

Prefazione

C'era bisogno di una nuova ricerca sull'eccesso di potere? Sì, ce ne era bisogno: per molte ragioni.

Intanto, perché non si può inseguire sempre il nuovo, senza tornare di tanto in tanto al vecchio, per vedere se ha resistito al passare del tempo; soprattutto quando si continui a usare il vecchio come schema di interpretazione del nuovo.

Poi, perché riflettere sull'eccesso di potere significa prendere in considerazione le situazioni giuridiche soggettive, la discrezionalità, il merito amministrativo, la legittimità, le regole e i principi, la validità, le azioni, il processo, i giudici e altro ancora. Vi è un filo rosso, una stretta connessione, financo un sinallagma tra queste nozioni, tutte parimenti essenziali: non dovrebbe sfuggire, pertanto, che negare la centralità di una delle loro rappresentazioni ha l'effetto, voluto¹ o paradossale², di respingere il (un certo) sistema del diritto amministrativo.

Come potrebbe, per esempio, trascurarsi l'analisi dell'eccesso di potere, se si volesse cancellare l'ombra dell'interesse pubblico dalla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione³? O, in termini più crudi, come potrebbe affidarsi all'eccesso di potere un processo che ha introdotto l'azione atipica di condanna al fare, esaltando la logica del rapporto tra soggetto privato e pubblica amministrazione e consentendo di leggere il mancato rispetto delle regole in termini di inadempimento⁴?

¹ C. MARZUOLI, *Un diritto non amministrativo?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 133 ss.

² S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.

³ A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 32 ss.

Affermava A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 646, che "l'eccesso di potere è strutturalmente ordinato alla tutela dell'interesse pubblico e solo occasionalmente dell'interesse privato". Ha notato C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 47, che "la dolente anomalia che connota l'eccesso di potere è costituita dal costante riferimento alla funzione, nella misura in cui integra il paradigma di validità dell'atto e diviene quindi costitutiva della nozione di legittimità, la quale emerge come versione del diritto plasmata dall'interesse pubblico, interpretato dall'amministrazione prima, dal giudice amministrativo (amministratore) dopo".

⁴ Sempre che si voglia prendere sul serio l'azione di condanna *contestuale* di cui all'art. 30, co.

Si ponga l'attenzione, inoltre, sul legame sussistente tra l'eccesso di potere e l'interesse legittimo, in virtù della embricazione che a loro volta hanno con il merito amministrativo.

Partiamo dal primo. Il vizio del provvedimento amministrativo, come noto, trova la sua origine nell'eccesso di potere giurisdizionale⁵, discendendo dalla dottrina della separazione dei poteri.

Il suo nome invita a subordinare la tutela del soggetto alla tutela del potere (al controllo dell'esercizio del potere), tuttavia l'*excessus* rinvia anche a un comportamento che va oltre il limite. Ebbene, si sono ricondotte le fattispecie sintomatiche dello sviamento di potere alla violazione di norme non scritte o di principi generali ormai codificati: ma questo non vuole dire che eccedere dal potere equivalga a contrastare la legge. Il potere che si prefigge un fine non previsto dalla legge non pare tanto violarla quanto piuttosto sostituirsi a essa, farsi legge. Sempre una questione di divisione dei poteri. Più radicale ancora sarebbe rilevare che potere amministrativo e potere normativo si escludono a vicenda: cosicché se vi è (dove arriva) il secondo non vi è (non arriva) il primo, mentre se il secondo non vi è il primo è libero⁶.

Il punto, però, è che non è mai stata interamente accettata la delimitabilità del potere amministrativo, attraverso la norma. Entra in giuoco il ruolo assegnato ai principi, che invece di delimitare il potere lo guidano⁷. La conseguenza è che si torna al punto di partenza: anche i principi sono embricati con il merito, e così lo è la discrezionalità. E l'uno e l'altra si distinguono rispettivamente e nettamente dalle clausole generali e dall'autonomia privata.

Si comprende allora perché gli studiosi dell'eccesso di potere si siano affaticati nel rilevare che tale vizio si colloca sul confine tra legittimità e merito, o

I, c.p.a. e la "condanna [...] all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio", di cui all'art. 34, co. I, lett. c), sempre c.p.a.

⁵ Anche tale espressione, peraltro, non compare nella nostra Costituzione, la quale, riferendosi viceversa ai "motivi inerenti alla giurisdizione" (nell'art. 111), consente di inscrivere anche il ricorso in Cassazione nella funzione di tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

⁶ Ma politicamente responsabile.

⁷ Tra altri, A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, per es. 236, secondo cui i principi non "delimitano" ma "guidano l'utilizzazione del potere"; D. DE PRETIS, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia: il percorso delle riforme*, Napoli, 2016, 210, per la quale "il sindacato del giudice sulla discrezionalità amministrativa non può essere escluso o ridotto alla sola verifica dei limiti normativi esterni del suo esercizio", perché "il potere discrezionale è conferito dalla legge sempre in vista di un fine, e quanto meno la correttezza del suo esercizio in funzione del perseguimento di quel fine il giudice la può sindacare", aggiungendo che "nello svolgimento di questa funzione di sindacato anche sulla coerenza del potere con il fine, il giudice, quanto più è attrezzato, quanto più conosce, quanto più [...] ha una 'sana' vicinanza all'amministrazione, tanto più sarà in grado di conoscere e colpire proprio quell'aspetto" e concludendo che "non esiste nessun potere amministrativo che sia tanto discrezionale da non potere essere sindacato".

perché sia sempre latente⁸ l'idea che *juger l'administration c'est encore administrer*. Altrettanto si capisce perché la giurisprudenza, sindacando la violazione dei principi (segnatamente, quello di proporzionalità), finisca talvolta per varcare quel confine⁹.

La sovrapposizione dell'interesse legittimo. Dal punto di vista della dottrina teorica è sufficiente ricordare chi ha rilevato “che è propriamente in ordine alle scelte di merito che si staglia, come situazione soggettiva, l'interesse legittimo; è lì il *proprium*, ed è precipuamente lì l'utilità (anche pratica) dell'interesse legittimo”, aggiungendo che il carattere strumentale di questa situazione giuridica soggettiva sta a significare “che il suo esercizio consente al privato di tutelare, seppure indirettamente, l'interesse finale, il bene della vita, che egli intende conservare o acquisire; di tutelarlo indirizzando (operando per indirizzare) l'amministrazione verso l'adozione di un provvedimento (il più possibile) favorevole”¹⁰. Non è chi non veda la distanza che separa questa impostazione dalla costruzione della partecipazione come un diritto o come una facoltà giuridica, che tutela la rappresentazione dell'interesse materiale¹¹, lasciando piena (libera) scelta politica all'amministrazione (una volta rispettati i principi giuridici pertinenti). Il riconoscimento del “potere di determinazione del contenuto del provvedimento”¹² o della tutela di una utilità consistente in un potere di indirizzo appare addirittura colorare di privato lo stesso interesse pubblico.

A questo punto, però, è chiaro: non sembra che la dogmatica possa far cantare l'epicedio dell'eccesso di potere o rompere la catena concettuale in cui si iscrive. Nemmeno se fondata sulla Carta costituzionale. La dogmatica non ha ancora scelto tra la sorgente e la foce del fiume: mentre il diritto positivo si imbatte in ampie spianate, correntoni, raschi e cascate, buche profonde e *chalk-stream*, se non si volge lo sguardo altrove, non si riesce a capire dove possa terminare il suo corso.

Vi è, allora, ancora una ragione fondamentale per studiare l'eccesso di potere: una riflessione seria, consapevole e meditata, analitica e al tempo stesso sintetica, che utilizzi la comparazione.

Quella diacronica: ché senza la consapevolezza della storicità del diritto non si potrebbe capire come i concetti giuridici, anche i più gloriosi, quelli che sono stati i protagonisti della scena, possano avere una vita: una nascita, un'evoluzione, una maturità, una trasformazione, una fine.

⁸ Quando non addirittura manifesta.

