



Tesi di Dottorato

Dottorato di ricerca in Diritto Amministrativo

XXIII ciclo

**FIGURE SINTOMATICHE DELL'ECCESSO DI
POTERE E RAGIONAMENTO DEL GIUDICE**

Tutor

Chiar.mo Prof. Guido Corso

Dottoranda

Maria Grazia Carcione

Al mio amore per sempre

INDICE SOMMARIO

Capitolo I

Eccesso di potere e discrezionalità

1. L'eccesso di potere nella tradizione francese della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*.
2. La legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.
3. Natura dell'eccesso di potere.
4. La natura del vizio.
 - 4.1. Premessa generale.
 - 4.2. Vizio della volontà.
 - 4.3. Vizio della causa.
 - 4.4. Vizio dei motivi.
 - 4.5. Vizio della funzione amministrativa.
5. I nessi con la discrezionalità amministrativa. Eccesso di potere e natura del potere esercitato dall'amministrazione.
6. I nessi con la discrezionalità tecnica.

Capitolo II

Ragionamento del giudice, figure sintomatiche dell'eccesso di potere e principio di ragionevolezza

1. Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere: prova o indizio della illegittimità dell'atto? Rapporti con il principio di ragionevolezza.

2. Le singole figure di eccesso di potere nella giurisprudenza.

2.1. Travisamento dei fatti ed errore di fatto. Ragionamento del giudice di supporto al ragionamento dell'amministrazione.

2.2. Violazione di circolari.

2.3. Contraddittorietà.

2.4. Disparità di trattamento.

2.5. Difetto d'istruttoria.

2.6. Difetto di motivazione.

2.7. mancata fissazione di autolimiti o relativa inosservanza.

2.8. Ingiustizia grave e manifesta.

2.9. Illogicità manifesta.

2.10. Violazione del principio di proporzionalità.

3. Le figure sintomatiche nel sindacato sulla discrezionalità tecnica e ragionevolezza tecnica

4. La lata discrezionalità e gli atti di alta amministrazione.

5. L'“eccesso di potere cognitivo ai danni dell'Amministrazione” nella giurisprudenza della Cassazione.

Capitolo III

Eccesso di potere in ambito europeo e conclusioni

1. Premessa.

2. L'eccesso di potere nei Trattati.

3. Figure sintomatiche e ragionamento del giudice europeo.

Capitolo IV

Conclusioni

1. Parametro di riferimento del ragionamento del giudice: il principio di ragionevolezza.

2. Il percorso del ragionamento del giudice modulato alla luce delle singole figure sintomatiche.

Capitolo I

Eccesso di potere e discrezionalità

1. L'eccesso di potere nella tradizione francese della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*.

L'espressione "eccesso di potere" è la traduzione di quella francese *excès de pouvoir*, nata con riferimento alla nota teoria politica della separazione dei poteri di Montesquieu¹. In particolare l'*excès de pouvoir* si riferiva, inizialmente, soltanto ai casi di sconfinamento del potere giudiziario nel campo riservato a quello legislativo o a quello esecutivo, per poi essere estesa agli atti di un'autorità giudiziaria invasivi della sfera riservata ad un'autorità giudiziaria diversa, oppure emessi senza il rispetto delle regole volte a garantire la correttezza dei giudizi².

¹ Così P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 e ss., 124. Sull'origine dell'istituto dell'eccesso di potere anche G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, il quale nota che l'inclusione all'interno dell'eccesso di potere anche dei casi di inosservanza delle regole essenziali alla validità del giudizio rende complessa la nozione già al termine della sua evoluzione in campo giudiziario; F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964, 245 e ss., 249, il quale precisa come il principio della divisione dei poteri fosse ispirato sia dall'intento di impedire l'intervento dei tribunali nel campo riservato alle amministrazioni, sia dall'esigenza di garantire l'unità e l'accentramento del potere esecutivo; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It., App.*, vol. III, 1982, 219 e ss.; R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2006, 411 e ss.

² G. SACCHI-MORSIANI, voce *Eccesso di potere*, cit., 221, nt. 4, che riporta poi come successivamente fosse possibile trovare numerose altre disposizioni del medesimo tenore, tutte ispirate alla preoccupazione di limitare l'influenza di molti istituti del passato e soprattutto di coloro che ancora li impersonavano, emarginandoli, per quanto possibile, dalla vita pubblica

Il divieto per i giudici di conoscere degli atti amministrativi si fa risalire alla legge del 7 ottobre 1790, che disponeva: “*Le denuncie di incompetenza mossa ai capi amministrativi non sono in alcun caso proponibili davanti al Tribunale. Esse sono portate al Re, Capo dell’amministrazione generale*”.

Il Conseil d’Etat istituito nel 1800 come organo consultivo del Capo dello Stato, giudicava su detti ricorsi in vista della successiva decisione del Capo dello Stato e il ricorso veniva qualificato come *recours pour excès de pouvoir*, quando nel 1872 la giustizia ritenuta (del Presidente della Repubblica) viene sostituita dalla giustizia delegata, e la base legislativa originaria del ricorso viene meno.

Secondo l’art. 9 della legge 24 maggio 1872, “*Il Consiglio di Stato decide sovranamente nella domanda di annullamento per eccesso di potere proposta contro gli atti delle diverse autorità amministrative*”.

Nell’ambito del ricorso per eccesso di potere il Consiglio di Stato delinea la figura del *détournement de pouvoir*.

Si ha sviamento di potere quando una decisione viene presa dall’autorità amministrativa in considerazione di un fine diverso da quello

che doveva essere perseguito: la competenza è stata “sviata” dal suo fine legittimo e l’atto è illegale in ragione del suo scopo³.

In seguito la giurisprudenza della Suprema Corte francese integrò, in via interpretativa, il dettato normativo⁴, fino a farvi rientrare anche le ipotesi di eccesso di potere legislativo e di eccesso di potere amministrativo⁵.

Ma fu poi il Consiglio di Stato francese ad ampliare ulteriormente il significato dell’eccesso di potere⁶. Esso individuò al suo interno la più specifica figura del *détournement de pouvoir*, inteso come uso di un potere discrezionale per una finalità differente rispetto a quella fissata da norma attributiva del potere stesso.

³ Y. GAUDEMET, *Droit Administratif*, 19 ed., 2010, pag. 142

⁴ R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2006, 411 e ss.

⁵ Secondo E. LAFERRIERE, *Traiti de la juridiction administrative*, t. II, Paris, 1888, 521 ss., che parla di “*incorrection du bui*” e di deviazione da “*destination légale*”, mentre (come ricorda M. D’ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours excès depouvoir*, 285-286), si mescolano ancora immagini dei motivi e dei fini; Cfr. sul punto anche P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, *op. cit.* 125, il quale precisa come all’interno dell’eccesso di potere la giurisprudenza del Consiglio Stato francese comprese, in primo luogo, tutti gli sconfinamenti da parte degli organi amministrativi, anche a danno di un altro organo amministrativo; poi tutte le violazioni di non regolanti la forma e la procedura; solo successivamente, accanto ai difetti di competenza, forma e di procedura, l’eccesso di potere venne a comprendere anche certi difetti che, “*pur inerendo a scelte discrezionali, come tali insindacabili ...intaccavano tuttavia dette scelte nella loro legittimità*”. Secondo E. CARDI e S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, voi. V, Torino, 1990, 341 ss., 343, *Excès pouvoir* viene sin dall’inizio del secolo scorso ricondotto al controllo sui motivi, inteso in senso lato come elementi di diritto e di fatto che conducono l’amministrazione ad agire l’indagine sui motivi diviene sempre più penetrante. Per l’influenza esercitata in Italia d’esperienza francese si vedano anche L. MANNORI, *L’influenza francese*, in *Le riforme crispine*, cit., 586; A. AZZENA, *Natura e limiti dell’eccesso di potere amministrativo*, Milano 1976, 21 ss.; A. PUBUSA, *Merito*, 404; per una rassegna della giurisprudenza francese dell’epoca si veda G. PALMA, *Note*, 80 ss.

⁶ G. PALMA, *Note*, il quale osserva come il legislatore francese abbia seguito l’opera illuminata del Consiglio di Stato, accettando termini e concetti già sperimentati nella pratica; infatti solo dopo il 1830 le leggi in Francia hanno previsto esplicitamente un ricorso al Consiglio di Stato.

Il controllo giurisdizionale limitato, con l'incompetenza e i vizi formali, alla legalità esterna dell'atto, si estende con lo sviamento di potere ad un elemento interno, dal momento che è in base all'intenzione del suo autore, che l'atto viene giudicato.

Per questa ragione alcuni autori hanno ritenuto che il controllo del fine, superando la mera legalità, finisce con l'investire la "moralità amministrativa"⁷.

2. La legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

L'eccesso di potere, in Italia, viene per la prima volta menzionato nella l. 31 marzo 1877, n. 3761, la quale attribuiva alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma il compito di risolvere i conflitti di attribuzioni tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa, nonché quelli tra i tribunali ordinari e i tribunali speciali. Essa in base all'art. 3, n. 3 della citata legge, aveva la competenza a giudicare della "nullità delle sentenze" dei giudici speciali "per incompetenza o eccesso di potere"⁸.

In tale specifico contesto l'espressione venne intesa con un significato simile a quello fatto proprio dalla giurisdizione ordinaria francese, e cioè

⁷ J. RIVEDO, *Droit Administratif*, II ed., 1985, p. 264

⁸ S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, 978 e ss.

di straripamento di potere delle giurisdizioni speciali ai danni del potere legislativo e amministrativo⁹.

Successivamente l'eccesso di potere fece la sua comparsa, insieme all'incompetenza e alla violazione di legge, come vizio di legittimità dell'atto amministrativo con la l. 31 marzo 1889, n. 5892, che ha istituito la IV sezione del Consiglio di Stato.

La formula usata era la stessa che fu utilizzata successivamente nell'art. 22 t.u. 17 agosto 1907, n. 638, poi nell'art. 5 r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 e nell'art. 26 t.u. Cons. St., il quale recita: *“spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti o provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici...”*.

L'attuale formulazione dell'art. 29 del codice del processo amministrativo, sui cui ci soffermeremo oltre, (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) disciplina l'azione di annullamento, proponibile per *“violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere”*.

⁹ Nel senso di usurpazione di potere e violazione della competenza ne parlava già G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837, 140.

Il primo problema che il Consiglio di Stato si trovò ad affrontare fu quello del significato da dare alla dizione “eccesso di potere”, dal momento che il legislatore del 1889 non diede alcuna indicazione in tal senso; tuttavia, si ritiene comunemente che il legislatore del 1889 intendesse anche qui riferirsi allo straripamento di potere e quindi ad una forma di violazione di legge particolarmente grave¹⁰.

Al di là dei dubbi relativi al significato da attribuire all’espressione eccesso di potere impiegata dal legislatore del 1889, ciò che conta è che la disposizione in seguito fu interpretata dilatando i confini della figura, ancora una volta sulla falsariga della giurisprudenza, questa volta amministrativa francese.

Il Consiglio di Stato, infatti, fin dalle sue prime pronunce, ha attribuito costantemente all’eccesso di potere il significato che la giurisprudenza amministrativa francese attribuiva all’espressione *détournement de pouvoir*, cioè esercizio del potere per un fine diverso da quello per il quale esso è attribuito.

In alcune decisioni “storiche” della quarta sezione da poco istituita fu precisato il concetto stesso di “eccesso di potere”. Le due decisioni sono,

¹⁰ V. CERULLI IRELLI, *Principi*, vol. II, 240, secondo il quale il Legislatore del 1889 intendeva con eccesso di potere un’incapacità grave, una nozione “grosso modo” coincidente con quella di carenza di potere come attualmente intesa. Questo perché il legislatore “non intendeva affatto estendere il sindacato” del neo istituito organo di giustizia amministrativa “ad elementi dell’atto (e del procedimento) diversi ed ulteriori a quelli concernenti la conformità alla legge”.

in dettaglio, la sentenza 7 gennaio 1862 e la sentenza 28 gennaio 1892, Spaventa Presidente, Canna estensore.

La sezione cominciò allora ad affermare che nella formula italiana della legge istitutiva della IV sezione, oltre ai vizi di incompetenza e di violazione di legge, debbono ritenersi compresi i casi di grave illogicità e disparità di trattamento, nei quali l'uso stesso del potere discrezionale va sanzionato dal giudice. Nella prima parte delle decisioni citate in particolare, quella del 7 gennaio, si affermava il principio che non costituisce eccesso di potere, “nella misura amministrativa fondata su fatti indubitati” il provvedimento che non contenga “nulla di illogico e irrazionale o di contrario allo spirito della legge”¹¹, il che riconduce all'eccesso di potere l'illogicità o l'irrazionalità dell'atto amministrativo o la sua contrarietà allo spirito della legge.

La figura dell'eccesso di potere, nell'ordinamento italiano, costituisce pertanto il mezzo di controllo della discrezionalità, consentendo di

¹¹ Sul complessivo impatto di queste pronunce sulla tematica dell'invalidità amministrativa cir. F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, cit., 1380; F. MODUGNO e M. MANETTI, voce *Eccesso di potere*, II) *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 2; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 143 ss.; O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.; D. VAIANO, *La riserva*, 220. Alla decisione del 7 gennaio è possibile affiancare la sentenza 28 gennaio 1892, n. 32 (caso Ruffoni), in *Giust. amm.*, 1892, 59, che, affermando la contrarietà dello spirito della legge di un provvedimento comunale in materia elettorale, introduceva il concetto di falso scopo e quindi dello sviamento di potere.

verificare che le scelte riservate alla pubblica amministrazione siano fatte in modo da assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico¹².

La primissima giurisprudenza è piuttosto cauta quando l'atto impugnato è stato adottato nell'esercizio di un potere discrezionale. In questi casi l'indagine investe solo la forma dell'esercizio della facoltà discrezionale, poiché *“l'uso che di essa fu fatto con le forme legali non può essere rimproverato di eccesso di potere, né di violazione di legge”*.

Nelle prime decisioni si afferma pertanto che l'esercizio del potere discrezionale è sottratto al sindacato di legittimità perché non è disciplinato dalle norme. Quando c'è un potere di scelta, il giudice amministrativo non può svolgere alcuna indagine sulla decisione adottata dall'Autorità amministrativa, anche quando venga indicato nell'atto un motivo palesemente erroneo.

Il giudizio di legittimità riguarda gli aspetti estrinseci e formali. Risulta evidente la differenza rispetto alle esperienze del Consiglio di

¹²L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 76, che qualifica per la prima volta il generico difetto di potestà in ordine all'emanazione dell'atto, e quindi pure lo straripamento di potere, come un'ipotesi di incompetenza assoluta idonea a provocare la nullità dell'atto; cfr. altresì F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, 72 ss.; ricorda, comunque, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, 980, che fino alla metà del secolo scorso l'espressione “straripamento di potere” (a volte considerata sinonimo di “incompetenza assoluta”) è stata usata dal Consiglio di Stato per indicare l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere del quale essa non è titolare; ciò non per negare l'efficacia all'atto amministrativo così emanato, come avverrà, a partire dalla metà del secolo, con l'introduzione della nozione di carenza di potere, ma per ammettere i ricorsi contro atti per i quali la legge escludeva l'impugnabilità. Osserva M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1988, 316, che oggi ne diritto positivo italiano lo straripamento di potere si può dire interamente sostituito da ciò che l'art. 134 chiama conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

Stato formatosi prima della istituzione della Sezione IV, nell'esercizio della funzione consultiva sui ricorsi straordinari al Re: si svuotava la giurisdizione di legittimità (“intesa alquanto largamente” nell'esperienza consultiva) a vantaggio del merito¹³.

Le pronuncie già ricordate del 1892, secondo le quali non può ravvisarsi un eccesso di potere se un provvedimento non contiene “nulla di illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge”, sembrano tuttavia recuperare, in tutta la sua ampiezza, il sindacato di legittimità sperimentato nell'ambito dell'attività consultiva resa nei ricorsi straordinari al Re.

Il metro del giudizio, in mancanza di disciplina positiva espressa, viene individuato innanzitutto nello “spirito della legge”: il giudice estrae dalla norma la ragione che la ispira ed afferma l'illegittimità dell'atto amministrativo se quest'ultimo non è in sintonia con la ratio legis, ancor più se l'Amministrazione persegue un fine diverso da quello normativamente previsto (sviamento di potere).

Successivamente, vengono presi in considerazione aspetti che appartengono alla genesi di ogni percorso decisionale. E così, l'illogicità e l'irrazionalità, come la coerenza, la consequenzialità tra presupposti e

¹³ P.G. PONTICELLI, La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Milano 1958, 6 e ss..

contenuto dell'atto amministrativo sono i canoni logici alla base di ogni decisione e, quindi, anche di quella dell'Amministrazione ed il giudice li pone quale premessa maggiore del sillogismo. Nella ricerca di criteri oggettivi di giudizio, a volte viene considerata come vincolante per la pubblica amministrazione la precedente azione della stessa autorità amministrativa in casi analoghi, al punto che ne vengono tratte anche regole procedurali il cui mancato rispetto determina l'illegittimità del provvedimento amministrativo; se l'Autorità amministrativa, in assenza di norme, fissa un procedimento, ha in questo modo autodisciplinato l'esercizio del potere discrezionale secondo regole che esso è tenuto ad osservare. Ed il giudice amministrativo si preoccupava di evidenziare che il parametro è oggettivo, quasi a sottolineare che non si sostituisce all'autorità amministrativa e non esercita il potere discrezionale che l'amministrazione aveva male usato.

In sostanza, il sindacato sulla discrezionalità, come ambito non disciplinato dalla norma giuridica, viene esercitato utilizzando come metro dei criteri che presentino un carattere oggettivo per evitare che sembrino indebite sostituzioni (soggettive) del giudice all'amministrazione .

La giurisprudenza della Sezione IV sino al 1907 segue, pur in una linea non continua ma intervallata da decisioni che escludono la sindacabilità della discrezionalità, un percorso nel quale ha un posto centrale la regola del rispetto dello scopo della norma. E, dove non riesca ad individuare la ratio legis o non la ritenga utile strumento per il sindacato sul potere discrezionale, il giudice attinge ad una scala di valori riconoscibili che sono i canoni (logica) di ogni decisione e gli stessi precedenti seguiti dall'Autorità amministrativa. Essi vengono prospettati come criteri oggettivi, e non come il frutto di una decisione del giudice ritagliata sulla fattispecie concreta; sicchè il giudice non si sostituisce all'Amministrazione, ripetendo l'esercizio del potere discrezionale.

3. Natura dell'eccesso di potere.

Dopo avere illustrato l'evoluzione storica della nozione di eccesso di potere è opportuno, prima di analizzare le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e il ragionamento che in ordine ad esse svolge il giudice, soffermarsi sulla natura dell'eccesso di potere nelle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza.

Come già accennato, la l. 31 marzo 1889, n. 5892, che per la prima volta ha previsto il vizio in esame, nulla aveva disposto al riguardo; tale

lacuna legislativa non risulta ancora colmata. Sono state la dottrina e, soprattutto, la secolare giurisprudenza, dunque, ad aver attribuito un significato specifico al concetto di eccesso di potere.

L'eccesso di potere si differenzia dagli altri due vizi di legittimità dell'atto amministrativo ossia l'incompetenza e la violazione di legge. Infatti mentre questi ultimi sono vizi tipici del provvedimento amministrativo in quanto atto di esercizio di un potere, l'eccesso di potere è legato al cattivo svolgimento della funzione amministrativa¹⁴. Esso, come già rilevato, non è ancorato alle norme di azione generali e astratte, ma è legato, bensì, a quelle norme che riguardano la funzione amministrativa che attraverso l'atto stesso viene esercitata e che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta in modo assolutamente puntuale¹⁵.

Questa è una conseguenza della natura funzionale dell'attività amministrativa. Perché il potere amministrativo venga validamente esercitato infatti, non è sufficiente che tutte le norme che lo riguardano siano rispettate, è altresì necessario che le scelte riservate all'amministrazione siano fatte in modo da assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico¹⁶.

¹⁴ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 100.

¹⁵ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008, 670.

¹⁶ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto, 2009, 908 e ss.

La figura dell'eccesso di potere consente di verificare questo secondo aspetto: non si tratta di sindacare le scelte dell'amministrazione o di assicurare che quanto disposto dal provvedimento sia il miglior possibile rimedio alla situazione preesistente, in quanto ciò comporterebbe la sostituzione di una scelta con un'altra, si tratta, piuttosto, di controllare che, nel processo di formazione e di attuazione di quelle scelte, non vi siano circostanze che dimostrino, o inducano a ritenere, che l'interesse pubblico non è stato correttamente perseguito¹⁷.

L'eccesso di potere pertanto, pur nell'ambito della conformità dell'atto amministrativo alla legge, riguarda lo svolgimento anomalo della funzione amministrativa e, più in particolare, la concreta ed effettiva deviazione rispetto allo scopo per cui il potere poteva essere esercitato e quindi l'atto stesso emanato¹⁸.

4. La natura del vizio.

4.1. Premessa generale.

Secondo alcuni autori, l'eccesso di potere coincide con cattivo uso del potere da parte della Pubblica Amministrazione; secondo altri, invece, esso consiste nell'insieme delle violazioni di quei limiti interni (interesse

¹⁷ S. CASSESE, *op. cit.*, 978.

¹⁸ A partire da Cons. St., sez. IV, decisione "Vastarini-Cresi", 7 gennaio 1892, n. 2.

pubblico, causa del potere esercitato, osservanza dei precetti di logica e di imparzialità) della discrezionalità amministrativa, che, pur non essendo consacrati in norme positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato; secondo altri, l'eccesso di potere comprende i vizi attinenti al contenuto dell'atto, e riguarda i rapporti tra la direzione della volontà espressa dall'autorità amministrativa e lo scopo che con l'atto si vuole raggiungere.

Ogni potere viene, infatti, conferito alla pubblica amministrazione non per generici fini d'interesse pubblico, di carattere indifferenziato, ma per specifici, distinti e qualificati interessi pubblici: dunque l'eccesso di potere può ricorrere anche quando l'interesse perseguito sia pur sempre un interesse pubblico ma non un interesse diverso da quello che è affidato alla competenza dell'organo.

