

Antonella Sau

# La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi

Il caso del governo del territorio

FRANCOANGELI

**SDP**

Studi di  
Diritto Pubblico

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin** e **Aldo Sandulli**  
coordinata da **Fulvio Cortese**

## REDAZIONE

Fulvio Cortese, Angela Ferrari Zumbini, Simone Penasa, Andrea Sandri

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Aristide Police, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Aldo Travi, Michel Troper

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.

La Collana si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

Antonella Sau

# La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi

Il caso del governo del territorio

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

**Diritto Pubblico**

Primo premio del *Concorso per la migliore proposta editoriale* per le discipline giuspubblicistiche, promosso dalle Edizioni FrancoAngeli e dalla Collana di Studi di Diritto Pubblico – anno 2012.

Copyright © 2013 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

*Ai miei genitori e a mia sorella,  
perché se non fosse stato per loro...*



# INDICE

<b>Introduzione</b>	pag.	11
1. Il problema del potere e dei suoi limiti: dalle origini del principio di proporzionalità alle ragioni della sua centralità	»	11
2. La delimitazione del campo d'indagine al "governo del territorio". Le ragioni della scelta e l'obiettivo della ricerca	»	20
<b>1. Lo statuto generale del principio di proporzionalità</b>	»	27
1. Proporzionalità e ragionevolezza nel sindacato del giudice costituzionale	»	27
2. Il problema dell'identificazione di un principio autonomo di proporzionalità dell'azione amministrativa	»	35
2.1. Dalla ragionevolezza alla proporzionalità dell'azione amministrativa	»	46
3. Il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa: l'autonomia "sostanziale" ma non sempre "processuale" dei due principi	»	55
4. Le componenti strutturali del principio di proporzionalità: l'idoneità, la necessità, l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto	»	64
5. Le geometrie variabili del principio di proporzionalità	»	70
<b>2. La proporzionalità delle scelte amministrative che incidono sul "governo del territorio".</b>		
<b>L'urbanistica per piani</b>	»	85
1. Il potere discrezionale nella pianificazione urbanistica comunale: natura e limiti	»	85
2. Dalla natura agli effetti del potere urbanistico. Alla ricerca di un bilanciamento proporzionato nella pianificazione generale	»	98

3. I vincoli ambientali: una questione in parte diversa?	pag.	122
4. L'applicazione del principio di proporzionalità nella fase di gestione del vincolo	»	135
5. Governo del territorio e beni culturali: le occasioni di un incontro	»	149
5.1. L'applicazione del principio di proporzionalità nell'adozione delle misure di tutela del bene culturale	»	152
<b>3. La proporzionalità delle scelte amministrative che incidono sul "governo del territorio".</b>		
<b>L'urbanistica consensuale</b>	»	168
1. La realizzazione di un bilanciamento proporzionato: dalla ricerca del consenso all'adeguatezza della soluzione adottata	»	168
2. La discrezionalità amministrativa tra urbanistica pianificata e urbanistica contrattata	»	179
3. Il principio di proporzionalità negli accordi "a monte" della pianificazione urbanistica	»	182
4. Il principio di proporzionalità negli accordi "a valle" delle pianificazioni urbanistiche	»	186
5. Gli strumenti della proporzionalità	»	193
6. Alcune considerazioni e qualche riflessione conclusiva	»	204
<b>4. Gli strumenti di controllo della proporzionalità tra procedimento e processo amministrativo</b>	»	214
1. La motivazione del provvedimento amministrativo quale strumento procedimentale di controllo della proporzionalità	»	214
2. Il principio di proporzionalità come parametro del giudizio di legittimità dell'azione amministrativa	»	221
3. Il sindacato di proporzionalità nel nuovo processo amministrativo	»	243
<b>Bibliografia</b>	»	257

## RINGRAZIAMENTI

Questo libro rappresenta il risultato di uno studio sul principio generale di proporzionalità e sulla sua applicazione alla disciplina giuridica del governo del territorio condotto durante il dottorato di ricerca presso la Facoltà di Pianificazione del Territorio dell'Università Iuav di Venezia e proseguito presso la Facoltà di Arti, Turismo e Mercati dell'Università Iulm di Milano.