⁹ G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*; nonché *Proporzionalità e pianificazione urbanistica*, in corso di ultimazione.

¹⁰ F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 362 ss.

¹¹ Interesse materiale che a sua volta incardina la situazione giuridica soggettiva astratta in un determinato soggetto.

¹² F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 364.

Ma soprattutto quella sincronica, in particolare esterna (con importanti Paesi europei e con la stessa Unione europea)¹³, che, oltre alla dottrina e alla giurisprudenza, ha catturato i processi di riforma legislativa.

Proviamo a salire su questa barca, per scoprire se esiste un'alternativa alla tecnica di sindacato sulla discrezionalità fondata sull'eccesso di potere.

Leonardo Ferrara

¹³ Alla comparazione interna è stata dedicata di recente, sempre per una iniziativa fiorentina, l'analisi sull'abuso del diritto: G. FURGIUELE (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017.

Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione

di *Simone Torricelli*

Sommario: 1. Natura del contenzioso, equilibrio tra poteri, effettività della tutela. – 2. Sindacato sulla discrezionalità e situazioni soggettive. – 3. Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità. Dallo sviamento ad una relativa ragionevolezza. – 4. Soggettivizzazione dell'eccesso di potere e strutturazione della discrezionalità. – 5. Le implicazioni dell'adozione di un atto viziato nella prospettiva dell'amministrazione. – 6. Una sola ultima considerazione per continuare.

1. *Natura del contenzioso, equilibrio tra poteri, effettività della tutela*

Il fenomeno del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa è, in tutti gli ordinamenti, intrinsecamente legato a una pluralità di dati di sistema che evocano, in combinazioni variabili, l'assetto complessivo dell'architettura ordinamentale, il rapporto tra legge e amministrazione, la dogmatica delle situazioni soggettive, la configurazione in astratto e in concreto del processo. In più, nel complesso di una rete di sistemi sempre più interconnessi, esso ha perso la sua dimensione intimamente nazionale, divenendo sensibile a influenze esogene prodotte sia da norme europee che superano il limite dell'autonomia procedurale degli Stati che da processi osmotici dipendenti dalla diffusione di culture giuridiche non collimanti. Ed ancora possono rilevare condizionamenti politico-sociali legati alternativamente alle opposte esigenze di proteggere l'amministrazione o implementare i mezzi di garanzia della legalità¹, anche in considerazione di una mutevole sensibilità rispetto alle due istanze: il quadro è complesso e instabile.

Se il tema, insomma, è tradizionale, gli elementi che lo identificano sono in fase di costante rinnovamento.

In termini comparatistici, si può osservare che la configurazione concreta e la

¹ M. RUFFERT, *Le droit administratif européen*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, 2011, p. 754.

pervasività del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità dipendono dalla scelta di sistema di definire il *quantum* che, nell'esercizio del potere discrezionale, è riservato all'amministrazione nel perseguire un interesse che rientra nella sua attribuzione², sia rispetto alle altre amministrazioni, sia rispetto ai privati e, di conseguenza, rispetto al giudice. Su questo nuovamente intervengono molte variabili che condizionano l'approccio: la prima è evidentemente quella della natura, non sempre netta³ o addirittura non sempre certa⁴, del contenzioso⁵.

Parlando in termini di modelli e prescindendo dal processo di progressiva contaminazione tra di essi⁶, si può rilevare come, in sistemi in cui si riconosce al giudice un ruolo di garanzia della sottoposizione dell'amministrazione alla legge, la questione del limite al sindacato si giochi in termini istituzionali di equilibrio tra poteri, in un rapporto binario non mediato dall'intervento di una situazione soggettiva da tutelare. Il limite dovrà dipendere dalla definizione della posizione (eventualmente costituzionale) dell'amministrazione e dalla questione ancillare (di natura sempre potenzialmente costituzionale) delle sue prerogative, che definiscono uno spazio di potere esclusivo che non ammette intrusioni.

Laddove si riconosca al giudice la funzione di garantire interessi protetti, il problema del sindacato si complica perché deve essere messo in rapporto anche con il modo in cui si costruiscono le situazioni soggettive. Si pone così, innanzitutto, l'esigenza di definire la posizione del privato rispetto al potere discrezionale e, a monte, il rapporto tra privato e amministrazione. Sarà poi il giudice, dovendo tutelare la situazione soggettiva, a spingersi di riflesso a sindacare la discrezionalità sino al punto in cui la situazione soggettiva contiene una pretesa circa l'esercizio del potere, secondo il principio di effettività della protezione giurisdizionale.

² Dunque l'ambito della sua autonomia e della sua responsabilità politica: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, p. 156.

³ Cfr. C. BROUELLE, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, pp. 30-31.

⁴ Cfr. F. MELLERAY, *Les actions en justice*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, cit., t. 2, pp. 527-528 e 528 ss., nonché si veda lo scritto (*Les origines du recours pour excès de pouvoir*) inserito in questo volume.

⁵ Su cui B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 92; si vedano anche, in una prospettiva storica e storico-comparatistica, gli scritti di F. MELLERAY (*Les origines du recours pour excès de pouvoir*) e B. SORDI (*Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio comparativo*) in questo volume.

⁶ Sulla questione, che a dispetto delle indicazioni costituzionali si presenta meno netta di quanto potrebbe o dovrebbe essere, si veda F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, *passim*. Sui limiti della giurisdizione soggettiva, A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva*, in DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 306.

Seguendo questo ordine di idee, l'illegittimità appare dunque come la trasposizione in termini di vizio di una pretesa del privato al rispetto di un parametro della discrezionalità. Quando il parametro non può essere invocato (si pensi per esempio al buon andamento), questo si lega al fatto che il contenuto della situazione soggettiva non ne consente di pretendere il rispetto⁷, perché attiene a un merito che è giuridicamente riservato innanzitutto nei confronti delle pretese private e solo poi nei confronti della giurisdizione. Insomma: il limite tende a prescindere, almeno in prima battuta, dalla questione dell'equilibrio tra poteri⁸. E questo spiega anche, almeno in una prospettiva nazionale, la ragione per cui la sindacabilità di un parametro può essere variabile: il fatto che talora possa esservi per esempio una valutazione di merito costituisce una deroga che si giustifica se si ragiona in termini di estensione della situazione soggettiva rispetto alla autonomia dell'amministrazione e non anche se il limite generale della legittimità direttamente dipenda da un equilibrio tra poteri costituzionalmente doveroso. Non che l'equilibrio tra poteri sia disponibile per il legislatore: tuttavia il dover essere di quell'equilibrio presenta un margine di elasticità che lascia al legislatore uno spazio rilevante nel definire in ampiezza l'ambito di protezione agli interessi individuali. La ricaduta di tutto questo è la determinazione del limite dell'interferenza del giudice sull'amministrazione, che però è una conseguenza e non una premessa.

C'è da chiedersi se la diversità sia solo di carattere ricostruttivo o abbia invece delle implicazioni concrete. Con molta prudenza, si possono al riguardo segnalare due potenziali ricadute.

Una prima ha carattere metagiuridico (o solo parzialmente giuridico). Il problema del sindacato deve essere messo in rapporto con il contesto sociale e con il grado di legittimazione proprio di ciascuna istituzione. Ma se il rapporto tra giudice e amministrazione è fluttuante, esso fluttuerà in una direzione o in un'altra a seconda di quanto è percepita come legittimata l'amministrazione e di quanto è percepito come legittimato il giudice, perché la spinta sociale a invocare un maggior o minor intervento giurisdizionale costituisce una variabile che lo condiziona in fatto⁹. In relazione a ciò, la mediazione della situazione soggettiva può costituire un elemento di stabilizzazione, capace di ridurre il margine di

⁷ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, spec. p. 352.

⁸ Condivisibilmente si è al riguardo osservato come il richiamo alla separazione dei poteri abbia prodotto un effetto di limitazione della tutela del cittadino: C. CUDIA, *op. ult. cit.*, p. 345.

