

Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*

di Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. Breve premessa introduttiva. – 2. L'eccesso di potere nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. – 3. La «geniale invenzione»: le figure sintomatiche. – 4. La ricostruzione dottrinale della figura. – 5. Le figure sintomatiche «classiche» alla prova dei tempi: a) le criticità originarie e lo scarso utilizzo dello sviamento di potere. – 6. *Segue: b)* da sintomi a vizi. – 7. *Segue: c)* la redistribuzione topografica: da eccesso di potere a violazione di legge. – 8. Eccesso di potere e attività vincolata: separati in casa? – 9. Nuove tecniche di tutela: a) eccesso di potere e clausole generali. – 10. *Segue: b)* dall'eccesso di potere al sindacato di proporzionalità. – 11. *Segue: c)* eccesso di potere, ragionevolezza e merito amministrativo (con un brevissimo cenno al sindacato sulle valutazioni tecniche). – 12. Per concludere: lo «stato di salute» dell'eccesso di potere.

1. Breve premessa introduttiva

Com'è stato notato in una recente voce enciclopedica sull'argomento, «[l]'eccesso di potere caratterizza la nascita del diritto amministrativo e del giudice amministrativo»: era, dunque, inevitabile che, a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento, nazionale e sovranazionale, esso subisse un profondo mutamento¹. L'espressione «eccesso di potere», d'altronde, ci viene – com'è risaputo – dall'*excès de pouvoir* francese, il cui significato si è parimenti evoluto nel tempo². Infine, l'eccesso di potere amministrativo (perché soltanto di questo – sia ben chiaro – parlerò, non anche dell'eccesso di potere giurisdizionale, tema per ora al centro di un acceso dibattito) è – com'è pure notissimo – un prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale: secondo un'efficace espressione di Sabino Cassese, esso è stato un fondamentale strumento nelle mani del giudice amministrativo per edificare la «cattedrale» in cui consiste il diritto amministrativo³. Anche per questo, quindi, tale figura dev'essere intesa nelle varie fasi dell'evoluzione storica e della conseguente riflessione concettuale⁴. Evoluzione che, peraltro, non è sempre verificabile per passaggi cronologici, in quanto – come ha

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Maria Luisa Bassi*.

¹ C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *nmw.treccani.it*, 2016, abstract.

² P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 124.

³ *Grandezze e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1988, 777, laddove si afferma che, grazie a questo strumento, il giudice amministrativo «è stato un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare»; *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, *ivi*, 2020, 342.

⁴ F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere – II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988, 1.

notato Massimo Severo Giannini – «l'ampliamento logico-giuridico dell'eccesso di potere non si svolge secondo una linea continua di sviluppo, ma secondo più linee, che è oltretutto impossibile fissare secondo un'ordinata cronistica»; tale indeterminatezza cronistica, peraltro, rende «impossibile individuare settori di emergenza dell'indirizzo ampliativo dell'eccesso di potere», nel senso che tale indirizzo si può ritrovare tanto nei settori tradizionali quanto in quelli nuovi⁵.

Stando così le cose, appare opportuno iniziare questa riflessione sull'eccesso di potere con una digressione storica sul processo di formazione dell'istituto⁶.

L'ampiezza del tema, tuttavia, stronca sul nascere l'aspirazione a riassumere tutti i profili evolutivi che meriterebbero di essere approfonditi, sicché sarò costretto ad operare una selezione, che ben potrà risultare opinabile a chi avrà la pazienza di leggere questo scritto.

2. *L'eccesso di potere nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa*

Va detto subito che, ancorché abbia intersecato continuamente – talvolta con le sue assenze, talaltra con i suoi primi recepimenti – la formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa⁷, il *recours pur excès de pouvoir*, già abbastanza definito nella Francia del Secondo Impero, non era un istituto giuridico particolarmente familiare ai padri fondatori del nostro Stato unitario⁸.

Com'è noto, nel 1865, quando, al fine di eliminare ogni fonte del particolarismo giuridico già presente negli stati preunitari, furono soppressi i tribunali amministrativi, considerati, a torto o a ragione, organi dell'esecutivo *tout court*, quindi inidonei a fornire il benchè minimo affidamento al cittadino, si lasciarono sfortunate di tutela tutte le situazioni d'interesse precedentemente protette: ben presto ci si accorse che l'abolizione di quello che era considerato il foro privile-

⁵ M. D'ALBERTI, Intervista a Massimo Severo Giannini: *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 2, 104.

⁶ Sull'importanza di un siffatto approccio, G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Niss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 221, secondo il quale l'eccesso di potere è uno di quei «modi della teoria del provvedimento amministrativo che non si possono intendere se non storicizzando».

⁷ Nel senso che il *recours pour excès de pouvoir* ed il nostro ricorso per far valere l'illegittimità degli atti amministrativi «costituiscono (e costituiscono) la risposta alla medesima esigenza, quella di estendere il controllo della legittimità dell'azione (unilaterale ed autoritativa) dell'amministrazione oltre il limite connesso con la tutela dei diritti soggettivi dei privati (o, come preferiscono esprimersi gli studiosi francesi, degli *administrés*)», F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2. In argomento, di recente, anche F. MELLERAY, *Les origines du recours pour excès de pouvoir*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto* (Atti del colloquio di Firenze, 13 aprile 2018), Torino, 2018, 21 ss.

⁸ B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, 31.

giato della pubblica amministrazione aveva in realtà privato la maggior parte dei rapporti tra cittadino e pubblici poteri di qualsivoglia garanzia giurisdizionale⁹. All'ordine del giorno dell'agenda di governo dell'epoca, del resto, non trovava ancora spazio l'argomento del controllo del potere discrezionale della pubblica amministrazione¹⁰.

Si consideri anche che la letteratura di riferimento dei protagonisti del dibattito sull'unificazione amministrativa del Regno nei primi anni '60 del diciannovesimo secolo era sì francese, ma risalente ad un periodo in cui non v'erano ancora tracce dell'eccesso di potere¹¹, il che spiega perché la distinzione tra diritto ed interesse divenne una barriera tra presenza ed assenza di vincolo all'esercizio del potere amministrativo, come icasticamente sintetizzato dal celebre «ch'ei si rassegni» di Pasquale Stanislao Mancini¹².

La legge sui conflitti approvata nel 1877 non risolse il problema perché, pur avendo indubbiamente ridotto il prepotere dell'amministrazione, non limitò effettivamente il potere esecutivo, che rimase libero da ogni controllo giurisdizionale sia di merito che di legittimità; essa, però, ha un certo rilievo per quanto qui d'interesse perché, per la prima volta in Italia, venne recepita l'ormai diffusa locuzione «eccesso di potere»¹³. Il significato dato a tale formula dall'art. 3 di quella legge, che attribuì alla Cassazione di Roma la competenza a giudicare, tra l'altro, della nullità delle sentenze delle giurisdizioni speciali per incompetenza o, appunto, eccesso di potere, era, però, quello di incompetenza assoluta¹⁴ – o, se si preferisce, di difetto di attribuzione o di straripamento di potere¹⁵ – e non aveva, quindi, nulla a che vedere con l'attuale¹⁶. E seppure, in quegli anni, il *Conseil d'État* avesse notevolmente ampliato il significato della locuzione, spostandolo dall'incompetenza assoluta allo sviamento¹⁷, la dottrina italiana dell'epoca, che pur era a conoscenza di tale evoluzione della giurisprudenza d'Oltralpe, rimase ferma

⁹ O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 70-72.

¹⁰ «Non è questa la legge nella quale possiamo e dobbiamo occuparci delle garanzie dell'esercizio dell'amministrazione pura»: P.S. MANCINI, *Atti Parlamentari. Camera dei Deputati*, Legislat. VIII, 2ª sessione, tornata 13 giugno 1864, 2937.

¹¹ B. SORDI, *Plaidoyer per l'unità della giurisdizione: Pasquale Stanislao Mancini e l'abolizione del contenzioso amministrativo*, in S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI (a cura di), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto italiano*, Bologna, 2014, 845 ss.

¹² B. SORDI, *Il controllo*, cit., 32, al quale si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

¹³ O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 74-75.

¹⁴ Per l'ascrizione dell'eccesso di potere alla categoria dei vizi di incompetenza, per tutti, G.D. ROMAGNOLI, *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Firenze, 1832, I, cap. II, §§ 11 e 12, e V, § 5, 113.

¹⁵ F. MODUGNO – M. MANETTI, *op. cit.*, 1; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 309.

¹⁶ O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 75.

¹⁷ Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, Paris, 1888, II, 521 ss.

all'accezione originaria¹⁸, verosimilmente perché in Italia i tempi non erano ancora maturi per l'avvio di uno sviluppo garantistico¹⁹.

Tra il 1865 ed il 1889, vi fu un processo di maturazione lento ed incerto. Da un lato, in dottrina si cominciò a sentire maggiormente l'eco della dottrina francese, che iniziò a svelare le possibilità racchiuse nel c.d. «contenzioso del non contenzioso»²⁰, e la giurisprudenza del Consiglio di Stato sui ricorsi al Re²¹, che aveva studiato attentamente la giurisprudenza del *Conseil d'État* sull'*excès de pouvoir*²², dimostrò nuove tecniche di verifica del potere amministrativo; dall'altro, nei lavori parlamentari della legge istitutiva della Quarta Sezione, l'eccesso di potere, che poi andò a comporre la triade dei vizi di legittimità, era ancora assimilato all'incompetenza assoluta²³. Ingiustizia manifesta ed abuso di potere, infatti, si persero per strada e – com'è noto – si dovette attendere un saggio, ormai famoso, pubblicato nel 1892 da Alfredo Codacci Pisanelli²⁴ per una prima messa a punto consapevole della nozione.

Fu in quel lasso di tempo, del resto, che, nei dibattiti politici e dottrinali, maturò lentamente la consapevolezza del problema della «giustizia nell'amministrazione», che venne efficacemente denunciato da Silvio Spaventa nel celebre discorso del 6 maggio 1880 all'Associazione costituzionale di Bergamo²⁵ ed in quello, invero mai pronunciato²⁶, predisposto in occasione dell'inaugurazione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato il 13 marzo 1890²⁷. Nei discorsi di Spaventa, ai quali fecero seguito numerosi lavori, sia di carattere giuridico che di taglio spiccatamente politico²⁸, emergeva chiaramente il convincimento che la libertà e l'indipendenza dell'amministrazione dall'autorità giudiziaria non fosse quella di un'attività irrazionale ed irresponsabile, senza scopo e/o con scopi

¹⁸ Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, III, 88-89; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, 76.

¹⁹ O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 76.

²⁰ La definizione è di L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2^a ed., Paris, 1878, I, 458 ss.

²¹ Illustrata da A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II. *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 77.

²² M. D'ALBERTI, *Influenze reciproche tra Italia e altri ordinamenti nel diritto amministrativo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 164.

²³ B. SORDI, *op. ult. cit.*, 33.

²⁴ *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892, IV, 1 ss., ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., e in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. e 2927 ss.

²⁵ In S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa. Saggi*, Torino, 1949 e in ID., *La politica della destra. Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, 1910, 53 ss.

²⁶ Come riferisce G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, 107, nt. 1, infatti, l'inaugurazione della Quarta Sezione non avvenne nella forma solenne prevista.

²⁷ In *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 289 ss.

²⁸ O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 77-78.

egoistici personali, ma avesse norme proprie connaturali ai fini che essa era obbligata ad osservare²⁹.

L'incertezza del percorso di cui si diceva, tuttavia, trova conferma nel fatto che, malgrado il crescente interesse sul tema, i contenuti del sindacato di eccesso di potere continuavano ad essere quantomai incerti e, soprattutto, era palese il timore che l'istituendo giudice amministrativo venisse dotato di strumenti d'indagine troppo penetranti, che avrebbero potuto sopraffare l'esecutivo³⁰. Non a caso, quando il disegno di legge presentato da Crispi nel 1887 attribuì all'istituenda sezione per il contenzioso del Consiglio di Stato la competenza a giudicare «dei ricorsi per incompetenza o eccesso di potere, per violazione di legge o regolamenti, per abuso di potere o per ingiustizia manifesta», si sviluppò un vivace dibattito, generato in particolare dalla previsione del vizio di «ingiustizia manifesta», che, rinviando a profili di giustizia sostanziale, adombrava un sindacato dai limiti indefiniti, che destò notevoli preoccupazioni nell'esecutivo³¹.

Nell'art. 24 della legge del 1889, venne infine ammessa soltanto l'attuale triade dei vizi di legittimità, fermo restando, peraltro, che l'eccesso di potere – che ancor oggi, pur indicandolo come uno dei tre vizi di legittimità, nessuna legge, sostanziale o processuale, ci dice cosa sia³² – continuò ad essere inteso come straripamento della sfera di competenze dell'amministrazione: vizio «che rende radicalmente nullo il provvedimento per assoluta mancanza della facoltà di emanarlo»³³.

In dottrina, nessuno evidenziò chiaramente l'esigenza di ampliare il contenuto della locuzione «eccesso di potere»³⁴, sicché – come poi accadrà spesso sino

²⁹ C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1566.

³⁰ Per tutti, G. MANTELLINI, *op. cit.*, 332-333: «da giustizia amministrativa si pratica ugualmente male con licenziare come con frenar di soverchio l'Amministrazione; e tanto col mutare il giudice in ministro, quanto il ministro in giudice. E dunque studiamoci di ben porre questi confini».

³¹ O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 80. Puntuali indicazioni bibliografiche in A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 214, nt. 89.

³² L'ha recentemente notato G. CORSO, *I principi generali del diritto amministrativo. Una riflessione, in Temi e questioni di diritto amministrativo*, a cura di L. GIANI, M. IMMORDINO e F. MANGANARO, Napoli, 2019, 39, avendo riguardo alla legge Crispi, al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, alla legge istitutiva dei t.a.r., alla legge sul procedimento amministrativo ed al codice del processo amministrativo. È appena il caso di rilevare che anche in ambito europeo manca tuttora l'indicazione dell'eccesso di potere come autonomo vizio di legittimità degli atti: cfr. A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 608.

³³ Così nella *Relazione dell'Ufficio centrale del Senato* elaborata dal senatore G. COSTA, in *Senato del Regno*, Legislat. XVI, Sez. 1867-88, atti interni, I, doc. n. 6-A, Roma, 1888, 15-16.

³⁴ Un timido spunto può cogliersi in F. FILOMUSI GUELF, *Nota alla decisione della IV Sez. del Consiglio di Stato del 24 novembre 1881*, in *Giust. amm.*, 1881, 57-58, il quale, se non altro, notò che «il pensiero di relatore o di ministro espresso in una relazione o in un discorso, non è un'interpretazione autentica della legge».

ai giorni nostri – toccò al Consiglio di Stato, allora presieduto proprio da Silvio Spaventa, dare il via, in contrasto con la volontà del legislatore, al recepimento dei traguardi cui era giunta la dottrina francese: si allude alla storica decisione del 1892, che, pur rigettando il ricorso, basò la propria pronuncia sulla considerazione che l'apprezzamento su cui si fondava il provvedimento impugnato non conteneva «nulla di illogico e di irrazionale o di contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere»³⁵. Il che equivale a dire che l'eccesso di potere sussiste ogniqualvolta il provvedimento è illogico e irrazionale³⁶.

La decisione, seguita da altre di analogo tenore³⁷, fu subito ripresa nel citato saggio di Codacci Pisanelli, che censurò l'acritica equiparazione del sindacato di legittimità del Consiglio di Stato a quello della Cassazione, affermando che il primo, a differenza della seconda, «può, quando lo crede opportuno, istituire e compiere indagini sui motivi che han dato luogo all'atto accusato d'illegittimità»; ne consegue che i suoi poteri, giungendo ad indagare sulle motivazioni dell'atto, devono contemplare «la possibilità d'una dichiarazione d'eccesso di potere provocata da apprezzamenti illogici o irrazionali sui quali si fondi l'atto impugnato»³⁸. In tal modo, il giurista romano delineò un sindacato che, seppure limitato ad un'indagine di legittimità, penetra la sfera del potere discrezionale per «ricercare lo scopo cui è dovuta la concessione di esso», per accertare se, pure rimanendo nei propri limiti, «esso sia veramente diretto allo scopo cui fu concesso»³⁹.

Al di là della solidità della sua ricostruzione teorica⁴⁰, Codacci Pisanelli ebbe il merito di favorire la diffusione in Italia della prima edizione del trattato di Laferrière, pietra miliare nella classificazione della giurisprudenza del *Conseil d'État*⁴¹, e, più in generale, di incoraggiare il prosieguo del cammino da poco intrapreso, ancorchè timidamente, sulle orme della giurisprudenza e dottrina francesi⁴², dai giudici amministrativi nostrani⁴³. Il suo intervento indicò una prospettiva concreta percorrendo la quale la Quarta Sezione avrebbe potuto realizzare un'effettiva tutela delle pretese del cittadino ad un legittimo esercizio del

³⁵ Dec. 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giur. it.*, 1892, III, 214.

³⁶ G. CORSO, *ibidem*.

³⁷ Cfr., ad es., Sez. IV, 28 gennaio 1892, n. 32, in *Giust. amm.*, 1892, 59, che esclude la sussistenza del vizio di eccesso di potere in quanto l'atto «non era contrario alla legge, secondo lo spirito suo».

³⁸ *Op. cit.*, 280-281.

³⁹ *Op. cit.*, 281-282.

