

DISCREZIONALITA' AMMINISTRATIVA ED ECCESSO DI POTERE

Giudizio sull'an del provvedimento o freno al sindacato del Giudice Amministrativo?

1. Premessa. Cenni sulla discrezionalità amministrativa

La Pubblica Amministrazione, composta tanto dal ramo statale, che vede al proprio apice la figura del Ministro, quanto dalle singole articolazioni periferiche (regioni, enti locali, enti pubblici in genere), è l'apparato burocratico preposto alla cura e alla **realizzazione dei pubblici interessi primari selezionati dal legislatore, in attuazione dell'indirizzo politico espresso dalla maggioranza**¹.

La Pubblica Amministrazione è vincolata nel proprio agire da alcuni limiti positivi ben definiti.

Il **principio di legalità**, desumibile dagli artt. 24, 97², e 113 Cost. è il criterio principale, cui la Pubblica Amministrazione deve informare la propria azione³: se l'autonomia negoziale del privato incontra essenzialmente limiti negativi, essendogli consentito tutto ciò che non è espressamente vietato o che si pone in contrasto con le norme imperative, l'azione amministrativa si esprime nel tracciato indicato dalla legge, non potendo esulare da esso, anche ove l'attività sia connotata da discrezionalità⁴.

Gli altri principi essenziali sono ancora dettati dall'art. 97 Cost.

In particolare, l'attività amministrativa deve svolgersi nel rispetto del **principio di imparzialità**, traduzione sul piano amministrativo del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché del **principio di buon andamento**, che si declina nei criteri di efficacia, efficienza ed economicità, dunque nella capacità dell'atto amministrativo di raggiungere lo scopo cui è preposto, utilizzando una quantità di risorse tale da realizzare il migliore rapporto tra mezzi impiegati e risultato finale conseguito.

Alla stregua dei principi elencati, l'attività amministrativa può essere vincolata o connotata da **discrezionalità**⁵.

¹ V. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2015, p. 224.

² V. F. LISENA, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma, 2017, p. 333 ss.

³ Ancora F. LISENA, *Manuale*, p. 333 ss., sottolinea che l'art. 97 Cost., pur riferendosi espressamente all'organizzazione degli uffici pubblici, deve intendersi riferita anche all'attività amministrativa.

⁴ Invero a livello teorico, il principio di legalità, inteso come contrappeso all'esercizio della discrezionalità amministrativa, lo si può interpretare come «**primato della legge**» o come «**riserva di legge**». Secondo la prima ricostruzione, **l'attività amministrativa discrezionale è esercitata nei soli limiti in cui la norma di legge demandi alla Pubblica Amministrazione la cura di interessi determinati**. Nel secondo caso, il potere amministrativo si espande in tutti i settori, che non siano espressamente riservati alla legge: il principio di legalità viene, dunque, ridimensionato **tanto sotto un profilo quantitativo, con riferimento alla misura della discrezionalità demandata all'Amministrazione per ogni settore di attività, quanto sotto un profilo qualitativo, con il conseguente ampliamento degli ambiti demandati alla cura esclusiva dell'amministrazione**. V. *funditus* E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1990, pp. 343 – 344.

⁵ Discorso a parte deve essere fatto per la **discrezionalità tecnica**, ormai ricondotta pacificamente nell'alveo dell'attività amministrativa vincolata. Si tratta, infatti, di quelle fattispecie rispetto alle quali l'attività della P.A. non si spinge ad una valutazione comparativa degli interessi coinvolti al fine dell'adozione del migliore provvedimento possibile, quanto piuttosto a quelle ipotesi in cui si chiede all'ente di verificare l'esistenza di presupposti in fatto predeterminati dal legislatore, facendo applicazione di conoscenze tecniche e altamente specialistiche. Per un approfondimento sul tema F.

L'attività amministrativa vincolata implica che la valutazione in ordine al *an*, al *quando* e al *quomodo* dell'atto amministrativo si esaurisca integralmente nella legge, residuando per l'ente la sola possibilità di verificare l'esistenza o meno di presupposti integralmente determinati; diversamente l'attività amministrativa discrezionale presuppone una maggiore capacità di manovra attribuita dal legislatore alla Pubblica Amministrazione, che si declina:

- nella facoltà di valutare l'esistenza dei motivi (*rectius* di qualificare i motivi), dunque gli elementi in fatto o in diritto ritenuti rilevanti per l'adozione dell'atto amministrativo (c.d. *an* del provvedimento) ⁶;
- nell'apprezzamento dell'ente in ordine alla determinazione del contenuto dell'atto, tra le varie soluzioni prospettabili e parimenti lecite, individuando quella che tende alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico (ndr, il riferimento è al *quomodo*, dunque il modo a mezzo del quale la volontà dell'amministrazione viene espressa e al *quid*, dunque la determinazione concreta del contenuto dell'atto).