⁹ E. JORDAO, *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, 2016, p. 23; T.W. MERRIL, *The origins of American-style judicial review*, in S. ROSE-ACKERMAN, P. LINDSETH (eds), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, p. 389 ss. Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE si può cogliere una variabilità dipendente dal contesto; anzi, la particolare natura dell'organo di giudice della discrezionalità amministrativa e giudice della discrezionalità legislativa fa risaltare questo aspetto con maggiore evidenza.

oscillazione. Questo soprattutto se e ove vi sia una garanzia costituzionale della giustiziabilità degli atti¹⁰ o se comunque il giudice sia al centro del sistema della tutela: meno, ovviamente, laddove e allorquando si riconosca all'amministrazione, in quanto istituzione pubblica e con i necessari adattamenti organizzativi, una autonoma legittimazione a costituire una istanza di decisione sugli interessi dei cittadini, con ciò contribuendo anche in via amministrativa a dare risposta al bisogno di tutela¹¹.

Questo ultimo aspetto induce un secondo elemento di riflessione, che si muove su un terreno più propriamente giuridico.

L'interposizione dell'interesse individuale protetto, che connota sistemi di giurisdizione soggettiva, porta con sé il diritto a una protezione effettiva. L'ordinamento tedesco lo dimostra: la centralità della posizione soggettiva¹², peraltro ricostruita sulla base di parametri non collimanti con quelli interni, rende l'intervento giurisdizionale particolarmente penetrante¹³, spostando l'asse del rapporto tra giudice e amministrazione. Lo stesso ordinamento italiano ha faticosamente rovesciato l'impostazione del processo amministrativo, ricentrandolo sull'effettività della tutela, e in questo modo ha potenziato in concreto la sua capacità di sindacato sulla discrezionalità. Pur dovendo tenersi in conto al riguardo che le fonti sovranazionali¹⁴ e comunque la valorizzazione dei diritti fondamentali¹⁵ stanno producendo su questi profili un effetto armonizzante, non si può non chiedersi se la minore articolazione del processo amministrativo nell'ambito del contenzioso oggettivo dell'*excès de pouvoir* in Francia (che, pur essendosi dotato di

¹⁰ Che non è presente per esempio nei sistemi di Common Law: D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 298.

¹¹ Ciò vale in particolare per l'ordinamento britannico (cfr., P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Portland, 2010, *passim*), almeno in una prospettiva storica (per la progressiva trasformazione degli Administrative Tribunals in istanze sempre meno amministrative e sempre più simili al giudice: M. MACCHIA, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 1 ss.). Sulla diffusione di strumenti paragiurisdizionali, B. MARCHETTI, *Administrative Justice Beyond the Courts; Internal Reviews in Eu Administrations*, in ID. (a cura di), *Administrative Remedies in the European Union*, Torino, 2017, p. 2; sul rapporto tra rimedi amministrativi e rimedi giurisdizionali, specificamente nell'ambito del sistema europeo, P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018, p. 280.

¹² Si veda il contributo di M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in questo volume.

¹³ D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 299.

¹⁴ B. BERTRAND, J. SIRINELLI, *Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, II ed., Bruxelles, 2014, p. 565 ss.

¹⁵ Cfr. C. JAMIN, F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif – Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, 2018, p. 204.

una fase esecutiva in cui il giudice può pronunciare *injonctions* e *astreintes*, non arriva sino alla sostituzione tramite un commissario *ad acta*) non sia legato anche al mancato rilievo, in esso, di una situazione soggettiva da garantire in termini effettivi. Ciò, peraltro in un contesto più generale in cui la stessa possibilità che l'amministrazione legittimamente rifiuti l'esecuzione di una decisione giurisdizionale per motivi di interesse generale (con la conseguente emersione di una responsabilità senza colpa per violazione del principio di *égalité devant les charges publics*) conferma la instabilità della posizione del singolo rispetto al potere¹⁶.

2. Sindacato sulla discrezionalità e situazioni soggettive

Nell'ordinamento nazionale, l'esistenza di un sindacato effettivo sull'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione rientra tra gli elementi costitutivi del regime costituzionale dell'attività amministrativa, tale da connettersi e comunque interferire con ogni altro aspetto del suo svolgimento. La garanzia di tutela degli interessi protetti rileva per sé, nel suo profilo di diritto fondamentale, ma, da una diversa prospettiva, contribuisce anche alla legittimazione dell'amministrazione secondo un circuito che non si esaurisce nei meccanismi rappresentativi ma che, trovando canali diversi di responsabilizzazione¹⁷, si arricchisce di nuove forme e nuovi contenuti.

Il fenomeno non è slegato dalla interazione tra livello nazionale e sovranazionale: nella prospettiva europea, la ricerca di effettività del diritto (oggettivo) genera l'emersione di interessi protetti, la cui tutela diventa in prima battuta strumento per assicurare il conseguimento dei valori sottesi alla normativa¹⁸; assorbito il fenomeno nell'ordinamento interno, l'aporia con l'approccio soggettivo interno si ricompone recuperando il sindacato (in termini ampi, non soltanto giurisdizionale) come un fattore di *accountability* dell'amministrazione verso la

¹⁶ M. DEGUERGUE, *Les principes directeurs du procès administratif*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, cit., pp. 567-568.

¹⁷ D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, p. 9.

¹⁸ E dunque funzionalmente alla realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato. In alcuni ambiti ciò è particolarmente evidente: per esempio nell'ambito degli appalti pubblici (si vedano i cons. 3 e 17 della dir. 2007/66/CE: si rinvia sul punto S. TORRICELLI, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, in L. FOLLIOT LALLIOT, S. TORRICELLI, *Contrôles et contentieux des contrats publics – Oversight and Challenges of Public Contracts*, Bruxelles, 2018, p. 475) e dell'ambiente (si vedano il cons. 4 della dir. 2003/35/CE e i considerando della Convenzione di Arhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale: sul tema cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella Judicial Review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 734).

comunità, potenziato da un controllo che tende ad essere viepiù diffuso. Anche nel diritto italiano si è provato a trovare non dissimili agganci, ragionando sull'impatto dell'art. 118 Cost. sul processo¹⁹.

È una prospettiva nuova, questa, capace di incidere sul processo di formazione delle situazioni soggettive e capace di allentare il legame tra interesse tutelato e norma di protezione, con ciò radicando il tema del sindacato su un terreno molto più mobile e sfuggente, nel quale, impregiudicato il problema di quanta tutela ad essi viene poi accordata, l'ambito degli interessi protetti tendenzialmente si amplia. Il fenomeno non sembra limitato all'ordinamento nazionale.

La comparazione sul punto è resa complessa in rapporto a sistemi in cui il contenzioso giurisdizionale ha natura oggettiva o anche solo incerta²⁰, ed in cui dunque il tema dell'accesso al giudice è assorbito dalla ricorrenza delle condizioni generali dell'azione. Ciò detto, l'ampliamento del sindacato sembra riscontrabile anche in ordinamenti altri, sia in applicazione del diritto europeo, che per effetto di spinte autonome interne. Vi è il diritto europeo al centro dello stravolgimento che, nel diritto tedesco, ha fatto emergere interessi garantiti del terzo²¹, in un ordinamento in cui la centralità della nozione di diritto offre una tutela molto intensa per profondità, meno per ampiezza. Vi sono esigenze interne che, nell'ordinamento inglese, hanno portato all'ampliamento dello *standing*²², sia pure sulla base di una valutazione discrezionale tra interessi condotta applicando il principio di proporzionalità²³, in un sistema in cui il profilo sostanziale della situazione soggettiva tende a confondersi con quello processuale della legittimazione e dell'interesse al ricorso. Vi sono fibrillazioni generate dalla integrazione tra profili europei e profili interni nel basculare dell'ordinamento francese, che hanno prima portato ad aprire il *référé précontractuel*²⁴, allentando significativamente il requisito dell'interesse al ricorso²⁵, per poi stringere pretendendo che il vizio addotto abbia specificamente leso l'interesse di chi suscita il controllo del giudice²⁶.

¹⁹ F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 413.

²⁰ Si veda *supra*, nota nr. 3.