Nel licenziarne le bozze sono molte le persone che desidero ringraziare.

Il primo pensiero va al Prof. Marco Cammelli i cui preziosi insegnamenti hanno sempre guidato i miei studi e le mie ricerche e alla Prof.ssa Carla Barbati cui sono profondamente grata per l'attenzione che ha riservato al mio lavoro e per il sostegno ricevuto, senza il quale questo libro non avrebbe mai avuto luce.

Gratitudine particolare devo al Prof. Marco Dugato per la premura con la quale ha letto il mio lavoro senza mai lesinare consigli e spunti di riflessione.

Sincera riconoscenza devo poi, ai curatori della Collana: al Prof. Aldo Sandulli per la pazienza con la quale ha seguito l'evoluzione del mio scritto e per i molti suggerimenti che spero solo di aver saputo utilizzare al meglio ed al Prof. Roberto Bin, riferimento fondamentale per le tematiche costituzionalistiche.

Un affettuoso ringraziamento va infine al Prof. Giuseppe Piperata per il costante incoraggiamento.

Di eventuali errori ed omissioni sono ovviamente l'unica responsabile.



# INTRODUZIONE

## **1. Il problema del potere e dei suoi limiti: dalle origini del principio di proporzionalità alle ragioni della sua centralità**

Il tema della proporzionalità del potere pubblico, che solo in tempi sostanzialmente recenti è stato fatto oggetto di specifiche attenzioni da parte della dottrina amministrativa italiana<sup>1</sup>, ha origini molto lontane che risalgono addirittura alla fine del 1700, quando tale principio fece la sua prima comparsa, nell'*Oberverwaltungsgericht* prussiano, quale criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia<sup>2</sup>.

Nello Stato di polizia settecentesco il principio di proporzionalità si inseriva però all'interno di una teoria dei diritti che, assolutamente autoritaria nella sua impostazione di fondo, non riconosceva alcuna libertà individuale che non si collocasse all'interno della volontà statale; motivo per cui la proporzionalità finiva col tradursi in un mero divieto per le autorità di pubblica sicurezza di impiegare strumenti limitativi della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario per la realizzazione dell'interesse pubblico<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; Idem, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, 4643 ss.; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998 e più recentemente *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2011, 111 ss.; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

<sup>2</sup> I fondamenti storici e teorici del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco sono ben descritti da D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 11 ss.; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 264 ss.; J. Luther, *Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. soc.*, 1993, 1-2, 307 ss.

<sup>3</sup> Così G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, (a cura di) S. Mangiameli, Milano, 2006, 225 ss., 228.

Il principio di proporzionalità, attecchendosi a mero canone di moderazione del principio monarchico, implicava quindi in tale contesto un semplice riscontro di idoneità e di necessità dei mezzi coercitivi utilizzati dalla polizia rispetto al fine pubblico perseguito rappresentato dalla sicurezza e dall'ordine pubblico, senza che ciò comportasse alcun bilanciamento o valutazione comparativa tra diversi interessi e beni coinvolti dall'azione pubblica che, come si avrà modo di argomentare nel presente lavoro, rappresentano invece il campo d'azione proprio della proporzionalità.

Per quanto “la pretesa della misurabilità del potere pubblico sorga dal principio di divisione proprio dello Stato borghese di diritto, secondo cui la libertà dell'individuo è in linea di principio illimitata, mentre ogni potere statale è in linea di principio limitato e perciò misurabile”<sup>4</sup>, si dovrà aspettare l'affermazione del moderno Stato costituzionale<sup>5</sup> per avere un'applicazione del principio di proporzionalità che abbia come presupposto un vero e proprio bilanciamento tra mezzi utilizzati e fini perseguiti.