⁴⁰ Criticata, ad es., da F. GAZZILLI, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV Sez. del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, 219 ss.

⁴¹ B. SORDI, *op. ult. cit.*, 33.

⁴² Cfr. J. FOURNIER, G. BRABANT, *Recours pour excès de pouvoir*, in *Répertoire de droit public et administratif*, Paris, 1959, II, 673 e 727.

⁴³ O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 88.

potere discrezionale; quella giuridicizzazione dell'amministrazione pura che né la legge del 1865 né la giurisprudenza della Corte di cassazione avevano ritenuto di affidare al giudice ordinario⁴⁴. Si trattò di un cammino che, però, continuò ad essere incerto – anche perché ostacolato dall'Avvocatura erariale, che tentò di ritagliare ambiti di esercizio del potere amministrativo lasciati «all'arbitrio discrezionale ed insindacabile del potere esecutivo»⁴⁵ – pure negli anni successivi, nei quali il Consiglio di Stato restò saldo nell'escludere che l'ingiustizia manifesta costituisse eccesso di potere nel senso dell'art. 24 della legge Crispi⁴⁶.

Si era comunque messo in moto un primo controllo della discrezionalità, che, anche a causa della formazione civilistica di alcuni presidenti del Consiglio di Stato, utilizzò nozioni come quelle di «giusta causa», «errore negli atti unilaterali», «atti emulativi»⁴⁷ e fu comunque connotato, almeno agli inizi, dalla collateralità del giudice all'amministrazione e limitato alla correzione degli abusi più manifesti, in un quadro di persistente insindacabilità del potere⁴⁸. Un controllo, dunque, esercitato pur sempre da un giudice «dans et au service de l'administrations»⁴⁹.

Si era, quindi, ancora ai primi passi della legalità garanzia; lo sviluppo delle figure sintomatiche era ancora di là da venire⁵⁰.

3. *La «geniale invenzione»: le figure sintomatiche*

A differenza della separazione dalla violazione di legge – che, come vedremo, è più complessa –, la separazione dell'eccesso di potere dall'immagine di una sorta di «superincompetenza»⁵¹, cioè dallo straripamento di potere, ipotesi in cui l'amministrazione esercita poteri ad essa non spettanti, e dall'incompetenza (relativa) risultò abbastanza agevole⁵².

Come recentemente ricordato dallo stesso Consiglio di Stato⁵³, nell'impo-

⁴⁴ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 222.

⁴⁵ Emblematica l'eccezione di inammissibilità di un ricorso proposto avverso una dichiarazione di pubblica utilità, prontamente respinta da Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 1892, in *Riv. amm.*, 1893, 50.

⁴⁶ Cfr., ad es., Sez. IV, 3 maggio 1895, n. 187, in *Riv. amm.*, 1895, 539.

⁴⁷ B. SORDI, *op. cit.*, 34.

⁴⁸ Sul punto, *amplius*, E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1992, 529-534.

⁴⁹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrées. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, Paris, 2003, 170 ss.

⁵⁰ B. SORDI, *ibidem*.

⁵¹ S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 101.

⁵² C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.2.

⁵³ Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in www.giustizia-amministrativa.it.

stazione tradizionale, l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere era rappresentata dallo *sviamento di potere*, costruito sulla falsariga della giurisprudenza francese⁵⁴: per ottenere l'annullamento dell'atto, il ricorrente doveva dimostrare che la pubblica amministrazione avesse inteso perseguire un interesse diverso da quello predefinito dalla legge. Ciò è del tutto comprensibile: si trattava dell'ipotesi meno compromettente dal punto di vista della distinzione tra legittimità e merito, in quanto l'esercizio del potere per una finalità diversa da quella per la quale è stato attribuito non può essere ritenuto conforme a legge ed a tale conclusione si perviene senza compiere alcuna valutazione di opportunità; tutt'al più, come si dirà, lo sviamento pone problemi di prova⁵⁵.

Ad un certo punto, però, anche a seguito del progressivo pluralismo sociale ed istituzionale e del tramonto della «visione monolitica dell'interesse pubblico», lo sviamento iniziò ad essere una veste troppo stretta⁵⁶, nel senso che sempre più spesso si presentarono al giudice amministrativo dei casi in cui la decisione amministrativa, pur urtando la sensibilità giuridica, non si poneva in palese contrasto con il fine legale⁵⁷: «preso atto della difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica», la giurisprudenza amministrativa iniziò allora ad elaborare numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere⁵⁸.

Per superare tali difficoltà, in sostanza, il giudice amministrativo ha ritenuto che, anche laddove non venga dimostrato lo sviamento, la rilevata violazione dei principi di logicità, ragionevolezza, coerenza e completezza dell'*iter* logico possa svolgere il ruolo di «spia» dello sviamento medesimo⁵⁹. Da questo punto

⁵⁴ L. MANNORI, *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine*, cit., 575 ss.

⁵⁵ C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.4.

⁵⁶ M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, 1992, 41.

⁵⁷ C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.5. Nel senso che «lo sviamento di potere, che presuppone l'esercizio di una potestà discrezionale, si manifesta in via di deduzione logica e non come ribellione, più o meno aperta, al disposto di una norma, ossia come violazione di un dettato normativo, evidenziabile mediante un sillogismo giuridico», Cons. St., Sez. V, 25 novembre 1999, n. 1983, in *Foro amm.*, 1999, 2484.

⁵⁸ Cons. St., Sez. IV, n. 4174/2013, cit. Per gli sviluppi giurisprudenziali, cfr., *ex multis*, N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, 471 ss.; M. LETOURNEUR, *La recente evoluzione del ricorso per eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 246 ss.; M. CAMILLI, *Considerazioni sui «sintomi» dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss., spec. 1060; G. DE CESARE, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, 1967; T. ALIBRANDI, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impr., amb. e p.a.*, 1975, 229 ss.; ID., *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. e soc.*, 1982, 58 ss.; ulteriori indicazioni bibliografiche in A. CROSETTI, *op. cit.*, 212, nt. 87.

⁵⁹ D. DE CAROLIS, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2009, 1097, al quale si rinvia per l'esame delle principali figure.

di vista, a ragione, già più di sessant'anni fa era stato sostenuto da autorevole dottrina che l'eccesso di potere coincide completamente con lo sviamento di potere, mentre le cc.dd. figure sintomatiche non sono altro che la categorizzazione, forse neppure esauriente, dei mezzi necessari per dimostrarne l'esistenza⁶⁰.

Si tratta di una tappa fondamentale nel tortuoso percorso evolutivo dell'istituto⁶¹, di un'intuizione geniale per il suo tempo: chiedendosi al giudice di accertare semplicemente il sintomo dell'esercizio scorretto della funzione, senza «spingersi fino ad accertare il male»⁶², si mantiene il pur profondo sindacato di eccesso di potere entro i binari di un controllo giuridico compatibile con la separazione dei poteri: così configurato, infatti, esso si risolve «nell'accertamento della violazione di un principio attinto dalla logica, dalla tecnica, dall'equità, dai principi generali dell'ordinamento»⁶³, tutti valori che erano continuamente richiamati già nella più risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato e nelle opere dei maestri fondatori del nostro diritto amministrativo⁶⁴.

L'eccesso di potere è stato, dunque, scomposto, per non dire frantumato, in tante figure dotate di una connotazione sostanziale, che ovviamente non possiamo qui esaminare singolarmente⁶⁵. Ci limitiamo, quindi, a riferire che – secondo una classificazione proposta da parte della dottrina⁶⁶ e seguita, ancorché indirettamente, dalla giurisprudenza – esse potrebbero ricondursi a due diverse categorie: quelle attinenti all'*acquisizione del fatto* in ordine al quale l'amministrazione è chiamata a provvedere e quelle relative alla *valutazione del fatto* stesso. Nella prima categoria, rientrerebbero: travisamento dei fatti; carenza, falsità o erroneità dei presupposti; difetto di istruttoria; difetto di motivazione. Andrebbero, invece, ricompresi nella seconda: sviamento di potere; disparità di trattamento; contraddittorietà tra provvedimenti; violazione di norme interne; ingiustizia, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà interna e incongruenza manifeste⁶⁷. Secondo

⁶⁰ Così E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss., spec. 313.

⁶¹ Percorso talmente articolato, complesso e tortuoso da essere stato addirittura definito «una struggente telenovela»: B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, III, Padova, 1993, 315.

⁶² C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 4.

⁶³ M. TRIMARCHI, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1310-1311.

⁶⁴ G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 768, al quale si rinvia per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁶⁵ Si rinvia, pertanto, a M.G. CARCIONE, *Figure sintomatiche dell'eccesso di potere e ragionamento del giudice* (tesi di dottorato), 2012, in <https://arcadia.sba.uniroma3.it>, 50 ss.

⁶⁶ F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, 260; più recentemente, P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 105 ss.

⁶⁷ G. QUAGLIA, *L'atipicità dei vizi di legittimità* (tesi di dottorato), a.a. 2012/2013, in <https://air.unimi.it>, 26-29, cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

una diversa catalogazione, le figure tipiche non sarebbero altro che ulteriori specificazioni dei tre schemi fondamentali che rientrano nell'eccesso di potere: sviamento dall'interesse pubblico o dalla causa tipica⁶⁸; violazione dei precetti di logica o di giustizia; vizio nella formazione della volontà⁶⁹.

È risaputo, peraltro, che «non esiste un numero chiuso di figure sintomatiche, avendo il giudice scelto proprio la strada di usarle come mezzi al fine di rendere più penetrante il sindacato sull'atto e sul procedimento amministrativo»⁷⁰.

4. *La ricostruzione dottrinale della figura*

In parallelo alla suddescritta evoluzione giurisprudenziale, si sono registrati numerosi tentativi della dottrina di inquadrare l'eccesso di potere, il cui «mistero»⁷¹ risiede nell'esistenza di limiti al potere amministrativo (almeno originariamente⁷²) *sans texte formal*, che differenziano la figura dagli altri due stati invalidanti.

Innanzitutto, ci si è interrogati sulla natura, sostanziale o processuale, delle figure sintomatiche e sul loro valore autonomo o ancillare (rispetto allo sviamento di potere ovvero all'eccesso di potere *tout court*), senza pervenire a soluzioni univoche.

In estrema sintesi, alcuni autori ritengono che le figure in parola abbiano una valenza meramente probatoria, cioè siano strumentali alla verifica dell'unico vizio: lo sviamento. Si parla a tal proposito di veri e propri «sintomi», che normalmente si accompagnano all'eccesso di potere, consentendo di individuare una divergenza tra il fine istituzionale dell'atto ed il suo concreto risultato⁷³, ovvero di «indizi o indici rivelatori» di un vizio unitario nella sua

⁶⁸ Per questa suddistinzione cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2. *Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 126. Che lo sviamento di potere possa ricorrere anche nei casi in cui lo scopo perseguito non sia illegittimo in sé e nemmeno contrario all'interesse generale, ma l'autorità non abbia agito per gli scopi che doveva perseguire nel quadro dei suoi speciali compiti, era già ben chiaro al diritto amministrativo francese ottocentesco: cfr. le *Conclusioni* dell'Avvocato generale M. LAGRANGE per Corte giust. C.E.E., 10 febbraio 1955, *Assider*, nelle cause 1-54/3-54, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁹ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 421 ss. Più recentemente, P.A. ha preferito parlare dei tre «limiti interni della discrezionalità amministrativa», che ha individuato nell'interesse pubblico, nella causa del potere esercitato e nei precetti di logica e di imparzialità: ID., *Diritto amministrativo*, cit., 124-125.

⁷⁰ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 349 ss.

⁷¹ A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 598.

⁷² V. *infra*, § 7.

⁷³ In questo senso, G. PALMA, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1963, 113; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15ª ed., Napoli, 1989, 698.

natura e nei suoi effetti⁷⁴ o ancora di vere e proprie «prove» dell'illegittimità⁷⁵.

Sul versante opposto, si collocano i teorici della completa autonomia delle figure sintomatiche dallo sviamento e della loro conseguente connotazione sostanziale e non meramente processuale. Autorevolissima dottrina sostiene in proposito, da un lato, che le figure in parola non possano avere valore probatorio, in quanto il concetto di prova rimanda alla rappresentazione di un fatto ignoto, mentre nella specie tale fatto oscuro non è determinato né dalle parti né dal giudice; dall'altro, che esse non abbiano nemmeno valore sintomatico, perché stabilire se un fatto possa essere o meno sintomo di un vizio sarebbe arbitrario e non condurrebbe ad esiti univoci⁷⁶.

Come vedremo⁷⁷, quest'ultima impostazione sembra trovare conferma nei più recenti sviluppi dottrinali, che configurano le figure sintomatiche come causa immediata di illegittimità dell'atto e riconducono molte di esse a principi generali sulla funzione amministrativa diversi dalla corrispondenza con il fine legale.

Per il momento, va piuttosto illustrata, seppur nei limiti qui consentiti, l'evoluzione dell'inquadramento dottrinale della generale figura dell'eccesso di potere, che, da vizio di un elemento dell'atto, è stato configurato come vizio della funzione.

Le teorie classiche hanno riguardato l'eccesso di potere come vizio dello scopo, della volontà, della causa.

La *teoria del «vizio della volontà»*, risalente a Ranelletti⁷⁸, ripresa da Zanobini⁷⁹ e talvolta accolta da giurisprudenza ormai datata⁸⁰, riconduce nell'eccesso di potere i classici vizi del negozio giuridico di diritto privato (violenza, errore e dolo come causa di falsa rappresentazione dei fatti). Essa muove da un errato approccio al generale tema dell'invalidità degli atti amministrativi, effettuato mutuando categorie del diritto privato; approccio che per lungo tempo – com'è noto – ha caratterizzato l'elaborazione dottrinale, che non ha tenuto conto dei peculiari caratteri che distinguono i rapporti di diritto pubblico da quelli di

⁷⁴ Così F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 237; E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, I, 401; B. Cavallo, *op. cit.*, 316; T. Alibrandi, *Spunti critici in tema di eccesso di potere*, in *Foro amm.*, 1975, 683.

⁷⁵ A. Azzena, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. e soc.*, 1982, 55; ID., *Sindacato sui c.d. sintomi dell'eccesso di potere e ampliamento della competenza del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, 34.

⁷⁶ F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, II, 991 ss., spec. 1006 e 1009.

⁷⁷ *Infra*, §§ 6, 9, 10 e 11.

⁷⁸ O. Ranelletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss., spec. 74.

⁷⁹ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milano, 1958, I, 311.

⁸⁰ Cass. civ., Sez. un., 4 dicembre 1971, n. 3519, in *Foro it.*, 1972, I, 951.

diritto privato⁸¹. Dall'istituzione della Quarta Sezione ad almeno i primi decenni del secolo scorso⁸², quindi proprio quando si elaborava la figura dell'eccesso di potere, dottrina e giurisprudenza ricostruivano la nozione di atto amministrativo sulla base delle ricostruzioni e dei concetti elaborati dalla pandettistica⁸³ e ravvisavano, quindi, nello stesso dichiarazioni di volontà degli organi della pubblica amministrazione⁸⁴. Soltanto quando l'essenza dinamica del provvedimento è stata identificata con la sostanza della funzione alla quale esso deve servire, ci si è resi conto di come non ci fosse più posto per una ricostruzione di quel tipo e l'analisi strutturale dei fatti procedurali e degli atti autoritativi dovesse informarsi a principi nettamente diversi da quelli che regolano gli atti ed i rapporti dei soggetti privati⁸⁵. In altri termini, è parso evidente che il vizio invalidante, ricercato negli elementi dell'atto, non trovava più spiegazione unitaria nel quadro di una fattispecie procedimentale in cui il provvedimento si forma progressivamente⁸⁶. Il superamento della concezione che faceva coincidere l'invalidità con l'imperfezione del provvedimento, con la mancanza o difettosità dei suoi elementi, ha indotto a ritenere insufficiente la teoria dell'eccesso di potere come vizio della volontà ed a preferire la tesi più comprensiva del vizio nel procedimento normale di formazione della volontà stessa, per violazione delle regole di logica che vi presiedono⁸⁷: tesi, quest'ultima, nella quale

⁸¹ Ancorché già più di un secolo fa fosse stato segnalato che la teoria dell'invalidità degli atti amministrativi dev'essere formulata «tutta secondo il diritto pubblico»: A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (Roma, 1916), Padova, 1986 (rist. anast.), 330-331.

⁸² Ma anche in epoca più recente continuavano a riscontrarsi ricostruzioni degli elementi e dei requisiti di validità dei provvedimenti ricalcate sulla disciplina degli atti di volontà del diritto privato: v., ad es., P. VIRGA, *Il provvedimento*, cit., 375, laddove afferma che «la validità di un atto viene valutata mediante il confronto fra l'atto stesso e lo schema astratto preveduto dalle norme: l'atto sarà invalido, quando presenta una deviazione negli elementi e requisiti rispetto allo schema astratto disciplinato dalla legge»; v., altresì, L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1985, 170, che giudica ancora «robusta» tale impostazione.

⁸³ F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 125, il quale osserva che l'eccesso di potere, in termini di teoria di validità dell'atto amministrativo, venne subito inquadrato all'interno del metodo pandettistico, secondo i dettami programmatici orlandiani.

⁸⁴ G. CIANFEROTTI, *Pandettistica, formalismo e principio di legalità. Ranalletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna, 1992, 37 ss.

⁸⁵ Così A. PIRAS, *op. cit.*, 598-599; più recentemente, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 8-9.