²¹ U. STELKENS, *Le contrôle et le contentieux des contrats publics en Allemagne*, in L. FOLLIOT LALLIOT, S. TORRICELLI, *Contrôles et contentieux des contrats publics – Oversight and Challenges of Public Contracts*, cit., p. 36.

²² P. CHIRULLI, *Standing e funzione della giustizia amministrativa. Una riflessione comparata*, in V. CERULLI IRELLI, *La giustizia amministrativa in Italia e Germania*, Milano, 2017, p. 77 e ID., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna*, Torino, 1996, p. 153.

²³ T. ENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford, III ed., 2015, p. 415.

²⁴ Cfr. R. NOGUELLOU, *Le contentieux contractuel en droit français*, in L. FOLLIOT LALLIOT, S. TORRICELLI, *Contrôles et contentieux des contrats publics – Oversight and Challenges of Public Contracts*, cit., p. 96.

²⁵ Conseil d'Etat, 8 agosto 2008, *Région de Bourgogne*.

²⁶ Conseil d'Etat, 3 ottobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion*

Il convergere di questi movimenti, se ha prodotto l'effetto di introdurre una maggiore imprevedibilità nel processo di identificazione di quali interessi siano protetti (lasciando a tratti perplessità sul perché lo siano), ha avuto però un altro effetto rilevante: quello di stemperare il rilievo della disciplina processuale come fattore condizionante il *quantum* della tutela.

La configurazione del sindacato è oggi, nel diritto vivente, la risultante tra disciplina sostanziale dell'attività e disciplina del processo. Anzi, rispetto ad esso, il profilo sostanziale e quello processuale appaiono intrecciati al punto da risultare difficilmente districabili: così, la combinazione tra dati strutturali interni alla situazione soggettiva, conformata dal carattere opinabile della scelta amministrativa, e dati esogeni, legati a limiti posti *a priori* circa poteri e modalità dell'intervento del giudice, ha definito in modo talora accidentale il confine tra sfera sindacabile e merito amministrativo.

Da un lato il codice del processo amministrativo, nonostante alcune contraddizioni²⁷, ha ridotto lo iato tra ciò che la situazione soggettiva merita di vedere garantito e la quota parte di quella tutela che il processo riesce a assicurare, per esempio attraverso l'arricchimento delle possibilità istruttorie e la moltiplicazione delle tipologie di azione (anche se, sia per l'esistenza di limiti normativi che per l'approccio culturale ai nuovi strumenti, ancora non si può considerare che il processo sia davvero in grado di dare quello che corrisponde al contenuto pretensivo dell'interesse protetto²⁸). E, come si è ricordato, anche su questo il modello di ordinamenti stranieri maggiormente capaci di costruire il processo in funzione della effettività della tutela ha offerto elementi di stimolo rilevanti²⁹.

Dall'altro lato il diritto europeo, laddove, di fronte a interessi sensibili pregiudicati da legislazioni nazionali non sufficientemente efficaci, è intervenuto armonizzando, ha imposto il superamento di limiti che impedissero l'accertamento della violazione e il ripristino della legalità: la materia del processo in materia di appalti segnala nuovi equilibri tra intervento europeo ed autonomia processuale³⁰, in un più generale quadro in cui i confini di quella autonomia tendo-

pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, in RFDA, 2008, 1128, con nota di P. DELVOLLE. Ne conclude R. NOGUELLOU (*op. ult. cit.*), che “[c] *ela signifie que ce recours n'est plus un recours objectif, permettant la remise en cause de la procédure de passation pour toute violation d'une obligation de publicité ou de mise en concurrence, mais un recours subjectif, qui doit permettre au requérant de faire sanctionner un manquement qui a, pour lui, des incidences défavorables*”.

²⁷ G.D. COMPORTE, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio*, Firenze, 2016, p. 35.

²⁸ Vedi *infra*, nota nr. 34.

²⁹ M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 254.

³⁰ M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in G. GRECO, *La*

no a slabbrarsi³¹. Ma anche al di là dell'armonizzazione, i principi europei hanno inciso smantellando barriere alla tutela, come quelle legate alla decisione sui ricorsi incidentali incrociati³², o imponendo una riflessione su certi orientamenti consolidati in ordine alla ricorribilità al giudice rispetto ad atti vincolati ancora non emanati³³.

La direzione non è sempre univoca³⁴: tendenzialmente, però, si può osservare che effettività della tutela e esigenze di garanzia del rispetto delle norme, nella loro duplice valenza individuale e sistemica, hanno riordinato il rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale, riaffermando il carattere servente del secondo rispetto al primo³⁵. E in un contesto in cui l'interferenza della conformazione del processo tende a stemperarsi, è possibile affrontare in modo più libero il tema del sindacato giurisdizionale, anche se tenendo conto della circostanza che la proliferazione delle situazioni soggettive ne acuisce l'importanza e può produrre impatti di sistema rilevanti.

Ora: nella tradizione italiana e dei paesi che ad essa hanno fatto da modello, il tema del sindacato del giudice sulla discrezionalità tende a coincidere, nella

giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Milano, 2012, p. 95 ss., spec. p. 114; si rinvia anche a S. TORRICELLI, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, cit., p. 475.

³¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 11 ss.; pur sottolineando come “[a] questa indubbia influenza non corrisponde però [...] l'omologazione a un determinato modello di processo amministrativo”; si veda anche G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 1 ss.

³² Su cui L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 563.

³³ Rinviando a S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 165.

³⁴ Si pensi anche solo al costo della giustizia (art. 13, co. VI bis, dPR 30 maggio 2002, n. 115), alla riduzione dei termini di ricorribilità (artt. 116 e 120, co. V, cod. proc. amm.), a certe anomalie circa l'istruttoria (la limitazione dell'utilizzo della consulenza ai casi in cui sia indispensabile – art. 63, co. IV, cod. proc. amm., – l'ammissione della sola prova testimoniale per iscritto – art. 63, co. III, cod. proc. amm. –, la mancata previsione di un obbligo di motivazione specifica sull'ammissibilità dei mezzi di prova richiesti) e circa i principi della prova (con l'ambiguità che deriva dal coordinamento tra l'affermazione del principio dell'onere della prova – art. 64, co. I, cod. proc. amm. – e la previsione di poteri ufficiosi disseminati negli artt. 63 e 64 cod. proc. amm.), alla introduzione di certi oneri di impugnazioni di atti non direttamente lesivi (art. 120, co. II e II bis, cod. proc. amm.).

³⁵ Cfr. I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. COMPORI, (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio*, cit., p. 89.

sua parte più caratteristica, con quello tradizionale dell'eccesso di potere. Tuttavia la questione del rapporto tra potere dell'amministrazione e intervento giurisdizionale (o, per usare una espressione più ambigua, del controllo del giudice nei confronti della pubblica amministrazione) non può non essere contestualizzato; poggia sulla superficie magmatica di ordinamenti fluidi e, dunque, ruota sì intorno ad alcune coordinate condivise, ma a sua volta non può mai dirsi completamente stabilizzato, nelle sue implicazioni pratiche e teoriche. Tant'è che a fronte di chi teorizza la inadeguatezza della nozione di eccesso di potere³⁶, vi è chi invece ad essa augura "lunga vita"³⁷.

Tra i fattori che mutano costantemente il quadro, è in particolare la discrezionalità che cambia e l'eccesso di potere non può che conformarsi ai suoi cambiamenti.