È infatti nello Stato costituzionale che teorizzandosi i diritti dell'uomo come elementi fondanti del sistema e funzionalizzando ad essi l'organizzazione dei poteri se ne ammette la ponderazione con interessi statali concorrenti, affermandone in linea di principio la preminenza e giustificandone la restrizione (solo) nell'ipotesi in cui ciò rappresenti l'indefettibile strumento per la realizzazione di un fine pubblico costituzionalmente rilevante e solo nella misura a ciò strettamente necessaria<sup>6</sup>.

L'adozione della Carta costituzionale, espressione di principi fondamentali e di valori condivisi cui la legge come ogni altra fonte di diritto è sottoposta, incidendo sul ruolo dei principi generali all'interno dell'ordinamento e sul modo di intendere tali principi in rapporto alle norme e alle regole giuridiche<sup>7</sup>,

<sup>4</sup> Le parole sono di Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, 179.

<sup>5</sup> Sulla nozione di Stato costituzionale P. Häberle, *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1993, XXX; Idem; *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma-Bari, 2006, 3 ss.

<sup>6</sup> G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 267; F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 37-38. Per una ricostruzione in chiave storica del passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma, 1999; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 39 ss.

<sup>7</sup> Sulla distinzione tra regole e principi: R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 147 ss.; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 48 ss.; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 101 ss., per il quale “la distinzione tra regole e principi è una distinzione qualitativa e non di grado”, infatti mentre i principi sono *Optimierungsgebote*, ossia precetti di ottimizzazione, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi

ha conseguentemente segnato, anche nel nostro ordinamento, la fine dello stato di diritto legislativo di matrice positivista, aprendo la crisi del principio ordinatore del primato “formale” della legge sul quale lo stesso era stato costruito<sup>8</sup>.

Come è stato correttamente osservato, tuttavia, a meno che non si precisi cosa si intenda per “crisi” del principio di legalità<sup>9</sup>, potrebbe “sembrare a tutta

diversi e che la misura prescritta dalla loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali ma anche dalla possibilità giuridica il cui ambito è determinato attraverso principi e regole collidenti, le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate, contengono cioè determinazioni (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile. In altri termini, i principi sono “norme che prescrivono che qualcosa sia realizzato nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità fattuali e giuridiche” (621); ed è proprio una delle tesi fondamentali della *Teoria dei diritti fondamentali* quella per cui tale definizione implica il principio di proporzionalità con i suoi sottoprincipi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto e che, viceversa, dal principio di proporzionalità segue logicamente il carattere di principi dei diritti fondamentali (133-137); G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 222 ss. ed in particolare 225. Sui principi generali del diritto vedasi per tutti: N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, (a cura di) N. Bobbio, Torino, 1994, 257 ss. e S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, 1986, XXXV, 494 ss.

<sup>8</sup> L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1990, XVIII, 2.

<sup>9</sup> “Si fa presto a dire che il principio di legalità esprime la soggezione dell’attività dei pubblici poteri, e particolarmente di quella amministrativa, alla legge, ma su questo principio sono state scritte intere biblioteche e ancor oggi si controverte circa il suo significato e anche circa la sua esistenza”, le parole sono di M. Nigro, *L’azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1587 ss. A conferma delle parole di Mario Nigro è sufficiente rilevare come in dottrina non vi sia concordia nemmeno in merito al fondamento costituzionale (che, ad es., L. Paladin, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1965, 166 ss., ravvisa nell’art. 3; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 19 ss., nell’art. 97, 1° comma e R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, 84 ss., nell’art. 101, 2° comma, della Costituzione) oppure legislativo (v. A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 ss., che ne ravvisa il fondamento nell’art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, sull’abolizione del contenzioso amministrativo) del principio di legalità, come evidenziato da S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, 658 ss., che ricostruisce l’intero dibattito dottrinale.