2. L'eccesso di potere

Fatte queste brevi premesse, appare, dunque, evidente come la discrezionalità amministrativa non possa sfociare mai nel mero arbitrio, dovendosi muovere – come anticipato - nel solco tracciato dal principio di legalità e dagli altri principi costituzionali.

A tale proposito, Francesco Caringella⁷ sintetizza efficacemente i limiti posti all'esercizio del potere discrezionale attribuito alla P.A., individuandoli:

- nella **predeterminazione del fine pubblico da perseguire** individuato esclusivamente dal legislatore;
- nella **congruità tra l'esercizio del potere attribuito alla P.A. e la realizzazione del fine predetto**.

È evidente che tanto più la norma di legge sarà indeterminata nell'individuare gli interessi che dovranno essere presi in considerazione dalla Pubblica Amministrazione, tanto più ampio sarà il margine di discrezionalità lasciato all'azione amministrativa, tanto **più forte si porrà l'esigenza di operare un controllo in merito al conforme esercizio del predetto potere rispetto al fine individuato**.

Quest'ultima esigenza, tuttavia, rischia di collidere inevitabilmente con **il principio supremo⁸ di separazione dei poteri**, secondo cui lo spazio discrezionale, riservato dalla legge alla pubblica amministrazione, dovrebbe essere immune al sindacato del Giudice Amministrativo, tanto sotto un profilo dell'opportunità del provvedimento adottato, quanto (e soprattutto) rispetto al suo contenuto.

CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016, p. 1198 ss.; A. GIUSTI, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 1211 ss.

⁶ Valutazione che coinvolge anche il *quando*, dunque l'individuazione del momento più opportuno, in cui adottare il provvedimento. Sul punto v. F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1183 ss; ancora E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere*, cit., p. 343.

⁷ v. F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1184.

⁸ Per un approfondimento in materia di principi supremi dell'ordinamento come sovraordinati alle stesse norme costituzionali v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 366.

Sulla base di questo contrasto, si innesta la tematica avente ad oggetto l'**eccesso di potere**, che, insieme all'incompetenza e alla violazione di legge, rappresenta uno dei tre vizi, motivo di impugnazione del provvedimento amministrativo, **per mezzo del quale si consente al Giudice di verificare se vi sia stato o meno lo sviamento del potere rispetto al fine tipico imposto dalla norma di legge**⁹.

In definitiva, si chiede al Giudice Amministrativo di indagare se l'amministrazione abbia esercitato il potere in modo strumentale e conforme al perseguimento del fine per cui le è stato conferito.

Ad una più attenta analisi, l'eccesso di potere (ndr, al pari dell'incompetenza), altro non rappresenta che una *species* della violazione di legge, che si traduce in un'errata "*applicazione della norma attributiva di potere*"¹⁰.

Il tratto distintivo dell'eccesso di potere, che rende il vizio in parola particolarmente scivoloso, si esprime proprio nel tipo di valutazione richiesta al Giudice.

Il sindacato sul corretto esercizio del potere da parte dell'amministrazione non richiede forse al Giudice di esaminare, anche solo in via incidentale, l'opportunità del provvedimento adottato? Il corretto perseguimento del fine non presuppone forse una disamina del contenuto del provvedimento amministrativo?

A questo proposito, deve essere sottolineato come l'area di insindacabilità del merito delle valutazioni amministrative si è progressivamente erosa; si pensi, in proposito, al principio di economicità predicato dall'art. 97, 1 co., Cost., che ha acquisito "*rilevanza sul piano della legittimità (non della mera opportunità)*" a seguito del suo inserimento *sub* art. 1, 1 co., L. 7 agosto 1991, n. 241¹¹.

Ad oggi, in effetti, non sembra davvero che il merito del provvedimento amministrativo sia assolutamente insindacabile dall'autorità giudiziaria.