Alcuni autori, invece, ritengono che l'eccesso di potere incida negativamente sul corretto procedimento di formazione della volontà della pubblica amministrazione; mentre altri studiosi individuano rispettivamente nei motivi o nella causa l'elemento viziato.

4.2. Vizio della volontà.

Detto ciò su un piano generale, si può adesso passare ad analizzare più nello specifico le diverse teorie elaborate in dottrina.

La teoria del *vizio della volontà* riconduce all'attività della Pubblica Amministrazione i vizi tipici del negozio giuridico, e cioè errore, violenza e dolo, individuando il vizio di eccesso di potere nel procedimento non corretto di formazione della volontà.

A questa ricostruzione, tuttavia, si obietta che il diritto civile prende in considerazione la volontà in senso psicologico ai fini della violazione del contratto; mentre nel diritto amministrativo si è in presenza di una volontà procedimentale poiché alla decisione finale del procedimento si perviene con il concorso di tutti gli uffici e organi che al procedimento hanno preso parte.

Difatti, per gli atti amministrativi, a differenza di quanto avviene per gli atti giuridici privati, il processo psichico dell'agente non ha rilevanza *ex se*: rileva, invece, la circostanza che vi sia coincidenza tra la funzione attribuita dalla legge all'atto e la finalità alla quale l'atto concretamente posto in essere è indirizzato, ovvero che sussista il "necessario nesso di

consequenzialità tra presupposti di fatto e di diritto e conclusioni ricavate dalla Amministrazione”¹⁹.

Inoltre, secondo taluni, il vizio relativo al corretto procedimento di formazione della volontà costituisce piuttosto una violazione di legge, in quanto, essendo la volontà un elemento essenziale del provvedimento, la violazione riguarderebbe lo schema tipico del provvedimento valido.

4.3. Vizio della causa.

La teoria del *vizio della causa* attribuisce al provvedimento amministrativo una intrinseca razionalità, che consiste per un verso nel rispetto della legge, e, per altro aspetto, nella finalità e nella causa che lo sorreggono²⁰.

Taluni hanno criticato questa impostazione a causa della difficile individuazione di un confine con il merito amministrativo; altri rilevano che non esiste una causa nel provvedimento amministrativo, ma piuttosto una causa del potere amministrativo o più semplicemente la necessità che esso sia conforme all’interesse pubblico, inteso come concezione di legittimità sostanziale della potestà di agire della Pubblica

¹⁹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 414.

²⁰ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 414.

Amministrazione: pertanto, l'eccesso di potere non costituisce un vizio della causa, ma della "potestà"²¹.

4.4. Vizio dei motivi.

Secondo la teoria del *vizio dei motivi*²² occorre, invece, far riferimento alla mancanza di imparzialità nell'attività amministrativa, che emerge nella valutazione dei motivi impliciti o esplicitati. Essi vengono considerati, infatti, o come elementi circostanziali esterni, ma determinanti, del provvedimento (i c.d. interessi pubblici da soddisfare), ovvero come elementi essenziali del provvedimento, o come momenti della volontà e della causa giuridicamente rilevanti. Difatti, anche nella discrezionalità emerge la necessità di comparare ad un interesse primario interessi e motivi diversi, anche secondari²³.

Sicchè l'eccesso di potere sarebbe una conseguenza di una non corretta comparazione o ponderazione di taluni interessi o della omessa considerazione di taluni di essi.

²¹ F. CARINGELLA, *op. cit.*

²² M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, 185.

²³ Cass. Civ., S.U., 26 febbraio 1976, n. 620.

4.5. Vizio della funzione amministrativa.

La tesi più accreditata resta quella, di cui già si è accennato, che qualifica l'eccesso di potere come *vizio della funzione amministrativa*, funzione che risulta esercitata in modo anomalo o se si preferisce “sviata”²⁴. In base ad essa si ritiene che il vizio di legittimità del provvedimento non deriva dalla deviazione dal fine tipico, ma dalla “linea di continuità costituita dal complesso di atti e provvedimenti attraverso i quali si svolge la funzione”: in altri termini, la funzione pubblica deve svolgersi avendo come parametro di riferimento la globalità dell'azione amministrativa e tutti gli interessi in gioco, primari e secondari, che emergono nella sequenza procedimentale. L'azione deve svolgersi nel rispetto di una coerenza tra una valutazione e le altre: emerge quindi la necessità che le singole valutazioni discrezionali siano intrinsecamente giustificate e razionali sia rispetto alla causa o allo scopo tipico, sia anche rispetto alla funzione nel suo complesso.

Questa tesi inizialmente è stata proposta con riferimento alle sole figure sintomatiche, sulla base dell'osservazione che, in presenza di esse, il vizio non riguarda un elemento dell'atto, ma la funzione, intesa come concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo, e che le figure in

²⁴ Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7974, in www.giustizia-amministrativa.it.

questione riflettono principi generali sulla funzione amministrativa, desumibili dalle norme sull'attività amministrativa, la cui violazione determina l'invalidità dell'intero atto.

La dottrina successiva ha ulteriormente approfondito il legame tra funzione amministrativa, discrezionalità ed eccesso di potere e ha generalizzato la concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione.

5. I nessi con la discrezionalità amministrativa. Eccesso di potere e natura del potere esercitato dall'amministrazione.

La nozione di eccesso di potere, nel suo significato attuale, è quindi strettamente legata a quella di discrezionalità amministrativa²⁵, in quanto all'eccesso di potere fanno capo diverse tecniche di controllo sul modo in cui l'amministrazione compie le scelte che le sono riservate, e in particolare sul corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Essa indica, infatti, i vizi tipici dell'attività amministrativa discrezionale, ossia dell'attività in cui l'amministrazione è chiamata ad operare scelte che presuppongono una pluralità di alternative, senza che esse possano

²⁵ E. LAFERRIERE, *op. cit.*, 521 ss.; sulla questione più generale relativa al rapporto tra discrezionalità e principio di legalità v. G. CORSO, *Commento all'art. 1, della L. 241/1990*, in *Codice dell'Azione Amministrativa (a cura di M.A. SANDULLI)*, Giuffrè, 2010.

considerarsi del tutto libere: non può contraddirsi, non può comportarsi irragionevolmente, non può operare disparità di trattamento, deve tenere conto di determinati interessi e non di altri, deve dare conto delle proprie decisioni e così via.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'eccesso di potere, la dottrina sembra non essere unitaria sul punto.

Secondo un primo orientamento, tale ambito coincide con il "potere discrezionale della pubblica amministrazione" e, dunque, sono censurabili solo gli atti discrezionali.

Un secondo orientamento, invece, sostiene che la discrezionalità non sia un presupposto necessario e, dunque, siano censurabili anche gli atti vincolati.

Lo stretto legame tra discrezionalità ed eccesso di potere giustifica la comune osservazione, secondo la quale questo vizio non è configurabile con riferimento agli atti vincolati²⁶. Peraltro, come si è osservato con riferimento alla discrezionalità amministrativa, è difficile che un provvedimento sia interamente vincolato, e ciò è dimostrato dal fatto che la giurisprudenza riferisce spesso l'eccesso di potere anche ad atti normalmente considerati vincolati. Appare quindi preferibile esprimere il

²⁶ Sul tema v., per tutti, P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., 244.

collegamento affermando che l'eccesso di potere è escluso solo con riferimento ai momenti vincolati dell'attività amministrativa²⁷.

L'atto discrezionale, invece, è quello che la pubblica amministrazione emana, potendo scegliere la soluzione, perché la legge non ne prescrive una specifica e sola. Alla luce dello stretto collegamento tra discrezionalità ed eccesso di potere si comprende l'affermazione tradizionale secondo cui l'eccesso di potere non è configurabile rispetto agli atti vincolati.

Accanto a quest'ultima tesi si riscontra, tuttavia, qualche affermazione di segno diverso; parte della giurisprudenza, infatti, ammette la configurabilità dell'eccesso di potere anche in relazione agli atti vincolati della pubblica amministrazione.

Ad esempio, in alcune pronunce si ritiene che rispetto agli atti vincolati siano configurabili alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, come il travisamento dei fatti o l'erronea valutazione dei presupposti.

Una posizione ancora più netta è stata espressa in dottrina, ove si è sostenuta la configurabilità del vizio di eccesso di potere anche per gli atti vincolati, senza di che non potrebbe darsi piena attuazione ai precetti

²⁷ B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 876

costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione²⁸.

A tal proposito sembra preferibile la tesi intermedia, secondo cui l'eccesso di potere è ammissibile anche rispetto ad atti non assolutamente vincolati, ma solo rispetto a quei profili in cui si riscontra una discrezionalità amministrativa, dato che, in presenza di un vincolo normativo totalmente preclusivo, l'eccesso di potere sembra in realtà totalmente assorbito dalla violazione di legge.

Va inoltre precisato che il destinatario dell'atto amministrativo non può lamentare il vizio in esame, contestando l'opportunità o meno dell'emanazione dell'atto stesso, ossia sindacando il merito dell'azione amministrativa. È possibile, invece, sindacare le modalità di esercizio della discrezionalità di cui gode la pubblica amministrazione nella determinazione del contenuto dell'atto. Va da sé, dunque, che risulti inammissibile il motivo di ricorso con cui si contesta l'utilità o l'opportunità dell'atto impugnato.

Parte della dottrina tende tuttavia a dare rilevanza, ai fini del sindacato sull'eccesso di potere, anche al merito dell'azione amministrativa. Tale orientamento si basa sul presupposto che la legge inibisca l'uso distorto

²⁸ F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 153.

del potere; si tratta di una formula ampia che consente di sindacare anche il merito, pur se in modo limitato. Si fa l'ipotesi in cui l'inopportunità influenzi direttamente l'atto, che non può più considerarsi frutto di una corretta determinazione discrezionale. Il vizio di merito dell'atto non è dunque colto in modo autonomo (in tal caso si attuerebbe un sindacato di puro merito) ma in via indiretta.

6. I nessi con la discrezionalità tecnica.

L'eccesso di potere viene in rilievo, sia pure in forma diversa, in presenza di quella che viene definita discrezionalità tecnica.

L'accertamento di questa figura sintomatica ripropone, peraltro, l'annosa questione della sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali della P.A., che ricorre, come è noto, quanto essa, per accertare i fatti deve utilizzare regole tecniche di varia natura che si caratterizzano per la loro opinabilità.

In ordine ai limiti entro cui l'autorità giudiziaria può sindacare le valutazioni tecniche della P.A. si registrano due orientamenti divergenti

che pongono l'alternativa tra un controllo di tipo "estrinseco" e uno di tipo "intrinseco"²⁹.

Secondo un primo risalente indirizzo, la discrezionalità tecnica attiene al merito dell'azione amministrativa, di talché le scelte tecniche dell'Amministrazione possono essere sindacate solo sotto il profilo estrinseco e formale dell'iter logico seguito dall'Amministrazione e, quindi, in definitiva, in presenza di elementi sintomatici di scorretto esercizio di potere quali il difetto di motivazione, l'illogicità manifesta e l'errore di fatto³⁰.

In base a questa tesi, pertanto, la verifica giurisdizionale circa la spettanza del bene della vita dovrebbe arrestarsi laddove vengano in

²⁹ Sul tema cfr., da ultimo, CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo: dopo due anni di giurisprudenza*, Giuffrè, 2002, 913 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 80 ss.; M.G. SCHINAIA, *Il ruolo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità tecnica della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 1101; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 182; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, *ibidem*, 2000, 212; R. MOREA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra annullamento e risarcimento*, in *Urb. e app.*, 2001, 201 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto le lente del G.A.*, in *Urb. e app.*, 2001, 873; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2001, 1133 ss.

³⁰ Cfr., *ex multis*, C. Stato, sez. V, 4 ottobre 1993, n. 978, in *Foro amm.*, 1993, 2072; Cons. St., sez. VI, 5 novembre 1993, n. 801, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1459; C. Stato, sez. VI, 29 maggio 1995, n. 518, in *Foro amm.*, 1995, 1026; C. Stato, sez. IV, 27 settembre 1996, n. 1058, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 127; C. Stato, sez. VI, 23 marzo 1998, n. 358, in *Cons. Stato*, 1998, I, 454; C. Stato, sez. V, 22 giugno 1998, n. 463, in *Cons. Stato*, 1998, I, 935; C. Stato, sez. VI, 15 maggio 2000, n. 2776, in *Giur. it.*, 2000, 1933; C. Stato, sez. IV, 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2169 con nota di ANTONIOLI. In dottrina, sostengono il carattere "riservato" degli apprezzamenti tecnici: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 214 ss.; V. BACHALET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, vol. I, *L'amministrazione pubblica*, Milano, 1981, 237 ss.; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, vol. I, 287.

considerazione valutazioni tecniche della P.A., finendo altrimenti il giudice per conoscere il merito amministrativo.

Secondo un più evoluto orientamento, ormai accolto dalla giurisprudenza più recente, invece, la discrezionalità tecnica non riguarda il merito dell'azione amministrativa in quanto non implica alcuna ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari. A differenza di quello che accade in presenza di discrezionalità amministrativa, infatti, in questo caso la ponderazione è fatta a monte dal legislatore e l'Amministrazione si limita ad accertare, sia pure avvalendosi di regole tecniche opinabili, i presupposti di fatto cui è subordinato l'esercizio del potere³¹.

Si afferma, allora, che la questione di fatto che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo non si

³¹ Cfr. F. BENVENUTI, *Introduzione al tema*, in V. PARISIO (a cura di) *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 3 ss.; F.G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, *ibidem*, 107; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Riv. proc. amm.*, 1983, 371 ss; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 232; A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 30 ss.; ID., *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, 486 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 463 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001, 411. In giurisprudenza cfr., C. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 182, con nota di M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche*, *op. cit.*; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, *op. cit.*; C. Stato, sez. IV, ord. 17 aprile 2000, n. 2292, in *Foro amm.*, 2000, 1240; C. Stato, sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3544; C. Stato, sez. IV, 26 giugno 2000, n. 3600; C. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urb. e app.*, 2001, 866, con nota di M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto le lente del G.A.* Tra i giudici di primo grado cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-ter, 5 dicembre 2000, n. 11068, in *Urb. e app.*, 2001, 195; T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 novembre 2000, n. 1173, *ibidem*, 2001, 196; T.A.R. Lombardia, sez. III, 11 dicembre 2000, n. 7702, *ibidem*, 2001, 199; T.R.G.A. Bolzano, 7 dicembre 2000, n. 335, *ibidem*, 2001, 197.

trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità anche se è antecedente o successiva ad un scelta di merito³² .

La conseguenza di tale impostazione è che gli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione sarebbero sindacabili non solo sotto il profilo estrinseco e formale, attraverso il controllo dell'*iter* logico, ma anche sotto il profilo intrinseco dell'attendibilità, attraverso, cioè, la verifica diretta della correttezza del criterio tecnico utilizzato e del procedimento applicativo.

Ci sembra, tuttavia, che questo dibattito debba oggi essere rivisitato alla luce della introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nel panorama istruttorio di tutta la giurisdizione di legittimità ad opera dell'art. 16 della l. n. 205 del 2000³³ .

Questa norma, come è stato osservato³⁴ , consegna all'interprete alcune certezze che consistono nella erroneità della tradizionale equazione tra discrezionalità amministrativa e merito insindacabile e nella conseguente caratterizzazione del sindacato sulla discrezionalità tecnica in termini di sindacato intrinseco, da condurre cioè alla luce di regole e conoscenza

³² Cfr. C. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit.

³³ L'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 aveva già introdotto la c.t.u. tra i mezzi istruttori del processo amministrativo nelle materia di giurisdizione esclusiva. Il legislatore con l'art. 16 l. n. 205 del 2000 ha ora esteso tale strumento a tutta la giurisdizione di legittimità, superando così le censure di incostituzionalità che contro quella scelta "parziale" erano state sollevate dal Consiglio di Stato (cfr. C. Stato, sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2292, in *Cons. Stato*, 2000, I, 897).

³⁴ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale*, op. cit., 920.

tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica applicata dall'Amministrazione. Si è rilevato, infatti, che *“la mera conoscenza del dato tecnico non è più argomento sufficiente ad ascrivere la determinazione amministrativa nel campo del merito insindacabile per l'ovvia considerazione che sarebbe altrimenti del tutto superflua una norma che consente al giudice di avvalersi dell'ausilio di un terzo imparziale per la conoscenza di aspetti specialistici, patrimonio esclusivo di professionisti del settore scientifico interessato”*³⁵ .

Nel tentativo di stabilire quale sia il tipo di sindacato intrinseco consentito al giudice, la dottrina ha allora prospettato l'alternativa tra un controllo di tipo *“forte”* e un controllo di tipo *“debole”*³⁶ .

Il primo si traduce in un potere sostitutivo *tout court* che consente al giudice di sovrapporre la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall'Amministrazione, anche nei casi in cui la scelta è condizionata da obiettivi margini di opinabilità. Il sindacato intrinseco forte, in altri termini, fa valere il punto di vista tecnico formatosi nel processo anche qualora questo non possa dirsi pacificamente meno opinabile di quello dell'Amministrazione.

³⁵ L'espressione è usata per primo da G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 55 e poi ripresa, fra gli altri, da F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale*, op. cit., 918 e POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione* op. cit., 429.

³⁶ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale*, op. cit., 924.

Il processo, quindi, si chiuderà in uno dei seguenti modi: o la scelta del giudice coincide con quella dell'amministrazione e la domanda viene rigettata; oppure la scelta del giudice non coincide con quella dell'amministrazione e ciò comporterà un diverso finale, ossia la sostituzione della regola del giudice a quella elaborata dall'amministrazione.

Il secondo, invece, conduce a censurare le determinazioni amministrative che, alla luce di un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica, appaiono sicuramente inattendibili (la c.d. insostenibilità evidente all'esperto): pertanto, ove la consulenza tecnica disposta dal giudice giunga a conclusioni diverse rispetto alla valutazione della P.A., ma non ne evidenzia l'erroneità, la determinazione amministrativa non potrà essere censurata.

Questa tesi, quindi, ritiene che il giudice amministrativo, al cospetto di un'amministrazione che abbia effettuato la propria scelta tecnico-discrezionale, abbia in primis il potere-dovere di compiere un accertamento completo e di acquistare la piena conoscenza del fatto, nonché di verificare l'intero percorso conoscitivo e volitivo dell'amministrazione, impadronendosi anche degli aspetti tecnici.

Tuttavia, secondo tale impostazione, all'esito di quest'indagine il giudice deve solo appurare se la scelta finale sia attendibile e ragionevole. Il giudice deve cioè assicurarsi che tale scelta rientri in una di quelle scelte ragionevolmente possibili in quella situazione data e, quindi, come tali, corrette. Quanto la decisione sia compresa in quella gamma ristretta di soluzioni finali, compatibili con quel percorso conoscitivo e con quei determinati elementi tecnici, allora il giudice dovrà rispettarla, senza sforzarsi di elaborare la sua scelta per sovrapporla a quella fatta dall'autorità amministrativa³⁷.

La tesi in esame, quindi, nega *tout court* che il giudice possa procedere ad un controllo sostitutivo sull'operato dell'Amministrazione.

Secondo una parte della dottrina³⁸ la scelta tra questi due modelli, peraltro, dovrebbe avvenire tenendo conto del rapporto che lega il momento della valutazione tecnica opinabile con quello della determinazione amministrativa successiva. Infatti, laddove i due momenti possono nettamente separarsi sul piano logico – in quanto la valutazione tecnica, per un verso, non interferisce con l'attribuzione del bene della vita ed è estranea a qualsiasi ponderazione dell'interesse pubblico e, per un altro, non è influenzata da valutazioni di carattere politico – sarebbe

³⁷ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. amm.*, 2004, 969.

³⁸ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 969

possibile un sindacato intrinseco “forte” con conseguente possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all’Amministrazione.

Laddove, invece, il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell’interesse pubblico, lungi dal potersi tenere distinti, risultano fusi in un procedimento logico unitario, allora l’unico tipo di controllo esercitabile può essere quello riconducibile al modello debole, relativo cioè alla sola ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa.

In particolare, il “*sindacato intrinseco di tipo forte*” deve ritenersi inammissibile – come sottolinea anche l’orientamento favorevole ad una piena sindacabilità giurisdizionale delle valutazioni tecniche³⁹ – laddove:

- sussiste una contestualità cronologica, se non addirittura una sovrapposizione concettuale sul piano logico, tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell’interesse pubblico⁴⁰ (si pensi, ad esempio, al processo valutativo che conduce ad accertare le caratteristiche di un bene al fine dell’imposizione di un vincolo di tutela paesistica o ad accertare l’entità e la consistenza delle aree da espropriare ai fini della realizzazione di un’opera pubblica);

³⁹ F. CINTIOLI, *op. loc. cit.*, 969

⁴⁰ M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.*, in *Urb. e app.*, 2001, 878.

- l'Amministrazione risulti titolare di una particolare competenza legata alla tutela di valori di rango costituzionale (pianificazione urbanistica, tutela della salute, tutela paesistico ambientale e storico ambientale)⁴¹;

- la legge abbia assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico scientifica, attribuendone la cura all'autorità amministrativa⁴²;

- vengano in rilievo valutazioni caratterizzate da un elevato grado di soggettività o irripetibilità, come nel caso dei concorsi e degli esami in genere e delle valutazioni delle commissioni giudicatrici⁴³.

La tesi che, ammesso in via generale un sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica, distingue poi tra controllo “*forte*” e controllo “*debole*” a seconda del rapporto esistente tra il momento della valutazione tecnica e quello della ponderazione dell'interesse pubblico, sembra trovare un sostegno normativo anche nell'art. 17, l. n. 241/1990.

⁴¹ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale op. cit.*, 92. In tal senso si è recentemente espresso anche il Consiglio di Stato: cfr. sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urb. e app.*, 2001, 867.

⁴² V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di discrezionalità*, cit., 463 ss.

⁴³ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di discrezionalità*, cit., 496. V., però, T.A.R. Lombardia, sez. III, 11 dicembre 2000, in *Urb. e app.* 2001, n.2, che, ai fini del risarcimento per equivalente ha disposto una gara virtuale attraverso la consulenza tecnica, onde verificare quale sarebbe stato l'esito se l'impresa non fosse stata esclusa. In senso analogo v. T.A.R. Veneto, sez. I, ord. 20 giugno 2001, n. 45.