Non essendo nemmeno possibile tentare una ricostruzione della nozione di legalità ci si limita ad osservare come la maggiore dottrina abbia ormai sostanzialmente abbandonato la posizione tradizionale di G. Zanobini (*L’attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, (a cura di) G. Zanobini, Milano, 1955, 203 ss.) secondo cui l’amministrazione può fare solo ciò che la legge le consente di fare (c.d. legalità in senso formale), in favore di una nozione sostanziale secondo la quale la legge, oltre che prevedere il potere, ne disciplina l’esercizio. La nozione di legalità sostanziale ascrivibile a O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 272-274, è oggi condivisa, tra gli altri, da F. Levi, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, 124 ss. ed in particolare 134; L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, cit., 5 e 7; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 87 ss.; A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 125; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 1 ss.; F.

prima singolare il fatto che una crisi del principio venga rilevata o dichiarata proprio quando la logica fondamentale della garanzia avrebbe dovuto essere esaltata in sommo grado, cioè dopo l'avvento della Carta costituzionale che, pur senza riprodurre le formulazioni più consuete, chiaramente intende assicurare il più completo assoggettamento dell'attività amministrativa al dominio della legge"<sup>10</sup>.

La crisi della legalità segnalata dalla dottrina, che peraltro non ne ha mai messo in dubbio il valore e la centralità nell'ordinamento costituzionale<sup>11</sup>, si riferisce in effetti ad una "carezza" o ad una "insufficienza di effettività" del principio, in parte legata alle profonde trasformazioni che hanno caratterizzato l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa ed in parte dovuta alla

Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 92 ss.; S. Merz, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss., 1365; F. Merusi, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Problemi attuali di diritto amministrativo. Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, 1991, 215 ss., 218; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 244 ss.; S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., 2002, VI, 75 ss. ed in particolare 88-90; S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di) S. Cassese, I, Milano, 2003, 220 ss.; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2011, 13 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, 36-38, che distingue tra una legalità in funzione di indirizzo (nel senso che l'amministrazione non può che perseguire i fini previsti dalla legge) e una legalità in funzione di garanzia che attiene più propriamente alla tipicità del potere amministrativo (nel senso che, in genere, il potere può essere esercitato "solo se, da chi, quando e come la legge stessa lo preveda"). In termini diversi invece S. Fois, *Legalità (principio di)*, cit., secondo il quale la nozione di legalità va intesa come conformità al parametro normativo, con la conseguenza che all'amministrazione è consentito di adottare solo atti conformi ad uno schema astratto fissato da una norma legislativa (696).

<sup>10</sup> F. Ledda, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di "crisi"*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, (a cura di) F. Marongiu, G.C. De Martin, Milano, 1992, 151 ss., 153. Sul tema più diffusamente M. Dogliani, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008, 61 ss. ed in particolare 70 ss.

<sup>11</sup> Sebbene S. Cassese, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 3, 789 ss., abbia osservato come l'attribuzione al principio di legalità di un posto dominante oltre ad essere "giuridicamente errata...conduca anche ad altri errori. L'ossequio nominalistico per il legislatore, infatti, finisce per mettere in secondo piano altri, più sottili ed efficaci metodi di controllo dei poteri pubblici. Basta ricordare...il contemporaneo ampio ricorso a principi, come quello di proporzionalità, tratti non dal diritto comunitario ma dalla tradizione giuridica dei paesi dell'area europea; l'osservazione riassuntiva del Consiglio di Stato (1961) che 'il vizio di eccesso di potere si risolve nell'inosservanza non già di singole norme legislative o regolamentari, bensì di principi costruiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza'" (795-796).

persistenza di “atteggiamenti o di modi di operare che al senso più profondo della legalità non corrispondono”<sup>12</sup>.

Si tratta di temi noti, così ampiamente ed autorevolmente indagati da consentire un breve richiamo.

A partire dalla crisi cui il principio di legalità (nella sua accezione formale) è andato incontro in ragione del progressivo spostamento dei rapporti tra Parlamento e Governo in favore di quest’ultimo<sup>13</sup> e del grado di complessità raggiunto dal sistema delle fonti (si pensi alla “diluizione” della potestà legislativa tra i diversi livelli di governo, all’impatto nel nostro ordinamento delle fonti comunitarie<sup>14</sup>, al fenomeno delle delegificazione<sup>15</sup>, al ricorso

<sup>12</sup> Così F. Ledda, *La legalità nell’amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di “crisi”*, cit., 154.