Il problema diventa, allora, comprendere quale limite si imponga al Giudice di rispettare, affinché egli non assuma una "posizione intermedia tra l'autorità amministrativa gerarchicamente superiore e [quella del] giudice ordinario"¹². Si tratta di capire come si intenda conciliare questa forma di sindacato latente sul merito del provvedimento con il principio di separazione dei poteri.

Per quel che concerne l'eccesso di potere, le Sezioni Unite, esprimendosi in materia di responsabilità erariale, hanno stabilito che il **Giudice Amministrativo può sindacare l'an della decisione adottata dalla Pubblica Amministrazione, solo nella misura in cui la stessa si traduca**

⁹ v. F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1480 - 1482. L'autore ripercorre efficacemente le diverse interpretazioni che la dottrina ha fornito dell'eccesso di potere, evidenziandone pregi e difetti. In particolare, la **teoria del vizio della volontà** applica all'attività della P.A. i vizi della volontà del negozio giuridico, probabilmente omettendo di considerarne la natura prettamente psicologica; la **teoria del vizio della causa** individua l'eccesso di potere nel provvedimento che abbia violato tanto la legge attributiva del potere, quanto la finalità sottesa al suo esercizio; la **teoria del vizio dei motivi**, infine, si riferisce a un difetto di imparzialità dell'atto amministrativo, che emerge nella valutazione dei motivi impliciti e espliciti che hanno condotto all'adozione dell'atto amministrativo.

¹⁰ Così F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1481. Anche E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere*, cit., p. 348, per i quali ogni figura classica dell'eccesso di potere è riconducibile alla violazione di una norma di legge.

¹¹ V. Cass. SS.UU., 29 settembre 2003, n. 1448; Cass. SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7024; F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1187.

¹² Si veda, in proposito, l'attenta ricostruzione di E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere*, cit., p. 343.

in un'incontrovertibile estraneità rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, all'ente dalla legge¹³.

In realtà la questione è più complessa di quanto sembri.

La giurisprudenza di legittimità, nello sforzo di porre un freno al sindacato sul merito dei provvedimenti da parte dei T.A.R. e del Consiglio di Stato, ha elaborato le c.d. **figure sintomatiche dell'eccesso di potere**.

Si tratta di elementi di irrazionalità, incoerenza e illogicità del provvedimento amministrativo da cui desumere lo "sviamento del fine perseguito dalla P.A. rispetto a quello fissato dalla legge"¹⁴; elementi indiziari da porre alla base della sentenza di annullamento dell'atto, in mancanza della prova diretta.

Tra le figure sintomatiche più rilevanti si ravvisano:

- la **carezza di motivazione** del provvedimento amministrativo impugnato, da cui scaturisce l'impossibilità di verificare le ragioni che hanno condotto alla sua adozione;
- il **difetto di istruttoria**, quando essa sia mancata del tutto o si sia rivelata incompleta;
- il **travisamento dei fatti**, presuppone che alla base del provvedimento amministrativo siano posti fatti pacificamente insussistenti o che lo stesso sia adottato sulla base dell'inesistenza di circostanze pacificamente esistenti.

Al termine di questo brevissimo excursus resta, tuttavia, da chiarire se le figure sintomatiche abbiano un ruolo sostanziale o meramente probatorio: nel primo caso, l'esistenza di indici di sviamento di potere sarebbe di per sé sufficiente a legittimare l'annullamento dell'atto, escludendo la prova contraria da parte dell'Amministrazione; nel secondo caso, il Giudice Amministrativo deve sempre verificare se, a fronte dei predetti indici, lo sviamento di potere si sia concretamente verificato.

La giurisprudenza ha sempre proteso per la prima soluzione; ultimamente, si registrano alcuni approdi delle corti di merito, che in accoglimento dell'altra ricostruzione, si stanno allineando sull'orientamento da sempre sposato dalla dottrina¹⁵.

Milano, 12 dicembre 2017

dott.ssa Linda Innocenti

¹³ Ancora Cass. SS.UU., 29 settembre 2003, n. 1448, Cass. SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7024, nonché Cass. SS.UU., 6 maggio 2003, n. 6851.

¹⁴ V. tutta la ricostruzione operata in materia da F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1483 ss.

¹⁵ Si vedano tutti i riferimenti giurisprudenziali fatti da F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1484 ss.; anche E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere*, cit., pp. 347-348.