norme sulla forma o di quelle sul procedimento ivi inclusa l'omessa comunicazione di avvio del del procedimento non determina l'annullamento del provvedimento ove appaia palese che il contenuto di questo non avrebbe potuto essere diverso mentre ove l'atto sia di natura discrezionale il mancato invio della suddetta comunicazione può essere ininfluenza sul giudizio di legittimità del provvedimento impugnato solo ove l'amministrazione provi quanto stabilito dalla disposizione in esame. Ed invero solo in presenza di margini di discrezionalità non è consentito al giudice- senza sconfinare dai propri poteri- ricostruire quello che avrebbe potuto essere il contenuto della determinazione amministrativa. La violazione del precetto di cui all'art. 7 della L. n. 241/90 è di per se' indice della mancata acquisizione al procedimento di alcuni degli interessi coinvolti nella vicenda e il giudice in base al principio di separazione dei poteri non è abilitato a valutare la portata della mancata considerazione di questi.

<https://www.diritto.it/la-discrezionalita-amministrativa-e-le-sue-forme-nella-nuova-ottica-della-legge-numero-15-del-2005/>