Modi e atteggiamenti che F. Merusi in *Sentieri interrotti della legalità*, cit., individua, a titolo esemplificativo, nella decostruzione delle strutture amministrative al fine di eludere il principio di legalità nella decisione (fondazioni e società per azioni che conservano pubbliche determinanti); nella contrapposizione fra la regolazione delle autorità amministrative indipendenti, che sarebbe atipica in quanto paralegislative, e la funzione amministrativa tipica delle amministrazioni tradizionali; nel ricorso all’atipicità dell’illecito civile per sfuggire alla tipicità delle sanzioni amministrative o, in parallelo, alla cancellazione della legalità amministrativa nella fattispecie penale; nell’introduzione di interessi nel procedimento amministrativo come elementi costitutivi della decisione e non dell’istruzione; nel contrattualismo generalizzato delle decisioni amministrative, nell’uso del diritto privato con intenti elusivi della tipicità dell’atto; nel preteso esercizio di poteri amministrativi “innati” non sottoposti a preventiva normazione (30).

<sup>13</sup> La “legalità usurpata dal legislatore” di cui parla F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 19 ss. Sul rafforzamento del potere normativo del governo si rinvia alle osservazioni di M. Calise, *La Costituzione silenziosa. Geografia dei nuovi poteri*, Roma-Bari, 1998; S. Cassese, *Lo Stato introvabile: modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, 1998.

<sup>14</sup> Sulla crisi del principio di legalità indotta dal principio di supremazia del diritto comunitario G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, 247 ss.; V. Angiolini, *Legalità dell’amministrazione interna e comunitaria*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti. Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999*, (a cura di) C. Pinelli, Milano, 2000, 23 ss.; di diverso avviso invece A. Adinolfi, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, cit., 87 ss. ed in particolare 114-121, per la quale il diritto comunitario per certi aspetti rafforza il principio di legalità operante negli ordinamenti nazionali arricchendone il contenuto e determinando l’esigenza di soluzioni normative ad esso conformi; sul ruolo dell’ordinamento comunitario come collante tra una legalità formale e sostanziale si è soffermato di recente F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 34-35; Idem, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 47-63.

<sup>15</sup> Con riferimento al fenomeno della delegificazione, la più attenta dottrina ha messo ben in evidenza come l’assenza di una delimitazione oggettiva della materia abbia permesso alla delegificazione di affrancarsi sia dalla riserva di legge che dal principio di legalità, sul tema per tutti: F. Sorrentino, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 3, 359 ss.; S. Fois, «Delegificazione», «Riserva di legge», «Principio di legalità», in *Studi in onore di Manlio*

sempre maggiore a leggi di semplificazione o a testi unici che pongono non pochi problemi di coordinamento con le norme vigenti, anche di diverso rango) cui è corrisposto, sul piano organizzativo, la moltiplicazione dei gruppi di interesse, la frammentazione dei centri decisionali, la perdita di un centro unitario e la conseguente crisi della concezione unitaria dell'interesse pubblico<sup>16</sup>.

L'accresciuta indeterminatezza della norma chiamata a disciplinare l'esercizio del potere amministrativo, la sua difficoltà di selezionare e ordinare gerarchicamente gli interessi ai quali accordare riconoscimento e quindi la sua incapacità di orientare, guidare e limitare l'azione degli apparati amministrativi<sup>17</sup> hanno senz'altro contribuito a spostare l'attenzione dalla legalità alla legittimità<sup>18</sup>, dalla legge ai principi generali

*Mazziotti di Celso*, I, Padova, 1995, 727 ss.; G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, cit., 273-275; A. Pizzorusso, *Delegificazione*, in *Enc. Dir.*, Agg., 1999, III, 492 ss.

