

Itinerari della giustizia amministrativa e del suo giudice

Consiglio di Stato – Roma, 20 novembre 2019

Seconda sessione

**Dallo sviamento di potere al sindacato sulla proporzionalità  
dell'azione amministrativa**

Il tema della sessione che mi trovo a presiedere verte su espressioni polisenso che toccano pressoché ogni area del diritto pubblico. Non è naturalmente mia intenzione compiere un'incursione sul territorio di specifica pertinenza dei cultori del diritto amministrativo e mi limiterò piuttosto ad accennare alle linee di tendenza di cui i concetti implicati sono espressione.

Non è un caso che ci si confronta con istituti oramai riconosciuti e praticati, pur nella specificità di ciascun ordinamento, pressoché da ogni Corte, costituzionale o comune, nazionale o internazionale, che possa attribuirsi al novero di ciò che Cappelletti, con una definizione ormai celebre, definiva le *giurisdizioni di libertà*.

Il controllo del pubblico potere, quale che sia la veste con cui si manifesta, la repressione dei suoi abusi e la conformazione di esso per mezzo di regole di giudizio che sappiano imporgli mitezza sono la stella polare di un processo di allargamento delle forme di tutela delle libertà da parte del giudice, che si vale di strumenti flessibili e altamente tecnicizzati, ovverosia basati su formule applicative, quali le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, soprattutto, il giudizio trifasico di proporzionalità. Esse si prefiggono, non senza una certa

dose di esagerata ambizione, di oggettivare il sindacato giurisdizionale, attraendolo quanto più possibile in una sfera di predicata neutralità, che serva da cuscinetto rispetto alla tensione che esso può ingenerare a causa dell'interferenza con l'esercizio della discrezionalità legislativa o amministrativa.

In termini più espliciti: nell'ottica dell'equilibrio tra i poteri dello Stato, ciò che si guadagna sul piano dello spazio acquisito alla giurisdizione deve trovare compensazione nell'impiego di processi decisionali squisitamente formalizzati, perlomeno nelle premesse teoriche. E ciò per assicurare sul *self-restraint* praticato dalle Corti giungendo ad un compromesso tra istanze di attivismo e contro-istanze di deferenza giudiziale nei confronti dei decisori politici e degli organi dell'amministrazione.

Da qui la propensione a sintetizzare con formule quasi geometriche i termini del controllo giurisdizionale, così evidente quando si ragiona dello scrutinio di proporzionalità, scomponendolo nelle tre fasi della verifica di idoneità, della necessità e del bilanciamento dell'atto oggetto di scrutinio.

È infatti questo il *proprium* del controllo di proporzionalità in senso stretto, rispetto alla necessità, da sempre avvertita, che l'attività dei pubblici poteri sia proporzionata, ovvero armonica e coerente, posto che soltanto nell'esercizio di tale controllo si offre al giudice una specifica tecnica di decisione, diversa dall'apprezzamento intuitivo della sproporzione.

Questa tendenza bifronte a una maggiore incisività del sindacato giurisdizionale, tuttavia realizzata attraverso un'accentuata formalizzazione del *modus decidendi*, è ben evidente nella giustizia amministrativa. Qui è risaputo che l'affinamento del controllo giurisdizionale dalla riprovazione dello sviamento di potere fino all'indirizzo dell'azione amministrativa attraverso lo scrutinio di proporzionalità può considerarsi una delle tappe importanti di un più generale fenomeno, ampiamente rimarcato, costituito dal passaggio dal sindacato sull'atto al sindacato sul rapporto ad esso correlato.

Verificando che la potestà amministrativa si sia manifestata attraverso un provvedimento che persegue effettivamente le finalità per le quali la legge l'ha istituita e conformata (cd. sviamento), il giudice non esce dalla logica intrinseca all'atto oggetto del suo sindacato, una logica necessariamente ordinamentale. Invece, espandendo la propria vigilanza fino alla verifica dell'efficacia dell'azione intrapresa rispetto all'obiettivo, e, soprattutto, della inesistenza di alternative di minor sacrificio per gli interessi compressi (come avviene nello scrutinio di proporzionalità), il giudice determina l'ingresso nel processo dello stesso mondo fenomenico, fiaccando la stessa riserva di discrezionalità amministrativa, quanto alla predisposizione dei mezzi opportuni per conseguire lo scopo legale.

Non si deve tuttavia pensare che, nella sostanza, corra uno iato profondo tra il sindacato sull'eccesso di potere e il controllo di proporzionalità, come se quest'ultimo, anziché un ulteriore strumento

di indagine e di controllo, segnasse il tracollo del primo a fronte di una tecnica qualitativamente incomparabile per pregio ed effetti. Piuttosto è più prudente confidare in un effetto sinergico, che valga a completare le forme di tutela ammissibili. Perché, in ogni caso, entrambi i concetti originano dall'ambizione del sindacato giurisdizionale di rendersi più effettivo e adeguato alle sollecitazioni dei consociati.