3. *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità. Dallo sviamento ad una relativa ragionevolezza*

Nella ricostruzione classica dell'eccesso di potere, la funzionalizzazione dell'azione amministrativa imperativa a un interesse primario, "centro focale della discrezionalità amministrativa"³⁸, consentiva di teorizzare un solido vincolo di scopo, tale da incanalare la discrezionalità in un solco preventivamente tracciato. Rimane qualche perplessità su quanto questa rappresentazione, forzatamente coerente con una concezione forte del principio di tipicità degli atti amministrativi, corrispondesse anche in passato alla realtà del quadro legislativo: se vi sono certamente ipotesi in cui è chiaro quale sia l'interesse a cui la norma intende preordinare il potere, non sono pochi i casi nei quali un generico riferimento all'interesse pubblico esaurisce la c.d. funzionalizzazione, lasciando interamente all'amministrazione il compito di indirizzare la propria azione verso il soddisfacimento di uno qualsiasi degli interessi compresi nella propria attribuzione. D'altra parte, il riconoscimento stesso della possibilità che vi sia, nella norma attributiva del potere, una pluralità di interessi primari di cui il legislatore non riesce a graduare l'importanza³⁹, pare contraddire in sé la forza legittimante della riserva in capo al legislatore in ordine alla determinazione del fine ultimo dell'azione amministrativa.

³⁶ Si veda lo scritto di C. CUDIA in questo volume (*Eccesso di potere e clausole generali*), e, più ampiamente, in *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., *passim*.

³⁷ Cfr. lo scritto di A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione*, in questo volume.

³⁸ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1983, p. 281.

³⁹ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 285.

In più, con la scissione tra l'interesse pubblico in astratto e in concreto⁴⁰ e il divenire l'interesse pubblico sempre più dipendente da una ponderazione da farsi in relazione alla pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti dall'azione amministrativa⁴¹, il carattere primario dell'interesse indicato o ricavabile dalla norma attributiva del potere tende inevitabilmente a recedere. Sembra generarsi così un riallineamento complessivo tra l'interesse preventivamente contemplato come rilevante dalla norma e gli altri interessi *ab origine* non sempre prevedibili che, agganciandosi ad altre norme non direttamente riferite alla fattispecie, irrompono e si impongono come interessi da valutare. Lo stesso crescere della pervasività della Costituzione, in quel produrre "una dispersione ottica che ha iniziato ad alimentare una pluralità di raggi e colori"⁴², moltiplica non solo parametri di giudizio, ma, si potrebbe aggiungere, anche valori affermati in astratto che trovano una loro concretizzazione costituzionalmente doverosa nell'attività amministrativa. Se la norma (anche quella che attribuisce il potere) non vive in solitudine e si inserisce in un sistema⁴³, la Costituzione costituisce il luogo in cui quel sistema innanzitutto si struttura. Ciò mette in discussione la prerogativa del legislatore allorquando non si limita a qualificare un interesse, ma giunge a definirne un carattere prevalente, che invece può manifestarsi solo sulla base di un giudizio di aderenza al caso di specie che tenga conto di quella moltitudine di interessi prodotti proprio dal processo di dispersione.

La nozione di interesse primario, se assunta nella sua connotazione pura di interesse da perseguire per forza, ma con il minor sacrificio possibile di interessi secondari, incontra così finanche un ostacolo costituzionale che riequilibra il rapporto tra amministrazione e legge, almeno quando non vi siano le condizioni che consentano al legislatore di vincolare l'attività amministrativa, facendo emergere una riserva di amministrazione sulla graduazione che prelude al bilanciamento. Per interesse primario, si dovrà allora intendere un "genere di interessi cui dovrà essere data particolare attenzione"⁴⁴, nel contesto di una procedimentalizzazione che offre un luogo in cui quelli e gli altri interessi possono in concreto emergere per la loro effettiva conformazione, facendo anche risaltare eventuali omissioni e rendendo più effettivi gli obblighi di armonizzazione e sintesi che gravano sull'amministrazione precedente.

⁴⁰ Ricostruiscono la genesi e il consolidamento della distinzione R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo (estratto)*, Torino, 2006, p. 90, ma anche p. 92.

⁴¹ "L'interesse pubblico – è stato osservato – è concepito alla stregua di una ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare la sua giustificazione *ex post* nell'istruttoria": R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 90, ma anche p. 92.

⁴² Così A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione*, in questo volume.

⁴³ C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 130.

⁴⁴ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 27.

Un ulteriore passaggio più recente conclude, ad oggi, questa parabola. Il problema del sindacato deve essere messo in rapporto (oggi ma non solo oggi⁴⁵) con il grado di complessità dei fenomeni socio-economici che la discrezionalità è chiamata a regolare, perché i fenomeni molto complessi, oltre a produrre una tecnicizzazione che spinge verso una riserva in favore dell'amministrazione⁴⁶, richiedono poteri di regolazione multiformi, poliedrici, capaci di contenere e comporre una molteplicità di interessi che il legislatore non è nella condizione di tipizzare o di ordinare in base al rilievo del rispettivo impatto sulla vicenda amministrativa. Il grado di complessità risulta così direttamente correlato all'ampiezza della discrezionalità e alla sua capacità creativa rispetto alla produzione della regola del caso concreto. Ma un potere discrezionale fortemente creativo è un potere discrezionale nel quale le possibilità di intervento esterno si riducono e in cui il ruolo del giudice tende a attenuarsi⁴⁷.

C'è da chiedersi in questo contesto cosa rimanga dell'eccesso di potere nella sua forma classica dello sviamento, giacché esso si lega a un modello di regolazione monodirezionale, diretta a perseguire un interesse pubblico primario normativamente determinato o un interesse pubblico concreto facilmente determinabile⁴⁸. La relativizzazione dell'interesse primario, il cui carattere prevalente diviene solo "tendenziale"⁴⁹, e l'esplosione degli interessi che rilevano nelle vicende dell'amministrazione depotenziano la pervasività dello sviamento, che astrattamente costituisce il paradigma dell'eccesso di potere ma che appare sempre più recessivo: il controllo sulla discrezionalità si svolge prevalentemente su binari paralleli più o meno direttamente collegabili alla ragionevolezza della scelta⁵⁰, riducendo in questo modo la distanza rispetto a ordinamenti diversi dal

⁴⁵ Si veda il contributo di M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in questo volume.

⁴⁶ Esemplificativa la giurisprudenza europea sulla intensità variabile del controllo sulle questioni tecnicamente complesse, che affronta la questione in modo ancora più netto (sul punto, F. DONNAT, *Le contrôle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 247).

⁴⁷ Si veda il contributo di G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in questo volume.

⁴⁸ Il fenomeno della residualità dello sviamento non sembra solo italiano: si vedano W. GASPARRI, *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, e A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo*, entrambi in questo volume.

⁴⁹ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 269.

⁵⁰ Anche a dispetto della mancata menzione della ragionevolezza tra i principi dell'attività amministrativa, proprio nella legge sul procedimento amministrativo (come osserva criticamente D. SORACE, *Noterelle sullo spazio tra leggi e principi e tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo – Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, p. 196).

nostro in cui la ragionevolezza è giustappunto il parametro su cui fa perno il sindacato⁵¹.

Una ragionevolezza, quella che emerge, che ha una dimensione “orizzontale” più che “verticale”, che quindi è legata non più tanto al modo di perseguire un interesse pubblico predeterminato dal legislatore, quanto al modo di comporre una serie di interessi privati e pubblici che emergono nella fattispecie e che trovano connessione con una qualche norma capace di qualificarli. Coerentemente con la lettura comune del rilievo del procedimento⁵², e nella linea di una certa lettura del rapporto tra norma e interessi⁵³, sembra allora potersi affermare che l’interesse pubblico da perseguire si manifesta *a posteriori* come conseguenza della ragionevolezza della scelta, in una dinamica marcatamente relazionale: svincolato il potere dall’interesse primario, non ci sono interessi che sfuggono alla relazione con gli altri. Che poi il peso degli interessi possa essere in fatto diverso e condizionare la relazione, questo è un fenomeno che interessa ogni tipo di rapporto e non inficia la premessa.

Piuttosto, una conferma di questa impostazione si coglie *a contrario* nell’emersione e nel consolidamento del principio di precauzione⁵⁴. Esso si ripropone con forza un interesse primario che, nei limiti di una situazione di incertezza insuperabile, si impone all’interesse del privato a prescindere da ogni valutazione di ragionevolezza e ogni possibile forma di bilanciamento, seppure, come ovvio, nel rispetto del vincolo della proporzionalità. Il modello decisionale imperniato su un interesse dominante, dunque, non è tramontato: è solo confinato in ambiti connotati dalla forza costituzionale di un interesse specifico, in cui l’incertezza preclude *a priori* una previsione dell’impatto della decisione e dunque, stante il carattere primario di uno degli interessi coinvolti, una valutazione relazionale.