⁸⁶ B. CAVALLO, *op. cit.*, 296.

⁸⁷ In tal senso, *ex plurimis*, C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, 471 ss., spec. 533 e 548 ss.; F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937, 447 ss., spec. 457 ss.

L'aspetto prevalente non è quello della causa, ma piuttosto quello dell'anomalia del procedimento volitivo⁸⁸.

Analoghe considerazioni possono farsi per la *teoria del «vizio della causa»*, risalente a Cammeo⁸⁹ e prevalente tra il 1930 ed il 1950, ma ripresa anche da giurisprudenza più recente⁹⁰. A quest'ultima teoria, peraltro, già all'epoca era stato obiettato che solo di rado la giurisprudenza opera un accertamento diretto del vizio di un elemento dell'atto per procedere all'annullamento per eccesso di potere, sicché è più corretto sostituire alla causa (la cui esistenza nell'atto amministrativo è stata addirittura negata), come specifico requisito di legittimità, una generica esigenza di corrispondenza dell'atto all'interesse pubblico inteso come concezione di legittimità sostanziale della potestà di agire della pubblica amministrazione, con conseguente configurazione dell'eccesso di potere come vizio della potestà⁹¹.

Le teorie sin qui esaminate erano state sviluppate e perfezionate nella *teoria del «vizio dei motivi»*, che, escluso che la causa sia un elemento dell'atto, aveva messo al centro la discrezionalità del potere amministrativo, intesa come possibilità di scelta tra motivi diversi o di un motivo determinante diverso dall'interesse pubblico previsto dalla norma⁹². Questa impostazione, che ha in definitiva notato come l'accertamento del vizio di eccesso di potere, prescindendo quasi sempre dal rilievo specifico dell'inesistenza o erronea valutazione del motivo primario, corrispondente all'interesse pubblico per la cura del quale è attribuito il potere, involge un'indagine che incide sui motivi del provvedimento complessivamente considerati, ha rappresentato il "ponte" che ha consentito di passare dalle concezioni classiche e tradizionali dell'eccesso di potere come sviamento dal fine o come vizio della causa o dei motivi⁹³ alla concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione⁹⁴.

⁸⁸ F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 3.

⁸⁹ F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss., spec. 113.

⁹⁰ Cfr. ad es., Cass. civ., Sez. un., 7 luglio 1967, n. 1673, in *Cons. Stato*, 1968, II, 44.

⁹¹ R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, ora in *Id.*, *Scritti minori*, Milano, 1981, 1 ss., spec. 4 e 67 ss.

⁹² M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, 392; *Id.*, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 907 ss.

⁹³ Tuttavia, come recentemente notato da E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Riv. AIC*, n. 2/2019, 555-556, anche se l'impostazione pandettistica è stata da tempo superata ed abbandonata in quanto oggi non si parla più di dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione e, a proposito degli atti amministrativi, non si utilizzano più le nozioni di causa o di motivi degli atti o dei negozi giuridici, la caratterizzazione finalistica degli atti amministrativi, il principio di funzionalizzazione degli atti stessi, è rimasta e trova conferma nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Non manca, peraltro, chi ritiene «senz'altro corretto identificare la causa dell'atto con l'interesse normativamente qualificato a cui è funzionalizzato», dunque con «lo scopo della funzione, ossia l'interesse pubblico che l'atto deve realizzare», ma precisa che essa «consiste nel suo scopo concreto, quale specificazione storica della finalità astratta a cui è preordinata la funzione»: così R. MANFRELOTTI, *La causa degli atti di diritto pubblico*, *ivi*, n. 4/2021, 156.

⁹⁴ F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 5.

Siamo alla nota tesi di Feliciano Benvenuti, che ha avuto un'immediata eco in dottrina⁹⁵ ed ha condizionato gran parte delle ricostruzioni successive⁹⁶, secondo la quale le figure sintomatiche vanno ricondotte a tre ipotesi fondamentali, a seconda che siano stati violati i principi di giustizia sostanziale (manifesta ingiustizia e disparità di trattamento), di ragionevolezza (illogicità e contraddittorietà) o di organizzazione amministrativa (violazione di circolari e deviazione dalla prassi)⁹⁷. Secondo il Maestro padovano, questi principi generali, «connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo [...], costituiscono vere e proprie norme giuridiche e non principî di buona amministrazione»⁹⁸ e fungono, quindi, da «condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo»⁹⁹.

Anche quest'ultima concezione, sicuramente più avanzata e penetrante, è stata invero sottoposta a critica laddove configura una nozione troppo ampia di eccesso di potere¹⁰⁰ ed attribuisce valore processuale, e non sostanziale, alle cc.dd. figure sintomatiche. Al di là della fondatezza o meno di tale critica¹⁰¹, la teoria benvenutiana dell'eccesso di potere come vizio funzionale resta lo strumento più raffinato del passaggio dal principio di legalità formale a quello di legittimità sostanziale¹⁰². La più acuta dottrina, ad es., aveva subito colto come una siffatta definizione dell'eccesso di potere implichi necessariamente l'impossibilità di restringere l'oggetto dell'accertamento, *ergo* del giudicato amministrativo, all'annullamento del provvedimento impugnato¹⁰³, tant'è che, su questa strada, la tesi di Benvenuti ha finito per diventare uno dei principali argomenti a sostegno dei tentativi dottrinali di «riscattare il processo amministrativo dalle pastoie di uno sterile formalismo legato al gioco dei rapporti tra preclusione da giudicato e rinnovabilità dell'atto»¹⁰⁴.

⁹⁵ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 291; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 321.

⁹⁶ Ad es., F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 276 e 541; F. SAITTA, *op. cit.*, 350.

⁹⁷ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1011 ss.

⁹⁸ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1015.

⁹⁹ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1018.

¹⁰⁰ Cfr., ad es., T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 626, secondo il quale la definizione benvenutiana dell'eccesso di potere «finisce con l'essere nulla più che una nozione descrittiva di fenomeni strutturalmente diversi, in cui non è possibile rintracciare un elemento concettuale unificante».

¹⁰¹ Ritenuta non convincente da F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 5, «se si mantiene fermo il nesso necessario che collega il vizio di e.d.p. alla discrezionalità della funzione (amministrativa), nel senso che i vizi riscontrabili nell'atto, ma che riguardino le forme o il procedimento di formazione o le competenze di chi l'abbia adottato, nulla hanno a che vedere con l'e.d.p.».

¹⁰² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 632 ss.

¹⁰³ A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., II, 448.

¹⁰⁴ Così T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 621.

La teoria in esame, inoltre, ha il pregio di non escludere nuove e diverse situazioni patologiche rispetto a quelle elaborate dalla giurisprudenza¹⁰⁵, che infatti – come vedremo – dagli anni '50 del secolo scorso ad oggi ha ulteriormente raffinato ed arricchito il sindacato di eccesso di potere.

5. *Le figure sintomatiche «classiche» alla prova dei tempi: a) le criticità originarie e lo scarso utilizzo dello sviamento di potere*

Al di là degli obiettivi vantaggi sul piano pratico, la teoria delle figure sintomatiche presenta però delle criticità e, con il passare del tempo, non sembra più stare al passo coi tempi.

Sin dall'inizio, è invero apparsa evidente la difficoltà di individuare un minimo comune denominatore di tutte le figure sotto un profilo ontologico e strutturale, cioè di dimostrare la sostanziale identità del fatto generatore del vizio nelle diverse ipotesi o quantomeno l'attitudine dell'elemento asseritamente viziato a qualificare unitariamente le ipotesi stesse¹⁰⁶: secondo autorevole dottrina, insomma, applicando la teoria sostanzialistica delle figure sintomatiche finisce per smarrirsi la stessa unitarietà della nozione di eccesso di potere¹⁰⁷.

A ciò si aggiunge che, sin dall'inizio, lo sviamento, che dal punto di vista teorico rappresenta la manifestazione tipica, la figura primigenia, dell'eccesso di potere¹⁰⁸, nella pratica è stato utilizzato assai di rado dai giudici amministrativi per annullare i provvedimenti: ormai da oltre mezzo secolo almeno, infatti, la giurisprudenza si è orientata nel senso di concepire lo sviamento come conseguenza di un'operazione giudiziale e di ritenere che la relativa censura non possa essere accolta ove non sia sorretta da alcun elemento probatorio o, comunque, desumersi da una serie di elementi concordanti tali da ingenerare un fondato convincimento sull'esistenza del vizio¹⁰⁹. Tale orientamento è andato addirittura inasprendosi col passare del tempo se è vero che la più recente giurisprudenza afferma inequivocabilmente che la censura di sviamento di potere «deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dare conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non bastando allegazioni che non raggiungono neppure il livello di supposizione od indizio»¹¹⁰. Ne

¹⁰⁵ F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 6.

¹⁰⁶ T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 622.

¹⁰⁷ E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 184 ss.; E. CASETTA, *op. cit.*, 313.

¹⁰⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4ª ed., Bologna, 2019, 215.

¹⁰⁹ T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 609, al quale si rinvia anche per le relative indicazioni giurisprudenziali.

¹¹⁰ Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2021, n. 5532, in www.giustizia-amministrativa.it.

consegue che tale vizio è escluso quando l'atto è adottato «conformemente alle norme sulla sua forma e il suo contenuto e risulta comunque aderente al fine cui è istituzionalmente preordinato»¹¹¹.

Questo orientamento è stato recentemente sottoposto a critica, in quanto, in presenza di procedimenti amministrativi nei quali confluiscono svariati interessi pubblici, primari e secondari, chiedere al ricorrente di dimostrare la divergenza del provvedimento impugnato dal fine tipico significa pretendere la dimostrazione dell'insussistenza di un qualsivoglia interesse pubblico idoneo a sorreggerlo¹¹². Il gravoso onere probatorio addossato al ricorrente, peraltro, fa sì che, in pratica, nelle rare ipotesi in cui il giudice annulla un provvedimento per sviamento, si è in presenza in realtà di un atto che merita di essere annullato anche perché presenta altri vizi, più facili da rilevare per il giudice e da provare per il ricorrente: ciò determina evidentemente un depotenziamento del vizio di sviamento e delle stesse figure sintomatiche, che spesso sono vizi a tutti gli effetti autonomi¹¹³.

6. Segue: b) *da sintomi a vizi*

La proliferazione, invero alquanto caotica¹¹⁴, delle figure sintomatiche ha posto subito il problema della «difficoltà di discernere la malattia dalla sua esternazione»¹¹⁵.

Già Benvenuti, nel suo celebre saggio del 1950, esordiva notando come la dottrina generalmente – e, a suo avviso, «esattamente» – escludesse dal novero delle ipotesi sintomatiche di eccesso di potere i casi dello sviamento, del travisamento dei fatti e dell'errore di fatto e di diritto, considerati tutti veri e propri vizi dell'elemento causale dell'atto¹¹⁶. E subito dopo affermava che «queste situazioni che si è soliti denominare come sintomatiche, in tanto possono reclamare una ragione di autonoma esistenza in quanto [...] sia possibile escludere [...] che esse siano ragione di invalidazione dell'atto, per essere, sul piano sostanziale, esse stesse causa del vizio di un elemento dell'atto»¹¹⁷. Senonchè, come sempre Benvenuti aveva già allora notato, la giurisprudenza ha in realtà considerato le figure sintomatiche come prove indiziarie o presunzioni non dell'esistenza di un fatto ignoto causa del vizio, bensì direttamente del vizio di eccesso di potere, *ergo* come

¹¹¹ Cons. St., Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹² G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, 100-101.

¹¹³ G. MANNUCCI, *op. cit.*, 102-103, con ampio corredo giurisprudenziale.

¹¹⁴ P. GASPARRI, *op. cit.*, 126.

¹¹⁵ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 14.

¹¹⁶ *Op. cit.*, 994-995.

¹¹⁷ *Op. cit.*, 997.

mezzi di annullamento dell'atto: in altri termini, tutte le situazioni sintomatiche sono considerate autonomi e specifici vizi di legittimità dell'azione amministrativa, intesa come attività nel suo farsi. Tale *modus procedendi*, già criticato dal giurista padovano¹¹⁸, è considerato scorretto e «giuridicamente insostenibile» anche dalla dottrina recente, che rileva come la relazione sintomo-eccesso di potere sia una relazione di mera probabilità, che non risponde ai requisiti della gravità, precisione e concordanza richiesti per le presunzioni non stabilite dalla legge (art. 2729, comma 1, c.c.)¹¹⁹.

Da questo punto di vista, appare più coerente l'approccio della dottrina e della giurisprudenza civile, nel cui ambito il disegno delle figure sintomatiche è connotato dal fatto che il giudizio definitivo circa il loro trattamento giuridico attende sempre una conferma da desumersi sulla base di ulteriori elementi¹²⁰. V'è, infatti, unanimità nell'affermare che tale giudizio definitivo debba essere sempre desunto sulla base delle circostanze del caso concreto¹²¹ e di determinati standard valutativi adeguati a quel giudizio – tra i quali il più affermato è quello della ragionevolezza –, che possono anche smentire la «diagnosi» ed escludere il conseguente trattamento giuridico.

Nell'ambito della dottrina amministrativistica, invece, non v'è concordia di vedute.

Secondo una non recentissima opinione, la circostanza che molto spesso la giurisprudenza non ammetta prova contraria alle risultanze delle figure sintomatiche è inspiegabile finché tali figure vengano concepite come mero indizio dell'eccesso di potere ed induce a ritenere «che quest'ultimo risulti da un vizio di merito o di legittimità in senso stretto, cui si aggiunge la violazione di una regola in funzione di ulteriore componente», e che tale violazione sia proprio la figura sintomatica, la quale quindi opererebbe «in una ipotesi che è, per definizione, di difformità dalla norma»¹²². In questa prospettiva, l'ammissibilità della prova contraria consisterebbe nella dimostrazione che, malgrado la violazione della regola sintomatica, il provvedimento non è affetto da vizi di merito o di legittimità¹²³.

Di converso, secondo più recente ed autorevole dottrina, la riluttanza della

¹¹⁸ *Op. cit.*, 1009 ss.

¹¹⁹ Così F. MODUGNO, M. MANETTI, *op. cit.*, 4. Nel senso che la sintomaticità non è la caratteristica essenziale di tali situazioni e che la ragione del loro valore va ritrovata nella loro natura sostanziale e non nell'eventuale possibilità che appaiano come sintomi rivelatori dell'esistenza di un vizio di un elemento dell'atto, anche E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 348.

¹²⁰ S. ORLANDO, *Le figure sintomatiche del diritto privato*, in *Persona e mercato*, n. 4/2019, 138.

¹²¹ Cfr., ad es., M. GRONDONA, *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, in F. BRUNETTA D'USSEAU, A. D'ANGELO, *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, 355-356; più recentemente, D. IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 85-86.

¹²² T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti*, cit., 613.

¹²³ T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 614.

giurisprudenza amministrativa ad effettuare più approfondite indagini per verificare se, al di là del sintomo o indizio, si abbia effettivamente il fatto patologico – riluttanza che si manifesterebbe soprattutto con riguardo ai vizi della motivazione – non rivelerebbe affatto una sorta di pigrizia del giudice amministrativo, bensì la giustissima considerazione che l'atto deve rendere manifesta l'autorità nel momento stesso in cui pretende di affermarsi, sicché «dopo l'instaurazione del giudizio non possono aversi operazioni di carattere ortopedico, le quali, paradossalmente, comporterebbero la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione»¹²⁴.

Sempre nell'ottica di una maggiore tutela del cittadino, è stato anche osservato che, in taluni casi, continuando a collocare alcune figure tra i sintomi, si impone al privato un onere probatorio così gravoso da rivelare una contraddizione di fondo: la disparità di trattamento, ad es., è tradizionalmente considerata una fattispecie sintomatica dell'eccesso di potere, ma nella «qualità» della prova richiesta – consistente nella dimostrazione della «identità assoluta della situazione considerata»¹²⁵ e, quindi, della «assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato»¹²⁶, che renda «del tutto incomprensibile ed arbitraria»¹²⁷ la decisione impugnata – si attegga a vizio autonomo, mentre sarebbe più corretto ritenere sufficiente un principio di prova della disparità di trattamento¹²⁸.

Infine, secondo un'ulteriore lettura, in garbato dissenso dalla tesi benvenutiana, le cc.dd. figure sintomatiche non sarebbero sintomi di un qualche vizio non individuato dell'atto o del procedimento, ma null'altro che le regole che si è dato il giudice per sindacare l'esercizio del potere discrezionale in assenza di una disciplina legislativa, sicché sarebbe fuorviante parlare di tali figure come effetti del provvedimento che ne manifestano l'illegittimità¹²⁹.

7. Segue: c) *la redistribuzione topografica: da eccesso di potere a violazione di legge*

La constatazione che l'eccesso di potere, da figura composita qual è, contenga in sé ipotesi di «violazioni a cognizione null'affatto sintomatica che avrebbero dovuto già da tempo trovare uno spazio autonomo nella sistemazione

¹²⁴ Così F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 443 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 567 ss., spec. 568.

¹²⁵ Cons. St., Sez. VI, 11 giugno 2012, n. 3401, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁶ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 5907, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁷ Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5798, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁸ G. MANNUCCI, *op. cit.*, 106-108.