Questa norma, prevedendo che le valutazioni tecniche di competenza di organi od enti rimasti inattivi, possano essere richieste anche ad altri organi ed enti pubblici, dotati della stessa qualificazione tecnica, ovvero ad istituti universitari, pare confermare il carattere “diffuso” delle competenze specialistiche, che per la loro qualificazione “obiettiva” possono bene essere esercitate da altri organi ed istituzioni egualmente idonee.

Come è stato rilevato⁴⁴, infatti, le valutazioni tecniche, per la loro estraneità alla ponderazione dell’interesse pubblico, necessitano soprattutto delle “competenze” e non del “personale”, e quindi, così come da un lato l’Amministrazione può affidarle sia ad impiegati e funzionari alle proprie dipendenze, sia a professionisti esterni di volta in volta tratti dal mondo delle professioni, così, dall’altro, pare possibile che alla stessa valutazione tecnica si sovrapponga in sede processuale quella del c.t.u. nominato dal giudice (controllo “forte”).

Lo stesso art. 17, legge n. 241/1990, tuttavia, prosegue specificando che la stessa regola non vale per le valutazioni di competenza di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. Tale limitazione pare essere giustificata

⁴⁴ A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, op. cit., 479 ss.

proprio dalla circostanza che qui i due momenti della valutazione tecnico-specialistica e della ponderazione dell'interesse pubblico appaiono tra di loro inscindibili, in quanto il legislatore ha assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico scientifica attribuendone la cura all'autorità amministrativa.

In questo caso, pertanto, la sostituzione della valutazione tecnica dell'Amministrazione, così come non è consentita in sede procedimentale, parimenti non potrebbe esserlo in sede processuale: l'unico tipo di controllo che il giudice può esercitare è allora quello circoscritto alla ragionevolezza e all'attendibilità del giudizio tecnico (controllo "debole").

Capitolo II

Ragionamento del giudice, figure sintomatiche dell'eccesso di potere e principio di ragionevolezza

1. Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere: prova o indizio della illegittimità dell'atto? Rapporti con il principio di ragionevolezza.

Come precedentemente evidenziato, lo sviamento di potere appare, a prima vista, come la più corretta traduzione del francese *détournement de pouvoir*⁴⁵. Per sviamento, dunque, non può che intendersi l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione per perseguire un fine diverso da quello in vista del quale il potere è stato attribuito. Lo scopo che effettivamente viene perseguito può anche essere conforme ad altri interessi pubblici è in sé lecito; se esso è diverso da quello tipico, l'atto amministrativo risulta viziato da eccesso di potere.

⁴⁵ Fu A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1900, 1, a ribaltare la formulazione negativa espressa dal Consiglio di Stato e a trarre da essa la regola positiva per cui "vi potrà essere eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti, i quali contengono qualcosa d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge"; cfr. altresì V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 806 ss., spec. 804; ID., *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, Torino, 1898, 861 ss., spec. 920 ss.; osserva A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, 1998, 153, che un fondamentale impulso all'attività di interpretazione ampliativa del concetto di eccesso di potere fu fornito dalla confluenza di taluni orientamenti dottrinali che muovevano, talvolta, da sponde concettuali antitetiche. "I semi del più efficace strumento di garanzia del cittadino nei confronti degli arbitri della pubblica amministrazione furono sparsi, tra l'altro, da Mantellini e Spaventa, propugnatori di una visione centralista del sistema amministrativo statuale e strenui avversari delle ipotesi di ingerenza della giurisdizione ordinaria sull'esercizio del potere amministrativo".

Nei primi decenni del secolo scorso si realizza in materia di eccesso di potere una divaricazione tra giurisprudenza e dottrina, che fino a quel momento avevano proceduto di pari passo⁴⁶.

La genericità della previsione legislativa relativa all'eccesso di potere e l'impossibilità di ricondurre le ipotesi di eccesso di potere a norme scritte ha indotto la giurisprudenza, a operare il sindacato per eccesso di potere attraverso figure sintomatiche corrispondenti a regole il cui rispetto è facilmente verificabile⁴⁷.

Il passaggio dall'eccesso di potere come sviamento di potere alle figure sintomatiche è determinato quasi spontaneamente dalle modalità del sindacato sullo sviamento.

Se, come dice Riverò, il giudice che indaga sullo sviamento è portato a valutare le intenzioni recondite dell'agente per accertare lo scopo reale della sua decisione, eventualmente difforme da quello che la legge

⁴⁶ Si pensi alla modernità di un'affermazione come quella per cui il giudice amministrativo "può, quando lo crede opportuno, istituire e compiere indagini sui fatti e sui motivi che han dato luogo all'atto accusato di illegittimità", al fine di stabilire se il potere discrezionale "sia veramente diretto allo scopo per cui fu concesso" (A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere*, cit., 280). Nello stesso senso la giurisprudenza dell'epoca, secondo la quale, esempio, "ove il motivo per cui sia fatto un decreto di dichiarazione (di pubblica utilità riveli in contraddizione con i criteri di legge e determinato in realtà da tutt'altro fine "quello di favorire un pubblico interesse, non potrebbe tale provvedimento che ritenersi illegittimo e convertirsi in un eccesso di potere" (Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 1892, in *Amm. del Regno*, 1893, 50 ss.).

⁴⁷ Per questa ricostruzione dell'elaborazione giurisprudenziale cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., voi. II, 316-317, che sottolinea come la giurisprudenza richiedeva che il ricorrente dimostrasse l'infondatezza dei motivi esposti in motivazione e che introducesse fatti idonei a provare l'esistenza di motivi diversi, giungendo poi all'analisi sintomatica della motivazione sotto l'aspetto della sua sufficienza e della sua rispondenza a logica; in senso analogo F. MODUGNO e M. MANETTI, *op. cit.*, 2-3.

stabilisce, ancorando la competenza amministrativa ad uno specifico interesse pubblico, lo stesso giudice finisce con l'essere lui stesso *“a enunciare la regola secondo la quale l'amministrazione non può discostarsi dall'interesse generale”*⁴⁸.

Quando annulla l'atto per difetto o insufficienza o contraddittorietà della motivazione, o per ingiustizia manifesta, o per disparità di trattamento o per violazione della prassi o per insufficienza istruttoria, il Consiglio di Stato presuppone l'esistenza ed il vigore di principi che impongono all'amministrazione di motivare le sue decisioni di assicurare ai cittadini che vengono in contatto con essa parità di trattamento, di essere coerente nella sua linea di condotta, di accertare mediante adeguata istruttoria i fatti che la legge indica come presupposti dell'eccesso di potere.

Si ha la piena consapevolezza della illegittimità dell'atto che viola uno di questi precetti. Non potendo questi casi essere ricondotti alla incompetenza o alla violazione di legge, si utilizza lo sviamento di potere: che è talmente indeterminato da potere ospitare al suo interno queste violazioni.

⁴⁸ J. RIVERÒ, *op- cit.*

Poiché la legge utilizza questa tripartizione e lo stesso eccesso di potere non è immediatamente sovrapponibile a ciascuna di queste illegittimità, viene escogitata la “figura sintomatica” dell’eccesso di potere. Il vizio di motivazione o la disparità di trattamento o il difetto di istruttoria non sono *ex se* eccesso di potere, ma ne sono sintomi.

Si tratta di un processo che non conosce limiti: tant’è che alle figure originarie ne sono state aggiunte via via altre (irragionevolezza, mancanza di proporzionalità, violazione dell’affidamento etc.) man mano che vengono individuate in via giurisprudenziale sempre nuove regole dell’attività amministrativa.

Prima di passare al vaglio le singole figure sintomatiche, appare opportuno soffermarsi sull’esatta individuazione del loro ruolo nella costruzione dell’eccesso di potere.

Un primo orientamento⁴⁹ attribuisce alle stesse una funzione sostanziale, ritenendo che il loro accertamento è sufficiente per annullare l’atto. Secondo questa impostazione, quindi, l’Amministrazione non è ammessa a dimostrare che, pur ricorrendo alcune di esse, l’interesse pubblico sarebbe ugualmente e correttamente perseguito.

⁴⁹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, 35; R.VILLATA-M.RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 430.

Un altro indirizzo⁵⁰, invece, attribuisce alle stesse un mero valore probatorio, ritenendole “*meri sintomi o indizi di prova*” dell’eccesso di potere: si tratterebbe di manifestazioni tipiche da cui desumere, in via di deduzione logica, la sussistenza potenziale di un vizio. La figura sintomatica, perciò, diviene mezzo per addivenire alla conoscenza di una causa invalidante: anche in loro presenza, pertanto, l’Amministrazione può dimostrare che l’interesse pubblico è stato ugualmente perseguito in maniera corretta. Questo secondo indirizzo è accolto da un certo orientamento della giurisprudenza amministrativa⁵¹, secondo il quale, allorquando venga riscontrata una figura sintomatica di eccesso di potere, il Giudice non può dichiarare immediatamente l’illegittimità del provvedimento, ma deve verificare se ad essa si accompagni, in concreto, quella divergenza dell’atto dalle sue finalità istituzionali.

La soluzione, a mio avviso, preferibile⁵², anticipando parte delle conclusioni del presente lavoro, è che le figure sintomatiche non sono sintomi di un qualche vizio, ma le regole che si è dato il Giudice per sindacare l’esercizio del potere discrezionale da porre come premessa maggiore del sillogismo del giudizio.

⁵⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto Amministrativo*, Napoli, 1968, 414.

⁵¹ Cons. St., sez. V, 11 marzo 2010, n. 1418, in *Red. Amm.* CdS 2010, 03, Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, in *Foro amm.* CdS, 2009, 10, 2334.

⁵² E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa- le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, op. cit.

La figura sintomatica che, secondo le diverse ricostruzioni teoriche, è prova, indizio o presunzione del vizio, ancora da individuare, viene riferita all'assetto degli interessi (risultato) che si viene a delineare nel concreto, denunciando la presenza dell'eccesso di potere nell'azione amministrativa.

I loro caratteri presentano il dato: dell'oggettività; dell'essere esterne e logicamente e cronologicamente precedenti al procedimento amministrativo; l'essere ripetitive; esse sostituiscono, nel sillogismo del giudizio, la norma positiva che manca e sono vincolanti sia per il giudice che ne esclude eventualmente l'applicazione solo se non si attagliano alla concreta fattispecie oggetto del giudizio, ma non le pone in discussione come principio, sia per l'amministrazione che, se le viola, adotta un atto illegittimo che è sanzionato, in caso di impugnativa, con l'annullamento.

Dunque, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità si esercita attraverso le norme che egli ha posto in via pretoria e, quindi, è fuorviante parlare di figure sintomatiche quali effetti del provvedimento che ne manifestano l'illegittimità perché, anche in questi casi, si è in presenza di violazione di regole, anche se non stabilite dal diritto positivo, ma dal giudice, pur tuttavia con le stesse caratteristiche delle norme giuridiche. Il giudice, cioè, in assenza di una disciplina positiva specifica

del potere discrezionale, dopo iniziali chiusure al sindacato sul contenuto “libero” dell’azione amministrativa, ha cominciato a sindacare la discrezionalità, attraverso l’elaborazione di criteri che hanno più matrici e che, nel giudizio, hanno preso il posto della (mancante) norma giuridica di diritto positivo.

Il metro individuato dal giudice, pur occasionato dalla fattispecie concreta sottoposta al suo esame, non è rinvenuto in essa, ma è fuori di essa e viene prima, non solo dal punto di vista logico, ma anche dal punto di vista cronologico. La regola della logicità, coerenza, razionalità della soluzione adottata dall’Amministrazione è immanente ad ogni decisione e la (deve) guida(re), venendo prima dell’adozione dell’atto amministrativo, così come il precedente stabilito dalla stessa Autorità amministrativa che deve, poi, essere seguito nei casi analoghi. Proprio per non essere legato alla specifica e concreta fattispecie esaminata dal giudice, il metro individuato può essere utilizzato in ogni altro giudizio, assumendo il carattere della ripetitività come la norma giuridica⁵³.

In definitiva, il giudice amministrativo ha rubricato sotto l’eccesso di potere⁵⁴ i criteri di giudizio che è venuto formando nella sua esperienza

⁵³ E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa- le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in www.giustamm.it.

⁵⁴ F.G. COCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi in Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* a cura di V. PARISIO, Milano 2004, 56 e ss..

giurisprudenziale per sindacare il potere discrezionale, in assenza di specifica disciplina positiva, e che la dottrina ha definito figure sintomatiche. La mancanza di disciplina positiva è indispensabile per l'applicazione dei criteri elaborati dal giudice amministrativo e, infatti, in presenza di potere vincolato, non sono invocabili le figure sintomatiche per affermare l'illegittimità dell'atto impugnato, in base alla pacifica giurisprudenza e dottrina. La qualificazione in termini di sintomi, dei criteri elaborati dalla giurisprudenza per sindacare il potere discrezionale della Pubblica amministrazione ha portato la dottrina sulla strada obbligata di individuare dove fosse il vizio del provvedimento, non essendo appagante la riconduzione sotto l'eccesso di potere. Infatti, quest'ultimo rende manifesta la illegittimità che va riscontrata in uno degli elementi del provvedimento amministrativo, in una logica dei vizi riferita alla struttura dell'atto amministrativo, ovvero nel procedimento amministrativo, in una logica funzionale dei vizi riferita all'azione amministrativa⁵⁵, nel suo insieme e nell'attuarsi del potere.

La giurisprudenza avrebbe, dunque, elaborato i criteri: partendo dal diritto positivo e individuando la *ratio* e lo scopo della norma; applicando principi generali dell'ordinamento (imparzialità); passando attraverso i

⁵⁵ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano 2004 in E, FOLLIERI, *op. cit.*

principi di logica e coerenza che devono assistere ogni decisione, ivi compresa quella dell'autorità amministrativa; ispirandosi a interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (affidamento e buona fede); rivolgendosi a dati oggettivi (precedente comportamento della pubblica amministrazione in casi analoghi) o oggettivabili (manifesta ingiustizia) e così via. Vi sarebbe stato, cioè, un completamento o l'introduzione della norma giuridica attraverso i meccanismi propri del giusformalismo o seguendo una etero-integrazione, secondo una visione assiologica del diritto. Un elemento che conferma questa impostazione è dato dal fatto che spesso questi criteri elaborati dalla giurisprudenza vengono poi recepiti dal legislatore e fissati in norme di legge⁵⁶.

La circostanza che queste regole siano state elaborate con riferimento a casi in cui esse erano state violate, ha fatto sì che esse venissero enunciate in forma negativa (*il*-logicità, *dis*-parità di trattamento, *in*-giustizia manifesta, *difetto* di istruttoria e così via). Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere costituiscono un'originale creazione del giudice amministrativo italiano, che si presta molto bene a un controllo avente per oggetto non direttamente la scelta, ma il modo in cui essa viene fatta: il giudice non può sindacare nel merito la scelta dell'amministrazione, ma

⁵⁶ E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa- le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, op. cit.

può controllare che non si sia verificata nessuna di quelle circostanze che normalmente sono indizi di cattivo esercizio del potere.

Queste figure, come di seguito descritte, esprimono diverse tecniche di controllo sull'esercizio del potere amministrativo: si concentrano sul fine perseguito con il provvedimento (così lo sviamento di potere), sul processo di formazione della scelta in esso tradotta (il travisamento dei fatti), sulla sua esternazione (le figure relative alla motivazione), sul rapporto con altri provvedimenti (la disparità di trattamento) e così via. Esse, ovviamente, non sono necessarie, né tipiche: l'eccesso di potere può ben essere affermato indipendentemente dalla sussistenza di una di esse, e nuove figure possono sempre essere elaborate⁵⁷. Si tratta di figure eterogenee e di diversa rilevanza pratica: mentre, per esempio, il travisamento dei fatti e la contraddizione con precedenti provvedimenti sono relativamente frequenti, la disparità di trattamento viene spesso enunciata dalla giurisprudenza, ma quasi sempre per escluderla nel caso concreto (per lo più, rilevando la diversità o l'illegittimità dell'atto assunto come termine di paragone o la natura vincolata dell'atto impugnato); relativamente raro è anche lo sviamento di potere, che

⁵⁷ Che si risolve quindi in una violazione del principio di tipicità, come dimostrato dal fatto che a volte la giurisprudenza fa riferimento a questo principio per censurare il perseguimento di un fine diverso da quello per il quale è attribuito il potere: si veda per esempio Cons. di St., sez. IV, 1 febbraio 2000, n. 530, in *Foro amm.*, 2000, p. 369.

richiede la difficile dimostrazione del diverso fine perseguito con il provvedimento⁵⁸.

L'eterogeneità delle figure sintomatiche spiega la varietà di classificazioni a cui sono soggette: vi è chi contrappone lo sviamento alle figure sintomatiche, vedendo nelle seconde indizi o prove del primo; chi esclude dalle figure sintomatiche anche altre forme di eccesso di potere, come il travisamento dei fatti o la disparità di trattamento; chi vede in esse una violazione del principio di giustizia sostanziale, del principio di ragionevolezza o dei principi dell'organizzazione amministrativa; chi distingue tra sintomi intrinseci all'atto, sintomi intrinseci al procedimento e sintomi desumibili dal confronto con altri atti.

Ritengo che tutte le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che verranno analizzate nei successivi paragrafi, sono in realtà la "prova" della illegittimità dell'atto per violazione del principio di ragionevolezza. E' stata oramai definitivamente superata la ricostruzione che riteneva che l'accertamento della presenza della figura sintomatica fosse volta a

⁵⁸ Per un'elencazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere si veda A. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *II Consiglio di Stato - Studi in occasione del centenario*, 1932, voi. II, 429 ss., con ampia rassegna giurisprudenziale a riguardo; M. CAMILLI, *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss.; l'uso dell'espressione "sintomi" o "figure sintomatiche" è presente già in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1341 ss.; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1934, 96 ss.; sul fenomeno della dequotazione della motivazione, in ragione del fatto che il giudice amministrativo individua e valuta le ragioni alla base del provvedimento anche attraverso altre strade (uso dei mezzi istruttori, motivazioni *aliunde*, ossia da altri atti del procedimento implicite, o *per relationem*, ecc.) cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 260 ss., 317; F. MODUGNO e M. MANETTI, *Eccesso di potere*, cit., 3.

dimostrare la devianza dalla causa tipica anche perché “il sindacato sul fine effettivamente perseguito dall’autorità amministrativa non è agevole, comporta una indagine sulle intenzione dell’agente” non consentita⁵⁹.

Detto ciò, l’analisi casistica che segue è mirata a valutare, da un lato, se il giudice amministrativo ritiene le singole figure dell’eccesso di potere prova della illegittimità dell’atto per violazione del principio di ragionevolezza, dall’altro e soprattutto, quale sia il ragionamento che il giudice fa per pervenire a tale conclusione.

2. Le singole figure di eccesso di potere nella giurisprudenza.

2.1. Travisamento dei fatti ed errore di fatto. Ragionamento del giudice di supporto al ragionamento dell’amministrazione.

Tale figura sintomatica ricorre, allorché la pubblica amministrazione pone come presupposto del provvedimento una rappresentazione dei fatti difforme da quella reale, cioè quando l’atto amministrativo sia stato emanato dall’amministrazione sul presupposto dell’esistenza di fatti o di circostanze che invece dagli atti risultano insussistenti oppure sul

⁵⁹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 312.

presupposto dell'inesistenza di fatti o di circostanze che invece dagli atti emergono esistenti^{60 61}.

In dottrina è controversa la collocazione del travisamento dei fatti nell'ambito delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Una parte della dottrina ritiene, infatti, che il travisamento dei fatti debba essere ricondotto alla violazione di legge in quanto l'amministrazione, quando emana un provvedimento in assenza di circostanze di fatto erroneamente ritenute esistenti, non fa altro che violare la norma di legge che subordina l'esercizio del potere all'esistenza di quei presupposti.

In senso opposto si è, tuttavia, osservato che il travisamento dei fatti potrebbe risolversi nella violazione di legge soltanto nell'ipotesi in cui una norma contenga espressamente la dettagliata qualificazione della situazione di fatto che costituisce la base del provvedimento amministrativo e quest'ultimo qualifichi diversamente tale situazione; in tutti gli altri casi – e sono la maggior parte – il travisamento dei fatti non appare riconducibile alla violazione di legge, e concreta una di quelle ipotesi di violazione dello spirito della legge in cui si sostanzia l'eccesso di potere.

⁶⁰ P.M. VIPIANI, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità e di irregolarità*, Cedam, 2003, 181.

⁶¹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 313

Dall'analisi della casistica giurisprudenza risulta che il giudice se ritiene sussistente un errore di fatto o un travisamento dei fatti annulla il provvedimento⁶² senza svolgere indagine suppletive volte a verificare se ugualmente l'amministrazione ha perseguito l'interesse pubblico⁶³.

In definitiva, di per sé non è detto che tale errore abbia portato ad un provvedimento inidoneo a soddisfare il pubblico interesse; tuttavia, il travisamento dei fatti è sintomo dell'illogicità dell'azione della pubblica amministrazione e della malformazione della scelta discrezionale⁶⁴.

Chiarito ciò, occorre stabilire se il giudice sovrappone al ragionamento dell'amministrazione un proprio autonomo e diverso ragionamento per giungere alla decisione di annullare o non annullare la determinazione impugnata.

In via preliminare appare opportuno indicare gli elementi essenziali della vicenda controversa esaminata da una recente decisione del Consiglio di Stato, del 23 aprile 2012, n. 2376.

⁶² Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8918.

⁶³ R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 467

⁶⁴ Sul punto Cons. St., sez. IV, 31 dicembre 1906, in *Foro it.*, 1907, 41; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 1928, n. 385, in *Foro amm.*, 1928, 242; Cons. St., sez. IV, 30 luglio 1931, n. 320, in *Foro amm.*, 1931, 177; Cons. St., sez. IV, 1 maggio 1979, n. 312, in *Foro amm.*, 1979, 891; Cons. reg. sic., 11 ottobre 1985, n. 155, in *Cons. St.*, 1985, 1265; Cons. St., sez. IV, 28 maggio 1986, n. 375, in *Foro amm.*, 1986, 739; T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 20 aprile 1990, n. 333, in *Foro amm.*, 1990, 2432; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 18 maggio 1991, n. 191, in *Foro amm.*, 1992, 130; T.A.R. Sardegna, 30 luglio 1993, n. 974, in *Foro amm.*, 1994, 195.