Se così è, allora, la discrezionalità appare sempre più un fatto dell’amministrazione⁵⁵, cui l’ordinamento riconosce uno spazio tanto crescente da determinare un pericoloso avvicinamento all’autonomia. Ciò con due precisazioni: la

⁵¹ Si veda il contributo di P. CHIRULLI, *L’evoluzione del controllo discrezionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, in questo volume.

⁵² Quale luogo di emersione e confronto tra interessi.

⁵³ Secondo cui ogni norma limitativa del potere si correla direttamente anche all’interesse privato al suo rispetto: A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1213, L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 78.

⁵⁴ Come più ampiamente argomentato in S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, cit., p. 43.

⁵⁵ Ciò non esclude la centralità del ruolo del giudice nella valutazione della ragionevolezza: A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 641, ma si tratta di una valutazione in cui il giudice, perdendo il riferimento normativo dell’interesse primario, deve riferirsi ad una valutazione comparativa tra interessi la cui graduazione, prima ancora del suo bilanciamento, presenta a sua volta un merito riservato.

prima è che comunque essa è inquadrata nell'ambito dell'attribuzione dell'organo; la seconda è che questo avvicinamento si realizza (almeno) in relazione al dato fondamentale relativo alla scelta degli interessi da realizzare e fermi i vincoli legati alla adeguatezza dell'atto rispetto agli interessi che, in modo appunto quasi oramai autonomo, l'amministrazione finisce con il darsi in concreto. Ma, per il primo profilo, il tema dell'attribuzione e dei suoi limiti è un problema che si può anche impostare in termini di ampiezza della capacità d'agire, determinata secondo le coloriture proprie del rapporto tra amministrazione e interessi attribuiti. Per il secondo profilo, obblighi di adeguatezza si pongono sempre e in termini generali a chi agisca nell'interesse di altri⁵⁶. Le differenze insomma si attenuano molto.

Acuisce infine la centralità del ruolo dell'amministrazione il rafforzamento del rilievo giuridico dell'efficienza. Il buon andamento è da sempre principio costituzionale, ma sono oramai decenni che esso ha trovato una sua precisazione e dei crescenti punti di emersione nella disciplina dell'amministrazione e del rapporto con dirigenti e funzionari, sino a rendere necessario verificare se non vi siano implicazioni anche in relazione al regime della discrezionalità. Infatti, in un contesto in cui principi sono sempre relativi e, salvo un irriducibile nucleo, sono realizzabili nei limiti della ragionevolezza e nel quadro di un conflitto costante tra buon andamento e imparzialità⁵⁷, la valorizzazione dell'efficienza pone un parametro capace di incidere in concreto sul modo di esercizio della discrezionalità, anche graduando gli obblighi istruttori in capo all'amministrazione⁵⁸ e fissando divieti di aggravamento del procedimento che non dipendano da esigenze straordinarie⁵⁹. Si introduce così, nella ponderazione, un elemento disponibile per l'amministrazione, che le consegna un ruolo attivo non già nel bilanciamento tra interessi rispetto ai principi, ma nella stessa definizione del *quantum* dei principi che è effettivamente realizzabile, secondo gli standard di efficienza che l'organizzazione preposta riesce a osservare. Se ciò che si può richiedere, anche in relazione alla profondità delle attività procedimentali, è ciò che può ragionevolmente aspettarsi anche tenuto conto delle condizioni organizzative date, il fatto che il dirigente debba assicurare l'efficienza complessiva dell'azione incide nel senso di contenere gli obblighi legati al compimento di attività tese alla conoscenza della fattispecie e alla verifica della congruità della scelta rispetto ad essa. Né questo può stupire: se si accetta finanche che la tutela dell'interesse pubblico abbia un tempo, al punto da ammettere che possa recedere per effetto dei ritardi dell'amministrazione, a maggior ragione si dovrà accettare

⁵⁶Un accostamento che già si trova in G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1953, p. 27.

⁵⁷Cfr. D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 38.

⁵⁸Ancora si rinvia al contributo di G. MANNUCCI (*Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*) in questo volume.

⁵⁹Cfr. art. 1, co. 2, l. n. 241/1990.

che vi sia una fisiologica misura nelle attività da svolgere per arrivare all'esercizio espresso del potere: il profilo di ciò che è ragionevolmente richiesto dall'interesse pubblico tende a confondersi con ciò che è ragionevolmente richiedibile all'amministrazione, con una inevitabile ma pericolosa sovrapposizione di piani⁶⁰. L'efficienza, d'altra parte, trova un agevole canale di permeazione nel carattere manifesto che la giurisprudenza richiede affinché i vizi di ragionevolezza acquistino rilevanza nella fattispecie, dilatando lo spazio in cui la ragionevolezza possa risultare condizionata dal buon andamento. Il giudice si allontana così ulteriormente dalla possibilità di un sindacato.

Ciò si ripercuote sul contenuto pretensivo della situazione soggettiva incisa dall'esercizio del potere discrezionale o comunque tecnico-valutativo, che si arresta al confine di una ragionevolezza che dipende anche dalla quantità di risorse che ci si può aspettare siano diligentemente dedicate a ciascuna vicenda.

Ma il fenomeno, ammesso che sia stato qui correttamente inquadrato, ha comunque un suo bilanciamento con altri movimenti che sembrano in essere e che analogamente incidono su forma e contenuto della discrezionalità.

4. *Soggettivizzazione dell'eccesso di potere e strutturazione della discrezionalità*

L'accentuazione del carattere poco sindacabile dell'operazione di composizione di interessi pone più gravemente il problema di definire la cornice rigida entro cui quella operazione si svolge. Due considerazioni si possono fare, al riguardo, relative rispettivamente alla natura dei limiti normativi al potere discrezionale e alla quantità dei limiti necessari perché il potere sia accettabile, sia in termini di sistema, sia in termini di relazione specifica con l'interesse leso: due profili che, peraltro, presentano profonde interconnessioni.

Anche prescindendo dall'intensificazione dei vincoli procedurali⁶¹ e dalla connessa valorizzazione della partecipazione⁶², è certamente vero che vi è stata, nel nostro come in altri ordinamenti, una proliferazione dei parametri da applicare, che, tra l'altro, hanno valorizzato la posizione del singolo e determinato una "progressiva evoluzione incrementale della figura del cittadino, nei suoi rapporti

⁶⁰ Non tanto per l'impatto con l'interesse del privato, per il quale potrebbe ritenersi esistente un onere di partecipazione procedimentale (ove si tratti di procedimenti ad istanza di parte), quanto piuttosto per l'interesse pubblico, tutelabile nei limiti dell'organizzativamente possibile.

⁶¹ Sul fenomeno della codificazione dei procedimenti amministrativi, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State*, Oxford, 2016.

⁶² J.B. AUBY, *General Report*, in ID. (a cura di), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2014, p. 18.

con l'amministrazione"⁶³: questo elemento rileva almeno sotto due diversi punti di vista.

Da un lato, l'eccesso di potere sembra avere nel tempo perduto la sua autoreferenzialità, che lo relegava alla verifica ad una operazione binaria di confronto tra la decisione assunta e l'interesse pubblico, sulla base di un percorso fatto di due passaggi. Prima, come si è già visto in una diversa ottica, esso ha acquisito una sua consistenza soggettiva attraverso l'ammodernamento della nozione di interesse pubblico, sempre più plasmato in concreto dalla considerazione dell'interesse del privato. Poi, esso ha dovuto fare i conti con il rilievo diretto dell'interesse soggettivo, non solo attraverso il canale consueto della imparzialità⁶⁴, ma anche a seguito della precisazione del parametro della proporzionalità e di quello del legittimo affidamento⁶⁵, che connotano la pretesa del privato in termini puramente oppositivi. Rivendicandone l'applicazione, il privato perde ogni ruolo rispetto alla realizzazione dell'interesse pubblico, per opporsi per sé e anche contro un interesse pubblico che non è minacciato dal vizio che affligge l'atto. È in fondo una mera ricaduta dalla acquisizione, sempre più condivisa, per cui le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere non esprimono un sintomo dello sviamento, ma inficiano la legittimità di un atto correttamente finalizzato per il modo inaccettabile in cui l'interesse pubblico è stato perseguito, in un mondo giuridico in cui tutto, ivi inclusa l'attività amministrativa, si sostanzia in una relazione tra interessi coinvolti.