¹²⁹ E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, spec. 69-70; adesivamente, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1311.

dei vizi provvedimenti»¹³⁰ introduce il discorso sul transito di alcune figure dall'area dell'accertamento sintomatico a quello dell'accertamento diretto, *id est* dall'eccesso di potere alla violazione di legge. Discorso che serve anche a confermare come l'area dell'eccesso di potere sia in perenne divenire¹³¹, in quanto all'individuazione di nuove ipotesi riconducibili a tale ambito, sulle quali ci soffermeremo di qui a poco, si accompagna, appunto, il "trasloco" di alcune figure classiche verso la sempre più ampia categoria della violazione di legge.

A tal riguardo, va, innanzitutto, considerato che già nell'elaborazione del sindacato sull'*excès de pouvoir* la giurisprudenza francese distingueva il vizio di sviamento di potere deducibile quando la potestà attribuita dalla legge all'amministrazione non fosse stata dalla stessa esercitata in vista del fine od obiettivo canonizzato dalla norma primaria, ma di un altro, dal c.d. «sviamento della procedura», che si verificava quanto veniva utilizzato un procedimento non previsto dall'ordinamento ai fini dell'emanazione del provvedimento impugnato¹³². Questa variante del vizio, a ben guardare, aveva ben poco a che fare con l'eccesso di potere, ben potendo ricondursi alla violazione di legge.

Ed anche in alcune ricostruzioni teoriche recenti, lo sviamento, per l'accertamento del quale occorre stabilire se il fine concretamente perseguito con il provvedimento sia conforme o meno a quello indicato dalla legge¹³³, è riportato alla violazione di legge, cioè alla violazione della norma attributiva del potere, presa in considerazione sotto il profilo dell'interesse protetto¹³⁴. Risulta evidente, d'altronde, che, se il fine di interesse pubblico è quasi sempre legislativamente definito da ogni norma attributiva di pubblici poteri, l'accertamento dello sviamento di potere ben può intendersi – al pari dell'incompetenza (che è violazione dell'indicazione legislativa dell'organo) e di ogni altra violazione di legge – come inosservanza dell'enunciato legislativo che definisce la finalità dell'esercizio del potere; e, se ciò non bastasse, c'è l'art. 1, comma 1, della legge sul procedimen-

¹³⁰ F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 312.

¹³¹ G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo* (Relazione al Convegno su: «La legge n. 205 del 2000 e l'ingresso del fatto nel processo amministrativo» – Catania, 18 maggio 2002), in *www.lexitalia.it*, § 7.

¹³² Lo riferisce G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019, 120-121, al quale si rinvia per le relative indicazioni.

¹³³ R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, App., XV, Torino, 2011, 659; F.G. SCOCA – M. D'ORSOGNA, *ibidem*, T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*, 607-608, ad avviso del quale la nozione di eccesso di potere è, in tal caso, quantomeno eccessiva giacché il vizio può agevolmente ricondursi all'illegittimità in senso stretto senza che con ciò risulti ridotto il margine di sindacabilità del provvedimento.

¹³⁴ In tal senso, E. CARDI – S. COGNETTI, *op. cit.*, 348; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 169; M. GALDI, *Imparzialità, buon andamento e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1996, 161; C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto «amministrativo» del soggetto privato*, in *Scritti in onore di A. Romano*, Napoli, 2011, I, 539; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 116 ss.

to, che contiene una norma generale ed astratta che ribadisce che «[l]’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge»¹³⁵, confermando che lo sviamento non è altro che una manipolazione dei fatti presupposti per l’esercizio del potere, che determina un contrasto fra fattispecie reale e fattispecie legale riconducibile nell’ambito della violazione di legge¹³⁶.

La novità degli ultimi decenni è, però, di più ampia portata ed attiene all’estensione dell’area coperta dal diritto a fronte dell’area del merito: l’idea della legge che soltanto limita e non crea il potere amministrativo, che quindi può esservi anche in sua assenza, è compensata almeno in parte da una progressiva riduzione dell’area del potere insindacabile, grazie anche all’utilizzo dell’attività interpretativa nel silenzio del diritto positivo¹³⁷.

Le novità derivanti dalla Costituzione e dall’influenza del diritto europeo cambiano significativamente il quadro di riferimento nel cui ambito era stata modellata la tecnica dell’eccesso di potere ed i principi desunti dalla sua applicazione vengono positivizzati con l’aggiunta di nuovi: dai principi di buon andamento e di imparzialità di cui all’art. 97 della Costituzione¹³⁸ – che attraggono il profilo del risultato anche in termini di violazione di legge¹³⁹ – ai criteri la cui osservanza è imposta dall’art. 1, comma 1, della legge sul procedimento ed agli ulteriori principi codificati nella stessa legge, fino alle disposizioni di settore contenenti principi di nuovo conio (precauzione e sviluppo sostenibile: artt. 3-ter e 3-quater del codice dell’ambiente¹⁴⁰; libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità: art. 3 del codice dei contratti pubblici del 2006¹⁴¹) ed all’applicazione all’attività amministrativa dei principi di buona fede e correttezza, un tempo circoscritti al diritto privato, tutto contribuisce ad arricchire lo scenario di ipotesi nelle quali rileva la violazione diretta – e non sintomatica – di un precetto giuridico, quindi la violazione di legge piuttosto che l’eccesso di potere¹⁴².

La riduzione delle figure sintomatiche alla violazione di legge – che, a ben guardare, era già iniziata con l’avvento della Costituzione, avendo l’art. 97 diret-

¹³⁵ E. CARDI – S. COGNETTI, *op. cit.*, 659.

¹³⁶ A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell’eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, 1097.

¹³⁷ C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 3.5.

¹³⁸ Sui quali, per tutti, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 117 ss.; F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, *ivi*, 91 ss.

¹³⁹ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di “risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 7 ss.

¹⁴⁰ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, 413 ss.

¹⁴¹ G. DE VINCI, *I principi*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico (e-book)*, Milano, 2016, cap. III.

¹⁴² C. MARZUOLI, *op. cit.*, § 4.

tamente inciso sulla disparità di trattamento, che era uno dei casi più ricorrenti di eccesso di potere¹⁴³ – poggia dunque, in massima parte, sul modo di intendere i principi stabiliti dalla legge n. 241 del 1990, che la dottrina contemporanea ha interpretato muovendo dall'idea che il superamento del «limite implicito» posto dalla legge al potere discrezionale, consistente nell'interesse pubblico, si risolveva, appunto, in violazione della legge stessa¹⁴⁴. Com'è noto, tale legge, oltre ad individuare in apertura alcuni parametri di azione direttamente cogenti per l'amministrazione pubblica, cioè i criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza ed i principi dell'Unione europea (art. 1, comma 1), ha codificato precedenti orientamenti giurisprudenziali, dando fondamento normativo ad alcune regole di condotta di derivazione pretoria¹⁴⁵. La positivizzazione di tali regole non poteva non comportare una rilettura di quelle patologie che, trovando oggi il paradigma di riferimento nel diritto positivo, non possono più essere viste come un vizio di «devianza»¹⁴⁶ rispetto alla funzione, andando a saggiare la conformità dell'esercizio del potere rispetto ad una norma giuridica¹⁴⁷.

Il tema è troppo ampio per poter essere qui sviscerato in ogni profilo, per cui ci si limita a notare che, negli studi apparsi nei primi anni di applicazione della legge n. 241 del 1990, il primo vizio sul quale si è incentrata l'attenzione è stata la *manca*za o *insufficienza della motivazione*, che, mentre sino a quel momento era stata una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere più utilizzate¹⁴⁸, alla luce

¹⁴³ M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1109.

¹⁴⁴ A. GIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 94 e 98.

¹⁴⁵ M. RAMAJOLI, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 58-59.

¹⁴⁶ È d'obbligo il riferimento a A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, cit., II, 1117 ss.

¹⁴⁷ A. BARTOLINI, *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, IV, 2869, ad avviso del quale l'eccesso di potere, dunque, non dovrebbe più essere il frutto di un giudizio sintomatico, ma sintetico.

¹⁴⁸ M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, 11. Sul vizio di motivazione come «sintomo di una imperfezione del processo di formazione di volontà», M. NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it.*, 1958, III, 39 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 450; *contra*, G. DE FINA, *La motivazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 105, secondo cui «l'obbligatorietà della motivazione – se ritenuta – non può che farsi discendere dalla norma, sebbene non espressa, in base ad una interpretazione estensiva o analogica: con la conseguenza, che anche per gli atti per cui la motivazione non è legislativamente richiesta *expressis verbis*, il difetto di motivazione [...] costituendo trasgressione di un adempimento formale, dovrebbe integrare il vizio di violazione di legge e non quello di eccesso di potere». Va da sé che, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990, laddove fosse la norma attributiva del potere a richiedere espressamente la motivazione del provvedimento, la relativa inadempienza andava configurata come violazione di legge: F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano,

dell'obbligo generale e della specificazione del suo contenuto di cui all'art. 3, è stata dai più ricondotta alla violazione di legge¹⁴⁹. Anche se taluno, rilevato che tale disposizione non indica un preciso parametro alla stregua del quale il giudice possa verificare il rispetto dell'obbligo di motivazione¹⁵⁰, ritiene che il controllo giurisdizionale sulla sufficienza della motivazione debba essere tuttora svolto come sindacato su un sintomo di eccesso di potere¹⁵¹. Non mancano autori, poi, che, pur non ponendo in dubbio la portata innovativa dell'art. 3 della legge sul procedimento, invitano a non rimettere in discussione la validità e la vitalità del sindacato di eccesso di potere¹⁵², che, specie nell'anzidetta ipotesi del controllo sulla sufficienza della motivazione (gli atti totalmente carenti di enunciato motivazionale sono invero assai rari), consente al giudice di ricostruire le ragioni di pubblico interesse che giustificano il provvedimento, supplendo così all'incapacità dell'amministrazione di rappresentarle convenientemente¹⁵³. E v'è pure

1991, III, 68; già prima, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 13.

¹⁴⁹ In tal senso, A. PUBUSA, *op. cit.*, 1099; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 181; *contra*, F. LEDDA, *op. cit.*, 569, che reputa tale opinione «assolutamente ingiustificata e dovuta chiaramente a un errore di prospettiva alquanto grave».

¹⁵⁰ Su tale aspetto, *amplius*, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, App., XIII, 1997, 685-686.

¹⁵¹ G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 2000, 196-200. Leggermente diversa è l'opinione di G. MANNUCCI, *op. cit.*, 112, secondo la quale anche il caso della motivazione insufficiente rientrerebbe nella violazione di legge, mentre continuerebbero ad essere riconducibili all'eccesso di potere le ipotesi della motivazione qualitativamente scorretta (perché illogica, contraddittoria, ecc.), in cui il difetto inerisce alla sostanza della decisione.

¹⁵² Così, ad es., I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e potere dell'amministrazione*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 338 ss. Favorevole ad un'integrazione del sindacato giurisdizionale sulla motivazione attraverso il duplice riferimento all'eccesso di potere ed alla violazione di legge anche G. ABBAMONTE, *op. cit.*, § 8.

¹⁵³ G. BERGONZINI, *op. cit.*, 200; *amplius*, A. GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rass.*, 2002, 2230 ss., ad avviso del quale l'art. 3 l. n. 241/1990, lungi dallo sconfiggere il principio della dequotazione della motivazione, come sostenuto da taluno, offre, al contrario, un addentellato di diritto positivo all'evoluzione del pensiero giurisprudenziale sostanzialista sviluppatosi sul tema del difetto di motivazione quale manifestazione dell'eccesso di potere. Nel senso che la mancanza o insufficienza della motivazione concretizza un eccesso di potere soltanto in quanto sintomatizzi un difetto di valutazione delle circostanze di fatto, di ponderazione degli interessi coinvolti o comunque della funzione rispetto al modello legale, sicché il vizio non sta nella mancanza della motivazione in sé, ben potendo la pubblica amministrazione provare l'assenza di qualsiasi vizio nella funzione esibendo gli atti che hanno preceduto il provvedimento contestato dai quali emergono i motivi non enunciati, già T.A.R. Veneto, 16 febbraio 1987, n. 161, in *Foro amm.*, 1988, 188. Sul tema dell'integrazione postuma della motivazione, da ultimo, F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)*, in *www.giustiziasieme.it* (novembre 2021).

chi, pur convenendo in linea di massima con la tesi prevalente, ha individuato nell'ipotesi di immotivato dissenso dalle risultanze dell'istruttoria svolta dal responsabile del procedimento, che potrebbe qualificarsi come violazione dell'art. 6, ultimo comma, della legge sul procedimento, uno spazio residuale in cui il difetto di motivazione opererebbe come figura sintomatica dell'eccesso di potere¹⁵⁴.

Più incerta la giurisprudenza¹⁵⁵, che talvolta ha ritenuto che tale vizio sia violazione di legge, nonché dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione¹⁵⁶, talaltra ha continuato a ricondurre all'eccesso di potere financo l'ipotesi della mancanza assoluta di motivazione¹⁵⁷.

Analogo "transito" dall'eccesso di potere alla violazione di legge si è registrato per i vizi concernenti la valutazione dei presupposti per l'emanazione del provvedimento e per l'adeguatezza dell'istruttoria, i quali attengono al fatto e si configurano oggi come violazioni dell'art. 6, lett. a) e b), della legge n. 241 del 1990: si allude al *travisamento dei fatti*¹⁵⁸, del resto già da tempo inquadrato tra le ipotesi di violazione di legge¹⁵⁹, ed allo stesso *difetto di istruttoria*¹⁶⁰, che la giurisprudenza era solita ricondurre all'eccesso di potere¹⁶¹.

L'espressa menzione legislativa dei principi generali dell'azione amministrativa ad opera dell'art. 1 della legge sul procedimento, come novellato nel 2005, dovrebbe, poi, servire a chiarire che non ha più senso qualificare la violazione di tali principi come eccesso di potere, come, invece, continua a fare la giurisprudenza¹⁶². Ne consegue che vizi come, ad es., la *disparità di trattamento*, che consiste nella violazione del principio di imparzialità, dovrebbero ricondursi direttamente alla violazione di legge¹⁶³, venendo dal giudice sanzionata la violazione di un

¹⁵⁴ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* (Prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico della Scuola Forense – Bari, 19 marzo 2005), in *www.astrid-online.it*, 22.

¹⁵⁵ P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 107 ss.; A. SANDULLI, *L'eccesso di potere amministrativo*, Vastarini-Cresi (Sezione IV, decisione 7 gennaio 1892, n. 3), in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 51.

¹⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 7429, 8 ottobre 2010, n. 7369 e 6 settembre 2010, n. 6461, in *Guida al diritto*, 2010, dossier n. 3, 80 e in *Foro amm. – CdS*, 2010, 2181 e 1886; già prima, Sez. IV, 18 gennaio 1997, n. 24, in *Cons. Stato*, 1997, I, 27.

¹⁵⁷ Cons. St., Sez. V, 20 luglio 2010, n. 4217, in *Foro amm.*, 2000, 1813; Sez. VI, 29 ottobre 1999, n. 1639, 30 novembre 1995, n. 1356 e 30 aprile 1994, n. 652, *ivi*, 1999, 1742, 1995, 1592 e 1994, 633.

¹⁵⁸ A. PUBUSA, *op. cit.*, 1100-1101; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 312.

¹⁵⁹ Cfr. E. CARDI – S. COGNETTI, *op. cit.*, 347; già prima, P. GASPARRI, *op. cit.*, 134.

¹⁶⁰ G. SALA, *op. cit.*, 183 ss.

¹⁶¹ *Ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 21 dicembre 1983, n. 94, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 301.

¹⁶² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 237.

¹⁶³ In tal senso, da ultimo, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse*

principio giuridico¹⁶⁴, rilevata dall'esame comparato di due provvedimenti aventi ad oggetto due situazioni di fatto¹⁶⁵. In alcune ipotesi, peraltro, la violazione del principio generale viene cristallizzata in alcune fattispecie tipiche: è il caso della violazione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, che prevede la predeterminazione da parte delle amministrazioni pubbliche dei criteri e delle modalità per l'attribuzione di vantaggi economici, disposizione che riafferma i principi di legalità ed imparzialità¹⁶⁶ e non dev'essere più ricondotta all'eccesso di potere¹⁶⁷.

Come anticipato, vi sono anche ipotesi in cui la riqualificazione in termini di violazione di legge anziché di eccesso di potere non è una conseguenza diretta dell'avvento della legge sul procedimento. È il caso, ad es., della *violazione di circolari*, tradizionalmente ricondotta dalla giurisprudenza all'eccesso di potere perché in essa non si coglie la violazione di una norma, ma l'ingiustificato contrasto tra una direttiva generale ed un atto attuativo¹⁶⁸, e recentemente riconfigurata come violazione di legge o di principi generali, quali la buona fede e l'affidamento, in presenza di norme interne conoscibili perché pubblicate su fonti di cognizione o su siti istituzionali, alle quali si debba quindi, riconoscere rilevanza nell'ordinamento giuridico generale per tutelare, appunto, il legittimo affidamento dei terzi¹⁶⁹.

Non dovrebbe più essere dubbia la collocazione dell'atto amministrativo contrastante con una disposizione del diritto europeo. Fino a qualche anno fa, mentre sembrava ormai acclarato che non si trattasse di nullità, bensì di annullabilità¹⁷⁰, era ancora controverso se anche la *violazione del diritto comunitario* rien-

legittimo, Rimini, 2021, *passim*, ma spec. 269, laddove conclusivamente si afferma che l'imparzialità va «ricondotta interamente all'area della legalità, intesa come area sottoposta a vincoli giuridici»; già prima del 1990, E. CASETTA, *op. cit.*, 315; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 702.