Non può sfuggire in particolare che storicamente anche il vizio di eccesso di potere, introdotto normativamente dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato a raffigurare l'ipotesi dell'incompetenza assoluta, sia stato poi adattato da quello stesso giudice alle esigenze della tutela giurisdizionale, evolvendosi nello sviamento della funzione rispetto alla finalità assegnatale dalla legge. E, del resto, ove si riconosca autonomia concettuale alle cd. figure sintomatiche di eccesso di potere, rispetto allo sviamento in senso proprio, ne vien fuori che talune di esse hanno di per sé già la capacità di attivare una componente di proporzionalità nell'agire amministrativo. Perché un atto manifestamente illogico, ingiusto, o anche basato su un palese travisamento dei fatti, disvela con ciò stesso la propria sproporzione.

Può peraltro essere di interesse osservare, per alimentare almeno un dubbio sulla linea di sviluppo qualitativo che assisterebbe il passaggio dall'eccesso di potere alla proporzionalità, che nella giustizia costituzionale il test di proporzionalità esordisce ben presto, ibridandosi con la non pacifica figura dell'eccesso di potere

legislativo. È, in particolare, la nota sentenza n. 14 del 1964 sulla legge di nazionalizzazione delle imprese elettriche che si impegna in una verifica sulla congruità dei mezzi impiegati rispetto allo scopo perseguito dalla legge, avviando un percorso che giungerà, con l'altrettanto conosciuta sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale, ad applicare esplicitamente il criterio cd. del minor sacrificio.

Nella giurisprudenza costituzionale, del resto, un'esigenza di "proporzione" è sempre stata affermata con riferimento ai trattamenti *lato sensu* sanzionatori, o comunque pregiudizievoli per le libertà della persona, perché "*adeguatezza e proporzionalità (...) costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti*" (sentenza n. 1 del 1997).

Che alle origini del giudizio costituzionale la proporzionalità di una legge, corollario della sua ragionevolezza, sia stata oggetto di maggior attenzione rispetto al suo presunto sviamento dalla funzione legislativa, e che il contrario sia accaduto nel processo amministrativo, quanto ai provvedimenti, non si spiega solo con la frequente osservazione per la quale la legge è libera nei fini, diversamente dall'attività amministrativa, e dunque incontrollabile sotto il profilo della deviazione funzionale. Sul punto, si potrebbe infatti osservare che, quand'anche si neghi la integrale funzionalizzazione dell'attività legislativa, vi sono pur sempre in Costituzione specifiche riserve di legge di scopo (si pensi all'art. 43 Cost.), mentre, in taluni settori (la decretazione d'urgenza, in sede di controllo dei requisiti straordinari di necessità e urgenza; la cd.

chiamata in sussidiarietà) persino il tradizionale principio per il quale la legge non richiede motivazione è posto in dubbio.

Piuttosto opera qui uno specifico *humus* culturale, che colloca nella legge la sede delle garanzie, e teme invece l'arbitrio nell'azione esecutiva dei pubblici poteri. Il canone della proporzionalità, allora, con la sua capacità di modellare le regole legislative, in sé sottratte ad un preliminare sospetto di abuso funzionale, appare più efficace di una occhiuta sorveglianza sulla frode alla Costituzione. Mentre di fronte all'amministrazione è anzitutto al profilo di sviamento, rispetto alla legge, che si volge lo sguardo quando l'atto giunge all'attenzione del giudice.

Anche su questo terreno, peraltro, le carte sono destinate a mescolarsi nuovamente. Perché, come il nuovo afflato garantista impresso alla funzione pubblica conforta l'amministrativista e lo conduce a privilegiare il controllo di proporzionalità, così il sopravvenuto disincanto rende sospettoso il costituzionalista nei confronti del legislatore, e rinnova l'interesse per una nuova stagione del pur contestato "eccesso di potere legislativo", non estranea, a sua volta, alla fattualità del giudizio imposta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (si pensi solo alle leggi che, con l'apparenza di dettare una normativa astratta, in realtà si propongono di risolvere una certa controversia particolare).

Insomma, aprendo questa seconda sessione, credo si possa in generale concludere che il controllo sullo sviamento di potere e lo scrutinio di proporzionalità costituiscono parti integranti, ed

entrambe necessarie, di un'efficace tutela giurisdizionale a fronte dell'esercizio di una pubblica potestà, nella forma della legge, ovvero dell'atto amministrativo.