Con delibera della Commissione della Provincia di Bolzano di vigilanza sull'edilizia abitativa agevolata dell'8 marzo 2002, è stata revocata la concessione del contributo per mancata occupazione continuativa dell'appartamento da parte del beneficiario dell'agevolazione.

A fondamento della decisione sono stati adottati i seguenti "fatti": a) nel corso del sopralluogo del 12 settembre 1997 da parte di un funzionario provinciale detto soggetto non è stato trovato nell'alloggio trovandosi «*in quello dei suoi genitori*»; b) durante un secondo accertamento effettuato in data 14 dicembre 2001 l'interessato non è stato ancora una volta trovato nell'appartamento e un «*vicino*» ha confermato che lo stesso «*non avrebbe mai abitato nell'alloggio sovvenzionato*»; c) il consumo di energia elettrica sarebbe pari mediamente a 29 KWh all'anno e dunque «*bassissimo anzi quasi inesistente*».

Il ricorrente ha addotto la illegittimità degli atti impugnati per le seguenti ragioni.

In relazione al primo punto egli ha dedotto che non si sarebbe tenuto conto che vive da solo e che «*mangia fuori casa, in particolare presso il proprio posto di lavoro (dove è cuoco)*» e che le attività di lavaggio e stiratura degli abiti vengono svolte dalla madre del ricorrente presso

l'abitazione della madre stessa. Non gli si potrebbe, inoltre, imputare il suo «*atteggiamento parsimonioso*».

In relazione al secondo aspetto, il ricorrente ha affermato che la dichiarazione del vicino non sarebbe attendibile in quanto lo stesso «*non ha mai nascosto il proprio desiderio di acquistare l'abitazione*» in esame.

In relazione al terzo punto, l'interessato rileva che il fatto che non era stato trovato, durante il sopralluogo, nell'abitazione non ha rilievo in quanto, con lettera del 3 giugno 1996, l'amministrazione provinciale aveva comunicato che «*entro tre anni dall'accoglimento di contributi l'abitazione doveva essere occupata stabilmente ed effettivamente*». Essendo la domanda stata accolta in data 3 novembre 1995 il sopralluogo, avvenuto in data 12 settembre 1997, non avrebbe potuto essere eseguito prima del 3 novembre 1998.

Il Tar e il Consiglio di Stato hanno ritenuto non fondati tutti i motivi.

Assume particolare interesse valutare il ragionamento fatto soprattutto dal Consiglio di Stato per giungere tale decisione.

Questa la prima parte rilevante della motivazione.

«Le norme attributive del potere – artt. 62 e 65 della citata legge provinciale n. 13 del 1998 – prevedono che l'agevolazione è revocata nel caso in cui si accerti che il beneficiario «*non occupi in modo stabile ed*

effettivo l'abitazione». La dimostrazione dell'elemento negativo (mancata occupazione stabile ed effettiva dell'abitazione) implica, normalmente, il ricorso, nell'ambito dell'istruttoria procedimentale, a presunzioni semplici che consentano di desumere da fatti noti il fatto che si intende provare.

Il sindacato giurisdizionale, in casi come quello all'esame del Collegio, presuppone, per evitare indebite ingerenze in ambiti propri dell'amministrazione attiva, che l'appellante deduca la sussistenza di una o più figure che sono sintomo di eccesso di potere, volte a dimostrare la violazione del principio di ragionevolezza».

Chiarito ciò, si afferma che «con riferimento ai primi due motivi l'appellante ha contrapposto alla versione dei fatti effettuata dall'amministrazione la propria ricostruzione degli accadimenti, ma senza dimostrare che l'amministrazione abbia assunto una determinazione in contrasto con il principio di ragionevolezza».

Da questa motivazione risulta, in primo luogo, l'importanza delle figure sintomatiche e, in particolare, dell'errore di fatto nel sindacato giurisdizionale. Non è sufficiente che il ricorrente "critichi" la ricostruzione effettuata dall'amministrazione proponendone una alternativa ma è necessario che vengano adottati elementi concreti per fare ritenere che quella determinazione sia irragionevole.

Con riferimento al terzo motivo, il Consiglio di Stato afferma quanto segue: «l'appellante ha, invece, indicato, come sintomo di eccesso di potere, l'errore di fatto dell'amministrazione nell'aver ritenuto valutabili gli esiti del primo sopralluogo. A tale proposito, deve, però, rilevarsi come, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, l'amministrazione provinciale, con la lettera richiamata, non abbia comunicato che il beneficiario aveva tre anni per occupare l'immobile ma che *«entro tre anni dall'approvazione della domanda, l'alloggio dovrà essere abitabile ed occupato»*. Il che significa che l'amministrazione ha reso edotto il beneficiario che entro tale termine, per evitare la decadenza del beneficio, si sarebbero dovuti perfezionare i presupposti indicati. Una volta abitato ed occupato l'immobile, diventava immediatamente operativo il *«vincolo sociale»*. Nella specie, ciò si è verificato il 29 aprile 1997 e dunque al momento del primo sopralluogo del 12 settembre 1997 l'amministrazione poteva accertare se egli rispettasse o meno il predetto vincolo».

Questo caso è singolare in quanto il giudice ha sovrapposto il proprio ragionamento a quello dell'amministrazione per ritenere non fondato il motivo. Più correttamente si dovrebbe ritenere che il giudice abbia “completato” il ragionamento dell'amministrazione per ritenute destituito di fondamento il ragionamento della parte.

2.2. Violazione di circolari.

Altra figura sintomatica di eccesso di potere è rappresentata dalla violazione di norme interne, soprattutto di circolari.

Affinché si configuri tale vizio è necessario, infatti, in primo luogo che tra l'autorità che ha emanato la circolare e quella autrice dell'atto sussista un rapporto di gerarchia che consenta alla prima di vincolare la seconda. Inoltre, occorre che la circolare sia legittima: l'organo inferiore non può infatti ritenersi vincolato all'errata interpretazione delle legge compiuta nella circolare⁶⁵. Infine, la dottrina è unanime nel ritenere che la violazione di una circolare non dà luogo ad eccesso di potere quando l'autorità inferiore indica le motivazioni che la inducono a non osservare la circolare.

Bisogna altresì precisare che la violazione di circolari integra il vizio dell'eccesso di potere e non quello di violazione di legge, poiché le norme interne non hanno valore normativo; la pubblica amministrazione le utilizza per fornire indicazioni in via generale e astratta su come dovranno comportarsi in futuro i propri dipendenti e i propri uffici e su come devono essere esercitate le scelte discrezionali. Se nel singolo caso concreto il provvedimento amministrativo si discosta da una circolare,

⁶⁵ Cons. St., sez. V, 20 luglio 2000, n. 4217, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 170.

senza fornire una adeguata giustificazione circa tale di scostamento, allora possiamo concludere che il potere discrezionale è stato male esercitato⁶⁶.

Sul tema, la giurisprudenza⁶⁷ ha rilevato come “*il richiamo a circolari di tenore opposto al contenuto della deliberazione assunta, non è utile a motivare l’atto e, anzi, evidenzia la contraddittorietà delle determinazioni inficiate di eccesso di potere ove non siano esternate le ragioni del dissenso alle direttive trasfuse nelle circolari stesse*”.

Assimilabile alla figura in esame è la violazione della prassi, che consiste nel comportamento costantemente tenuto dalla pubblica amministrazione nell’esercizio del potere.

Dalla giurisprudenza riportata emerge come il giudice amministrativo annulla l’atto nel momento stesso in cui valuta che l’amministrazione ha violato la circolare.

Per giungere a tale risultato il giudice amministrativo sostituisce il proprio ragionamento a quello dell’amministrazione in maniera per così dire “*debole*” nel senso che, una volta accertata l’esistenza di un’altra circolare non presa in considerazione dall’amministrazione e dunque il

⁶⁶ Sul punto Cons. St., sez. IV, 26 settembre 1911, in *Giur. It.*, 1912, 108, con nota di F. CAMMEO, *La violazione di circolare come vizio di eccesso di potere*; T.A.R. Basilicata, 10 novembre 1978, n. 257, in *Riv. giur. Circ. trasp.*, 1979, 671; T.A.R. Lazio, sez. III, 18 febbraio 1980, n. 164, in *Foro amm.*, 1980, 477; Cons. St., sez. I, 23 maggio 1980, n. 3094/1974, in *Cons. St.*, 1983, 360; Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2001, n. 5037, in *Foro amm.*, 2001, 2322.

⁶⁷ Cons. St., sez. V, 6 aprile 1991, n. 436, in *Cons. Stato*, 1991, I, 657.

contrasto fra le due annulla l'atto individuale per eccesso di potere. Se, però, l'amministrazione ha motivato il dissenso non vi è spazio per l'annullamento per violazione di circolare ma al più potrebbe ricorrere altra figura sintomatica.

2.3. Contraddittorietà.

La contraddittorietà, quale sintomo dell'eccesso di potere, sussiste quando sia riscontrabile un contrasto fra più manifestazioni di volontà della stessa pubblica amministrazione nell'esercizio del medesimo potere: si tratterebbe di un indice di perplessità non risolte, di valutazioni tra loro incompatibili, la cui diversità non risulta giustificabile in base al principio della coerenza logica^{68 69}.

In particolare, si distingue tra contraddittorietà estrinseca (o esterna) consistente nella non congruità reciproca del contenuto di diversi atti riguardanti un medesimo soggetto, e la contraddittorietà intrinseca (o interna) sussistente fra le diverse parti del medesimo atto e, in particolare, fra motivazione e dispositivo oppure fra il corpo del provvedimento e il suo allegato.

⁶⁸ R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Giuffrè, 2007, 193.

⁶⁹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

In giurisprudenza, è stata recentemente annullata per contraddittorietà estrinseca una determinazione comunale in tema di tutela del territorio.

Sebbene in prima battuta la Regione avesse vietato espressamente ad una società di realizzare piste di cantiere ed imposto di ridurre al minimo indispensabile il taglio di piante, successivamente alla stessa società veniva rilasciata l'autorizzazione regionale, tra l'altro, anche per costruire una pista di cantiere destinata a passare interamente proprio sui terreni dei privati.

Il proprietario impugna il provvedimento regionale per eccesso di potere sotto il profilo dell'evidente contraddittorietà con precedenti determinazioni della stessa Amministrazione.

In sentenza, infatti, viene rilevato che *“sussiste il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà in presenza di un provvedimento che presenti contraddizioni o incongruenze rispetto a precedenti valutazioni della stessa autorità emanante o di manifestazioni di volontà che si pongono in contrasto fra di loro”*⁷⁰.

Il Collegio, pertanto, verificata contraddittorietà e l'assenza di giustificazioni accoglie il ricorso e annulla il provvedimento.

⁷⁰ T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 20 ottobre 2011, n. 69, in *Foro amm.* TAR 2011, 3035.

In ordine alla contraddittorietà intrinseca, la giurisprudenza ne ha ravvisato la sussistenza in tema di ordinanza sindacale di chiusura dei locali.

Nella specie, il Consiglio di Stato⁷¹ ha evidenziato che “è illegittima l’ordinanza sindacale di chiusura di un opificio sottoposta alla condizione risolutiva dell’acquisizione delle prescritte autorizzazioni e motivata, altresì, con riferimento al possibile inquinamento atmosferico, tenuto conto e sotto un primo profilo che l’ordinanza affermava non un deciso nesso di causalità ma una generica possibilità di emissioni inquinanti, per altro aspetto della contraddittorietà della motivazione posto che il rilascio delle anzidette autorizzazioni non spiegherebbe alcun effetto, avuto riguardo all’ipotizzato inquinamento atmosferico (nella specie si è ritenuto illegittimo l’anzidetto provvedimento reiterato pur a seguito della presentazione della documentazione attestante l’abbattimento dei rumori e del certificato di prevenzione incendi)”.

La giurisprudenza⁷² ha precisato che “non comporta illegittimità la contraddittorietà fra motivazione e dispositivo dell’atto impugnato, in specie in quanto si tratti al più di un errore materiale insuscettibile di inficiare l’atto impugnato laddove lo stesso, letto nel suo insieme, non

⁷¹ Cons. St., sez. V, 8 settembre 1992, n. 763, in *Foro amm.* 1992, fasc. 9.

⁷² T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 20 gennaio 2006, n. 40, in *Foro amm.* TAR, 2006, 1, 92.

lasci adito a dubbi circa la riconducibilità del diniego all'incompatibilità della destinazione commerciale con le prescrizioni del piano particolareggiato ed al parere negativo espresso sul punto dall'organo consultivo".

La contraddittorietà esterna va distinta dalla disparità di trattamento in quanto in quest'ultimo caso il contrasto insanabile sussiste fra atti riguardanti persone diverse e non la stessa persona.

La dottrina e la giurisprudenza hanno individuato diversi casi in cui la figura sintomatica della contraddittorietà non è configurabile.

Anzitutto, si è sostenuto che il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà potrebbe configurarsi solo fra due manifestazioni di volontà o di giudizio della P.A. e non fra un provvedimento ed un mero comportamento omissivo.

Ugualmente, il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà non può configurarsi fra l'atto espressione di autotutela (quale l'atto di annullamento e l'atto di revoca) e l'atto su cui tale potere viene esercitato (quale l'atto annullato e l'atto revocato).

Ancora, si è escluso che la contraddittorietà possa aversi tra un atto ispettivo e un atto contenente valutazioni discrezionali oppure fra provvedimenti emananti da autorità diverse nell'esercizio di poteri

differenti o, infine, tra le singole manifestazioni di voto dei componenti di un organo collegiale⁷³.

Dalla casistica riportata risulta che il giudice amministrativo annulla il provvedimento quando ricorre la figura sintomatica dell'eccesso di potere in esame e, per giungere a tale conclusione, opera una sorta di sostituzione *forte* del suo ragionamento a quello dell'amministrazione.

Il giudice, infatti, svolge una valutazione ampia del fatto alla ricerca del complessivo percorso argomentativo svolta dall'amministrazione stessa. Tale valutazione ampia, è bene aggiungere, non è svolta per valutare se quell'atto persegue ugualmente l'interesse pubblico ma per valutare se quell'atto è effettivamente in contrasto con il principio di ragionevolezza.

2.4. Disparità di trattamento.

La figura sintomatica di eccesso di potere per disparità di trattamento ricorre in caso di trattamento diverso di due o più soggetti in situazione identica o analoga ed in caso di trattamento uguale di due o più soggetti in

⁷³ Sul punto Cons. St., sez. IV, 17 novembre 1981, n. 881, in *Foro amm.*, 1981, 2287; Cons. St., sez. V, 21 maggio 1981, n. 428, in *Foro amm.*, 1982, 1023; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 marzo 1984, in *Foro amm.*, 1984, 1229; T.A.R. Veneto, 10 maggio 1985, n. 340 in *Foro amm.*, 1985, 2282; T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 ottobre 1985, n. 429, in *Tar*, 1985, 4143; Cons. St., sez. V, 6 aprile 1991, n. 436, in *Foro amm.*, 1991, 1069; C. Conti, sez. contr. Reg. Lazio, 28 ottobre 1992, n. 1070/1, in *Riv. C. Conti*, 1993, 42; Cons. St., sez. V, 18 marzo 1989, n. 166, in *Foro amm.*, 1989, 593; Cons. St., sez. V, 9 aprile 1994, n. 271, in *Cons. St.*, 1994, 567; Cons. St., sez. V, 8 settembre 1992, n. 763, in *Foro amm.*, 1992, 1903.

situazione differenziata⁷⁴. Ovviamente tale figura sintomatica ricorre solo laddove la disparità riguardi scelte discrezionali e non l'osservanza o meno di un precetto legislativo.

La giurisprudenza, peraltro, è molto rigida nell'ammettere la configurazione in concreto della figura della disparità di trattamento richiedendo, a tal fine, la presenza dei seguenti presupposti:

- l'identità delle situazioni in cui versano i soggetti fra i quali la diversità si verifica;

- l'esercizio da parte della P.A., di un potere discrezionale: in caso di potere vincolato, in disparte la dibattuta questione della ammissibilità, in via generale del vizio di eccesso di potere, la disparità di trattamento è comunque esclusa, poiché il diverso trattamento non dipende da una scelta discrezionale della P.A., ma da un differente regime normativo;

- l'emanazione di un atto amministrativo di carattere discriminatorio, cioè di un provvedimento che tratta alcuni soggetti in modo divergente senza che tale divergenza risulti giustificata;

- l'esistenza di un "interdipendenza valutativa" nei confronti dei soggetti fra i quali opera la disparità di trattamento da parte dell'Amministrazione⁷⁵;

⁷⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

- la legittimità ed esattezza degli atti, riguardante altre persone, con i quali la comparazione viene effettuata.

La disparità di trattamento, in altri termini, non è configurabile in capo ad un atto amministrativo che legittimamente neghi ad alcuni un trattamento favorevole che era stato erroneamente, o comunque illegittimamente, accordato ad altri, in quanto chi legittimamente è stato escluso da un beneficio non potrebbe invocare l'illegittimità commessa a favore di altri per ottenere che essa venga compiuta anche in proprio favore⁷⁶.

La figura sintomatica in analisi ha trovato recentemente riscontro proprio in tema di concorsi pubblici.

In una peculiare fattispecie, vengono impugnati la graduatoria definitiva, i verbali della commissione ed ogni altro atto della procedura, lamentando che l'Amministrazione aveva assegnato illegittimamente al personale assunto ai sensi della l. n. 285 del 1977 (legge sull'occupazione giovanile) un punteggio complessivo superiore, riconoscendo utile il

⁷⁵ Ad esempio, con riferimento ad un giudizio di idoneità per professore associato, si sono ritenuti insussistenti profili di interdipendenza valutativa nei confronti dei candidati e si è quindi esclusa la figura sintomatica della disparità di trattamento. Sul punto, T.A.R. Lazio, sez. I, 16 febbraio 1994, n. 238, in *Tar*, 1994, 977.

⁷⁶ Sul punto, Cons. St., sez. V, 4 giugno 1927, n. 314, in *Foro amm.*, 1927, 262; Cons. St., sez. IV, 7 giugno 1961, n. 504, in *Foro amm.*, 1961, 1296; Cons. reg. sic., 14 marzo 1964, n. 98, in *Foro amm.*, 1964, 411; Cons. St., sez. IV, 13 aprile 1992, n. 256, in *Giur. It.*, 1993, 262, T.A.R. Valle d'Aosta, 20 maggio 1994, n. 65, in *Foro amm.*, 1994, 1842.

servizio prestato antecedentemente all'inquadramento nei ruoli dell'Amministrazione ex l. n. 138/1984.

In sentenza viene evidenziato che *“il Comune ha immotivatamente valutato per intero il servizio precedente l'immissione in ruolo prestato dai dipendenti assunti ex l. n. 285 del 1977, creando ingiustificata disparità di trattamento con i ricorrenti che hanno visto aumentare lo scarto per l'attribuzione del livello differenziato”*⁷⁷.

Verificata in concreto l'oggettiva disparità di trattamento e la mancata giustificazione di una scelta in tal senso da parte della P.A., il Consiglio di Stato annulla gli atti impugnati per eccesso di potere.

Anche in questi casi la sostituzione del ragionamento del giudice a quello dell'amministrazione è *forte* in quanto il giudice prende in esame la complessiva attività dell'amministrazione ovvero altri elementi per giungere alla conclusione che vi è stata una violazione del principio di uguaglianza.

2.5. Difetto d'istruttoria.

Tale figura sintomatica ricorre quando la pubblica amministrazione perviene alla decisione senza aver posto in essere un'istruttoria completa,

⁷⁷ Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2012, n. 562.

cioè quando non ha verificato puntualmente tutti gli elementi della fattispecie concreta alla quale deve provvedere o quando non ha acquisito al procedimento tutti gli interessi rilevanti.

Il difetto di istruttoria costituisce quindi diretta conseguenza dell'obbligo dell'Amministrazione di accertare in modo completo la situazione fattuale in relazione alla quale la scelta discrezionale è richiesta⁷⁸, di acquisire al procedimento tutti gli interessi rilevanti e di valutare, altresì, tutte le soluzioni praticabili⁷⁹.

Anche in tal caso non è detto che la carenza istruttoria abbia portato ad un provvedimento inidoneo a soddisfare il pubblico interesse; tuttavia, la discrezionalità è stata male esercitata, giacché mancano gli elementi necessari per una decisione consapevole.

Tale figura sintomatica di eccesso di potere ricorre sia quando l'istruttoria sia mancata del tutto (come accade, ad esempio, quanto l'amministrazione si limita a richiamare le circostanze addotte nell'atto di iniziativa del privato oppure nell'atto di altre autorità), sia quando l'istruttoria si sia verificata ma presenti gravi vizi (ad esempio, perché poco approfondita o incompleta).

⁷⁸ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

⁷⁹ F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1426.

Ad esempio, l'amministrazione potrebbe adottare il provvedimento senza valutare talune conseguenze (si pensi alla delibera con cui un comune approvi una convenzione con l'azienda municipalizzata della nettezza urbana che preveda un sensibile aumento dello stoccaggio di rifiuti in una discarica comunale senza preventivamente valutare se tale aumento comporti o meno rischi dal punto di vista statico)⁸⁰.

Parte della dottrina sostiene che il difetto di istruttoria, dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990 n. 241, comporta la configurabilità del vizio di violazione di legge, dal momento che la detta normativa ha espressamente previsto l'onere per la pubblica amministrazione di porre in essere un'adeguata istruttoria procedimentale. La mancanza o l'inadeguatezza dell'istruttoria comporta, allora, l'insorgenza del vizio di violazione di legge e non di eccesso di potere.

La giurisprudenza ha rinvenuto la figura sintomatica in esame, tra l'altro, in tema di giudizi di idoneità all'impiego espressi da commissioni mediche.