¹⁶⁴ *Contra*, A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, 294, secondo cui la disparità di trattamento non è riconducibile alla violazione di un principio generale, bensì alla contraddittorietà tra provvedimenti.

¹⁶⁵ G. SALA, *op. cit.*, 189-190. Leggermente diversa è la posizione di A. PUBUSA, *op. cit.*, 1103, il quale ritiene che configuri violazione del principio di imparzialità *ex art. 97*, comma 1, Cost. soltanto la disparità di trattamento rilevata all'interno di un unico provvedimento e che la disparità emersa dal raffronto tra due successivi provvedimenti rilevi in termini di difetto di motivazione, *ergo* di violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990.

¹⁶⁶ S. LARICIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., III, 2133 ss.

¹⁶⁷ Come faceva la dottrina prima dell'avvento della legge sul procedimento: P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., I, 583 ss.

¹⁶⁸ G. SALA, *op. cit.*, 192, il quale aggiunge che la dottrina tende, invece, a ricondurre tale ipotesi alla violazione di legge, nella prospettiva della carenza di motivazione o in quella della violazione di un principio organizzativo.

¹⁶⁹ F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, 108-109; M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020, 205-208 e 275.

¹⁷⁰ Per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si rinvia a G. MASSARI, *L'atto ammini-*

trasse nel concetto di violazione di legge o potesse eventualmente configurare anche un eccesso di potere come deviazione dell'azione amministrativa dagli interessi che essa è tenuta a perseguire¹⁷¹. L'inclusione dei principi dell'ordinamento comunitario tra i principi generali dell'attività amministrativa induce oggi ad optare per la prima soluzione.

Per concludere sul punto, forse non è eccessivo affermare che si è verificato un mutamento di prospettiva, in quanto la sottrazione al vizio di eccesso di potere e la conseguente attrazione alla violazione di legge dell'inosservanza di quei principi che adesso risultano enunciati in una norma scritta comporta un ribaltamento della ricorrente opinione che individua nella violazione di legge un vizio di legittimità residuale, tale potendosi oggi ritenere piuttosto l'eccesso di potere¹⁷².

È anche vero, peraltro, che – come notato da accorta dottrina – la codificazione di quest'ultima figura ne ha fatto perdere di vista, in ampia misura, le ragioni e le origini e «rischia di condurre ad un risultato opposto, risolvendo il vizio in un catalogo di prescrizioni puntuali (il dovere di motivazione, il dovere di trattamento paritario, ecc.). L'eccesso di potere, in questo modo, diventa irrimediabilmente un vizio 'formale', una sorta di violazione di legge 'in frammenti', come si riscontra già oggi concretamente nel caso delle c.d. figure sintomatiche»¹⁷³.

8. *Eccesso di potere e attività vincolata: separati in casa?*

Com'è noto, in dottrina è ricorrente l'affermazione che tutti i casi patologici che si sogliono ricondurre sotto la formula dell'eccesso di potere si riferiscono a decisioni amministrative discrezionali: in sostanza, si usa dire che l'eccesso di potere consiste in «un dato tipo di scorrettezza di una scelta discrezionale»¹⁷⁴. Anche recentemente, dunque, il vizio di eccesso di potere è stato definito «il

strativo antieuropeo: verso una tutela possibile, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 643 ss.

¹⁷¹ S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1155-1156.

¹⁷² E. CARDI, S. COGNETTI, *ibidem*, i quali osservano che non si tratta di un problema meramente classificatorio, in quanto ritenere l'eccesso di potere un vizio di legittimità residuale significa riconoscere che lo stesso discende dall'inosservanza dei principi istituzionali, che possono mutare solo a causa di rivolgimenti che attengano direttamente all'assetto costituzionale del Paese.

¹⁷³ A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 480. In senso critico, per la riaffermazione dell'eccesso di potere quale «metodo di ricerca aperta delle disfunzioni e deviazioni», anche G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XX, Padova, 1997, 226 ss.

¹⁷⁴ Così, ad es., P. GASPARRI, *op. cit.*, 128. Sul tema, più recentemente, P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 244.

limite di annullabilità dell'esercizio discrezionale dei poteri amministrativi», in contrapposizione alla violazione di legge, che viene considerata il limite di annullabilità dell'attività amministrativa vincolata¹⁷⁵.

L'affermazione lapidaria che il vizio di eccesso di potere può ravvisarsi solo nell'area degli atti discrezionali perché laddove il provvedimento sia vincolato, sia quanto all'emanazione che quanto al contenuto, non vi è spazio per alcun apprezzamento da parte dell'amministrazione, si rinviene, oltre che nella manualistica tradizionale¹⁷⁶, anche nella giurisprudenza: l'esempio di scuola è quello degli atti di inquadramento dei dipendenti pubblici¹⁷⁷.

Del tutto minoritaria, per non dire isolata, è l'opinione dottrinale che ammette un sindacato di eccesso di potere anche con riguardo agli atti vincolati, all'asserito fine di dare una migliore attuazione ai precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento. Tale impostazione, muovendo dalla premessa che, da un lato, il carattere vincolato dell'attività è attenuato dalla non univocità della stessa attività di interpretazione e, dall'altro, che l'attività discrezionale può risultare, in concreto, tendenzialmente obbligata, sottolinea l'esistenza di un'omogeneità di regime tra le due attività e, precisato che «un'attività si dice vincolata allorché non sia preordinata alla formazione di vincoli nuovi, ma solo alla cognizione di un vincolo preesistente», sostiene che si abbia eccesso di potere nell'attività vincolata «ogni qual volta l'interprete funzionale svolge l'attività, che gli è preclusa, di sovrapporre indebitamente un proprio vincolo *a posteriori* a quello *a priori* fornito dalla norma»¹⁷⁸.

A nostro avviso, vanno escluse entrambe le tesi radicali ed è preferibile attestarsi su una posizione intermedia.

Innanzitutto, occorre rilevare che i concetti di discrezionalità e vincolatezza¹⁷⁹ sono altamente problematici, dai confini incerti, in quanto fra il potere discrezionale e quello vincolato non c'è una linea di demarcazione netta¹⁸⁰. Non a caso, la migliore dottrina ha evidenziato che si tratta di due categorie che andrebbero approfonditamente riconsiderate¹⁸¹ e, anche da ultimo, ha ribadito che, a

¹⁷⁵ R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 681.

¹⁷⁶ Per tutti, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 125.

¹⁷⁷ Su cui, *ex plurimis*, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 16 dicembre 2010, n. 2964, in *Foro amm.* – TAR, 2010, 4047.

¹⁷⁸ F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 98 e 147 ss., spec. 162.

¹⁷⁹ Sulla cui distinzione si sono recentemente soffermati R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2017, 72 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 432 ss.

¹⁸⁰ G. CORSO, *op. cit.*, 29.

¹⁸¹ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 551, nt. 54. Sul tema, *amplius*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 325 ss.

ben guardare, la discrezionalità non manca nemmeno in provvedimenti definiti vincolati, il cui contenuto è cioè determinato attraverso lo schema usualmente definito «norma-fatto» (con riguardo agli atti discrezionali si richiama, invece, lo schema «norma-potere-fatto»): si pensi, ad es., alla discrezionalità sul *quando* di cui gode l'amministrazione in presenza di una disposizione che la obblighi a provvedere entro un determinato termine e/o alla discrezionalità sul *quomodo* riscontrabile nel rilascio di un permesso di costruire accompagnato da prescrizioni¹⁸².

È sempre attuale, insomma, l'affermazione di Massimo Severo Giannini che gli atti interamente vincolati sono rari, almeno tra quelli non strumentali¹⁸³, sicché è preferibile affermare che l'eccesso di potere è escluso con riguardo non tanto agli atti vincolati, quanto «ai momenti vincolati dell'attività amministrativa»¹⁸⁴. Apprezzabile è, dunque, la precisazione contenuta in alcune pronunce, nelle quali si legge che l'eccesso di potere non è configurabile «in presenza di attività interamente vincolata»¹⁸⁵.

Se, poi, si ragiona in termini di figure sintomatiche, risulta evidente che alcune di esse riguardano anche gli atti vincolati.

È il caso, ad es., del travisamento dei fatti, «consistente in una rappresentazione inesatta della realtà da valutare», che – come si è visto¹⁸⁶ – continua ad essere inquadrato dalla giurisprudenza prevalente nella categoria dell'eccesso di potere, ma può senza dubbio inficiare anche una decisione completamente vincolata¹⁸⁷. È di tutta evidenza, infatti, che la realtà dei fatti è una soltanto, per cui se e come si sia verificato un determinato fatto non può essere oggetto di un apprezzamento discrezionale ed il vizio non riguarda l'esercizio della discrezionalità¹⁸⁸.

Ciò vale, del resto, per qualunque difetto di istruttoria, sicché l'affermazione, da parte della giurisprudenza anche recente, che tale vizio, tuttora collocato

¹⁸² G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 13-14, il quale aggiunge che quanto affermato non collide con le esposte previsioni legislative di provvedimenti amministrativi a natura vincolata o di attività vincolate, che non possono di per sé far venir meno la discrezionalità sul *quando* né, talvolta, quella sul *quomodo*. Per maggiori indicazioni sul secondo esempio riportato nel testo, cfr., se vuoi, F. SAITTA, *Il permesso di costruire convenzionato: prime note sul nuovo art. 28-bis del testo unico dell'edilizia* (Relazione al Convegno su: «Gli effetti del d.l. "Sblocca-Italia" conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell'edilizia» – Roma, 22 gennaio 2015), in *Riv. giur. edil.*, 2014, 47 ss.

¹⁸³ *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 100.

¹⁸⁴ B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, 2^a ed., Milano, 2003, I, 983.

¹⁸⁵ Così T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 13 gennaio 2012, n. 143, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 228.

¹⁸⁶ *Retro*, § 7.

¹⁸⁷ P. GASPARRI, *op. cit.*, 129 e 134.

¹⁸⁸ C. CUDIA, *op. cit.*, 302.

nell'ambito dell'eccesso di potere, non sarebbe astrattamente configurabile in relazione all'attività amministrativa vincolata¹⁸⁹ non può essere in alcun modo accettata, a meno che – come auspicato – tali vizi non refluiscano definitivamente nella categoria della violazione di legge¹⁹⁰.

9 Nuove tecniche di tutela: a) eccesso di potere e clausole generali

Alcuni anni fa, con la sua consueta sottile ironia, Fabio Merusi riferiva (sia consentito riportare testualmente le sue parole che non sarei capace di sostituire adeguatamente): «Gira incessantemente nella più recente dottrina amministrativa italiana un ritornello: l'eccesso di potere è morto? E, se è morto, chi l'ha ucciso? Sembra il titolo promozionale di un romanzo giallo. Ma i romanzi gialli hanno quasi sempre delle soluzioni imprevedibili. Ne ricordo uno in cui la vittima alla fine risultava non essere morta affatto. Aveva solo cambiato identità per sfuggire ai suoi creditori. Proviamo a vedere se anche l'eccesso di potere è stato ucciso, quando e da chi, oppure se ha solo cambiato vita e per quale motivo. Il primo indiziato è un noto assassino professionista, ben noto alle cronache contemporanee: l'Unione europea già nella veste di Comunità Europea. L'arma del delitto è altrettanto nota: la circolarità germanica nei diritti amministrativi dell'Unione. Il giudice amministrativo e il giudice costituzionale tedeschi ricorrono all'istituto dell'*Ermessenmissbrauch*, dell'abuso di discrezionalità, per censurare la legittimità dell'uso del potere discrezionale. La giurisprudenza amministrativa tedesca, e sulla sua scia quella costituzionale, hanno accertato che c'è abuso del potere discrezionale quando vengono violati determinati principi di diritto, la ragionevolezza, la proporzionalità, il principio di precauzione (cioè la ponderazione anche di possibili effetti futuri), la tutela dell'affidamento generato dallo stesso titolare del potere, nonché altre possibili violazioni del più generale principio della certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione»¹⁹¹. Alla fine del suo discorso, che ovviamente non posso qui riportare per intero, Merusi sostiene che, dopo che l'esame dell'eventuale violazione di tali principi per censurare l'attività amministrativa è passato dalle Corti tedesche alla Corte di Giustizia europea dove ha ben presto sostituito il metodo alla francese dell'*excès de pouvoir*, «alla fine tutti hanno parlato tedesco usando in via normativa o giudiziale lo strumentario dell'abuso di discrezionalità, dell'*Ermessenmissbrauch*,

¹⁸⁹ In tal senso, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 2 novembre 2015, n. 12342, in *Foro amm.*, 2015, 2864.

¹⁹⁰ F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 313.

¹⁹¹ *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di A. Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, 2017, 38.

anziché, almeno in Italia, quello dell'eccesso di potere, magari senza saperlo. Qualcosa di simile agli apostoli dopo la pentecoste: la Comunità Europea, e l'Unione Europea poi, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e attraverso la sua normazione, ha permesso a tutti, giudici amministrativi e ricorrenti, di parlare tedesco»¹⁹². Per proseguire nella descrizione del percorso evolutivo dell'eccesso di potere, occorre, dunque, analizzare queste nuove declinazioni della figura originate dai principi giuridici indicati dalla giurisprudenza e dalla normazione comunitaria in applicazione del modello della circolarità germanica, nonché, prim'ancora, dalla nostra Costituzione, laddove indica la possibilità di sindacare la discrezionalità amministrativa in base ai due principi generali dell'imparzialità e del buon andamento¹⁹³.

L'analisi può prendere le mosse dalle clausole generali.

Com'era stato notato già più di un ventennio addietro, quando è chiamato a sindacare l'attività amministrativa discrezionale, il giudice amministrativo spesso non trova nella legge la regola per ponderare gli interessi ed è costretto a cercare un *tertium comparationis* nei principi generali dell'ordinamento, che in tal modo vanno ad arricchire il contenitore dell'eccesso di potere¹⁹⁴. A conferma dell'elasticità di tale figura, i cui confini si confermano quantomai incerti, recentemente è emersa la tendenza a proporre un confronto ravvicinato con alcune clausole generali¹⁹⁵ rappresentate in altri ambiti del diritto, fra cui, in particolare, il diritto privato¹⁹⁶. Com'è stato notato, nel diritto amministrativo le clausole generali sono presenti sia a livello legislativo (si pensi, ad es., al recente inserimento nell'art. 1 della legge sul procedimento del comma 2-*bis*, secondo il quale «[i] rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»¹⁹⁷) che a livello giurisprudenziale (ne fa fede una recente decisione dell'Adunanza plenaria che configura il dovere di comportarsi secondo buona fede come «una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale»¹⁹⁸) e dottrinale (dov'è stato proposto di sostituire la tradizionale

¹⁹² *Op. ult. cit.*, 39.

¹⁹³ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 42.

¹⁹⁴ M.E. SCHINAIA, *op. cit.*, 1110.

¹⁹⁵ Com'è noto, v'è chi ritiene che «clausole generali» e «principi generali» siano dei sinonimi e chi, invece, li distingue (in argomento, da ultimo, P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021); in questa sede, tuttavia, non è il caso di approfondire la questione.

¹⁹⁶ Il fenomeno è segnalato da A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a M. Converso*, a cura di G. Costantino, Roma, 2016, 609. In argomento, *amplius*, L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018.

¹⁹⁷ Su tale tendenza legislativa, *amplius*, G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191 ss.

¹⁹⁸ Dec. 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, 1983, con nota di G.D. COMPORITI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*. La tesi ripresa dall'Adunanza plenaria era stata sviluppata da F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1996.

tecnica di sindacato fondata sull'eccesso di potere con una valutazione condotta secondo le clausole generali di correttezza e buona fede¹⁹⁹)²⁰⁰.

Com'è noto, le clausole generali hanno il pregio di essere dei «concetti-valvola» che permettono all'ordinamento giuridico di adeguarsi alla varietà ed ai mutamenti della realtà²⁰¹, consentono di «operare il *prodigio* dell'eterna giovinezza dei sistemi normativi»²⁰² e rappresentano uno strumento ai giorni nostri ineliminabile per il legislatore²⁰³, che ha da tempo abbandonato l'utopia di dettare una disciplina casistica minuziosa ed esaustiva²⁰⁴. Esse, tuttavia, presentano una problematicità, che attiene al peculiare potere di concretizzazione valutativa spettante al giudice che è insito nella clausola generale e che si traduce in un'attività di integrazione: le clausole generali sono state, infatti, definite «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta»²⁰⁵. Mediante la clausola generale, «luogo di emersione dell'ordinamento giuridico della società»²⁰⁶, si affida sostanzialmente al giudice il compito di concretizzare nel caso di specie il valore enucleato dalla clausola stessa²⁰⁷; compito che – com'è evidente – implica un'ampia discrezionalità giudiziale nella concretizzazione di concetti o parametri che richiedono valutazioni non esclusivamente giuridiche e pone, conseguentemente, il problema dei rapporti tra certezza del diritto, discrezionalità ed arbitrio del giudice. Non è casuale, del resto, che, poco più di un decennio addietro, l'indeterminatezza delle clausole generali abbia indotto la Corte di cassazione a parlare apertamente di «giurisprudenza normativa» quale «autonoma fonte di diritto»²⁰⁸.

¹⁹⁹ C. CUDIA, *op. cit., passim*; G. SIGISMONDI, *op. cit., passim*. Sul tema anche L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, *passim*, ma spec. 98 ss.