<sup>16</sup> Sul tema si rinvia a M. Cammelli, *L'amministrazione per collegi. Organizzazione amministrativa e interessi pubblici*, Bologna, 1980, 11 ss.; lo scenario cui si rinvia nel testo è ben descritto anche da B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, cit., 33 ss. ed in particolare 55-60; L. Ortega, *L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, (a cura di) M. D'Alberti, Bologna, 2010, 143 ss. ed in particolare 153-155.

<sup>17</sup> A proposito G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 44-45, individua un importante fattore della crisi del principio di legalità nel superamento della funzione prevalentemente di "ordine" degli apparati dello Stato (che si traduceva nell'adozione di atti individuali e concreti, come autorizzazioni, divieti, abilitazioni, decisioni, ecc.) a favore dell'assunzione di compiti di gestione di grandi interessi pubblici. Per l'A. infatti, "l'esercizio di funzioni relative a questi compiti determina la necessità di grandi apparati organizzativi i quali operano necessariamente secondo la loro logica intrinseca, determinata da regole aziendalistiche di efficienza, esigenze obiettive di funzionamento...di fronte alla concreta legislatività dell'organizzazione, il principio di legalità, cioè la predeterminazione legislativa dell'azione, è destinata fatalmente a retrocedere...In presenza di obiettivi sostanziali di ampia portata, necessariamente indicati attraverso formulazioni di massima, la cui realizzazione comporta una quantità e una varietà di valutazioni operative non dominabili in via preventiva, la legge si limita ad individuare l'autorità pubblica e ad autorizzarla ad agire in vista di un fine di interesse pubblico. Per tutto il resto, l'amministrazione opera facendo uso di una sua specifica autonomia strumentale, i cui confini, sul lato del rispetto delle posizioni soggettive dei soggetti terzi, risultano fundamentalmente incerti".

<sup>18</sup> Nel senso che non vi sia alcuna differenza tra (valutazione di) legalità e (valutazione di) legittimità dell'attività amministrativa, ove la legalità sia assunta in senso ampio e comprensivo, F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., per il quale "ove la legalità venga intesa in senso stretto, essa diverrebbe uno degli aspetti della legittimità; la quale si pone come il valore riassuntivo di tutto ciò (norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo) che la concreta attività amministrativa deve rispettare" (92). Diversamente per A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., per il quale la legittimità (per violazione di legge, incompetenza relativa e eccesso di potere) riguarda l'atto amministrativo mentre la legalità (quale conformità all'ordinamento giuridico) riguarda più in

e tra questi ai criteri di verifica del corretto uso del potere discrezionale dell'amministrazione quali il principio di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>19</sup>, con ricadute importanti sull'equilibrio dei rapporti tra potere esecutivo e giurisdizionale<sup>20</sup>, oltre che sulla struttura e sull'oggetto stesso del sindacato giurisdizionale<sup>21</sup>.

generale l'attività della pubblica amministrazione; ma anche per G. Morbidelli, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 1999, 1017 ss., per il quale la legalità è una nozione ampia comprensiva della liceità (provvedimento *ex lege*) e della legittimità (provvedimento funzionale al perseguimento delle finalità attribuite dalla legge); analogamente G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., che preferisce parlare di legalità amministrativa per "indicare le regole fondamentali cui l'ordinamento assoggetta sempre l'esercizio del potere amministrativo piuttosto che di legittimità con la quale si intende esprimere l'idea della conformità dell'attuazione del potere e alle norme e ai criteri di ragionevole esercizio delle discrezionalità che di volta in volta costituiscono i diversi, nelle singole fattispecie, parametri conformativi dell'attuazione del potere amministrativo" (246).