Nella specie, il Consiglio di Stato⁸¹ ha evidenziato che *“la valutazione tecnico-discrezionale - quando si tratta conduce all'esclusione di un*

⁸⁰ L'esempio è tratto da P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 192. In giurisprudenza cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 14 agosto 1991, in *Foro amm.*, 1992, 1147.

⁸¹ Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 702, in *Foro amm.* CDS, 2011, 269.

candidato da un concorso - è di per sé insindacabile quando si sia basata su una adeguata istruttoria e su una motivazione che abbia esplicitato le ragioni per le quali non siano ravvisabili i presupposti per la relativa partecipazione: se vi è una inadeguata valutazione delle circostanze, sono ravvisabili profili di eccesso di potere”.

In particolare, la Commissione non aveva verificato se, in concreto, il lieve scostamento dei valori riscontrati dalle analisi rispetto ai parametri di riferimento, sulla base delle previsioni del bando, comportava un'apprezzabile ripercussione tale da incidere sulla qualità della vita quotidiana ovvero sulle attività che sarebbero state svolte nel caso di superamento del concorso per la nomina ad allievo della polizia di Stato.

In conclusione, il Collegio, ravvisato nel complesso degli atti di causa il difetto d'istruttoria, ha annullato il provvedimento impugnato e, non potendosi sostituire alla P.A. nella valutazione tecnica discrezionale adottata, ha statuito che sia l'Amministrazione, ora per allora, a verificare motivatamente se il ricorrente risulti in possesso dei requisiti prescritti.

Anche in tema di controllo statale sull'autorizzazione paesaggistica si riscontrano ipotesi di annullamento per difetto di istruttoria.

In particolare, in una fattispecie la Soprintendenza ha annullato il provvedimento comunale poiché adottato senza previa attività istruttoria

che consentisse di verificare la rispondenza tra quanto preesistente e quanto proposto in progetto⁸².

L'impossibilità di rinvenire la giustificazione dell'autorizzazione rilasciata e l'assenza di alcun riferimento all'attività istruttoria compiuta rendono legittimo l'annullamento per eccesso di potere sotto il profilo dell'assenza d'istruttoria.

Da quanto esposto risulta che il giudice per ritenere che sussista questa figura sintomatica deve necessariamente sovrapporre la propria ricostruzione dei fatti a quelli dell'amministrazione. Per stabilire, infatti, che l'istruttoria sia, ad esempio, inadeguata deve necessariamente mettere in rilievo alcuni aspetti rilevanti della vicenda amministrativa che l'amministrazione non ha considerato.

2.6. Difetto di motivazione.

Una delle figure sintomatiche storiche elaborate dalla giurisprudenza è senz'altro il difetto di motivazione⁸³.

Nel caso in cui la motivazione manchi del tutto, si pone un problema di coordinamento tra il vizio di eccesso di potere e quello di violazione di legge. Il problema si poneva già prima della L. n. 241 del 1990 in quelle

⁸² Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 50.

⁸³ T. ALIBRANDI, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impr. Amb. Pubbl. Amm.*, 1975, 164.

fattispecie in cui una puntuale disposizione normativa richiedeva, per un determinato atto, l'obbligo di motivazione. Con l'avvento della l. 7 agosto 1990 n. 241, all'art. 3 della si è previsto, per la prima volta nella legislazione italiana, l'obbligo generalizzato di motivazione degli atti amministrativi nonché l'obbligo per la pubblica amministrazione di fornire al destinatario anche gli atti, da cui risulti l'eventuale motivazione *per relationem* (ossia desumibile da un atto diverso da quello considerato). Inoltre, l'art. 3 della suddetta legge prevede anche che la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale⁸⁴.

L'obbligo di motivazione è stato introdotto, in linea di principio, per ogni provvedimento amministrativo e, dunque, anche per gli atti vincolati; per questi ultimi non vi è spazio per la rappresentazione dell'iter logico seguito dalla pubblica amministrazione, essendo sufficiente l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche (cioè le norme applicate). Appare perciò naturale, in caso di mancanza di motivazione, ricondurre il vizio riscontrato all'ambito della violazione di legge.

⁸⁴ P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 181.

Anche per quanto riguarda i provvedimenti discrezionali, risulta di immediata evidenza il fatto che la mancanza della motivazione comporta oggi l'insorgenza del vizio di violazione di legge e non di quello dell'eccesso di potere, come avveniva in passato; si è osservato che, sussistendo un obbligo specifico e generalizzato di motivazione degli atti della pubblica amministrazione, la mancanza della motivazione costituisce vizio consistente nell'inosservanza di una norma giuridica e, quindi, vizio di violazione di legge.

Quella appena prospettata appare, però, ipotesi alquanto astratta e remota, essendo difficile che la pubblica amministrazione ponga in essere un provvedimento discrezionale, senza esprimere, neppure in minima misura, le considerazioni che l'hanno indotta ad assumerlo e dovrebbero giustificarlo; più che di assenza della motivazione si deve parlare di inadeguatezza della motivazione da valutarsi in termini di eccesso di potere. Di contro, c'è chi afferma che una motivazione inadeguata equivale ad una motivazione inesistente, con conseguente configurabilità del vizio di violazione di legge.

Va peraltro rilevato che la stessa l. 7 agosto 1990 n. 241 non ha posto un preciso parametro della motivazione sufficiente, alla stregua del quale il giudice possa verificare il rispetto dell'obbligo di motivazione. Ed è

proprio tale constatazione a condurre la giurisprudenza ad affermare che la sufficienza della motivazione non va valutata in astratto, ma con riferimento alla natura dell'atto ed alla corrispondenza tra la determinazione assunta dalla pubblica amministrazione e le acquisizioni istruttorie avvenute⁸⁵.

Se si tiene conto di tutto ciò, si arriva alla conclusione che l'apprezzamento di sufficienza della motivazione è largamente condizionato dal convincimento che il giudice si forma riguardo la rispondenza dell'atto alle sue finalità istituzionali e la ragionevolezza dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, dunque, il controllo giurisdizionale sulla sufficienza della motivazione appare ancora svolto, pur dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990 n. 241, come sindacato su un sintomo di eccesso di potere non diversamente da quanto avveniva prima dell'entrata in vigore della suddetta legge.

Gli esempi giurisprudenziali ricorrenti in tema sono molteplici. Prendiamo in esame il controllo statale di legittimità sui nulla-osta paesaggistici.

⁸⁵ Sul punto, Cons. St., sez. IV, 30 aprile 1994, n. 652, in *Cons. St.*, 1994, 633; Cons. St., sez. IV, 30 novembre 1995, n. 1356, 1995, 1592; Cons. St., sez. V, 20 luglio 2000, n. 4217, in *Cons. St.*, 2000, 1813; Cons. St., sez. VI, 29 ottobre 1999, n. 1639, in *Cons. St.*, 1999, 1742.

Si evidenzia, tra gli altri casi, l'ipotesi di annullamento soprintendentizio per difetto di motivazione dell'autorizzazione comunale alla realizzazione di un piano di lottizzazione convenzionata.

Nella fattispecie, il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa⁸⁶ ha ritenuto che l'atto comunale fosse privo di qualsiasi motivazione e, dunque, meritevole di annullamento, poiché *“l'autorizzazione paesaggistica deve consentire una compiuta valutazione circa l'insussistenza di qualsiasi vizio di eccesso di potere, sotto il profilo della completezza dell'istruttoria e del ponderato bilanciamento degli interessi tutelati, sicché va annullata l'autorizzazione priva di qualsiasi motivazione”*.

Nella specie, dunque, verificata l'impossibilità di rinvenire la giustificazione della scelta sia nel provvedimento comunale che in tutti gli altri atti istruttori, il Collegio ha ritenuto legittimo l'annullamento da parte della Soprintendenza per eccesso di potere sotto la figura del difetto di motivazione.

Sempre in tema di nulla-osta paesaggistico, la giurisprudenza⁸⁷ ha affermato che è legittimo l'annullamento *“qualora l'autorità che ha emesso il nulla osta o il parere non abbia esternato una motivazione*

⁸⁶ Cons. St., sez. VI, 30 agosto 2011, n. 4854, in *Foro amm.* CdS 2011, 2587.

⁸⁷ Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4103, in *Foro amm.* CdS 2011, 2498.

congrua dalla quale evincere le ragioni che la inducevano a concludere per la compatibilità dei manufatti realizzati con il vincolo paesaggistico”.

L'accertamento di questa figura sintomatica ripropone, peraltro, l'annosa questione della sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali della P.A., che ricorre, come è noto, nei casi in cui la P.A. per accertare i fatti deve utilizzare regole tecniche di varia natura (medica, scientifica ecc.) che si caratterizzano per la loro opinabilità, su cui ci soffermeremo oltre.

Da quanto esposto risulta anche in questo caso come, per stabilire che la motivazione sia inadeguata, è necessario che il giudice valorizzi alcuni aspetti della vicenda amministrativa che l'amministrazione non ha preso in esame.

2.7. Mancata fissazione di autolimiti o relativa inosservanza.

Gli “autolimiti” sono quei vincoli che l'Amministrazione impone a se stessa, circoscrivendo, in tal modo, il proprio potere discrezionale.

In un numero sempre crescente di casi, la giurisprudenza amministrativa riconosce in capo alla P.A. un obbligo di prefissarsi autolimiti al fine di assicurare la parità di trattamento, nonché la trasparenza dell'azione amministrativa e l'effettività della tutela

giurisdizionale (si pensi ai criteri di valutazione nei concorsi e nelle gare di appalto).

In altri casi, è lo stesso legislatore a prescrivere l'obbligo della P.A. di auto-vincolare il proprio potere discrezionale.

Orbene, è stato merito della migliore dottrina evidenziare che la mancata fissazione degli autolimiti, laddove questa è necessaria, determina l'illegittimità dell'azione amministrativa: precisamente tale omissione determina il vizio di violazione di legge in capo all'attività amministrativa qualora è una norma a prescrivere il relativo obbligo; mentre, in assenza di una norma ad hoc, il vizio configurabile è quello di eccesso di potere⁸⁸.

Si tratta di una figura sintomatica che si colloca a metà strada tra la disparità di trattamento e la contraddittorietà. Va, peraltro, evidenziato che la predeterminazione dei criteri è molto rilevante, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, anche ai fini dell'ammissibilità del punteggio numerico in luogo della motivazione nell'ambito delle procedure concorsuali.

Recentemente, infatti, il Consiglio di Stato, intervenendo sulla dibattuta questione relativa ai rapporti tra obbligo di motivazione e voto

⁸⁸ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, 220.

numerico, ha sposato una tesi intermedia la quale, pur considerando sufficiente l'espressione numerica del voto, ritiene altresì necessario che vi sia una rigorosa predisposizione dei criteri di massima per l'attribuzione dei punteggi e per la valutazione dei titoli e che la valutazione espressa abbia fondamento in un giudizio numerico basato su regole tecniche riflettenti tali giudizi⁸⁹.

La figura in esame ha trovato ampio spazio in tema di correzione degli elaborati concorsuali senza previa fissazione dei criteri da parte della commissione esaminatrice.

In uno specifico caso, sono stati impugnati gli atti della procedura concorsuale lamentando che la Commissione si sarebbe limitata esclusivamente a individuare quattro differenti capacità oggetto di valutazione (capacità di orientamento sull'argomento trattato, capacità espositiva, capacità di sintesi, livello di approfondimento) prevedendo, per ciascuna di esse, cinque diversi giudizi (ottimo, elevato, buono, discreto, sufficiente) cui far corrispondere cinque diversi punteggi numerici, senza peraltro circoscrivere gli ambiti di ciascuna capacità da valutare né i criteri in base ai quali assegnare i relativi giudizi.

⁸⁹ Cons. St., sez. IV, 30 aprile 2003, n. 2331, in www.giurisprudenza-amministrativa.it.

La sentenza, dunque, evidenzia l'illegittimità dell'operato della Commissione, la quale procedeva alla valutazione degli elaborati dei candidati senza previa precisa determinazione delle singole capacità da valutare e delle modalità della assegnazione dei giudizi, enunciati ma non esplicitati nel loro contenuto e significato, con conseguente illegittimità dell'intera procedura concorsuale e della graduatoria finale della medesima.

Di conseguenza, *“le valutazioni compiute dalla Commissione in ordine ai vari profili oggetto di esame nelle prove dei candidati, espresse dal semplice voto numerico, non consente di risalire al percorso logico-argomentativo seguito dagli esaminatori per formulare il giudizio espresso dal voto, come pure non è possibile individuare compiutamente l'area delle singole competenze oggetto di valutazione, per mancanza di individuazione della medesima da parte della stessa Commissione”*⁹⁰.

Una volta stabiliti gli autolimiti, un'altra figura sintomatica di eccesso di potere consiste nella violazione degli stessi.

Sul punto la giurisprudenza è giunta a posizioni consolidate affermando, in più occasioni che, una volta che l'amministrazione ha autodisciplinato l'esercizio dei propri poteri discrezionali, essa è tenuta ad

⁹⁰ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 gennaio 2010, n. 452.

osservare le regole che si è data, le quali assumono carattere vincolante. Quanto alla qualificazione del vizio discendente dalla violazione in esame, deve ritenersi che l'inosservanza dell'auto-limite rileva quale figura sintomatica di eccesso di potere, tranne l'ipotesi in cui il parametro sia fissato dall'Amministrazione in un atto avente natura regolamentare, nel qual caso sarebbe più appropriato, secondo alcuni, parlare di violazione di legge⁹¹.

La figura in questione è stata rinvenuta sempre in tema di procedure concorsuali.

In una particolare ipotesi venivano impugnati gli atti della procedura di progressione verticale riservata ai dipendenti appartenenti all'area B per l'accesso alla posizione economica iniziale dell'area C in quanto l'Amministrazione, senza previamente agire in autotutela, disapplicava una clausola del bando di gara.

Nella specie, il Consiglio di Stato⁹² ha evidenziato che *“neppure l'eventuale difficoltà nella formazione di una graduatoria (come conseguenza dei vincoli autoimposti in sede di fissazione della lex specialis) potrebbe legittimare l'amministrazione a disattendere le prescrizioni, in quanto l'intangibilità delle previsioni del bando di*

⁹¹ Cons. St., sez. V, 12 giugno 1997, n. 626, in *Foro amm.*, 1997, 1661.

⁹² Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2489, in *Foro amm.* CdS, 2011, 4, 1342.

selezione è posta a garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa e della par condicio tra i concorrenti”.

Infatti, era già stato affermato⁹³ che *“allorquando l'Amministrazione nello scegliere il contraente mediante trattativa privata si autolimiti, prevedendo modalità di presentazione delle offerte tali da far ritenere che il contraente sarebbe stato individuato attraverso la loro valutazione, i vari partecipanti sono legittimati ad adire il giudice amministrativo in caso di violazione di tali modalità o, più in generale, dei principi d'imparzialità, correttezza e logica”.*

Anche per tale figura sintomatica il Giudice annulla il provvedimento quando verifica la violazione dell'autolimita posto dalla stessa amministrazione.

In questo caso, però, la sostituzione del giudice all'amministrazione nell'effettuazione del ragionamento è debole e non forte: il giudice infatti si limita a prendere atto dell'autovincolo imposto dalla stessa amministrazione e annulla, per queste ragioni, il provvedimento amministrativo.

2.8. Ingiustizia grave e manifesta.

⁹³ T.A.R. Lazio, sez. I, 11 maggio 1999, n. 1025.

La figura sintomatica dell'ingiustizia manifesta discende dalla "violazione di criteri di equilibrata e ragionevole proporzione nella scelta degli interessi secondo la correlazione tra questi espressi dalle norme primarie"⁹⁴.

Essa si differenzia dalla disparità di trattamento in quanto, mentre quest'ultima si fonda sull'uguaglianza e sull'imparzialità e comporta che più soggetti siano trattati in modo discriminatorio da una pubblica amministrazione, l'ingiustizia manifesta costituisce violazione soprattutto del principio di equità ed è configurabile nei confronti di un solo soggetto, senza che venga in gioco il confronto con la posizione di altri soggetti.

Tuttavia, la giurisprudenza⁹⁵ sembra sovrapporre le due figure, ritenendo che *"la figura sintomatica dell'eccesso di potere consistente nell'ingiustizia manifesta (similmente alla disparità di trattamento) richiede che situazioni identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso"*.

La figura in esame è stata rinvenuta, tra l'altro, in ipotesi di avanzamento di carriera degli appartenenti ai ruoli della Guardia di Finanza.

⁹⁴ F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1428.

⁹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21 giugno 2007, n. 5645, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2084.

In particolare, in una fattispecie, il ricorrente è stato preso in esame per l'avanzamento a scelta al grado di Generale di Brigata della G.d.F. e, pur essendo giudicato idoneo alla promozione, non è stato iscritto in quadro in quanto collocato in posizione non utile nella graduatoria di merito.

In tale giudizio il privato è stato superato da alcuni concorrenti che ricoprivano la carica di colonnello e che, fino ai precedenti giudizi, si erano collocati sempre in posizione successiva alla sua. Ritenendo di essere stato lesa da una valutazione non equa ed illegittima, l'interessato ha impugnato gli atti con i quali non ha conseguito la promozione, lamentando l'assoluta inadeguatezza del punteggio assegnatogli tenuto conto degli ottimi precedenti di carriera.

Il Collegio investito della questione⁹⁶ ha evidenziato che sono viziati gli atti dai quali “*emergano evidenti ed univoci sintomi di eccesso di potere per ingiustizia manifesta, come nel caso in cui la documentazione caratteristica del ricorrente mostri immediatamente un livello così macroscopicamente ottimale di precedenti di carriera dell'ufficiale scrutinato, da palesare l'assoluta inadeguatezza del punteggio assegnatogli*”.

⁹⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 aprile 2009, n. 3717, in *Foro amm. TAR* 2009, 4, 1121.

Rilevata la presenza del vizio e l'impossibilità di giustificare una tale scelta compiuta dalla P.A., il Tribunale Amministrativo Regionale ha annullato gli atti impugnati per ingiustizia manifesta.

Tale figura sintomatica va ad inficiare, quindi, la validità di quegli atti che, sebbene non discriminatori – perché non contrastanti con atti opposti emessi nei confronti di soggetti che si trovavano nella stessa situazione – sono, tuttavia, espressione di grave iniquità.

Questa figura sintomatica è quella, unitamente alla figura di cui al successivo paragrafo, in cui è maggiormente evidente l'autonomia del percorso che segue il giudice per sostituirsi all'amministrazione. Quelli che il giudice valuta sono, infatti, elementi che l'amministrazione non aveva in nessun modo preso in esame.

2.9. Illogicità manifesta.

Tale figura consiste nel contrasto logico insanabile sussistente in un atto amministrativo. Si è ritenuto, in particolare, che una scelta amministrativa può definirsi illogica quando, con riferimento alla concreta situazione di fatto, non sarebbe ragionevole presupporla in nessun caso, mentre sarebbe legittima la scelta che, sebbene opinabile nel

merito, costituisca un risultato altrettanto ragionevole della scelta del contenuto opposto.

È stato, peraltro, precisato che costituisce eccesso di potere non qualsiasi vizio logico, ma soltanto il vizio logico che comporti un risultato non corrispondente alla funzione per il conseguimento della quale il potere è stato attribuito all'autorità amministrativa.

Esempio emblematico di illogicità si rinviene nella scelta dei criteri selettivi adottati in sede di concorsi pubblici.

Nello specifico, la giurisprudenza⁹⁷ ha rappresentato che *“la residenza non è mezzo rappresentativo di particolari doti professionali o attitudini acquisite valutabili in un pubblico concorso, che è preordinato alla scelta del candidato più qualificato; è perciò illegittimo il criterio di massima che attribuisca un punteggio collegato alla residenza del candidato in un determinato comune”*.

Anche in presenza della figura sintomatica in questione, dunque, la giurisprudenza giunge alla conclusione della illegittimità dell'atto. Per giungere ancora una volta a questa conclusione il giudice valuta il contesto complessivo dell'azione amministrativa con un livello di

⁹⁷ Cons. St. sez. V, 23 giugno 1984, n. 491, in *Cons. Stato* 1984, I, 814.

sostituzione del suo ragionamento a quello dell'amministrazione analogo a quello considerato al precedente paragrafo.

2.10. Violazione del principio di proporzionalità.

Coerentemente con la giurisprudenza, la dottrina ha sottolineato, in questo modo, l'influsso della giurisprudenza e della legislazione comunitaria, secondo le quali la pubblica amministrazione deve conseguire lo scopo prefissato con il minor sacrificio degli altri interessi confliggenti e rispettando i canoni di idoneità, di necessità e di adeguatezza dell'azione amministrativa.

Non rappresenta, in realtà, una figura nuova, ma si sovrappone in parte al criterio della ragionevolezza, nonché ad altri casi sintomatici dell'eccesso di potere.

La giurisprudenza si è cimentata con la figura in esame, in particolare, in tema di sanzioni disciplinari.

Un provvedimento di destituzione dal servizio viene annullato perchè ritenuto sproporzionato rispetto all'isolato e lieve illecito compiuto dal ricorrente⁹⁸.

⁹⁸ Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2009, n. 6353.

Infatti, per qualsiasi dipendente, un isolato comportamento illecito può giustificare la misura disciplinare estintiva del rapporto di lavoro quando si possa ragionevolmente riconoscere che i fatti commessi siano talmente gravi da manifestare l'assenza delle doti morali, necessarie per la prosecuzione dell'attività lavorativa. Inoltre, per il principio della graduazione delle sanzioni e tenuto conto delle regole riguardanti la recidiva, l'Amministrazione non può considerare automaticamente giustificata l'estinzione del rapporto di lavoro per il solo fatto che il dipendente abbia commesso per la prima volta un reato doloso.

Dunque, l'estrema sanzione irrogata viene ritenuta illegittima in quanto sproporzionata rispetto all'illecito compiuto.

Analogamente, *“è stato annullato, perché manifestamente anomalo e sproporzionato in relazione ai fatti accertati, il provvedimento disciplinare della destituzione adottato nei confronti di un dipendente, che non aveva mai subito procedimenti disciplinari e dalla carriera priva di episodi censurabili”*⁹⁹. Anche per tale figura sintomatica, il Giudice Amministrativo, rilevata la mancanza di proporzionalità, ricerca dal complesso degli atti di causa una giustificazione alla decisione adottata dalla P.A. e, solo in sua assenza, provvede all'annullamento.