²⁰⁰ M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 44-45.

²⁰¹ Per tutti, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, con ampi riferimenti bibliografici.

²⁰² L. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, 1718 ss.

²⁰³ Si pensi, a tacer d'altro, all'utilizzo che se n'è fatto nell'esercizio dei poteri *extra ordinem* durante la pandemia da Covid-19: S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Dir. econ.*, 2020, 147 ss., spec. 170 ss.

²⁰⁴ P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.

²⁰⁵ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10.

²⁰⁶ L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.

²⁰⁷ E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Quest. giust.*, n. 1/2020. Nel diritto amministrativo, peraltro, tale compito di concretizzazione viene svolto in prima battuta dalla pubblica amministrazione, sicché si pone pure il problema dei limiti entro cui l'interpretazione giudiziale può sovrapporsi a quella già svolta in sede amministrativa: M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 50; già prima, S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1198.

²⁰⁸ Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con nota parzialmente critica di F. DI CIOMMO, «Giurisprudenza normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano.

Ai fini della presente indagine, ci si dovrebbe chiedere se sia possibile ed utile sostituire l'eccesso di potere con le clausole generali. Secondo certa dottrina, tra le due categorie non sussisterebbero differenze giuridico-strutturali, in quanto dall'eccesso di potere – che è un vizio e non un enunciato normativo indeterminato – si ricava un principio – che è quello per cui il potere esercitato con l'attività viziata è difforme dalle norme che l'attribuiscono – che è talmente generico da costringere il giudice a individuarne di volta in volta il contenuto sulla base di principi generali, quali ad esempio la ragionevolezza e la proporzionalità²⁰⁹, che devono essere anch'essi integrati in via interpretativa²¹⁰.

Senonché, affinché si includano tra i dettami idonei ad orientare positivamente l'attività amministrativa anche i precetti connessi ai principi ed alle clausole generali sottesi alle figure sintomatiche, è necessario guardare all'eccesso di potere non nella sua veste classica di vizio della funzione, perché diversamente si attrae nel giudizio il valore calamitante del fine pubblico, che finisce per modellare i principi generali in ottica esclusivamente pubblicistica²¹¹. Ed è per questo che la scuola fiorentina di diritto amministrativo, che ha maggiormente approfondito questi temi sostenendo che il sindacato sul potere amministrativo debba passare dall'eccesso di potere alle clausole generali di buona fede e correttezza, muove dalla premessa critica secondo cui, nella concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione, che lascia sullo sfondo sempre l'interesse pubblico in funzione del quale si esplica l'attività amministrativa, i principi generali sull'uso del potere discrezionale «rivelano una logica ed una concezione di tipo paternalistico del rapporto tra amministrazione e cittadino; nascono sul terreno del potere, come strumenti per la sua autolegittimazione»²¹². Tale aggancio dell'eccesso di potere alla funzione porterebbe a filtrare il sindacato sull'applicazione delle regole sull'esercizio del potere discrezionale attraverso l'interesse pubblico, che diventerebbe l'unico «riflettore» che rende visibili le violazioni di tali regole²¹³.

²⁰⁹ V. *infra*, §§ 10 e 11.

²¹⁰ A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, 1223 ss., il quale, peraltro, conclude la propria analisi affermando che tra le due categorie persistono delle differenze ineliminabili per la distanza ideologica che le separa.

²¹¹ F. LEDDA, *op. cit.*

²¹² C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 268; già prima, A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 646, secondo cui «l'eccesso di potere è strutturalmente ordinato alla tutela dell'interesse pubblico e solo occasionalmente dell'interesse privato».

²¹³ Così C. CUDIA, *op. cit.*, 24-25; ID., *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 493 ss.; adesivamente, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1313; già prima, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 509, secondo cui la «rivendicazione della priorità dell'interesse pubblico, in tutti i casi in cui l'attività amministrativa non sia puntualmente vincolata, rappresenta una costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato ed ha contribuito in modo decisivo alla teoria dell'eccesso di potere nel nostro ordinamento».

Questa impostazione approda a conclusioni sicuramente originali – come quella per cui lo sviamento di potere andrebbe inquadrato come difetto della causa, intesa come funzione economico-sociale, del provvedimento e sarebbe, quindi, motivo di nullità ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, mentre le figure sintomatiche potrebbero essere ricondotte in parte alla violazione di legge ed in parte a violazioni dei canoni di buona fede e correttezza²¹⁴ –, ma non può essere condivisa. Oltre a non tenere conto della funzionalizzazione del potere amministrativo²¹⁵, che esclude l'assimilabilità dello stesso ai poteri privati e la fungibilità tra clausole generali ed eccesso di potere, nel cui accertamento viene in rilievo la violazione del fine della norma attributiva del potere e non il comportamento dell'autore del provvedimento, essa non dimostra affatto che il sindacato mediante clausole generali garantisca una maggiore effettività della tutela rispetto a quello di eccesso di potere²¹⁶. A ben guardare, anzi, la cir-

²¹⁴ C. CUDIA, *op. cit.*, 231 ss. e 240 ss.; ID., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, 82 ss.

²¹⁵ Per tutti, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2000, 95 ss. Che l'attività amministrativa – sia quella autoritativa, sia quella che si concreta nell'espletamento di un servizio pubblico, sia quella c.d. *iure privatorum*, quantomeno quella tradizionalmente definita come attività amministrativa di diritto privato – sia vincolata al perseguimento degli interessi pubblici previsti dalla legge e che, nell'esercizio di tale attività, l'amministrazione sia chiamata a rispettare, nelle diverse declinazioni che possano assumere, i principi generali di buon andamento e imparzialità sanciti a livello costituzionale è confermato dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, secondo il quale essa «persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». *Contra*, nel senso dell'inesistenza nell'ordinamento di un'ontologica diversità tra l'autonomia privata e la discrezionalità amministrativa che giustifichi il mantenimento in vita di due distinti apparati concettuali e disciplinari, G. POLI, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 353 ss.; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* (Atti del Convegno in memoria di U. Pototschnig – Milano, 19 aprile 2013), Napoli, 2014, 161-164, il quale esclude che il sindacato sulla discrezionalità sia effettivamente condizionato dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico, che non può essere preso come parametro di riferimento finalistico per valutare la decisione amministrativa. Corre l'obbligo di riferire che la soluzione proposta da C. CUDIA, *op. cit.*, 339, secondo cui ci si troverebbe di fronte non ad un modo speciale di disciplinare il potere, bensì a contenuti specifici della sua disciplina, è parsa poco argomentata anche a chi ha sostanzialmente aderito alla tesi di fondo proposta dall'A.: cfr. A. PIOGGIA, *Recensione a C. Cudia*, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto, *Milano, Giuffrè*, 2008, XXII, 385, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 805-806, ad avviso della quale è pure opinabile l'idea della «indistinta qualità del potere, pubblico o privato che sia».

²¹⁶ F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano, 2017, 48-51. Tra i primi a sostenere che la privatizzazione avrebbe determinato un ridimensionamento della tutela dell'impiegato pubblico, R. VILLATA, *Prime considerazioni in tema di 'privatizzazione' del pubblico impiego e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 417. Successivamente, hanno espresso perplessità sulla riforma anche S.A. VILLATA, *Controversie di*

costanza che le norme che disciplinano l'attività amministrativa perseguano un interesse pubblico consente al ricorrente di dedurre un vizio ulteriore rispetto alla violazione di legge²¹⁷, tant'è che la più avveduta dottrina privatistica si è detta sorpresa che «un filone (apparentemente in crescita) di dottrina amministrativistica proponga l'abbandono della dottrina dell'eccesso di potere e la sua sostituzione con il principio generale di buona fede di ascendenza privatistica», in quanto tale principio «può magari favorire una più immediata percezione di eventuali vizi dell'atto consistenti in comportamenti discriminatori o vessatori nei confronti di eventuali interessi privati, ma [...] tutti questi vizi sarebbero altrettanto rilevabili come ipotesi di eccesso di potere»; quest'ultima figura, pertanto, è da preferire perché «consente di andare oltre, e di sindacare liberamente molte determinazioni che sarebbero, invece, difficilmente censurabili sul terreno della buona fede»²¹⁸.

Analoghe considerazioni critiche possono muoversi nei confronti della tesi, parimenti suggestiva e ben argomentata, che, sempre al fine di rimpiazzare l'eccesso di potere con categorie e modelli mutuati dal diritto privato e fondati sull'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede, pone a confronto il sindacato di eccesso di potere con altre forme di scrutinio delle determinazioni unilaterali – come, ad es., quelle in ambito societario²¹⁹ – che, seguendo percorsi del tutto autonomi, sono state utilizzate nel contenzioso tra privati²²⁰. Ambito, quest'ultimo, nel quale peraltro il richiamo alla correttezza ed alla buona fede ha sinora condotto a risultati aleatori²²¹, inducendo alla tentazione di utilizzare

pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 784, secondo il quale «il giudizio ordinario non riesce comunque ad attribuire tutto quello che dava il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva»; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 631; ID., *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 265 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, 119 ss.; M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 198-200 e 231 ss., che parla senza mezzi termini di «secca riduzione della tutela».

²¹⁷ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1315.

²¹⁸ M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dell'istituzionalismo debole*, in *Giur. comm.*, 2014, 686. Che il sindacato giurisdizionale assicurato dal giudice amministrativo mediante la tecnica collegata all'esercizio di funzioni amministrative sia più penetrante e, quindi, maggiormente garantista è sostenuto anche da M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.; dello stesso avviso è M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 62.

²¹⁹ Sull'eccesso (o abuso) di potere nel voto dei soci nell'assemblea di una società di capitali come strumentalizzazione della deliberazione assembleare alla soddisfazione dell'interesse proprio ed esclusivo della maggioranza ovvero di terzi, in assenza di interesse della società o in contrasto con esso, *ex multis*, V. SALAFIA, *L'eccesso di potere nell'approvazione delle delibere assembleari*, in *Le Società*, 2015, 829 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., 103 ss.

²²⁰ Il riferimento è a G. SIGISMONDI, *op. cit.*

²²¹ Tanto da indurre A. PALMIERI, *Recensione a G. Sigismondi*, *Eccesso di potere e clausole gene-*

l'equivoca figura dell'abuso del diritto, il cui accertamento individualizzato è esposto a vistosi rischi di incoerenza ed arbitrarietà²²².

10. Segue: b) *dall'eccesso di potere al sindacato di proporzionalità*

Proseguendo nel percorso evolutivo che dal tradizionale sindacato di eccesso di potere conduce alle nuove tecniche di tutela, è sul principio di proporzionalità che occorre adesso soffermarsi.

Già nei primi anni del '900, alcuni tra gli studiosi francesi che riconducevano il controllo giudiziale sull'apprezzamento dei fatti alla verifica delle deviazioni da principi generali del diritto sostenevano che il sindacato sull'*erreur manifeste d'appréciation* e sul *bilan coût-avantages* si concretasse in un controllo sul rispetto del principio di *proportionnalité*, intesa come adeguatezza della decisione amministrativa; tale principio non scritto si riteneva implicito nella giurisprudenza del *Conseil d'État*²²³.

Trattasi, com'è noto, di un principio dalle origini antiche, che si rinviene in una sentenza del Tribunale amministrativo superiore prussiano risalente addirittura al 14 giugno 1882, che aveva ritenuto sproporzionata la sanzione della chiusura di uno spaccio alimentare irrogata per la commercializzazione di alcolici in assenza della relativa autorizzazione²²⁴. Un trentennio dopo, la dottrina tedesca già spiegava come il principio di proporzionalità implicasse che «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni»²²⁵.

È controverso, tuttavia, quando tale principio, del quale vi erano tracce già nel diritto comunitario degli anni '50²²⁶, abbia fatto il suo ingresso nel diritto amministrativo italiano²²⁷.

rali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto, *Napoli, Jovene Editore*, 2012, in *Dir. pubbl.*, 2012, 341-342, a ritenere tutt'altro che peregrina l'idea di «guardare con più attenzione dal fronte privatistico al lavoro di cesello compiuto dalla dottrina pubblicistica in ordine all'eccesso di potere, per trarne indicazioni utili a sbrogliare la matassa delle sfuggenti clausole generali».

²²² A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 ss.

²²³ M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., III, 301, al quale si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

²²⁴ La sentenza *Kreuzberg Urteil* (in *PROVGE* 9, 353) è richiamata nei più recenti studi monografici sul principio di proporzionalità: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 12 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 60; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 40.

²²⁵ F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 354.

²²⁶ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 28 ss.

²²⁷ A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Ist. fed.*, 2016, 698-700.

Secondo un primo orientamento, l'essenza di tale principio sarebbe già stata riassunta nella c.d. «regola del minimo mezzo» formulata da Romagnosi²²⁸, secondo la quale occorre «far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà»²²⁹.

Altri ritengono che il principio di proporzionalità sia stato presente nell'ordinamento italiano, ma non troppo consapevolmente, sin dai primi anni del secolo scorso, mentre se ne potrebbero rinvenire in modo più evidente i prodromi a partire dagli anni '70 nelle riflessioni teoriche sul potere discrezionale ed in alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, tra cui in particolare l'ingiustizia manifesta²³⁰.

Infine, v'è chi ritiene che, sino agli anni '90 del secolo scorso, nel diritto pubblico italiano ancora non esistesse un vero e proprio *test* di proporzionalità e che qualcosa che gli si poteva avvicinare concettualmente fosse il sindacato di ragionevolezza, applicato, nella prassi, sia dalla Corte costituzionale che dal giudice amministrativo²³¹. Tuttavia, ancorché i due principi siano stati sovente assimilati²³², pure da parte della Corte costituzionale²³³, il principio di ragionevolezza, caratterizzato da un ampio grado di indeterminatezza ed evanescenza²³⁴, non può comprendere tutte le sfumature del principio di proporzionalità²³⁵, sicché – secondo quest'ultimo orientamento – può dirsi che, fino alla prima metà degli anni '90, nel nostro sistema di giustizia amministrativa non ci fosse ancora un

²²⁸ Così U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità*, in *www.biblio.liuc.it* (settembre 2008); S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 53; V. FANTI, *op. cit.*, 85 ss.; G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione*, cit., 15. Secondo F. MERUSI, *I principi*, cit., 40, la proporzionalità romagnosiana è, però, più ristretta rispetto a quella europea in quanto la prima si riferisce all'incisione sul diritto di libertà del cittadino colpito da provvedimenti amministrativi autoritativi, mentre la seconda riguarda l'azione amministrativa in generale, a prescindere da chi ne possa essere il destinatario.

²²⁹ G. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, 3^a ed., Prato, 1835, 15.

²³⁰ In tal senso, A. SANDULLI, *op. cit.*, 166.

²³¹ D.U. GALETTA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 1998/5, 299 ss.

²³² F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 377-378, secondo la quale ciò è dovuto sia all'ampiezza del significato che il termine «ragionevolezza» assume nel linguaggio giuridico che all'accezione generica nella quale si parla del principio di proporzionalità.

²³³ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana* (Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Roma, 24-26 ottobre 2013), in *www.cortecostituzionale.it*, 6.

²³⁴ Cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 438 ss.

²³⁵ G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 589. Nel senso che si tratta di un criterio dai tratti più generici rispetto alla proporzionalità, A. SANDULLI, *op. cit.*, 315; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., 171-172.

soddisfacente sindacato giurisdizionale. E proprio per questo, ad un certo punto, i nostri giudici amministrativi avrebbero iniziato ad applicare progressivamente il principio di proporzionalità in luogo di quello di ragionevolezza, anche in conseguenza del suo diffuso utilizzo da parte dei giudici dell'Unione europea²³⁶.

Anche se, probabilmente, è quest'ultima prospettazione a doversi preferire, nella misura in cui una netta consapevolezza della rilevanza del principio di proporzionalità si è avuta solo di recente, ciò che ai nostri fini maggiormente rileva è che, anche dopo l'inserimento più esplicito tra i principi generali dell'attività amministrativa ad opera dell'art. 1 della legge sul procedimento, come novellato nel 2005, il principio in esame è stato per molto tempo presente nella giurisprudenza amministrativa soltanto quale mera enunciazione²³⁷. Ed anche oggi le sentenze dei giudici amministrativi italiani che assegnano il *nomen iuris* alla proporzionalità non sono poche²³⁸, ma si limitano molto spesso ad affermare che la proporzionalità costituisce un principio generale dell'ordinamento²³⁹ ed anche quando lo nominano non lo applicano effettivamente, limitandosi ad una sorta di avvicendamento terminologico, cioè a sostituire (spesso, anzi ad aggregare²⁴⁰) le antiche e tradizionali nozioni dell'illogicità, dell'irragionevolezza, dell'ingiustizia, ecc., con la nuova nozione europea della proporzionalità²⁴¹.

Per evidenziare meglio il gap tuttora esistente tra la prevalente giurisprudenza amministrativa italiana e quella europea, è necessario rammentare, in estrema sintesi²⁴², che quest'ultima (come già le corti tedesche) applica il principio di proporzionalità secondo una sequenza procedimentalizzata articolata in tre passaggi successivi, che prevedono l'utilizzo di altrettanti criteri di valutazione (c.d. «teoria dei tre gradini»²⁴³):

- l'*idoneità* della decisione a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere. Secondo questo primo indice di valutazione, la soluzione prospettata dalla pubblica amministrazione dev'essere effettivamente idonea a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di diritti fondamentali, per come dichiarato dalla stessa amministrazione;

²³⁶ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, 405-406.