<sup>19</sup> L'azione amministrativa per L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, 337 ss., è infatti diventata "non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione dei diritti e degli interessi previsti dalla legge, ma lo strumento per individuare e scegliere quale diritto ed interesse debba prevalere nel caso concreto. Il rapporto tradizionale si inverte: non è più il legislatore ad ordinare e regolare l'assetto degli interessi, ma l'amministrazione ad individuare la norma (e quindi il grado di protezione e di tutela) in concreto applicabile, scegliendo fra molte norme concorrenti...il vincolo ed il condizionamento dell'attività amministrativa seguono sempre meno una logica *top-down* – la legge che si impone all'amministrazione tenuta ad eseguirne i comandi – e sempre più una logica *bottom-up*: nel procedimento l'amministrazione deve ascoltare gli interessi, consentire ed anzi promuovere il confronto tra le diverse posizioni, rispettare clausole generali come la buona fede e la correttezza, adempiere ad obblighi e doveri nuovi, la cui violazione incide sulla legittimità della decisione finale" (350-351). Ne consegue che "l'amministrazione non attua la legge, ma sceglie – tra una pluralità di interessi – tenendo conto di tanti e articolati principi e canoni di azione: l'imparzialità, la ragionevolezza, il contraddittorio, la proporzionalità, la trasparenza" (353).

<sup>20</sup> Come evidenziato da C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 8-10, il quale osserva come "...il principio di legalità, inteso come strumento di garanzia per i singoli da realizzare mediante la disciplina dell'attività dell'amministrazione non appare più idoneo allo scopo (o meglio: non appare idoneo allo scopo come in precedenza). La legge...viene a costituire il vero pericolo per le situazioni private e da strumento di garanzia si trasforma, in parte, nello strumento contro cui garantirsi. Il principio di legalità inteso come garanzia e perché inteso in tal modo, ha così dovuto abbandonare il riferimento alla legge (e dunque, al Parlamento), che appare, da un lato, impotente a tutto regolare e, dall'altro, scarsamente affidabile, e prendere una strada che porta ad un riferimento istituzionale diverso: il giudice"; dello stesso tenore A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., quando afferma che "...poiché tali principi [proporzionalità e ragionevolezza] si riempiono di contenuto in coincidenza dell'interazione con il caso concreto, si è assistito ad una alterazione degli equilibri tra poteri, in cui la crisi del legislativo ha condotto ad un ampliamento dei poteri del giudice. Dunque, la necessaria indeterminatezza della norma di legge ha finito per far ricadere sul giudice, chiamato ad

Per quanto l'affermazione di principi generali e di regole riguardanti l'attività amministrativa confermi la crisi del principio di legalità nella sua configurazione formale, ossia come "necessaria disciplina dell'attività amministrativa"<sup>22</sup>, "se si abbandona la forma autentica del principio di legalità e si sostituisce la legge formale con il ben più ampio concetto di legge in senso materiale (o di norma comunque vincolante), si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica) ma vige come principio di legalità sostanziale, in quanto le norme vincolanti l'amministrazione non si limitano a predeterminare i poteri (o autorizzarne l'esercizio) ma disciplinano le finalità da raggiungere e i modi di esercizio"<sup>23</sup>.

Così inteso, il principio di legalità "non risponde più alla sua funzione originaria di presidio della prevalenza degli organi del potere legislativo sugli organi del potere esecutivo", ma "assume la funzione di (contribuire a) garantire la correttezza, la razionalità e l'imparzialità delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente riconosciute"<sup>24</sup>.

Del resto lo stesso Gian Domenico Romagnosi, che della legalità amministrativa è l'"inventore"<sup>25</sup> ("poiché ogni pubblico amministratore è suddito della legge, applicator della medesima...ne segue necessariamente che la regola della sua amministrazione sta nel codice amministrativo, ossia nelle leggi e nei regolamenti riguardanti la ragione amministrativa"), nel delineare i principi del diritto amministrativo osservava che "siccome è cosa impossibile, che le leggi abbiano provveduto a tutti i casi occorrenti, segnatamente in una materia come questa tanto multiforme e tanto variabile; così ne segue, che l'amministratore deve necessariamente ricorrere al pari del giureconsulto all'interpretazione della volontà e della mente direttrice del legislatore, mediante tutti i noti artificj dell'interpretazione legislativa: in

operare il sindacato giurisdizionale, il duplice compito di riempire di contenuto la stessa, mediante il riscontro della conformità a principi costituzionali, e di elaborare criteri di azione atti a controllare il corretto uso della potestà discrezionale da parte della pubblica amministrazione. Il giudice, quindi, è chiamato a svolgere un controllo che non può definirsi soltanto di legalità, ma anche di giuridicità, dal momento che si estende alla verifica del rispetto dei principi generali del diritto" (18-19).