⁹⁹ T.A.R. Abruzzo, Pescara, 22 giugno 2002, n. 560, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2126.

Questa figura, rispetto alle altre, si colloca in una posizione peculiare in quanto ha una valenza generale che è il risultato della stessa evoluzione subita dall'interesse legittimo. Una volta che a tale interesse è stata riconosciuta valenza sostanziale la violazione della norma che lo contempla unitamente all'interesse pubblico determina illegittimità dell'atto adottato. Se la violazione si è concretizzata in una non corretta valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati, con un sacrificio "sproporzionato" dell'interesse privato, l'atto è illegittimo per eccesso di potere. In questa fattispecie dunque il ragionamento del giudice assume connotati di ancora maggiore pregnanza in quanto il giudice, per ritenere violato il principio di proporzionalità, sovrappone il proprio ragionamento a quello dell'amministrazione. Quest'ultima, infatti, conferisce un certo "peso" e tutela all'interesse privato, il giudice, invece, può ritenere che, alla luce della complessiva vicenda, sarebbe irragionevole non offrire al privato una tutela che sia proporzionale agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti.

3. Le figure sintomatiche nel sindacato sulla discrezionalità tecnica e ragionevolezza tecnica.

Occorre adesso valutare quale sia il ragionamento del giudice in presenza di una attività amministrativa connotata da discrezionalità tecnica.

Da premettere che in presenza di attività amministrative che richiedono anche valutazioni soggettive, il sindacato giurisdizionale è meno penetrante, limitandosi alla ricerca di specifiche figure sintomatiche ovvero censurando solo i vizi evidenti e macroscopici.

Così è stato affermato¹⁰⁰ in tema di giudizi medico-legali *“espressi dagli organi tecnico consultivi quali i Comitati di Verifica per le Cause di Servizio ai fini dell’accertamento della dipendenza di una infermità da causa di servizio, sono correttamente basati su una valutazione che, per sua natura, è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, in quanto costituisce valutazione di ordine eminentemente tecnico, fatte salve le sole ipotesi di violazione di legge e di eccesso di potere per illogicità”*.

Analogamente la giurisprudenza¹⁰¹ affronta il vaglio sul giudizio di anomalia dell’offerta nelle gare pubbliche, in quanto *“l’esame delle giustificazioni, presentate dal soggetto che è tenuto a dimostrare la non anomalia dell’offerta, costituisce espressione della discrezionalità*

¹⁰⁰ Cons. St. sez. II, 15 settembre 2011, n. 4789, in *Foro amm. CdS*, 2011, 9, 2906.

¹⁰¹ Cons. St., sez. V, 25 luglio 2011, n. 4450, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2437.

tecnica dell'Amministrazione che si sottrae al sindacato di legittimità allorquando non sia inficiata da macroscopici vizi di illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza e/o travisamento di fatti”.

La tesi del sindacato di tipo debole sulle valutazioni tecniche dell'Amministrazione, affievolito anche alla luce delle valutazioni soggettive che connotano i giudizi di specie, è stata recentemente seguita dal Consiglio di Stato anche a proposito degli atti delle Autorità indipendenti .

I Giudici di Palazzo Spada¹⁰², in relazione ai provvedimenti dell'A.G.C.M., chiariscono che in sede giurisdizionale viene esercito “*un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio; pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'A.G.C.M. sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'A.G.C.M. nella definizione del mercato rilevante, se questa sia attendibile, secondo la*

¹⁰² Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171, in *Foro amm. CdS* 2011, 9, 2854.

scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge”.

Inoltre, è stato evidenziato¹⁰³ che *“i provvedimenti delle Autorità indipendenti (nella specie, Autorità Garante della concorrenza e del mercato) sono sindacabili dal g.a. per vizi di legittimità e, relativamente al vizio di eccesso di potere, il giudice deve limitarsi a verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato ed istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall’ Autorità ed a questa riservate”.*

La giurisprudenza¹⁰⁴, inoltre, si è premurata di precisare che con l’espressione *“sindacato di tipo debole”* non viene compiuta una limitazione dell’effettività della tutela giurisdizionale. Con tale espressione, infatti, si è voluto solo confermare che il Giudice, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’Autorità in base a regole tecniche, anch’esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell’autorità corrette, ragionevoli ed attendibili, non deve spingersi oltre ed esprimere autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere.

¹⁰³ T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 23 marzo 2004, n. 2715.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Diritto & Formazione*, 2004, 997.

In una recentissima sentenza del Consiglio di Stato, 2 maggio 2012, n. 2521, appare più evidente quale sia il ragionamento del giudizio in ordine al sindacato sulla discrezionalità

Oggetto della sentenza è un atto dell’Autorità dell’energia elettrica e il gas in materia di determinazione delle tariffe.

Nella parte preliminare che precede l’analisi delle singole figure i giudici di Palazzo Spada svolgono affermazioni di carattere generale che costituiscono il punto di approdo finale dell’evoluzione giurisprudenziale in materia e dalla cui lettura emerge chiaramente la volontà di valorizzare il principio di ragionevolezza.

Il Consiglio di Stato afferma: «Gli atti dell’Autorità, sin qui riportati, sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l’Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile. Non è consentito, infatti, al giudice amministrativo – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri che assume maggiore valenza in presenza di un

soggetto pubblico dotato di particolare competenza e che svolge funzioni neutrali – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall’Autorità. In definitiva, è pertanto, necessario che le parti interessate deducano l’esistenza di specifiche figure sintomatiche dell’eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la determinazione assunta dall’Autorità si pone in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica».

Per la prima volta il Consiglio di Stato impiega l’espressione ragionevolezza tecnica.

Se poi si passa, però, a valutare in concreto quale sia il ragionamento del giudice nel sindacare gli atti delle Autorità si constata che, pure a fronte delle indicate proclamazioni di principio, egli tende a sovrapporre il proprio ragionamento a quello dell’Autorità soprattutto nel caso in cui il provvedimento impugnato contenga una motivazione non ampia. Il caso riguardava le modalità di determinazione delle tariffe nel settore del gas. Come è noto, in tale settore, attesa la non completa liberalizzazione del settore, il legislatore e l’Autorità intervengono per imporre degli obblighi in capo agli operatori del settore al fine di assicurare la tutela dei consumatori. Tra tali obblighi vi sono quelli volte a determinare di imperio le modalità di remunerazione del capitale investito ponendo

vincoli ai ricavi delle imprese. In particolare, la normativa di settore e le delibere dell’Autorità prevedono dei limiti al riconoscimento dei costi stabilendo un *«tasso di riduzione annuale dei costi unitari riconosciuti»*.

Come è noto, il sistema del *price cap* costituisce un utile strumento per stimolare il recupero di efficienza degli operatori economici del settore: la riduzione, infatti, dei costi unitari che vengono riconosciuti alle imprese rappresenta per esse uno stimolo ad innescare meccanismi virtuosi di aumento dell’efficienza.

Nella sentenza, richiamando il precedente 29 maggio 2006, n. 3274, si afferma che *«costituisce fatto notorio la circostanza che i risparmi derivanti dal miglioramento di efficienza vanno diminuendo con gli anni fino addirittura ad esaurirsi»*, con la conseguenza che il recupero di produttività deve essere decrescente.

Si conclude affermando che *«nella fattispecie in esame non risulta che l’Autorità abbia svolto una istruttoria volta ad accertare quale sia il corretto livello di progressiva diminuzione della produttività in relazione ai decrescenti margini di recupero di efficienza. In questo caso il difetto di istruttoria rappresenta, alla luce di quanto affermato, un indice sintomatico della violazione del principio di ragionevolezza tecnica della scelta effettuata»*.

I giudici, pertanto, hanno ritenuto “non condivisibile” il ragionamento dell’amministrazione ricorrendo, questa volta, a nozioni tratte dalla “comune esperienza”. Ancora una volta, dunque, viene esercitato un sindacato giurisprudenziale che si sostanzia in una sostituzione del giudice al ragionamento dell’amministrazione. Nella specie ciò è stato possibile in quanto venivano in rilievo profili che non necessitava del ricorso ad un consulente tecnico e che pertanto ben potevano essere esaminati dal giudice mediante un sindacato che impiega le conoscenze estrinseche del giudice stesso.

4. La lata discrezionalità e gli atti di alta amministrazione.

Una consistente limitazione al sindacato giurisdizionale sull’eccesso di potere si riscontra, soprattutto, rispetto agli atti amministrativi contrassegnati da un elevatissimo tasso di discrezionalità .

In tali casi, secondo la giurisprudenza, la configurabilità dell’eccesso di potere, pur non esclusa in modo assoluto, è circoscritta a talune ipotesi marginali.

In particolare, si può rilevare che maggiore è l’ampiezza del potere discrezionale, più il sindacato giurisdizionale sul provvedimento si avvicina al modello estrinseco.

Così, per esempio, in tema di atti che istituiscono strutture di vertice dell'Amministrazione, si è affermato¹⁰⁵ che *“la circostanza che in occasione dell'adozione di un atto che istituisce strutture regionali di vertice l'amministrazione eserciti un elevatissimo potere discrezionale, che importa articolate e delicate valutazioni sulla organizzazione dei servizi, sulla loro economicità e razionalità, limita e attenua, ma non esclude, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di detto potere discrezionale, circoscrivendolo all'accertamento estrinseco della sua legittimità, cioè al riscontro dei presupposti e alla congruità della motivazione, nonché alla esistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni”*.

Allo stesso modo¹⁰⁶, *“le determinazioni in materia di conseguimento dello status di cittadino italiano sono assistite da latissima discrezionalità; l'atto concessorio (o denegatorio) in questione costituisce, dunque, un atto c.d. di “alta amministrazione”. Detto genere di atti ha una valenza di alta amministrazione ed implica, in quanto tale, un elevato tasso di discrezionalità, sia nell'accertamento, sia soprattutto nella valutazione dei fatti acquisiti al procedimento. Di conseguenza, il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del*

¹⁰⁵ Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2008, n. 4789, in *Foro amm. CdS*, 2008, 10, 2692.

¹⁰⁶ Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3006, in *Foro amm. CdS*, 2011, 5, 1635

potere, avendo natura estrinseca e formale, non può spingersi al di là della verifica della ricorrenza di un idoneo e sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole”.

Alle medesime conclusioni la giurisprudenza¹⁰⁷ è giunta in ordine al sindacato sulle ordinanze *extra ordinem*, affermando che “*le scelte dell’Amministrazione straordinaria devono essere concretamente valutate in rapporto ad una situazione di emergenza del tutto eccezionale e straordinaria, nella quale la ponderazione e la comparazione dei diversi interessi in gioco non segue pedissequamente le regole ed i criteri che governano l’azione pubblica in situazioni ordinarie, così che non ogni carenza, insufficienza o contraddittorietà a livello istruttorio o di motivazione ridonda automaticamente e necessariamente in vizio del relativo procedimento, sotto forma di una delle figure sintomatiche dell’eccesso di potere; di conseguenza il giudice amministrativo, nell’esercizio del proprio sindacato, deve tenere conto sia della natura di atto di alta amministrazione delle ordinanze extra ordinem adottate, e conseguentemente dell’ampia discrezionalità della quale gode*

¹⁰⁷ Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2011, n. 5903, in *Red. amm. CdS*, 2011, 11.

l'Amministrazione, sia delle particolari circostanze (situazioni di calamità che richiedono urgenza nell'agire) che fungono da presupposto dell'atto adottato; peraltro lo stesso sindacato giurisdizionale deve essere invece rigoroso ed attento nel verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza, e quindi la sussistenza delle ragioni di urgenza e l'evidenza della connessione tra disposizioni adottate e dichiarazione dello stato di emergenza, oltre a verificare il rispetto dei limiti temporali e territoriali indicati dalla già citata dichiarazione dello stato di emergenza, atteso che in caso contrario, il potere in deroga (ed il prodotto del suo esercizio, rappresentato dalle ordinanze extra ordinem) rimarrebbero senza alcuna possibilità di controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio legittimo, e si verterebbe in una situazione che, oltre a violare l'art. 113 Cost., risulterebbe intollerabile per l'ordinamento giuridico nel suo complesso".

Parimenti limitato è il sindacato sugli atti di revoca degli assessori, in quanto *"la motivazione del provvedimento sindacale di revoca dell'incarico di assessore può legittimamente basarsi su ampie valutazioni di opportunità politico amministrative, rimesse in via esclusiva al sindaco, tenendo conto sia di esigenze di carattere generale,*

quali i rapporti con l'opposizione o interni alla maggioranza consiliare, sia di particolari esigenze di maggiore operosità e di efficienza di specifici settori dell'Amministrazione locale o per l'affievolirsi del rapporto fiduciario tra il capo dell'Amministrazione ed il singolo assessore, considerato che trattasi non di un tipico procedimento sanzionatorio ma di una revoca di un incarico fiduciario difficilmente sindacabile in sede di legittimità se non sotto i profili formali e l'aspetto dell'evidente arbitrarietà, in relazione all'ampia discrezionalità spettante al capo dell'Amministrazione locale”¹⁰⁸.

Quello esaminato è un settore invece in cui il giudice difficilmente procede nel senso ordinario mediante la sovrapposizione del suo ragionamento a quello dell'amministrazione. Soltanto nel caso in cui si evidente la irragionevolezza della scelta adottata il provvedimento amministrativo viene annullato.

5. L'“eccesso di potere cognitivo ai danni dell'Amministrazione” nella giurisprudenza della Cassazione.

¹⁰⁸ Cons. St., sez. V, 27 aprile 2010, n. 2357, in *Red. amm. CdS*, 2010, 04.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰⁹ hanno recentemente censurato una pronuncia del Consiglio di Stato affermando che quest'ultimo eccede i limiti della propria giurisdizione, sconfinando nella sfera della discrezionalità amministrativa, qualora, in relazione all'impugnazione di provvedimenti di esclusione da una gara d'appalto per inaffidabilità dell'appaltatore, li annulli sulla base della non condivisione degli elementi soggettivi posti dalla P.A., senza ravvisare la pretestuosità di tale valutazione.

Nella fattispecie posta al vaglio delle Sezioni Unite, una ditta veniva esclusa da una gara indetta da Trenitalia Spa per l'affidamento di alcuni lotti di pulizia del materiale rotabile a causa di gravi negligenze riscontrate dalla stazione appaltante nell'ambito di rapporti pregressi con la medesima ditta.

Nel primo grado di giudizio, il Tribunale Amministrativo locale rigettava il ricorso sul rilievo che per l'esclusione *ex art.* 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. fosse sufficiente l'esistenza di una valutazione negativa della stazione appaltante della inaffidabilità dell'operatore economico.

¹⁰⁹ SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312.

Nel secondo grado di giudizio, invece, all'esito di un'articolata consulenza tecnica, il Consiglio di Stato riteneva presenti gli indici sintomatici di un eccesso di potere della P.A., comportanti l'illegittimità dell'esclusione della ditta dalla gara.

In particolare, attraverso la consulenza tecnica d'ufficio, sono emerse una serie di contraddizioni nella valutazione discrezionale delle presunte inadempienze della ditta appaltatrice, tali da far presumere che l'esclusione in parola fosse stata determinata da ragioni diverse dalla inaffidabilità della stazione appaltante.

Secondo Trenitalia, che ha ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione, il Consiglio di Stato, con tale sentenza, avrebbe invaso l'area tradizionalmente riservata alla stazione appaltante in ordine all'apprezzamento dell'affidabilità di una ditta aggiudicatrice di una gara pubblica.

Le Sezioni Unite hanno accolto il ricorso statuendo che il sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, deve prendere atto della chiara scelta del legislatore di rimettere unicamente alla stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento del pregresso e/o futuro contraente.

Il sindacato del Giudice Amministrativo sulla motivazione di tale rifiuto deve essere mantenuto rigorosamente sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dalla stazione appaltante e non limitarsi alla mera non condivisibilità della valutazione discrezionale espressa.

Nel caso in specie, invece, i Giudici di Palazzo Spada, recependo *in toto* le considerazioni esposte dal consulente tecnico d'ufficio, ha attuato un sindacato giurisdizionale sconfinante nell'area *ex lege* riservata alla stazione appaltante, prendendo le mosse da segnali di contraddittorietà delle valutazioni della P.A. e da specifiche ragioni di mera non condivisione della valutazione finale in ordine al rifiuto di aggiudicare la gara alla ricorrente.

La Cassazione, perciò, ha stabilito che rimane facoltà della stazione appaltante rifiutarsi di aggiudicare una gara pubblica, poiché solo essa può determinare il punto di rottura della fiducia nell'affidamento del contraente. La mera non condivisione della valutazione operata dall'Amministrazione per il tramite della consulenza tecnica porta allo sconfinamento del giudizio in una indebita sovrapposizione alla valutazione fatta dalla P.A.

Il parametro dell'inattendibilità, infatti, è ritenuto inappropriato ove utilizzato nello scrutinio di legittimità di scelte ad alto tasso di soggettività quale quella di specie.

Le Sezioni Unite, pertanto, hanno giudicato viziata la sentenza impugnata per *“eccesso di potere cognitivo ai danni dell'Amministrazione”*, tra l'altro secondo un orientamento già recentemente espresso più di recente dal Consiglio di Stato¹¹⁰, secondo il quale *“la giurisprudenza è approdata a una più chiara consapevolezza della demarcazione esistente tra le valutazioni di opportunità afferenti alla discrezionalità “pura”, ovvero addirittura al merito amministrativo, e quelle che la p.a. è chiamata a condurre alla stregua di regole tecniche richiamate dalla stessa legge: si è così pervenuti ad ammettere da parte del giudice un sindacato non soltanto limitato alla verifica di coerenza logica tra le regole tecnico-scientifiche cui si è fatto ricorso nella scelta discrezionale e la determinazione conclusiva (c.d. sindacato estrinseco), ma bensì esteso anche alla stessa attendibilità delle operazioni tecniche e dei loro risultati (c.d. sindacato intrinseco). Il predetto sindacato “intrinseco” deve pur sempre arrestarsi al momento della verifica di congruenza del procedimento tecnico adottato dalla p.a., senza*

¹¹⁰ Cons. St., 3 maggio 2011, n. 2628.

pretendere di sostituire al giudizio di quest'ultima quello del giudice (c.d. sindacato "debole"): ciò in quanto, allorché vi siano interessi la cui cura sia dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, l'ammettere che il giudice possa "autoattribuirseli" rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato".

In vista del primario obiettivo di assicurare il giusto processo, la Cassazione, facendo riferimento all'istituto della *translatio iudicii*, ha interpretato l'art. 382 c.p.c. nel senso che la cassazione senza rinvio va operata solo ove qualsiasi altro Giudice sia privo di giurisdizione, mentre negli altri casi, come già avvenuto in ipotesi di rifiuto di esercizio della propria giurisdizione da parte del Consiglio di Stato¹¹¹, il processo continui davanti al Giudice munito di giurisdizione a seguito di riproposizione di parte.

Pertanto, siamo al cospetto dell'ulteriore conferma che il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere si manifesta come intrinseco ma di tipo debole, insuscettibile di qualsiasi sostituzione giurisdizionale alla P.A.

¹¹¹ SS. UU., 16 dicembre 2010, n. 25395.

Occorre attendere i successivi sviluppi dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa per potere valutare se le prese di posizione della Cassazione potranno incidere sulle modalità del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

Capitolo III

L'eccesso di potere in ambito europeo

1. Premessa.

Il primo significato che la giurisprudenza italiana diede all'eccesso di potere, fu, come detto, quello di "sviamento", dietro influenza della nozione francese di *détournement de pouvoir*, che non ha mancato di assumere notevole rilevanza anche nell'ordinamento comunitario. Nasce allora spontaneo il dubbio se la visione comunitaria del *détournement de pouvoir* non sia ricalcata sulla concezione francese. A tale quesito va data risposta parzialmente negativa; la figura di *détournement de pouvoir* dei trattati comunitari è frutto di un'elaborazione che, seppure inizialmente si rifà palesemente all'elaborazione francese, ha poi raggiunto una sua esistenza autonoma. In merito possiamo constatare una certa evoluzione che ha portato ad un allargamento, seppure assai cauto, della nozione di *détournement de pouvoir*, che comprende oggi anche il *détournement de procédure*; tale figura sussiste quando il fine perseguito dall'autore dell'atto è realizzato usando mezzi procedurali predisposti per raggiungere risultati differenti o per dar vita ad atti diversi rispetto a

quelli che vengono formati. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, alcune delle cosiddette figure sintomatiche, in cui si manifesta l'eccesso di potere, presentano un certo interesse in ambito comunitario, in quanto vengono attratte dalla Corte di giustizia comunitaria tra quei principi generali comuni ai paesi membri, adottati a parametro della legittimità degli atti comunitari. Tuttavia, l'eccesso di potere, così come rielaborato dalla giurisprudenza italiana, presenta una molteplicità di significati in gran parte sconosciuti al *détournement de pouvoir* comunitario. Risulta, quindi, una coincidenza solo parziale tra l'eccesso di potere e il *détournement de pouvoir* comunitario.

Deve essere, però, sottolineato che, nonostante la mancanza di una totale coincidenza tra eccesso di potere e *détournement de pouvoir* comunitario, il tipo di controllo effettuato dal giudice amministrativo italiano non diverge molto da quello previsto ex art. 230 del Trattato CE; sia il giudice italiano sia il giudice comunitario, infatti, non possono sindacare il merito delle scelte compiute dall'amministrazione, dovendosi limitare ad una valutazione di legittimità¹¹².

Considerato tutto ciò, possiamo affermare che il *détournement de pouvoir* comunitario è espressione di una comune esigenza avvertita negli

¹¹² M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, III ed., Milano 2008, 542.

ordinamenti dei principali paesi europei: la necessità di porre dei limiti alla discrezionalità amministrativa.