L'eccesso di potere dunque duplica la sua proiezione, poiché, per un verso, offre una cappa di protezione dell'interesse pubblico, ma, per l'altro, presidia anche alcuni tratti fondamentali dell'interesse privato, inficiando la legittimità di atti che lo ledano indebitamente. Questo segnala in qualche misura un'aporìa: lo dimostra la dottrina d'oltralpe quando individua nella possibilità che il ricorrente, dotato di un interesse a ricorrere, invochi una violazione che non incide sul suo interesse, un indice del permanere del carattere oggettivo del contenzioso⁶⁶. Ma anche questa duplicazione, che effettivamente riflette l'odierno punto di approdo nell'evoluzione del vizio, merita di essere meglio precisata e, in certa misura, messa in discussione, intercettando così l'altro profilo del processo di soggettivizzazione dell'eccesso di potere sopra evocato.

Se guardiamo infatti al sistema multilivello in cui anche l'attività amministrativa è inserita, si può notare una fattuale convergenza tra il diritto italiano e quello europeo nel senso di circoscrivere la discrezionalità. Il diritto italiano muove però da un dato sistemico, costruendo questa esigenza di strutturazio-

⁶³ F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 394.

⁶⁴ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 245.

⁶⁵ R. NOGUELLOU, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le régime des décisions administratives*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 1142.

⁶⁶ C. BROYELLE, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?*, cit., p. 31.

ne del potere sul perno del bisogno di trovare per esso una legittimazione⁶⁷; i fondamenti si rinvergono quindi in principi legati all'assetto dell'architettura istituzionale, a cominciare dal principio di legalità sostanziale (e dalla connessa controllabilità del potere *ex post* ad opera del giudice). Il diritto europeo esprime uno stesso bisogno di delimitare la discrezionalità, ma, partendo paradossalmente da un più chiaro punto di vista soggettivo, richiama una sorta di diritto ad una prevedibilità minima del risultato della scelta amministrativa⁶⁸, sulla premessa che l'eccessiva incertezza rappresenta un fattore dissuasivo nella circolazione e dunque un ostacolo all'effettività del mercato unico⁶⁹. In questo il riecheggiare, in termini mercantili, del diritto del cittadino messo di fronte a una norma a che egli possa prevedere, in una misura di volta in volta adeguatamente dettagliata, le conseguenze che possono scaturire da un suo determinato comportamento⁷⁰. È ciò che si può ricavare anche, in termini più generali, dalla contrapposizione proposta tra *arbitrariedad* e *seguridad*⁷¹, nell'ambito della quale le regole che tra-

⁶⁷ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 31.

⁶⁸ Corte Giust. UE, 18 luglio 2013, C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd* e altri, pur riferito al caso molto specifico dell'applicazione di sanzioni. Una dimostrazione anche *a contrario* si trova nella decisione *Siderurgica Latina Martin SpA*, in cui il Tribunale ha ritenuto che “gli obiettivi di repressione e di dissuasione perseguiti dalla politica della concorrenza possono giustificare che si eviti di rendere le imprese in grado di valutare esattamente i benefici e gli inconvenienti che trarrebbero dalla loro partecipazione a un'infrazione”, concludendo che “è sufficiente che le imprese, se necessario con l'ausilio di una consulenza giuridica, possano prevedere in maniera sufficientemente precisa i criteri e l'ordine di grandezza delle ammende che rischiano” (Tr. UE, 15 luglio 2015, T-389/10 e 419/10). Per un verso, si conferma la necessità della prevedibilità; per l'altro sembra scorgersi l'esigenza di giustificare l'ambito di incertezza (dunque, la discrezionalità), che viene in questo caso collegato alla volontà di non consentire al privato di prevedere le conseguenze di un comportamento indesiderato: *ergo*, se invece il comportamento è desiderato (come lo è l'esercizio delle libertà del Trattato) l'ambito di incertezza tollerabile tende a ridursi.

⁶⁹ Significativa la *ratio* alla base della predeterminazione dei criteri per il rilascio di autorizzazioni (art. 10, dir. 2006/123/CE), funzionale all'obiettivo di “eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del Trattato” (cons. 5). Questo può considerarsi confermato dalla giurisprudenza europea in relazione agli appalti, che richiede che “tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte”, coerentemente con lo scopo di “eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro” (Corte Giust. CE, 24 gennaio 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE e altri c. Dimos Alexandroupolis e altri*).

⁷⁰ CEDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times*; cfr., J. JOWELL, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative nel diritto inglese: l'evoluzione dei principi sostanziali*, in AA.VV., *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990, pp. 224, 174.

⁷¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Paracuellos de Jarama, 1997, p. 82.

sformano l'arbitrio offrono un quadro accettabilmente certo tale da assicurare una sicurezza che, tra i suoi molti sensi, non può non avere anche una dimensione individuale legata alla prevedibilità. E che questo elemento meriti tutela, lo confermano alcune norme dell'ordinamento nazionale che si fanno carico di fornire al privato una anticipazione dell'esito dell'esercizio del potere, in via preventiva⁷², anche consolidando una sua posizione di affidamento che poi limita l'ambito delle future scelte dell'amministrazione. Si potrebbe aggiungere che un sufficiente grado di predeterminazione garantisce al contempo un sufficiente grado di prevedibilità della decisione giurisdizionale⁷³, che, ove i principi operino in uno spazio troppo ampio, tende ad assumere coloriture improprie, così completando il quadro.

Ma, al di là di una comune sensibilità verso il problema dell'eccesso di incertezza, la più chiara caratterizzazione in senso soggettivo della definizione delle regole che limitano la discrezionalità produce un effetto di maggiore vincolo. Questo perché nella prospettiva di prevenire un effetto dissuasivo rispetto all'esercizio dell'iniziativa privata, la valutazione circa il grado "sufficiente" di predeterminazione si fonda su una misurazione da farsi esclusivamente *ex ante*, senza che un potere configurato in termini troppo laschi possa trovare una propria giustificazione per il rilievo integrativo della partecipazione procedimentale, in connessione con l'intervento di una motivazione che dia conto della ragionevolezza della scelta (che viceversa rilevano in una prospettiva legata alla mera ricerca di una legittimazione oggettiva dell'azione amministrativa). La maggiore intensità del vincolo è peraltro compensata dal fatto che, in quest'ottica, non rileva la natura e la provenienza dell'atto che limita il potere, imponendo una riflessione sulla strutturazione di un processo decisionale⁷⁴ in cui i criteri di esercizio che assicurano prevedibilità del risultato possono ben essere posti non solo da atti normativi, ma anche da atti amministrativi generali.

La prospettiva europea, dunque, conferma l'irrilevanza della natura della norma regolativa dell'esercizio del potere rispetto alla situazione soggettiva degli interessati, non già solo per l'intrinseca irragionevolezza di una distinzione che

⁷² Si pensi alla previsione, ad opera dell'art. 14, co. 3, l. n. 241/1990, di una conferenza di servizi preliminare "finalizzata a indicare al richiedente, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati", così da eliminare un elemento dissuasivo alla realizzazione di progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi. Si pensi anche alla diffusione, negli strumenti urbanistici, della previsione di pareri preventivi di assentibilità, che intercettano un analogo bisogno.

⁷³ C. HARLOW, *Una rassicurazione simbolica: il ruolo del controllo giurisdizionale in una democrazia liberale*, in AA.VV., *Cittadino e potere in Inghilterra*, cit., p. 224.