²³⁷ A. ALBANESE, *op. cit.*, 700.

²³⁸ R. CAVALLO PERIN, *La validità*, cit., 681.

²³⁹ Cfr., ad es., Cons. St., Sez. VI, 14 aprile 2006, n. 2087, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴⁰ Come riferisce F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 382, talvolta la medesima censura è ascritta, ad un tempo, all'eccesso di potere ed alla violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, talaltra il vizio è ravvisato nell'eccesso di potere «sotto il profilo della non proporzionalità». La frequente sovrapposizione delle due figure da parte della giurisprudenza è segnalata anche da G. MANNUCCI, *op. cit.*, 105.

²⁴¹ S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1205.

²⁴² Per maggiori approfondimenti, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 224 ss.

²⁴³ A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., V, 4645.

- la sua *necessarietà*, intesa come inesistenza di alternative più miti per il raggiungimento dello stesso risultato. In base a tale criterio, la scelta amministrativa deve necessariamente ricadere su quella che determini il sacrificio minore per i soggetti che ricevono un pregiudizio dalla decisione: in questo secondo passaggio si ha, dunque, un *quid pluris* rispetto al primo, consistente nella valutazione delle alternative plausibili per il raggiungimento degli stessi interessi pubblici con misure meno gravose;
- l'*adeguatezza* o *proporzionalità in senso stretto*, intesa come tollerabilità della decisione da parte del suo destinatario. In virtù di quest'ultimo indice valutativo, l'amministrazione deve effettuare una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, onde verificare se la misura sia «non eccessiva» rispetto all'obiettivo da perseguire²⁴⁴. Ebbene, ciò che si verifica nella giurisprudenza amministrativa, anche recente, che assume come *ratio decidendi* il principio di proporzionalità è che si evoca la suddescritta struttura trifasica basata sui tre criteri di idoneità, necessità ed adeguatezza o proporzionalità in senso stretto²⁴⁵, senza però concretamente effettuare in giudizio tale controllo: molto spesso, al suo posto, si svolge un controllo di mera irragionevolezza o manifesta ingiustizia o si opera un bilanciamento non aderente alle articolate strutture assiomatiche e di ragionamento che connotano il controllo trifasico e che sole consentono una valutazione compiuta e misurata della proporzionalità²⁴⁶. È verosimile che il giudice amministrativo italiano non si spinga fino al terzo *step* di analisi perchè la disamina della proporzionalità in senso stretto lo costringerebbe ad entrare nel merito della valutazione già effettuata in sede amministrativa, in tal modo introducendosi surrettizia-

²⁴⁴ Cfr., ad es., Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in www.giurcost.org, che ha ritenuto che le disposizioni contenute nell'art. 83, commi 1, n. 5), e 2, d.p.r. n. 361/1957 non superino lo scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza, al quale soggiacciono anche le norme inerenti ai sistemi elettorali. Ad avviso della Consulta, siffatto scrutinio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). Il *test* di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

²⁴⁵ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 3 febbraio 2006, n. 184, in *Foro amm.* – TAR, 2006, 465.

²⁴⁶ S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1048-1049.

mente una smisurata ed innominata ipotesi di giurisdizione di merito²⁴⁷; da qui la più «comoda» riconduzione del sindacato entro i rassicuranti confini del controllo (più evidentemente estrinseco) sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere²⁴⁸. È evidente, tuttavia, che un'analisi che si arresti ai primi due criteri può non cogliere quella eterogeneità di interessi, valori, diritti e beni che costituisce l'elemento peculiare della società e del sistema giuridico complesso, cioè a mettere in discussione lo scopo stesso della decisione amministrativa²⁴⁹. Il giudizio di proporzionalità si fonda, infatti, su un «criterio *qualitativo* di valutazione [che] deve sostituire un metodo quantitativo, aritmetico in tutti i casi in cui riga, compasso, tariffa non si possono applicare»²⁵⁰.

Il *quid pluris* del controllo di proporzionalità rispetto al sindacato di eccesso di potere è duplice: il primo, oltre ad essere *bivalente*, cioè a poter essere applicato anche nel procedimento amministrativo (mentre il secondo vale soltanto per il giudice ed è, quindi *monovalente*), è *trifasico* (il suddescritto sistema dei tre *test*) – a differenza del secondo, che è *monofasico* in quanto si riduce al controllo del rispetto del fine – ed opera attraverso uno specifico metodo sistematico che consente una verifica a concatenazione progressiva, intesa a ridurre al minimo, senza tuttavia eliminarli del tutto, i margini di indeterminatezza nella concretizzazione di clausole generali²⁵¹.

Invero, mentre i primi due *test* attengono alla fase dei presupposti cognitivi e ne consentono l'analisi al giudice, il terzo *test*, riguardando le alternative giuridiche, sembra toccare un ambito in cui il controllo giudiziale può essere soltanto estrinseco, secondo la tecnica dell'eccesso di potere²⁵², *ergo* sconfinare in una vera e propria indagine sul merito²⁵³. Mancando un parametro di riferimento

²⁴⁷ S. DE NITTO, *op. cit.*, 1050; nello stesso senso, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 384-385. Un esempio dei problemi che possono derivare da un abuso del sindacato di proporzionalità è rappresentato dalla sentenza emessa dalla Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Weiss* del 5 maggio scorso, su cui v. D. URANIA GALETTA, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in un'epoca di algoritmi e crisi*, in *Quest. giust.*, n. 1/2021, 225 ss.

²⁴⁸ A. ALBANESE, *op. cit.*, 709.

²⁴⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2015, 630.

²⁵⁰ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 53; in termini, C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., 315: «la proporzionalità in senso stretto (l'adeguatezza) sembra [...] spostarsi su aspetti qualitativi poiché anticipa il controllo alla fase del bilanciamento degli interessi».

²⁵¹ S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1205-1206; ID., *Principio di proporzionalità*, cit., 223 ss.

²⁵² G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI E F.G. SCOCA, Napoli, 2018, I, 264.

²⁵³ L. DROGHINI, *Il "giudice-amministratore" tra sindacato per principi e valutazione dell'interesse generale*,

sulla base del quale misurare la correttezza del bilanciamento, il soggettivismo del giudizio pare inevitabile e con esso i dubbi sul ruolo che il principio di proporzionalità assegna al giudice amministrativo²⁵⁴. Ed in effetti, sul punto, non v'è concordia di opinioni in dottrina.

Secondo un primo orientamento, il controllo trifasico si manterrebbe nei limiti del controllo di legittimità, senza interferire con le scelte riservate all'amministrazione, anche quando si estende fino al controllo di adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, in quanto in tal caso «il bilanciamento non consisterà nella ponderazione comparativa tra interessi, ma nella verifica della “eccessiva” incidenza della misura adottata dalla pubblica amministrazione sui diritti e sugli interessi dei privati»²⁵⁵: al giudice non si chiede di effettuare una nuova ponderazione discrezionale di diritti, interessi e valori²⁵⁶, bensì di considerare la «graduazione»²⁵⁷ con cui è stata effettuata la scelta amministrativa per dar vita ad un rapporto equilibrato tra sacrifici imposti e benefici ottenuti²⁵⁸.

Secondo una diversa lettura, invece, il *test* di adeguatezza o proporzionalità in senso stretto «si concreta in un vero e proprio bilanciamento tra i benefici per i pubblici interessi e i sacrifici imposti ai privati» e, incidendo sulla funzione di indirizzo politico-amministrativo, interferisce con l'esercizio della discrezionalità pura²⁵⁹.

in G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno* (Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017), Roma, 2018, 150, il quale si rallegra del fatto che la pervasività del controllo giurisdizionale sia stata sinora scongiurata da un'applicazione del principio che si colloca nello schema tradizionale dell'eccesso di potere e non si spinge quasi mai nella completa valutazione trifasica teorizzata nell'ordinamento tedesco.

²⁵⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione*, cit., 391; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo*, cit., 166.

²⁵⁵ M. D'ALBERTI, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. proc. amm.*, 2017, 94-95; in termini, M. GIAVAZZI, *Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinallagma perduto; un problema di buona fede*, in *Dir. econ.*, 2017, 77-80, secondo cui, una volta che si riconduca la proporzionalità tra le clausole generali, si tratta d'interpretare una norma, anche se dal contenuto vago, e si resta, quindi, all'esterno della scelta di merito, nell'ambito dei vizi di legittimità; A. SANDULLI, *op. cit.*, 319-320, il quale osserva che il principio di proporzionalità non è volto a valutare i costi ed i vantaggi che produce l'esercizio del potere amministrativo.

²⁵⁶ Come ben evidenziato da S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice*, cit., 203 ss., la proporzionalità fa riferimento essenzialmente ad un metodo di misurazione pura; è semmai la ragionevolezza ad implicare scelte di valore.

²⁵⁷ S. COGLIANI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 2008, 80.

²⁵⁸ S. DE NITTO, *op. cit.*, 1056.

²⁵⁹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 244 ss., il quale muove dall'assunto che l'applicazione di concetti giuridici indeterminati comporti l'insolubile commistione tra la sussunzione del fatto alla norma e la ponderazione degli interessi concorrenti (*ivi*, 306). Anche V. FANTI, *op. cit.*, 298, sembra non escludere che, in determinati contesti, l'applicazione del principio di proporzionalità possa dar luogo ad un sindacato di merito.

Il confine è davvero labile, ma anche se quest'ultima opinione – che, coerentemente, ritiene che il sindacato di proporzionalità e quello di eccesso di potere ben possano coesistere²⁶⁰ – fosse da preferire, il principio di proporzionalità sarebbe servito comunque a consentire l'annullamento giurisdizionale di provvedimenti amministrativi rispetto ai quali l'esercizio del potere appare esuberante rispetto al pubblico interesse da perseguire²⁶¹, mentre il dibattito sul controllo trifasico avrebbe in ogni caso contribuito a chiarire che un giudice che non conosca i fatti secondo tecniche strutturate e giunga senza filtri alla questione del rispetto o meno del fine è un giudice che si autolimita ingiustificatamente, escludendo dal processo un momento cognitorio essenziale e finendo per indebolire lo stesso sindacato sull'eccesso di potere, che presuppone un pieno accertamento del fatto²⁶².

11. Segue: c) *eccesso di potere, ragionevolezza e merito amministrativo (con un brevissimo cenno al sindacato sulle valutazioni tecniche)*.

A mettere in crisi l'idea classica dell'eccesso di potere come sviamento contribuiscono ormai da tempo anche la crescente complessità dei fenomeni socio-economici che la discrezionalità è chiamata a regolare, che rende difficile il compito del legislatore di tipizzare o ordinare *a priori* la molteplicità degli interessi coinvolti nei procedimenti amministrativi, e la relativizzazione dell'interesse primario, fattori che «depotenziano la pervasività dello sviamento, in favore di un sindacato che molto di più concerne la ragionevolezza della operazione logica con cui l'amministrazione ha individuato, ordinato, messo in relazione e bilanciato i molti interessi rilevanti nella vicenda che è oggetto dell'esercizio del potere»²⁶³.

Soltanto gradualmente, tuttavia, nella dottrina si è diffuso il convincimento che il sindacato di eccesso di potere si concretizzi in un controllo sulla razionalità del comportamento amministrativo²⁶⁴ e nella giurisprudenza amministrativa è emerso il sindacato di ragionevolezza, che – come efficacemente illustrato da Alberto Romano – «viene a porsi come l'angolo visuale più

²⁶⁰ In tal senso si esprime dichiaratamente S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1205, anche in nota. In un effetto sinergico tra le due forme di sindacato, che valga a completare le forme di tutela ammissibili, confida anche M. BIGNAMI, *Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere*, in *Quest. giust.*, n. 1/2021, 223.

²⁶¹ D. URANIA GALETTA, *Il principio*, cit., 411.

²⁶² G. DE GIORGI CEZZI, *op. cit.*, 265.

²⁶³ D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 10ª ed., Bologna, 2021, 422.

²⁶⁴ A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 755; ID., *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 55.

comprensivo, dal quale poter valutare tutte le numerosissime ipotesi che si riconducono all'eccesso di potere come vizio generale della discrezionalità amministrativa»²⁶⁵.

E nonostante la dottrina abbia da tempo notato che, ricondotte le ipotesi di violazione dei principi sulla funzione al vizio di violazione di legge, il sindacato sull'eccesso di potere si connota fundamentalmente come giudizio sulla ragionevolezza della scelta concretamente compiuta dall'amministrazione, posta a raffronto con un'ipotetica decisione razionale rispetto al fine da perseguire, costruita in conformità a determinati standard comportamentali²⁶⁶, il principio di ragionevolezza è stato per molto tempo ancora considerato una sorta di clausola generale alla quale ricondurre le figure sintomatiche di eccesso di potere che denotano l'illogicità dell'attività amministrativa²⁶⁷ e soltanto da qualche anno è stato applicato direttamente dalla giurisprudenza²⁶⁸. Può ben dirsi, dunque, che tale principio si è, lentamente, dapprima insinuato e poi saldamente installato tra il potere amministrativo e lo scopo per il quale quest'ultimo è attribuito²⁶⁹.

Adesso, la giurisprudenza distingue nettamente l'eccesso di potere dalla violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità – che, peraltro, considera «di derivazione euromunitaria»²⁷⁰ anche se «già compresi nei generalissimi principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.»²⁷¹ – ed accoglie una nozione assai ampia di «ragionevolezza»: secondo il Consiglio di Stato, essa «costituisce un criterio al cui interno convergono

²⁶⁵ Art. 26 t.u. Cons. St., in ID. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 2ª ed., Padova, 2001, 295.

²⁶⁶ In tal senso, già G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 168 ss., 187 ss. e 200 ss.; più recentemente, G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., 163-164.

²⁶⁷ Cfr. A. SANDULLI, *op. cit.*, 290, secondo il quale la riflessione sulla ragionevolezza nell'ambito della dottrina amministrativistica è stata per lungo tempo «filtrata» attraverso l'analisi dell'eccesso di potere e dei limiti all'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione; negli stessi termini, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 158 ss. A ben guardare, peraltro, pure lo sviamento può intendersi (anche) come «irrazionalità rispetto allo scopo» (R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 502 ss.), al valore rappresentato da quest'ultimo (M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1317-1318, anche in nota).

²⁶⁸ M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 59-60. È lo stesso Consiglio di Stato a riferire di alcune classiche figure sintomatiche (poi confluite, con il passare del tempo, nei vizi di illogicità e di irragionevolezza): Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 96.

²⁶⁹ La suggestiva immagine è di G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, 439. Nel senso che il principio di ragionevolezza sembra comportare il necessario raffronto tra il fine concreto propostosi dall'amministrazione ed il fine di legge, F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *op. cit.*, 387.

²⁷⁰ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 18 maggio 2021, n. 3291, in *Foro amm.*, 2021, 852; Sez. V, 15 settembre 2020, n. 3824, *ivi*, 2020, 1774

²⁷¹ Cons. St., Sez. III, 9 marzo 2021, n. 1956, in *Foro amm.*, 2021, 476.

altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la pubblica amministrazione in forza di tale principio deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie o irrazionali; in virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che la pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente seguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità e adeguatezza; si aggiunga che il principio di ragionevolezza impone di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia in presenza di vizi meramente formali o procedurali in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità»²⁷².

In tal modo inteso, il principio di ragionevolezza può proficuamente operare in simbiosi con il principio di proporzionalità, purchè entrambi – com'è stato raccomandato dalla più avveduta dottrina – svolgano autonomamente la propria funzione: la ragione dettando alla proporzione i propri standard valutativi, la proporzione applicandoli in modo commisurato, «tale cioè da garantire coerenza, stabilità, omogeneità di apprezzamento»²⁷³.

Se un provvedimento sia o meno ragionevole dipende, però, dall'opinione di chi è chiamato a giudicarlo e, ancorchè vi siano degli standard abbastanza collaudati per rendere il giudizio in qualche misura obiettivo²⁷⁴, il giudice amministrativo fa fatica a maneggiare nozioni a contenuto elastico per supplire al deficit di regolamentazione legislativa mantenendo al contempo il proprio sindacato nei limiti della legittimità²⁷⁵. In altri termini, il sindacato per principi e clausole generali va ben oltre la rivisitazione *ab externo*, tant'è che sovente si rileva che attraverso tale *vis expansiva* si va ad intaccare la riserva di amministrazione²⁷⁶. Ciò che, invero, accade anche utilizzando talune figure sintomatiche classiche, come ad es. l'illogicità manifesta²⁷⁷.

²⁷² Sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷³ S. COGNETTI, *Clausole generali*, cit., 1204. Nel senso che, «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa, il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato», T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 4 marzo 2021, n. 2707, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷⁴ G. CORSO, *I principi generali*, cit., 29.

²⁷⁵ Sul punto, *amplius*, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, *passim*, ma spec. 371.

²⁷⁶ G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione*, cit., 22-23. Su questi temi è inevitabile il riferimento a D. VALANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

²⁷⁷ Nel senso che «a volte, sotto la specie della illogicità il giudice amministrativo si lascia andare a fare il buon amministratore», S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, II, 108.

Quello della distinzione tra legittimità e merito è un tema troppo vasto per poter essere affrontato nell'ambito di questa indagine, sicché ci si limita ad osservare che – com'è del resto a tutti noto – si tratta di nozioni il cui limite pare davvero sfuggente²⁷⁸, di ambiti delimitati da una linea di confine lunga e insicura²⁷⁹, che risente anche del modo in cui lo stesso giudice amministrativo percepisce il proprio compito²⁸⁰.