2. L'eccesso di potere nei Trattati.

Il *détournement de pouvoir* appare per la prima volta in ambito comunitario con l'art. 33 del Trattato CECA che prevede la possibilità, per il Consiglio europeo e gli Stati membri, di presentare ricorso innanzi alla Corte di giustizia della CECA per l'annullamento di atti dell'Alta Autorità viziati da incompetenza, da violazione delle forme sostanziali, da violazione del Trattato o di tutte le regole del diritto relative alla sua applicazione, da sviamento di potere; nel secondo comma veniva poi eccezionalmente concesso alle imprese o alle associazioni di imprese di ricorrere contro le decisioni o raccomandazioni generali che esse stimavano viziate da sviamento nei loro confronti.

Di lì a pochi anni il trattato di Roma ripropone lo stesso schema dell'art. 33 del Trattato CECA, apportando tuttavia qualche differenza; nell'art. 173, primo comma, del Trattato CEE gli atti impugnabili non sono più quelli dell'Alta Autorità ma quelli del Consiglio e della Commissione. Inoltre cambiano anche i soggetti legittimati all'impugnazione; nel secondo comma dell'art. 173 del Trattato CEE si

allarga la facoltà di impugnazione a qualsiasi persona fisica o giuridica avverso le decisioni che sono adottate nei loro confronti ovvero nei confronti di altre persone, e che tuttavia le riguardano direttamente e individualmente.

Con il Trattato di Maastricht l'art. 173 CEE viene ulteriormente trasformato, estendendosi al Parlamento europeo e alla Banca Centrale Europea la legittimazione all'impugnazione.

Il Trattato comunitario non definisce lo sviamento di potere.

Di esso, dunque, occorre ricercarne una "perimetrazione" utilizzando tutti i dati ermeneutici disponibili. *In primis* quello letterale, poi quello sistematico; infine, quello storico che, come si vedrà, sarà particolarmente utile.

Nello specifico, la definizione di sviamento di potere comunitario potrà trarsi anche a contrario, analizzando gli altri vizi sindacabili dal giudice europeo.

In poche parole, lo sviamento di potere è un vizio che afferisce ad un'area dell'attività amministrativa invalida, che non si caratterizza né per l'incompetenza dell'Organo agente, né per la violazione delle forme sostanziali, né per la violazione del Trattato nonché delle regole di diritto relative alla sua applicazione. Del resto, già dalla lettura della norma può

desumersi la portata del tutto residuale di questo vizio. Ed in effetti, come si vedrà, del tutto residuale è stata l'applicazione concreta che di questa figura ne ha fatto la giurisprudenza comunitaria che, tuttavia, si è adoperata meritoriamente per una sua perimetrazione¹¹³.

In questa complessa attività la Corte non ha potuto non muovere le mosse dal dato terminologico che evoca chiaramente il *détournement de pouvoir* di origine francese.

Si è rilevato che il *détournement de pouvoir* comunitario ha attinenza principalmente “à les buts”, ossia agli scopi non legittimi dell'atto.

Questa dottrina ha osservato che la Corte di Giustizia, in un primo momento (nella vigenza del Trattato CECA), aveva sviluppato una concezione oggettiva dell'istituto che, però, finiva con il confondersi con l'errore di diritto.

Secondo questa analisi, occorre osservare che i campi elettivi in cui lo sviamento di potere è stato fatto valere nella vigenza degli originari Trattati Comunitari atteneva a tre grandi aree tematiche nelle quali ha ricevuto, peraltro, un trattamento ben diverso: 1. l'area attratta nel Trattato CECA; 2. l'area della funzione pubblica comunitaria; 3. l'area attratta nel Trattato CEE/CE.

¹¹³ R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, 341.

Orbene, mentre nelle prime due aree tematiche la figura ha conosciuto una certa applicazione, nelle aree disciplinate dal Trattato CEE/CE, ove la discrezionalità dell'Amministrazione si è esplicata principalmente nell'interpretare le numerose nozioni indeterminate presenti nell'ambito del diritto della concorrenza, la casistica giurisprudenziale è molto meno ricca.

Parte della dottrina¹¹⁴ ha ritenuto che questa diversità applicativa sia derivata anche dal diverso concetto di sviamento di potere posto quale parametro di riferimento.

In particolare, nelle aree attratte nel Trattato CEE/CE sarebbe prevalsa un'interpretazione "soggettiva" del *détournement de pouvoir* (sotto l'influsso francese) con tutte le difficoltà probatorie ivi ricollegate; nelle aree attratte nel Trattato CECA avrebbe prevalso un'interpretazione "oggettiva" più vicina all'*Ermessensmissbrauch* tedesco.

In un secondo momento, con l'evoluzione dell'interpretazione del Trattato CE, sarebbe prevalsa una concezione soggettiva dell'istituto, ossia una concezione che prende in considerazione principalmente l'intenzione dell'autore dell'atto. In quest'ottica l'autore dell'atto non

¹¹⁴ L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario*, Giappichelli, 2006, 148 e ss.

deve perseguire un fine personale, né un interesse pubblico diverso rispetto a quello che la norma attributiva del potere gli indica.

Volendo riordinare le opposte tesi può dirsi che per i fautori del carattere “soggettivo”, per una corretta verifica giurisdizionale dello sviamento di potere è necessario indagare la sfera volitiva dell’agente¹¹⁵; sarebbe necessario, pertanto, accertare se questi intenzionalmente abbia agito per realizzare un fine diverso da quello in vista del quale il potere gli è stato attribuito¹¹⁶.

Per altri, lo sviamento di potere deve emergere direttamente dall’atto¹¹⁷.

In questo senso, una posizione intermedia è quella espressa dall’Avvocato Generale Lagrange¹¹⁸, nelle conclusioni della causa n. 8/1955¹¹⁹ dove rimarcò che la cd. concezione classica dello sviamento di potere non si può ridurre ad una forma di controllo psicologico sull’intenzione dell’autore dell’atto ma deve abbracciare le risultanze

¹¹⁵ C.A. TROJANI, *Lineamenti di giustizia amministrativa nel sistema comunitario*, Pubblicazione dell’Istituto di Studi europei A. De Gasperi, Roma, 1990, 45.

¹¹⁶ E’ inevitabile rimarcare le analogie, in termini di elemento soggettivo, tra una siffatta ricostruzione e quella attualmente accolta dal legislatore in relazione alla disciplina dell’abuso d’ufficio nazionale con rilevanza penale (art. 323 c.p.).

¹¹⁷ A spingere per un carattere “oggettivo” dello sviamento di potere è prevalentemente la dottrina tedesca: B. VAN DER ESCH, *Pouvoir discrétionnaires de exécutif européenne net controle juridictionnel*, Deventer, 1968, 42.

¹¹⁸ L. MUSSELLI, *Evoluzione del détournement de pouvoir in ambito comunitario ed ipotesi di raffronto con l’ordinamento amministrativo interno*, in *Riv. it. Dir. pubb. Com.*, 1996, 119-162.

¹¹⁹ In Raccolta, 1956, 251-252. Ripercorrendo a ritroso gli studi della dottrina italiana, non può non ricordarsi il contributo di F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di dir. pubb. in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 447 e ss.

obiettive dell'atto impugnato, dovendo emergere da quest'ultimo una divergenza tra lo scopo che il soggetto doveva perseguire e quanto realmente raggiunto¹²⁰.

3. Figure sintomatiche e ragionamento del giudice europeo.

La giurisprudenza comunitaria, nella prima sentenza¹²¹ che provvede ad annullare un atto perché viziato da sviamento di potere, non prese posizione sulla diatriba dottrina di cui si è dato conto pur facendo sicuramente riferimento alla necessità di indagare le finalità che hanno mosso l'autore dell'atto.

In particolare, la Corte di Giustizia si trovò a dover sindacare la legittimità del trasferimento di Max Gutmann, funzionario dell'Euratom, disposto dalla Commissione da un ufficio all'altro della stessa.

Detto trasferimento, secondo il ricorrente, “mascherava” un provvedimento disciplinare che l'Istituzione Comunitaria voleva evitare di emanare per non riconoscere i diritti di difesa connessi alle sanzioni disciplinari.

¹²⁰ A quest'ultima concezione, che tiene in debito conto altresì l'aspetto oggettivo, sembra aver aderito la Corte di Giustizia nelle cause 3 e 4/1964, *Chambre syndicale de la sidérurgie française e altri c. Alta Autorità* in *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, a cura di J. BOLUIS E R.M. CHEVALLIER, Parigi, 1993, 357 e ss.

¹²¹ CGCE, 5 maggio 1966, cause riunite 18 e 35/1965, in L. MUSSELLI, *op. cit.*, 137.

Il ricorrente, in poche parole, si lamentava dell'uso "non funzionale" dell'atto di trasferimento, disposto non per reali esigenze di servizio ma per eludere le garanzie connesse all'applicazione di un provvedimento disciplinare.

In questo caso la Corte di Giustizia sostenne che *"le variazioni e le contraddizioni sopra rilevate, unitamente ai fatti quali la simultaneità tra la pubblicazione dell'avviso di posto vacante e il trasferimento del ricorrente allo stesso posto...costituiscono una serie di indizi obbiettivi da cui si può dedurre che l'Amministrazione, nel procedere al trasferimento del Gutmann, non si è avvalsa dei suoi poteri per uno degli scopi previsti dallo Statuto per detto provvedimento. La decisione di reiezione (della domanda di riesame del trasferimento al fine di una sua revoca) del 5 febbraio del 1965 va dunque annullata per sviamento di potere nella parte in cui conferma la decisione di trasferimento del 9 dicembre 1964"*.

Simile impianto motivazionale la Corte di Giustizia ricalcherà nelle successive sentenze¹²² di annullamento per sviamento di potere, a dire il vero poco frequenti.

Secondo una parte della dottrina¹²³, peraltro, la giurisprudenza comunitaria avrebbe adottato una definizione di sviamento di potere

¹²² Si fa riferimento alla sentenza del 29 settembre 1976, resa nella causa n. 105/75 e alla più recente nelle cause riunite n. 33, 40, 110, 226 e 285/1986, *Peine Salzgitter c. Commissione*.

“mista” e le applicazioni pratiche indurrebbero a distinguere tre forme di sviamento di potere a secondo che lo stesso coinvolga gli obiettivi, i motivi o le procedure.

Si è sostenuto che nel primo caso¹²⁴ sarebbe di facile individuazione se, in materia di obiettivi, i trattati non operassero, a monte, una distinzione tra obiettivi generali e obiettivi specifici e se, in secondo luogo, non mettessero sullo stesso piano gli obiettivi generali insuscettibili di un raggiungimento simultaneo.

Quanto al primo aspetto, si è osservato che la giurisprudenza comunitaria¹²⁵ pare aver ammesso che le Istituzioni comunitarie possano oltrepassare i fini specifici purché rispettino i fini generali; quanto al secondo aspetto, si è sottolineato che le Corti comunitarie¹²⁶ hanno ritenuto che non costituisca uno sviamento di potere il non aver particolarmente conciliato gli obiettivi generali che, del resto, non potevano essere simultaneamente raggiunti: in sostanza, in caso di impossibilità di sintesi, le Istituzioni comunitarie conserverebbero il potere di accordare ad alcuni obiettivi generali quella preferenza indotta

¹²³ J. BOULOIS, M. DARMON, J.G. HUGLUO, *Contentieux communautaire*, II ed., Paris, 2001, 213.

¹²⁴ Ad avviso della dottrina citata, riscontrabile nella sentenza 29 settembre 1987, *Fabrique de fer de Charleroi* causa C-351/85.

¹²⁵ Si indica quale esempio emblematico la sentenza 21 dicembre 1954, *France c. Haute Autorité C.E.C.A.*, C-1/54.

¹²⁶ Sentenza 8 febbraio 1968, *Pays-Bas c. Cision*, causa C-28/66.

dai fatti e dalle circostanze economiche in vista delle quali doveva essere emesso.

Il secondo caso sembrerebbe contrastare con il carattere oggettivo del *détournement de pouvoir* ma tuttavia, non di rado, è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza comunitaria¹²⁷ la quale, peraltro, ha escluso che i motivi possano essere indici sintomatici di uno sviamento di potere quando questi sono del tutto secondari e accessori nella valutazione complessiva dell'atto che, sotto altro aspetto, è rispondente al fine assegnatogli dalla legge.

Nel terzo caso, la Corte di Giustizia¹²⁸ sarebbe apparsa più rigorosa nel suo sindacato avendo ritenuto integrato il vizio qualora i poteri accordati alle Istituzioni comunitarie siano stati utilizzati per un fine esclusivo, o anche solo determinante, elusivo della procedura imposta dal Trattato.

Si è in particolare affermato che sussiste sviamento di potere quando un'Istituzione esercita i suoi poteri allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte alle circostanze del caso di specie.

¹²⁷ Sentenza 21 dicembre 1954, causa C-1/54, *cit.*

¹²⁸ Sentenza 20 giugno 1991, *Cargill*, causa C-248/89.

La Corte di Giustizia trattò approfonditamente la questione in un caso che traeva origine da una grave crisi siderurgica alla quale la Commissione tentò di porre freno attraverso la fissazione di quote per determinati metalli. Venuta meno la situazione di crisi, la stessa Commissione, con il regolamento n. 3746/86/CECA, liberalizzò una sola categoria di metalli, ossia gli zincati.

La particolarità di quest'intervento di liberalizzazione consistette nella procedura seguita che ricalcò quella di cui all'art. 58 n. 1 del Trattato CECA prevista, tuttavia, per l'introduzione delle quote e non per la loro eliminazione. Infatti, detta procedura si caratterizzava per la sua complessità dettata dall'esigenza di garantire al massimo, anche in termini procedurali, le istanze della libera concorrenza inevitabilmente comprese dall'introduzione di quote.

Per porre fine al sistema della limitazione era, invece, prevista una procedura ben più agile prevista dal n. 3 dello stesso art. 58 del Trattato CECA, ma nell'occasione detta più snella procedura, come anticipato, non venne seguita.

Senonché l'Associazione delle Imprese Siderurgiche (ISA) impugnò il provvedimento della Commissione che liberalizzava solo la categoria degli zincati, deducendo che la particolare procedura seguita era

funzionale alla volontà di non eliminare le quote per le altre categorie di metalli, con ciò provocando un danno per i produttori di altri tipi di materiali metallici.

In quella circostanza, la Corte riconobbe che la Commissione aveva erroneamente utilizzato una procedura anziché un'altra e riconobbe *expressis verbis*, per tale motivo, che si era verificato uno sviamento di potere da sanzionare con l'annullamento della decisione.

Del resto, anche in seguito, sono state emanate diverse sentenze che hanno accolto censure volte a denunciare sviamenti di procedura¹²⁹.

Significativa è la sentenza 22 settembre 1988 emessa nel caso *Th. Frydendahl A/S c. Commissione*, causa n. 148/87.

Nell'occasione, la Commissione, essendosi accorta di non aver rispettato il termine di quattro mesi dalla ricezione di una domanda delle Autorità danesi di applicazione dell'art. 13 del regolamento n. 1430/79, relativo al rimborso o allo sgravio dei diritti all'importazione o all'esportazione, per offrire una risposta, aveva chiesto alle Autorità stesse di ritirare la domanda per poi ripresentarla consentendo, così, alla Commissione di svolgere un supplemento di istruttoria.

¹²⁹ Corte di Giustizia, 22 settembre 1988, in causa 148/1987, *Th. Friedendahl A/S c. Commissione*, in *Racc.*, IV, 1988, 4993. Si vedano, altresì, le sentenze emanate nelle cause riunite 140, 146, 221 e 226/1982 *Walrstahl Vereinigung e Thyssen c. Commissione* e nelle cause riunite 33, 44, 110, 226 e 258/1986 *Stahlwerke-Peine Salzgitter ed altri c. Commissione*.

La ricorrente, pertanto, impugnava la decisione della Commissione deducendo che essa fosse stata determinata solo dalla volontà di evitare gli effetti, derivanti dall'intempestiva risposta, di cui al regolamento n. 1575/80.

Accertato che tale fosse l'intendimento della Commissione, la Corte di Giustizia annullò la decisione osservando che essa fosse stata il frutto di uno sviamento di procedura.

Emerge chiaramente da quanto esposto che, in un caso siffatto, i confini tra lo sviamento di procedura e lo sviamento di potere in senso stretto diventino particolarmente labili.

In questo caso, in fondo, i timori della Corte di Giustizia di invadere la cd. "riserva di amministrazione" hanno avuto minor ragion di esistere dinanzi all'evidenza della prova dell'illegittimità.

D'altro canto, l'esame di dette sentenze fa emergere che lo sviamento di potere per sviamento di procedura, laddove riconosciuto, non sia inteso alla stregua di un vizio meramente formale. Ovvero, affinché la Corte di giustizia annulli il provvedimento emanato in seguito a procedura diversa da quella prevista normativamente, non è sufficiente la mera allegazione di uno sviamento di procedura: sembra, infatti, che la Corte Comunitaria

richieda che tale sviamento abbia determinato l'emanazione di un provvedimento che persegua fini diversi da quelli legalmente previsti.

Sul punto, tuttavia, lo sviamento di procedura costituisce un dato presuntivo di questo sviamento che conduce più facilmente all'accoglimento del ricorso presentato. Anzi, a volte, lo sviamento di procedura è talmente evidente e ingiustificato da costituire *ex se* uno sviamento di potere.

Tali argomentazioni danno credito a quella tesi dottrina¹³⁰ secondo la quale anche nella giurisprudenza comunitaria si sta formando una casistica di figure sintomatiche di sviamento di potere, come negli ordinamenti nazionali. Si ricordano in particolare l'inosservanza di codici di condotta e il richiamo di elementi limitati e superati nella motivazione dell'atto. L'autore osserva come il settore in cui si è più di frequente fatto applicazione del predetto vizio, è quello del pubblico impiego.

Senza altro, comunque, deve dirsi che la Corte di Giustizia è parsa particolarmente (e, forse, eccessivamente) attenta a salvaguardare la sfera di discrezionalità dell'Autorità Amministrativa comunitaria, che è quella sulla quale, di regola, interferisce il sindacato sullo sviamento di potere.

¹³⁰ M.P. CHITI, *op. cit.*, 542.

Non di rado, così, si legge - nella motivazione delle sentenze - che la Corte, nell'effettuare il controllo di legittimità sull'esercizio dell'ampia libertà di valutazione di cui gode l'Istituzione comunitaria, non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell'Autorità competente ma deve limitarsi a stabilire se quest'ultima non sia viziata da errore manifesto o da sviamento di potere.

La giurisprudenza comunitaria ha, anche in seguito, nelle occasioni in si è espressa sullo sviamento di potere, precisato che “la nozione di sviamento di potere ha una portata ben definita che si riferisce al fatto che un'Autorità amministrativa abbia utilizzato i propri poteri per uno scopo diverso da quello per il quale le sono stati conferiti. Un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista per far fronte alle circostanze del caso di specie”.

Sul punto, è opportuno rimarcare che per la giurisprudenza comunitaria lo sviamento di potere è integrato anche qualora l'atto impugnato persegua un interesse pubblico diverso da quello legalmente

fissato¹³¹; a meno che, con il fine ulteriore e diverso, non sia perseguito anche il fine previsto dalla legge: in questo caso il perseguimento del fine indicato dalla norma attributiva del potere, per quanto non oggetto esclusivo della volontà amministrativa esplicitata nell'atto impugnato, determina la "sanatoria" dell'altro fine non previsto dalla legge.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa più volte ed in termini univoci: nel senso che non comporta invalidità il perseguimento dell'interesse alla "non complicazione amministrativa", o quello volto ad assecondare la politica economica di un Governo Nazionale¹³².

In sostanza, l'esistenza del fine legittimo (inteso quale quello fissato dalla norma attributiva del potere) è sufficiente per far respingere la censura di illegittimità del provvedimento che eventualmente persegua altresì altri e diversi fini.

Anche recentemente, nella sentenza della Corte di Giustizia n. 400 del 10 maggio 2005, nella causa C-400/99 - *Repubblica Italiana c. Commissione delle Comunità Europee* -, la Suprema Corte Comunitaria ha avuto modo di confermare che "la nozione di sviamento di potere implica che l'autorità amministrativa abbia esercitato i suoi poteri per uno

¹³¹ Così in dottrina, J. RIVERO, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la CECA*, in *Annuaire français de droit International*, 1958, 304.

¹³² Si guardi la sentenza della Corte di Giustizia CE 12 giugno 1958, in causa C-2/1957, *Compagnie des Hautes Fourneaux de Chasse c. Alta Autorità della CECA*, in *Racc.*, 1958, 135 e ss.

scopo diverso da quello per cui le sono stati conferiti. Una decisione è viziata da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottata per scopi diversi da quelli dichiarati

Ne discende che uno sviamento di potere avrebbe potuto essere accertato solamente se fosse stato dimostrato che la Commissione aveva deliberatamente qualificato nuovi aiuti misure di cui non poteva dubitare che fossero aiuti esistenti, soggetti al regime di controllo previsto dall'art. 88, n. 1, CE, o misure non rientranti neppure nell'ambito di applicazione degli artt. 87 CE e 88 CE. Altrimenti detto: solamente se fosse stato dimostrato che la Commissione aveva voluto perseguire a breve termine la sospensione di misure di cui non poteva dubitare che fossero ancora legittimamente attuabili, almeno fino alla conclusione del procedimento.”

Da ultimo, nella sentenza del 23 ottobre 2008 emessa dal Tribunale di I grado nella causa T-256/07, *tra People's Mojahedin Organization of Iran e Consiglio dell'Unione europea*, al punto 151, si è aggiunto che “la Corte e il Tribunale hanno ripetutamente stabilito che un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere

una procedura appositamente prevista dal Trattato CE per far fronte alle circostanze del caso di specie .

Si afferma, in sostanza, una nozione piuttosto stabile di sviamento di potere che ingloba in sé lo stesso regime di accertamento derivante dalla presenza di indizi obbiettivi, pertinenti e concordanti tali da dimostrare l'estraneità all'interesse del servizio della scelta compiuta dall'Amministrazione comunitaria¹³³.

Si evidenzia, quindi, l'aspetto della "prova" dello sviamento che, alla luce dell'indirizzo particolarmente rigoroso sul punto assunto dalla Corte di Giustizia, risulta spesso uno scoglio insormontabile per i ricorrenti.

Del resto, si è evidenziato¹³⁴ come l'ostacolo probatorio sia particolarmente ingombrante se solo si consideri che la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto che non siano in alcun modo sufficienti le presunzioni quali prove dello sviamento di potere.