⁷⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, p. 59. Criticamente, sul punto, M. BOMBARDELLI, *Decisione e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, rispettivamente, pp. 259, 264 e 266.

pretenda di poggiare sull'interesse cui la regola è preordinata⁷⁵, ma perché, anche a voler ritenere che essa abbia un suo condivisibile fondamento, la funzionalità del limite normativo all'interesse individuale a potere prevedere l'esito della scelta dell'amministrazione ne esalta la connotazione in termini (anche, non meno e contestualmente) di garanzia del soggetto investito dagli effetti dell'atto. In questo senso, sembra potersi concludere che ogni violazione importa sempre una lesione della situazione soggettiva, non perché quella situazione soggettiva si sostanzia in un generico interesse alla legittimità (poi concretamente tutelabile in presenza di un interesse a ricorrere costituito dalla effettiva lesione di una *chance*), ma perché contiene al fondo la tutela delle condizioni che hanno determinato il comportamento del privato.

Si rafforza così una lettura più chiaramente conflittuale del rapporto tra amministrazione e cittadino, o, almeno, si depotenziano visioni eccessivamente avvolgenti che riconoscono al privato un ruolo collaborativo rispetto al farsi del potere, se non anche strumentale⁷⁶, o che comunque identificano collegamenti organici tra l'interesse del privato e quello pubblico. Il che potrebbe rappresentare una premessa utile per ricostruzioni in cui la posizione del privato assume una consistenza del tutto indipendente dal suo rapporto con l'interesse pubblico (la cui presenza nella fattispecie finisce con l'essere del tutto accidentale)⁷⁷, senza per questo schiacciarsi su un mero diritto al rispetto delle regole e senza perdere il suo raccordo con un bene della vita.

5. *Le implicazioni dell'adozione di un atto viziato nella prospettiva dell'amministrazione*

Le considerazioni esposte, che consentono di ricostruire in termini unitari il quadro normativo che lega l'attività amministrativa (in funzione dell'interesse al mantenimento delle condizioni di prevedibilità del contenuto della scelta finale) non esclude però che vi siano materialmente casi in cui l'interesse privato all'eliminazione dell'atto possa manifestarsi in contrapposizione con il conseguimento dell'interesse pubblico cui l'atto è preordinato (o, se si sviluppano le premesse poste, a uno degli interessi pubblici che rientrano nell'attribuzione dell'amministrazione procedente) e casi in cui invece l'interesse del privato coincide con l'interesse pubblico alla eliminazione di un atto che non sia in grado di soddisfare neppure quest'ultimo.

⁷⁵ Cfr. *supra*, nota nr. 49.

⁷⁶ Come osserva criticamente A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, cit., pp. 12-14.

⁷⁷ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 350.

Ora: la lettura omogeneizzante delle norme che regolano il potere si lega strettamente alla prospettiva scelta, che è quella del soggetto investito, più o meno direttamente, dagli effetti dell'atto illegittimo. In particolare, se si sposta la prospettiva e si considera la posizione dell'amministrazione, l'impatto eventuale del vizio sull'interesse pubblico non può non rilevare (specularmente, invero, al fatto che il vizio rileva per il privato solo quando lede il suo interesse e non quando, pur incidendo sul perseguimento dell'interesse pubblico, è per lui irrilevante o addirittura utile).

In astratto si può osservare che ogni violazione del diritto deve interessare l'amministrazione, che non può non tendere al suo dover essere. In concreto, però, l'ordinamento non riconosce all'amministrazione un dovere di ripristinare la legalità infranta da atti illegittimi. Dunque, il dovere di agire legittimamente che la investe nella fase precedente alla adozione del provvedimento esaurisce il ruolo dell'amministrazione circa il rispetto delle norme. L'intervento dell'atto segna il discrimine tra la posizione attiva dell'amministrazione che deve fare quanto serve per osservare il diritto e la posizione passiva dell'amministrazione che subisce gli effetti della sua violazione: insomma, adottato l'atto, il fatto che quell'atto sia o meno legittimo è un fatto che, in quanto tale, non interessa in sede amministrativa, per cadere nello spettro di attenzione dei vari giudici.

Ciò che continua ad essere un fatto che riguarda l'amministrazione è invece la soddisfazione dell'interesse pubblico e dunque l'esistenza di atti che non siano semplicemente illegittimi, ma che non siano in linea con esso. Le violazioni consumate possono così generare un dovere di provvedere, non solo e non tanto perché riflettono una scelta *contra ius* (con le sue fisiologiche conseguenze in termini organizzativi e repressivi), ma anche perché detti comportamenti *contra ius* possono inficiare la finalizzazione dell'atto all'interesse pubblico.

Se ordinariamente l'annullamento d'ufficio rende necessario motivare sulla prevalenza dell'interesse pubblico rispetto agli interessi privati qualificati dall'affidamento alla stabilità dell'atto, quando il vizio si manifesti solo in relazione alla lesione di un interesse privato l'annullamento è per definizione indesiderabile: il rilievo della violazione dell'interesse del privato recede rispetto alla opportunità di stabilizzare atti che soddisfano l'interesse pubblico (quello originario o quello che emerge a seguito della valutazione in sede amministrativa degli effetti di un eventuale annullamento). I limiti processuali che depotenziano l'azione di risarcimento impediscono anche di trovare nell'interesse finanziario dell'amministrazione una possibile via di uscita.

Invero, qualche segnale di ricomposizione si coglie. Questa radicalizzazione del rapporto conflittuale tra amministrazione e privato è un'ennesima conseguenza della eliminazione del sistema dei controlli, che, in forme più o meno ampie, prolungavano il dovere di legalità oggi confinato solo nella fase prodromica alla adozione dell'atto. Ne segue che la reintroduzione di un interesse stabile e in una certa misura autonomo alla legalità, proprio di questa fase recente

del diritto amministrativo, affida alla amministrazione, intesa nel suo complesso, un ruolo anche diverso e attenua quello che, stando alle regole sull'annullamento, si traduce in un obbligo di indifferenza rispetto alla violazione perpetrata. Non è probabilmente questo l'intento che ha mosso il legislatore, ma l'emergere di una pluralità di centri di controllo che, anche nel quadro di una attenzione crescente al problema della legalità, compongono una rete di protezione del rispetto delle regole⁷⁸, l'introduzione di obblighi di stimolo reciproco ad una verifica di legalità⁷⁹, la previsione di poteri di opposizione o impugnazione di alcune amministrazioni verso altre⁸⁰, la accentuazione degli effetti delle violazioni e la connessa preclusione alla stabilizzazione degli atti⁸¹, danno il segno del recupero del valore della legalità *per se*, rispetto a valori di sistema su cui convergono interessi generali ed interessi individuali, attenuando così la radicalità del conflitto tra amministrazione e persone.

6. *Una sola ultima considerazione per continuare*

Che dire, allora, per concludere queste note preliminari e introdurre agli scritti che seguono. Che il sindacato sulla discrezionalità nelle sue varie declinazioni e, in particolare, nella sua forma dell'eccesso di potere costituisce, al contempo, una cartina di tornasole delle trasformazioni dell'ordinamento e uno dei fattori di condizionamento del cambiamento. Esso, tuttavia, risente di molte delle incertezze che derivano dalla fluidità dei sistemi e dalla relatività delle situazioni soggettive. Di qui la necessità di un continuo monitoraggio che ne registri gli scostamenti, per regolarlo in funzione dell'insieme degli equilibri di cui è causa e frutto. Non è affatto un problema solo teorico: è un problema pratico; anzi, è *il* problema pratico da cui dipende, nel campo delle relazioni amministrative fondate sul disequilibrio, la effettività del diritto e dei diritti.

⁷⁸ A cominciare dalla istituzione di ANAC.

⁷⁹ Art. 106, co. 8, e 162 cod. contr.; art. 5, co. 3, d.lgs. n. 175/2016.

⁸⁰ Art. 14 quinquies, l. n. 241/1990; art. 21 bis, l. n. 287/1990.

⁸¹ Art. co. 1 e 1 bis, cod. contr.