Si tratta di contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, quella di non invadere la sfera riservata all'amministrazione, che dev'essere considerata un bene da salvaguardare²⁸¹, effettuando valutazioni di opportunità e di convenienza²⁸²; dall'altro, quella – diametralmente opposta – di non lasciarsi sopraffare dall'ansia della separazione dal potere esecutivo, finendo per arretrare eccessivamente la soglia del sindacato, in tal modo depauperando la tutela del cittadino²⁸³. Trattasi, a ben guardare, di un problema analogo a quello che pone il sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte costituzionale, nel cui ambito pure si esige la ricerca di un punto di equilibrio tra due opzioni estreme, parimenti incompatibili con la logica assiologicamente orientata del sistema: la prima opzione sarebbe l'insindacabilità in sede giurisdizionale delle ponderazioni e composizioni degli interessi effettuate dalle pubbliche amministrazioni, che determinerebbe l'inidoneità del controllo giudiziale – confinato alla verifica dell'osservanza dei profili esterni, formali, dei vincoli gravanti sul potere amministrativo – ad offrire una tutela effettiva alle situazioni giuridiche dei cittadini di fronte ad abusi ed arbitri di quel potere; la seconda opzione, parimenti inaccettabile, sarebbe riconoscere ai giudici lo stesso ambito decisionale di cui dispongono gli uffici amministrativi, ritenendo ammissibile una piena sostituzione delle scelte dei primi rispetto a quelle dei secondi, ciò che delegitterebbe del tutto le pubbliche amministrazioni e travolgerebbe irrimediabilmente il principio di separazione dei poteri²⁸⁴.

La dottrina è, dunque, comprensibilmente, divisa.

²⁷⁸ G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo*, cit., 196.

²⁷⁹ Salvo sdrammatizzare il problema come sembra fare F. LEDDA, *Variazioni sul tema*, cit., 577, laddove sostiene che, «se si parte dalla idea della “confutazione” e si riconosce finalmente che *tutto* in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte; la stessa idea può esprimersi dicendo che l'ambito del “merito” può essere delimitato solo “*a posteriori*”, quando si venga a constatare, dopo la definizione del giudizio, che sono state disattese le censure proposte dalla parte ricorrente per “falsificare”, siccome illegittima, e quindi invalida, la determinazione espressa nell'atto» (l'A. fa dichiaratamente riferimento al razionalismo critico di Popper).

²⁸⁰ C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., 8-9.

²⁸¹ M.E. SCHINAIA, *op. cit.*, 1107.

²⁸² G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1950, I, 205.

²⁸³ C. CUDIA, *op. ult. cit.*, 42. Nel senso che, per quanto concerne il controllo sulla discrezionalità, il giudice amministrativo finisce talvolta per autolimitarsi, S. DE NITTO, *op. cit.*, 1081.

²⁸⁴ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 167-168.

Secondo letteratura alquanto risalente, ma ritenuta da taluno tuttora convincente²⁸⁵, la ragionevolezza, non attenendo a valori assoluti, per i quali sia dato solo il positivo e il negativo (sicchè un fatto può essere non soltanto ragionevole o irragionevole, ma anche più o meno ragionevole), mal si attaglia al sindacato di legittimità, che invece deve accertare se un determinato provvedimento amministrativo sia conforme o meno alle leggi, e può costituire un parametro idoneo per il sindacato di merito²⁸⁶. Sindacare la logicità di una scelta discrezionale sarebbe, pertanto, una questione di merito²⁸⁷, così come il sindacato di razionalità si tradurrebbe in una verifica dei contenuti di opportunità, ancorché a livello macroscopico, *ergo* «nell'estensione del sindacato di legittimità ad ogni [...] possibile vizio e nell'esclusione di ogni limite razionale a tale forma di sindacato»²⁸⁸.

Altra dottrina sostiene, invece, che il sindacato di ragionevolezza non intacca il merito amministrativo in quanto non comporta una rinnovazione delle scelte amministrative, non rimette in discussione la ponderazione degli interessi effettuata dalla pubblica amministrazione; esso consiste in una verifica esterna dell'accettabilità delle determinazioni assunte, secondo un criterio di valutazione corrente²⁸⁹. La ragionevolezza della scelta non attiene, insomma, all'opportunità tra più scelte legittime, bensì all'illegittimità a monte della decisione adottata: non ci sono altre scelte legittime di cui valutare l'opportunità²⁹⁰.

Semmai – si osserva – è l'area della legittimità ad essersi sempre più espansa grazie ai principi ricavabili dall'art. 97 della Costituzione e dall'ordinamento europeo²⁹¹. In un sistema retto dal principio di legalità e necessaria predeterminazione dell'attività amministrativa²⁹², è alquanto problematico individuare astrattamente una porzione di attività amministrativa sottratta al diritto e, quindi, costruire una nozione rigorosa di merito amministrativo²⁹³.

A nostro avviso, se è corretta l'impostazione secondo la quale, ai fini del controllo di ragionevolezza, esistono regole obiettive – come quelle desunte dall'esperienza scientifica o da quella comune (le leggi naturali, le valutazioni

²⁸⁵ A. GUANTARIO, *L'eccesso di potere nel sindacato di legittimità ed esigenza di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di E. Follieri* (Atti del Convegno di Lucera, 22-23 giugno 2018), a cura di V. FANTI, Napoli, 2019, II, 987-989.

²⁸⁶ F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963, 222, anche in nota.

²⁸⁷ C. CAMILLI, *op. cit.*, 1045, nt. 18.

²⁸⁸ A. AZZENA, *op. ult. cit.*, 261.

²⁸⁹ Così G. SALA, *op. ult. cit.*, 195-196.

²⁹⁰ M. SANTISE, *La morte dell'eccesso di potere e le armi spuntate del giudice amministrativo*, in *www.iurisprudenzia.it* (marzo 2016), § 3.

²⁹¹ G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 23; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 179 ss.

²⁹² A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 90 ss. e 325 ss.

²⁹³ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1325-1326.

sociali medie, ecc.) – sindacabili dal giudice e regole soggettive – come quelle desumibili, in via esclusiva, dalla propria esperienza – che non possono essere sindacate dal giudice amministrativo²⁹⁴, ad escludere un eccessivo soggettivismo del riscontro di ragionevolezza dovrebbe indurre, in linea di massima, l'acuta considerazione che «la valutazione di congruità teleologica e funzionale della decisione deve esser condotta sulla scorta della risultanze concretamente emerse dallo svolgimento del *decision-making process*, che sono poi, positivamente, le basi esclusive su cui deve fondarsi la stessa decisione controllata (come si desume, implicitamente ma chiaramente, dall'art. 3 l. n. 241/1990)»: il sindacato giurisdizionale, in sostanza, non si riduce all'applicazione di principi e valori, ma implica l'esplicitazione e lo svolgimento di esiti già reperibili tra le acquisizioni procedurali e si rivela, quindi, di carattere più marcatamente oggettivo di quanto si sarebbe indotti a pensare²⁹⁵.

Che il controllo di ragionevolezza non consista in un sindacato di merito, inoltre, si desume anche dal suo carattere non «sostitutivo», dovendosi il giudice amministrativo limitarsi ad accertare l'oggettiva ragionevolezza della decisione amministrativa, senza sostituirla con un'altra²⁹⁶.

Ed allora, fermo restando che parte dell'attività amministrativa non può essere puntualmente regolata dal diritto e resta, quindi, insindacabile²⁹⁷, ma al contempo che al di fuori di questo ambito – che, come si è detto, tende progressivamente a restringersi – non è ipotizzabile il benchè minimo arretramento del sindacato di legittimità²⁹⁸, riteniamo sia tuttora condivisibile l'equilibrata soluzione proposta, quasi quarant'anni fa, da Franco Ledda, ad avviso del quale al potere giudiziario dev'essere consentito soltanto «il controllo di quegli aspetti o quei momenti del processo decisionale, e della decisione stessa, che rispetto alla razionalità pretendibile in concreto rivelino un deficit di tale rilevanza, da far apparire non giustificato l'esercizio del potere nei termini fissati dal provvedimento»²⁹⁹.

²⁹⁴ A. AZZENA, *Natura e limiti*, cit., 264.

²⁹⁵ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 548. Nel controllo di merito, invece, un siffatto limite non sussiste, ben potendo il controllore disapprovare l'azione del controllato anche in base ad elementi non risultanti dall'iter procedimentale, eventualmente effettuando un'istruttoria autonoma: A. ROMEO, *La problematica dei vizi in una nuova sistematica del diritto amministrativo*, in *Temi e questioni di diritto amministrativo*, cit., 176.

²⁹⁶ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 548-549.

²⁹⁷ F. BARLETTA – A. CAPPELLINI, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *Legisl. pen.*, 2021, 18.

²⁹⁸ Del tutto condivisibilmente, A. TRAVI, *L'eccesso di potere*, cit., 617, afferma senza mezzi termini che un siffatto arretramento «dovrebbe essere considerato con grande preoccupazione».

²⁹⁹ *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80* (Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione – Varenna, 20-22 settembre 1984), Milano, 1987, 90 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 257 ss., spec. 279.

Siamo ben consapevoli del fatto che il discorso sulle clausole generali, sulla proporzionalità e sulla ragionevolezza sarebbe incompleto se non si considerasse che l'attività amministrativa non consiste soltanto nella ponderazione di interessi, quindi in valutazioni di pura opportunità, ma anche – e sempre più spesso – nell'accertamento di fatti complessi che implica un sapere specialistico, quindi in valutazioni tecniche³⁰⁰. L'indagine riproporrebbe, quindi, l'antica e mai risolta questione del sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica, dove l'aggettivo «cosiddetta» è dovuto al fatto che – come tutti sappiamo – vera discrezionalità non è³⁰¹. Ragioni di spazio, tuttavia, inducono a rinviare ad un nostro precedente saggio sul tema, che aveva specifico riguardo alle autorità indipendenti e si concludeva con il seguente interrogativo: «i persistenti limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche [...] rappresentano una comoda “*comfort zone*”, la conseguenza di una “riserva di amministrazione” imposta dai principi costituzionali o una mera “preferenza di amministrazione” suscettibile di rimeditazione?»³⁰².

12. *Per concludere: lo «stato di salute» dell'eccesso di potere*

Proviamo a tirare le somme.

Se è vero che – come ha recentemente detto Aldo Travi – la figura dell'eccesso di potere «finisce col rispecchiare l'evoluzione di una società, di un modo di pensare, di una sensibilità nei confronti della pubblica amministrazione e del cittadino che con essa si confronta»³⁰³, la descrizione dell'evoluzione di tale figura che si è provato a fare dovrebbe aver dimostrato che attraverso l'eccesso di potere la «giustizia nei confronti dell'amministrazione si è fatta strada»³⁰⁴, contribuendo a definire il dover essere della discrezionalità e ad incrementare la giustiziabilità del potere³⁰⁵.

Come si è visto, lungo un percorso che, per quanto incerto e talvolta contraddittorio, ha segnato comunque l'abbandono e la definitiva archiviazione della sfera di indeterminata libertà dell'amministrazione, trasformatasi in discrezionalità suscettibile di verifica giurisdizionale³⁰⁶, il sindacato di eccesso di potere si è evoluto in qualcosa di diverso, riducendo e talvolta perdendo il proprio

³⁰⁰ M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 63.

³⁰¹ Sul punto, *amplius*, L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, 32; G. DE GIORGI CEZZI, *op. cit.*, 260-261.

³⁰² F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 749 ss.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, I, 398.

³⁰⁵ C. CUDIA, *Eccesso di potere*, cit., 67-68.

³⁰⁶ B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità*, cit., 40.

tradizionale carattere sintomatico³⁰⁷, in tal modo consentendo il necessario affinamento del controllo giurisdizionale dall'originario sviamento allo scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza, in parallelo al passaggio – certamente lento ed incerto, ma inarrestabile – dal sindacato sull'atto al sindacato sul rapporto sottostante³⁰⁸. Un «continuo rinnovamento, in forme sempre diverse», che – come ha recentemente notato Franco Scoca – «costituisce il vero capolavoro della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato e della dottrina che l'ha sorretta»³⁰⁹ e che non sembra in procinto di arrestarsi, se è vero che già da tempo si analizzano alcune figure sintomatiche di eccesso di potere derivanti dall'introduzione delle tecnologie informatiche nell'amministrazione pubblica³¹⁰ e, da ultimo, si discorre di sviamento negli atti amministrativi elettronici³¹¹ e di un sindacato di «eccesso di potere algoritmico» ancora da costruire³¹².

Al termine di questa disamina, più che indugiare ancora sulla riqualificazione come violazione di legge di tradizionali figure di eccesso di potere – questione ritenuta, peraltro, priva di rilevanza pratica in presenza dell'art. 113 della Costituzione, che ha reso la distinzione tra i diversi tipi di vizio irrilevante ai fini della loro annullabilità³¹³ – e/o dell'immissione nell'ambito del «giuridicamente rilevante» di patologie tradizionalmente collocate nell'area del merito insindacabile, sembra più importante cogliere il senso complessivo del processo evolutivo appena descritto, che denota la «tendenza dell'ordinamento a strutturarsi e plasmarsi intorno all'elemento teleologico, conforme al modello di amministrazioni per risultati»: un controllo giurisdizionale sempre più finalisticamente orientato, dunque, che mira a «rompere lo schermo della forma dell'atto per riconoscere peculiare rilevanza alla dimensione fattuale ed allo specifico atteggiarsi degli interessi in gioco nelle singole vicende sociali»³¹⁴.

Se queste sono state le conquiste fin qui consentite dall'eccesso di potere, così come evolutosi nel corso dei secoli, stupisce che vi sia qualcuno che ne

³⁰⁷ S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma* (Relazione al Convegno su: «Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato» – Roma, 20 novembre 2019), in www.giustizia-amministrativa.it, § 4.

³⁰⁸ Così, di recente, M. BIGNAMI, *op. cit.*, 223.

³⁰⁹ *Qual è il problema dell'eccesso di potere?*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, 241.

³¹⁰ Cfr. S. PUDDU, *Contributo ad uno studio dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, 166 ss.; N. IBBA, *op. cit.*, 62 ss.; *si vis*, F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2003, 615 ss.

³¹¹ B. VELLONE, *L'eccesso di potere e lo sviamento negli atti amministrativi ad elaborazione elettronica*, in www.salvisjuribus.it (gennaio 2021).

³¹² E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 297.

³¹³ B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 969 e 977.

³¹⁴ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 198-199.

teorizzi l'inadeguatezza³¹⁵, l'usura³¹⁶ e financo la morte³¹⁷. A nostro avviso, l'eccesso di potere, vizio mediante il quale il provvedimento amministrativo non è considerato in sé e per sé, ma nel contesto dei fatti ed atti che hanno concorso a determinare un certo caso nella sua storicità, rivendica, al contrario, la sua assoluta attualità e modernità, quale strumento duttile ed efficace, dunque tuttora idoneo, ove depurato da alcune «incrostazioni» antiche, ad assicurare un sindacato penetrante³¹⁸.

Per dirla con Merusi, insomma, l'eccesso di potere non è stato affatto ucciso, ma ha in parte «cambiato vita»³¹⁹ e continua a cambiarla ogni giorno, com'è giusto che sia per un prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale che deve adattarsi alle mutate esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino. Sono cambiate, dunque, e sicuramente continueranno ancora a cambiare, le forme dell'eccesso di potere, ma quest'ultimo, almeno per il momento, continua a svolgere fedelmente il suo ruolo³²⁰.

Ed allora, non possiamo che accodarci ad Aristide Police, augurando anche noi «lunga vita all'eccesso di potere!»³²¹.

³¹⁵ C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit.; ID., *Eccesso di potere*, cit.

³¹⁶ G. MANNUCCI, *op. cit.*, 114.

³¹⁷ M. SANTISE, *op. cit.*

³¹⁸ M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 226.

³¹⁹ *I principi del diritto*, cit., 38.

³²⁰ A. PAJNO, *Ciò che resta dell'eccesso di potere*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, 237.

³²¹ *L'eccesso di potere*, cit., 61.

Abstract

Il saggio esamina l'evoluzione del vizio di eccesso di potere amministrativo in una prospettiva storica, a far data dai modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa fino ai giorni nostri. L'*excursus* prende le mosse dall'originaria figura dello sviamento di potere e, passando da alcune tappe fondamentali, come l'elaborazione delle cc.dd. figure sintomatiche, analizza criticamente la tendenza giurisprudenziale a considerare queste ultime alla stregua di autonomi e specifici vizi di legittimità ed il transito di alcune fattispecie dall'eccesso di potere alla violazione di legge, per concludersi con l'esame delle nuove tecniche di tutela basate sulle clausole generali e sul sindacato di proporzionalità e di ragionevolezza.

Breach administrative misuse of power: a historical perspective

The paper investigates trend of administrative misuse of power in a historical perspective, from the 19th century models of administrative justice to the present day. The report starts from original cases of misuse of power and, passing by some fundamental milestones, such as the elaboration of the so-called symptomatic figures, it critically examines the judicial trend to consider them as autonomous and peculiar flaws of legitimacy and the transition of some cases from misuse of power to violation of law, concluding with the review of the new tutelary techniques based on general clauses and on proportionality and reasonableness.