Infatti, tale difficile prova, unitamente all'insindacabilità "intrinseca" della scelta discrezionale dell'Amministrazione comunitaria, hanno condannato lo sviamento di potere ad un'applicazione pratica del tutto residuale.

¹³³ In termini identici la Corte si era già espressa in causa C-23/76, *Luigi Pellegrini e C. s.a.s. c. Commissione*, in Racc., 1976, 1807 e ss.

¹³⁴ M. CONDINAZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009, 126.

Come detto, lo sviamento di potere è una classica censura all'operato delle Istituzioni Comunitarie che esercitano poteri discrezionali.

Recentemente, peraltro, tale censura è stata sollevata con riferimento a quella particolare sfera dell'attività amministrativa delle Istituzioni Comunitarie che, con linguaggio nazionale, definiremmo esercizio di discrezionalità tecnica.

Al proposito, la Corte di Giustizia ha più volte precisato che un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità.

Pertanto, il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che l'Autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto (di diritto o di fatto: così, ad esempio, in causa T-375/02 *Cavallaro c. Commissione*) o sviamento di potere, o se tale Autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale .

Nelle sentenze della Corte di Giustizia si legge, così, che “laddove la Commissione fruisca di tale ampia discrezionalità, la Corte, nell’effettuare il controllo di legittimità sull’esercizio di questa libertà, non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell’autorità competente, ma deve limitarsi a stabilire se quest’ultima non sia viziata da errore manifesto o da sviamento di potere ovvero se l’autorità di cui trattasi non abbia manifestamente ecceduto i limiti del suo potere discrezionale”.

Nei procedimenti riuniti C-211/03, C-299/03, C-316/03, C-318/03 la Corte ha affermato che un’Autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell’esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità.

Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l’esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l’operato di quest’ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o

se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale¹³⁵.

Nella sentenza n. 145 del 24 febbraio 2000, ancora, il Tribunale di I grado ha ricordato che la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale in merito agli elementi da prendere in considerazione per adottare una decisione di aggiudicazione di un appalto a seguito di gara . In questo caso, si è detto che il controllo del giudice comunitario deve limitarsi a verificare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di un manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere.

¹³⁵ Si legga l'ordinanza del Presidente della Corte, 11 aprile 2001, causa c-471/00, *Commissione c. Cambridge Healthcare Supplies*, in *Racc.*, 2865.

Capitolo IV

Conclusioni.

1. Parametro di riferimento del ragionamento del giudice: il principio di ragionevolezza.

Dall'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa condotta in questo lavoro emergono alcuni elementi importanti per comprendere come si sviluppa il ragionamento del giudice nell'esercizio del sindacato sulla discrezionalità amministrativa e tecnica.

Ritengo che si possa affermare che sono due i concetti fondamentali che stanno alla base del ragionamento del giudice: 1) principio di ragionevolezza e figure sintomatiche dell'eccesso di potere; 2) elementi esterni di supporto al ragionamento ovvero elementi esterni di completamento del ragionamento dell'amministrazione.

Con riguardo al primo aspetto, la giurisprudenza amministrativa sembra ormai costante nel fare applicazione, ancorché a volte non venga espressamente richiamato, del principio di ragionevolezza.

Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere vengono utilizzate non per accertare se l'amministrazione abbia perseguito l'interesse pubblico

predefinito dalle norme attribuite del potere ma se la scelta sia stata o meno conforme al principio di ragionevolezza stesso.

La figura sintomatica che meglio di ogni altra fornisce il senso di questo mutamento di prospettiva è rappresentata dal difetto di istruttoria: se il giudice ritiene che l'amministrazione non abbia effettuato la necessaria istruttoria ciò costituisce da solo motivo di invalidità dell'atto senza che occorre verificare se tale mancanza si sia risolta in concreto nella mancanza di tutela dell'interesse pubblico.

La ragionevolezza è pertanto divenuta una sorta di "regola di condotta" cui l'amministrazione deve uniformare il proprio comportamento.

Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere costituiscono forme di esemplificazione concreta della stessa regola di condotta nell'ambito di un meccanismo che sta alla base della formazione di tutte le regole di condotta generali.

Nell'esperienza amministrativa prima e in quella giurisprudenziale poi, l'osservazione delle vicende concrete ha condotto alla enucleazione di alcuni comportamenti dell'amministrazione che si risolvevano in una violazione degli interessi giuridici protetti. Questa esemplificazione amministrativa e giurisprudenziale ha consentito di fare ritenere che

quella condotta dovesse essere in qualche modo sanzionata con il rimedio della invalidità dell'atto amministrativo. In altri termini, si è ritenuto che quel determinato comportamento fosse contrario alla regola della ragionevolezza. In questa prospettiva le figure sintomatiche non solo altro che comportamenti dell'amministrazione, tipizzati soprattutto in sede giurisprudenziale, che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Da quanto esposto ne consegue che se l'amministrazione pone in essere una determinata attività rispondente ad una figura sintomatica ciò è sufficiente per ritenere violata la regola di condotta generale della ragionevolezza. Non esiste dunque diversità tra ragionevolezza e figure sintomatiche in quanto quest'ultime non solo altro che il nome "concreto" delle singole condotte poste in essere dall'amministrazione in contrasto con la ragionevolezza che è il nome "generale" del comportamento standard che l'amministrazione deve porre in essere.

Questa modalità di operare dell'amministrazione e i conseguenti poteri del giudice riprendono, pur nella diversità dei contesti, i concetti privatistici di buona fede e dei poteri del giudice. La buona fede costituisce una regola generale di condotta, prevista dal codice civile che non ne fornisce una definizione, cui devono uniformare il proprio

comportamenti i singoli. La Cassazione, anche in questo ambito, è ricorsa ad una sorta di tipizzazione dei comportamenti contrari alla regola generale della buona fede all'esito dell'osservazione dei comportamenti che nella prassi vengono posti in essere. Si parla di tipizzazione giurisprudenziale dei comportamenti contrari alla buona fede. Ad esempio la Cassazione ritiene che sia in contrasto con la buona fede il comportamento di chi non comunica all'altra parte determinati dati o elementi in suo possesso relativi alla natura del bene oggetto di contrattazione. Una volta che il giudice accerta la presenza di questa condotta sanziona il comportamento per violazione della regola della buona fede.

Ritengo che possa essere svolto un utile parallelismo tra il meccanismo che presiede all'accertamento della violazione del principio di ragionevolezza e il meccanismo che presiede all'accertamento della violazione del principio di buona fede con riferimento in particolare ai poteri privati. E cioè valutare il ragionamento che fa il giudice civile per sindacare i poteri privati alla luce dei principi generali di buona fede e correttezza. Da questa analisi comparativa sono emersi spunti di interesse per valutare il sindacato sull'eccesso di potere.

La Cassazione si è occupata soprattutto del sindacato giurisdizionale relativo alle delibere societarie e in particolare ha affrontato la questione relativa al cosiddetto abuso del potere di maggioranza in ambito societario.

E' interessante dunque stabilire qual è il ragionamento che fa il giudice civile quando sindacava il potere privato alla luce del principio di buona fede e qual è il ragionamento del giudice rispetto al principio di ragionevolezza.

Ho riscontrato una certa analogia almeno con riguardo alle modalità del sindacato.

Come noto, le delibere societarie sono adottate da persone giuridiche private nell'esercizio di un potere privato. La Cassazione ha affermato che la società non deve abusare del proprio potere e lo strumento che si utilizza per stabilire se nel nostro caso la società ha abusato del potere è costituito dal principio generale di buona fede e correttezza. Se il potere privato è esercitato con modalità che si pongono in contrasto con il principio di buona fede ci troviamo in un caso di abuso del potere. La dottrina civilistica ha chiarito che per aversi abuso di potere nel diritto privato è necessario che la norma assegni un potere discrezionale al soggetto privato. Se dunque vi è un potere privato discrezionale e l'ente

lo esercita violando il principio della buona fede il comportamento integra gli estremi di un abuso del potere che viene sanzionato, in presenza di una società, con il rimedio dell'annullamento della delibera. Evidente dunque che compaiono tutte le componenti proprie del sindacato sui poteri pubblici e cioè: potere, discrezionalità, figura sintomatica, regola di condotta, rimedio dell'annullamento. La differenza è data dal fatto che nel diritto pubblico per sindacare il potere pubblico si utilizza il principio generale di ragionevolezza, nel diritto privato il principio di buona fede.

2. Il percorso del ragionamento del giudice modulato alla luce delle singole figure sintomatiche.

Se il rapporto tra figure sintomatiche e ragionevolezza deve essere inteso, alla luce dell'analisi della giurisprudenza svolta in questo lavoro, come rapporto tra comportamenti singoli tipizzati dalla giurisprudenza e regola generale di condotta, l'altra questione centrale analizzata ha riguardato la rilevanza di altri elementi esterni che consentono di pervenire a quella valutazione.

In altri termini si tratta di stabilire come il giudice arrivi a ritenere che quel difetto di istruttoria o quell'errore di fatto siano rilevanti e dunque costituiscano una vera e propria figura sintomatica.

E' questo il piano della individuazione e ricostruzione del ragionamento dell'amministrazione e del giudice.

Quando il giudice amministrativo è chiamato dal ricorrente ad accertare l'esistenza di un vizio di incompetenza o di violazione di legge, egli deve istituire un confronto fra l'atto impugnato e la norma regolativa della competenza o di altro aspetto che si assume violato.

Ovviamente le cose si complicano quando il ricorrente denuncia l'inosservanza da parte dell'amministrazione della *ratio legis*, ossia della finalità perseguita, del suo significato in relazione ad altre norme che con essa formano un sistema (arg. *ex art.* 1363 c.c.), della "intenzione del legislatore" (art. 12 preleggi).

In questo caso, infatti, l'indagine richiesta finisce quasi con il coincidere con quella che il giudice compie in relazione ad una denuncia di sviamento di potere (che segue anch'essa l'identificazione del fine della legge).

Quando il vizio prospettato nel ricorso corrisponde ad una figura sintomatica l'operazione richiesta al giudice è più complessa e varia anche in rapporto alle singole figure sintomatiche.

Si pensi, ad esempio, al motivo con cui il ricorrente segnala un difetto di istruttoria. Se l'atto omesso è prescritto dalla legge (per es. un parere

obbligatorio) allora la censura si risolve in una denuncia di violazione di legge. Se, come accade nella maggior parte dei casi, l'omissione non riguarda un atto o un operazione prevista dalla legge, ma un atto o un operazione che, a giudizio del ricorrente, doveva essere compiuto, il giudice è chiamato a stabilire se "i presupposti di fatto" che devono sussistere per la legittimazione del provvedimento sono stati debitamente accertati ossia se le "risultanze dell'istruttoria" (art. 3, l. 241/1990) siano adeguate rispetto all'accertamento richiesto.

Il giudice, vagliando la ricostruzione del fatto, operato dall'amministrazione, procede in sostanza ad una sua ricostruzione, istituisce un suo collegamento tra i "presupposti di fatto" e le "ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione": compie cioè un operazione logico-giuridica dal cui esito (se conforme o difforme da quello compiuto dall'amministrazione) dipende l'esito del ricorso.

Da tenere presente che pure la Corte di Cassazione, che non è giudice del fatto, conosce di esso "quante volte i giudici del merito vi siano pervenuti attraverso criteri illogici o antigiuridici"¹³⁶.

¹³⁶ Così la sentenza presa in esame da G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Padova, 1964.

A maggior ragione tale sindacato viene esercitato dal giudice amministrativo che, pur investito, con l'azione di annullamento, di una funzione sostanzialmente cassatoria, può conoscere del fatto, com'è attestato dalla presenza che risale alle origini della giustizia amministrativa di alcuni, sia pur limitati, mezzi istruttori.

Aggiungerei che la cognizione e la ricostruzione del fatto spetta al giudice amministrativo anche in certi casi in cui viene denunciata una violazione di leggi: quando ad es. il ricorrente nega che la concreta fattispecie sia riconducibile alla previsione normativa di cui l'amministrazione ha fatto applicazione.

Facciamo, adesso, l'esempio del motivo con cui viene denunciata la violazione della prassi: la prassi, poniamo, di tollerare piccole violazioni edilizie, contraddette dal provvedimento impugnato (un ordine di demolizione).

Poiché la prassi, in questo caso, consiste in un comportamento negativo, protratto nel tempo, il giudice è chiamato ad accertare in primo luogo se tale prassi sia effettivamente esistente (a fronte di una difesa processuale dell'amministrazione volta a negarla) e se, in secondo luogo, una volta accertata l'esistenza di un comportamento tollerante ma *contra legem* protratto nel tempo, voglia dare fondatezza al motivo di censura.

Quel che è certo, in casi del genere, è che il fatto che viene in rilievo nel processo non è soltanto quello “presupposto” alla decisione - come esprime l’art. 3, della l. 241/1990 – ma un contegno protratto nel tempo che viene assunto come termine di controllo rispetto all’atto impugnato.

Qualcosa di analogo si verifica quando viene denunciata una disparità di trattamento. Qui il confronto viene sollecitato in relazione ad un singolo precedente (o anche rispetto ad un atto contemporaneo: per es. una stessa infrazione disciplinare commessa da una persona alla quale sono applicate sanzioni diverse).

Il giudice, in questo caso, mette a confronto due situazioni intese non come pure e semplici situazioni fattuali, ma anche come situazioni giuridicamente qualificate. Se un dirigente ed un suo autista si sono appropriati indebitamente di una somma dell’amministrazione, ben può la sanzione disciplinare essere differenziata: perché alla identità del comportamento, trattandosi di correi, corrisponde una diversità di situazioni soggettive, perchè dal dirigente si pretende un senso del dovere ben maggiore di quello che si può pretendere da un autista. Sicchè ben si giustificano due sanzioni disciplinari diverse per le due persone. Il ragionamento del giudice amministrativo in questo caso, non è diverso da quello che svolge la Corte Costituzionale quando è chiamata a decidere

una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. Per valutare se le situazioni che, secondo il rimettente siano effettivamente uguali, sicchè non giustificerebbe un trattamento normativo diverso, la Corte deve mettere a confronto le due situazioni esaminando non soltanto gli assetti fattuali ma anche quelli che rientrano nella qualifica semigiuridica.

L'argomentazione del giudice amministrativo, è ancora difforme di fronte ad una censura di violazione del principio di proporzionalità (anch'essa ricondotta al paradigma dell'eccesso di potere). Qui il confronto che il giudice è chiamato ad effettuare non è tra due atti o tra due situazioni, ma riguarda il rapporto tra la misura presa e l'obiettivo perseguito. Se fra queste due entità vi è sproporzione il giudice lo stabilisce, per un verso, passando in rassegna le misure giuridiche possibili, alternative a quelle prese, ossia mediante una ricognizione del complessivo quadro normativo (per stabilire, ad es., se lo stesso obiettivo poteva essere perseguito con una servitù di passaggio anziché con una espropriazione); e per altro verso, facendo riferimento a massime di esperienza (per es. per realizzare un edificio scolastico bastano 5000 mq anziché i due ettari previsti dalla dichiarazione di pubblica utilità).

Analoga ma non identica, è l'operazione mentale richiesta da una censura di manifesta ingiustizia. Anche in questo caso, a differenza che nella disparità di trattamento, non viene in rilievo un confronto tra due situazioni. Il giudizio che il ricorrente sollecita è fondamentalmente un giudizio di valore: giusta o ingiusta è la misura presa? Un giudizio che non è quello soggettivo del giudice. Se l'ingiustizia deve essere manifesta, per giustificare l'accoglimento del motivo, deve essere tale che tutti la possono cogliere, appunto perché manifesta.

Ancora.

Il motivo che è proposto avverso il provvedimento (per es. la valutazione di una prova di esame) impugnato perché la Commissione non ha stabilito criteri di massima o li ha stabiliti in modo troppo generico (il difetto o l'insufficienza dell' "autolimita"). Qui il giudice deve stabilire se i criteri stabiliti nel bando o nella legge sono sufficienti a guidare la condotta dei commissari o debbono essere integrati: un operazione logica con la quale il giudice finisce per vestire i panni del commissario scrupoloso e quindi, ancora una volta, confermando la valutazione della commissione (quando respinge il ricorso) o sostituendo a quella la propria valutazione.

Infinite sono poi le variazioni possibili in presenza di una censura di insufficienza della motivazione.

Qui il giudice può ritenere adeguata la motivazione così come è formulata nel provvedimento impugnato; può ritenerla sostanzialmente sufficiente, sebbene non articolata adeguatamente (e in questo caso il giudice sostanzialmente la integra); può ritenere che, alla luce della difesa dell'amministrazione nel giudizio, la motivazione sia sufficiente (il divieto di integrazione giudiziale non sempre viene assicurato); può cogliere una contraddizione tra due motivi posti alla base dell'annullamento; può risalire ad altro atto dell'amministrazione, anche non richiamato dal provvedimento impugnato (art. 3, co. 3, l. 241/1990) per ricavarne una motivazione sufficiente; può pervenire alla conclusione che se anche la motivazione non è corretta e che, quindi, avrebbe dovuto essere diversa, l'esito del procedimento sarebbe stato lo stesso.

In definitiva, la sentenza del giudice amministrativo in un processo in cui il ricorrente prospetta figure sintomatiche di eccesso di potere, difficilmente si esaurisce in un sillogismo o in una sussunzione.

Fatti, voleri, qualificazioni giuridiche, massime di esperienza, principi economici (si pensi ai criteri di economicità ed efficacia enunciati dall'art. 1, l. 241/1990) idiosincrasie personali, confluiscono tutti in una

pronuncia che riguarda una situazione concreta ma che è intessuta di proporzioni generiche o universali¹³⁷.

Naturalmente, queste conclusioni valgono per qualunque giudizio in qualunque processo, quando la domanda di annullamento dell'atto poggia su figure sintomatiche dell'eccesso di potere, la sentenza ha delle peculiarità, sul piano logico-giuridico, che si è cercato di evidenziare.

¹³⁷ J. DEWEY, *Logica. Teoria dell'indagine*, Torino, 1974, I, cap. VII-XIV della parte seconda, pag. 154 ss)

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto amministrativo I*, parte generale, Monduzzi Editore

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

A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Collana delle pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pisa, Milano;

G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere*, in *Dir. Amm.*, 2/2000, pag. 196 ss.

F. BENVENUTI, *Spunti di diritto amministrativo, parte generale*, Padova, 1987;

F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950;

G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Padova, 1964;

C. CAMILLI, *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1965, 1046;

- R. CARANTA, *Giustizia Amministrativa e Diritto Comunitario*, Napoli, 1992;
- E. CARDI – S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino 1988;
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010;
- F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, tomo II, Milano, 2003;
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2005;
- S. CASSESE, *Casi e materiali di diritto amministrativo*, Bologna 2000;
- S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, M, 2004;
- S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, tomo primo, seconda edizione, Milano 2003;
- S. CASSESE C. BATTINI R. G. FRANCHINI PEREZ VESPERINI, *Manuale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2005;
- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 2001;
- V. CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Torino, 2002;
- V. CERULLI IRELLI, *Principi di diritto amministrativo*, 2005;
- M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, III ed., Milano, 2008;
- A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano 2001;

A:CODACCI PISANELLI, *Eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 1893;

S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limite della discrezionalità*, Milano 1993;

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2004;

G. CORSO, *Commento all'art. 1, della Legge 241/1990*, in *Codice dell'Azione Amministrativa (a cura di M.A. Sandulli)*, Giuffrè, 2001;

G. CORSO-G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011;

J. DEWEY, *Logica. Teoria dell'indagine*, Torino, 1974;

E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa- le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in www.giustamm.it;

U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, nota a Cons. St., sez. IV, 30 luglio 1931, in *Foro it*, 1932, III;

GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965;

R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urb. App.*, 1997, n. 3;

J. GAUDEMONT, *Droit Administratif*, 19^e ed., 2010;

- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988;
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939;
- M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963;
- M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità Europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IV, 2003;
- F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Riv. di dir. Pubbl.*, 2000;
- C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, www.provincialecco.it;
- F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1974, 368;
- F. MODUGNO, *Eccesso di potere (Profili generali, eccesso di potere amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, III, Roma 1989;
- F. MODUGNO e M. MANETTI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989;
- G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001;
- G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti fondamentali davanti alla Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 2006;

C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Torino, 1935;

L. MUSSELLI, *Evoluzione del détournement de pouvoir in ambito comunitario ed ipotesi di raffronto con l'ordinamento amministrativo interno*, in *Rivista italiana di dir. pubbl. com.*, 2, 1996;

G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007;

F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli 1991;

V. OTTAVIANO, *Merito. Diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964;

N. PAOLOANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991;

G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2003;

E. PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994;

V. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano 1958;

E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano 1911, 121;

- J. RIVEDO, *Droit Administratif*, II^a ed., 1985;
- F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938;
- G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, Appendice, III, Torino, 1982;
- G. SACCHI MORSIANI, *Il potere amministrativo delle Comunità Europee e le posizioni giuridiche dei privati*, 1965;
- G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993;
- M. SALANDRA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Roma, 1921;
- SANTI ROMANO, *Prime pagine*, 1990;
- F.G. COCA, M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo* in *Diritto amministrativo*, a cura di COCA F.G., Torino, 2008;
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa privata*, *Il diritto dell'economia*, in *Attività economica privata e potere amministrativo*, 1962;
- S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, 2006;

A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano 2006;

G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005;

A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie* in *Dir. U.E.*, 1996;

L. TORCHIA, *Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2001;

G.L. TOSATO, *Regolamenti comunitari*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988;

A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Diritto pubblico*, 2000;

C.A. TROJANI, *Lineamenti di giustizia amministrativa nel sistema comunitario*, Pubblicazione dell'Istituto di studi europei A. De Gasperi, Roma, 1990;

D. VAIANO, *Gli atti amministrativi*, in *Codice della Giustizia amministrativa* a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2008;

R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo* a cura di L.MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO. F.A. ROVERSI MONACO, F.G.SCOCA, Bologna, 2005;

R.VILLATA e M.RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, nel
Sistema del diritto amministrativo italiano, diretto da F.G. SCOCA, F.A.
ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2007;

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, VIII ed., Milano,
1958.