<sup>21</sup> L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, cit., 353-354.

<sup>22</sup> Sebbene, come osservato da F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., "nella concezione più rigorosa che se ne è avuta, come generale soggezione dell'amministrazione, in ogni suo atto e momento, alla legge...il principio di legalità è praticamente irrealizzabile e, probabilmente non è mai stato realizzato" (9).

<sup>23</sup> Così F.G. Scoca, *op. ult. cit.*, 88-89.

<sup>24</sup> F.G. Scoca, *ibidem*, per il quale è proprio in questa diversa prospettiva che "riacquistano cittadinanza e valore armonico sia le disposizioni di diritto comunitario, sia i regolamenti e le altre fonti secondarie, sia soprattutto i principi generali di fonte non legislativa" (88).

<sup>25</sup> Così F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 7.

mancanza poi di un lume di autorità positiva deve ricorrere ai *principj della ragion pubblica naturale* [corsivo mio]<sup>26</sup>.

Ed è proprio tra questi, come si avrà modo di ricordare nelle pagine che seguono, che compare (pur se in forma embrionale) e progressivamente si afferma quel principio di proporzionalità che nell'attuale contesto procedimentale si pone all'attenzione dell'interprete come criterio cardine di un diritto amministrativo "di garanzia"<sup>27</sup>, in grado di coniugare l'obiettivo della migliore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico concreto con la tutela ed il necessario rispetto della persona umana coinvolta *dal e nell'esercizio del potere amministrativo*<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 14.

<sup>27</sup> Così R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2005, 265; Idem, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 1024 ss., nel quale l'A. osserva come sia proprio "il gioco intrecciato del principio di proporzionalità in senso stretto e di quello di ragionevolezza a garantire in modo non effimero, nel contesto del procedimento amministrativo, il rispetto delle regole formali/sostanziali del moderno diritto amministrativo di garanzia nel quale trovano definitivo insediamento principi di mitezza e anche di risultato, nel senso concreto della soddisfazione non superficiale degli interessi di vita coinvolti dalla procedura amministrativa" (1035).

Sulla nozione di "amministrazione di risultato" vedasi: M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 555 ss., che rinvia ad "...un'amministrazione il cui compito non è (solo) di applicare la legge, ma nel rispetto di quest'ultima e del principio di imparzialità, anche quello di essere responsabile dei risultati, e per ciò stesso in grado di operare e di sapersi adattare, sia in termini di organizzazione che di modalità operative, al contesto in cui opera e alla comunità interessata in modo da realizzare al meglio gli obiettivi che le sono assegnati secondo il canone del buon andamento, cioè con il miglior uso possibile dei mezzi disponibili (efficienza) e con il grado maggiore di soddisfazione della domanda della società (efficacia)" (516); L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 57 ss.; Idem, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 741 ss., che parla di amministrazione di risultato nel senso di un'amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità ed alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente; A. Romano Tassone, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, cit., II, 813 ss., per il quale "...l'azione legale non è di per sé efficiente; non basta per agire efficientemente (o efficacemente, qui non interessa distinguere), agire secondo il modello legale, ma bisogna tener conto anche di parametri di risultato"; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà» dall'amministrazione alla «libertà» dell'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 2000, 1, 101 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

<sup>28</sup> Senza peraltro entrare in conflitto con le istanze della semplificazione amministrativa intesa come messo per soddisfare l'essenza dell'azione amministrativa e non come fine (sul tema si rinvia a quanto osservato da G. Sciallo, F. Merusi, M. Cammelli, L. Vandelli, *La semplificazione fra riforme istituzionali e reingegnerizzazione delle amministrazioni*, in *La*