

# **CORTE DEI CONTI – CICLO DI CONVEGNI “GIUSTIZIA AL SERVIZIO DEL PAESE”**

## **IL PRINCIPIO DI LEGALITA’**

**FIRENZE, 20-22 NOVEMBRE 2024**

Relazione: “*Il principio di legalità nell’esercizio del potere e nel relativo scrutinio giurisdizionale*”.

1. Il principio di legalità nell’ottica e dalla prospettiva del Giudice amministrativo: una “questione” recente nella storia delle collettività umane

1.1. Cenni di filosofia del diritto.

Mi sia consentito, in apertura, un velocissimo cenno ad alcuni aspetti del pensiero politico-giuridico occidentale moderno, al fine di traguardare prospetticamente la “questione” costituita dal principio di legalità.

Secondo i giusnaturalisti del 1600 (che assumevano la naturale socievolezza e moralità dell’uomo), al di là e prima del diritto positivo l’uomo (ogni uomo) trae la regola della propria condotta da una “*norma della retta ragione*”, che gli consente di discriminare *ex se* la correttezza o meno di un’azione “*secondo che sia o no conforme alla natura razionale*” (così Grozio).

Il diritto, in sostanza, precede e fonda la legge formale (ossia l’istituzionalizzazione della vita associata); questa, specularmente, non è che (*recte*, non deve essere che) la codificazione di regole naturali preesistenti, comuni a tutti gli uomini, assolute, eterne ed immutabili.

La legalità formale, dunque, non è che la traduzione scritta di regole già ontologicamente insite nella natura umana, da cui il diritto (il buon diritto) deriva e su cui *naturaliter* poggia, non dovendovi aggiungere niente.

Di regola, pertanto, quello che oggi chiamiamo principio di legalità si risolve in una sorta di “principio di naturalità” trasposto in forma scritta, formale e solenne: l’attuazione della (buona) legge sarebbe dunque cosa del tutto naturale per gli uomini.

Invece, per il contemporaneo Hobbes (secondo cui l’uomo è un essere intrinsecamente amorale), l’ordinamento giuridico, creazione tutta umana finalizzata a consentire l’altrimenti impossibile vita associata, è assolutamente artificiale e prescinde *in toto* dalla morale e da qualunque quadro di valori esterno.

Il diritto, inconcepibile nello stato di natura, consegue dunque alla legge; questa crea regole di condotta *ex nihilo*, la cui validità non dipende da alcun referente esterno.

La legalità formale si impone *ab externo* sull’uomo, non corrisponde necessariamente al senso comune e trae la propria forza solo ed unicamente dal potere del Leviatano.

La legge, quindi, si presenta come archetipo massimo di convenzionalità, scissa da ogni riferimento alla natura delle cose.

Nel secolo successivo, Montesquieu compie una sorta di sintesi (su cui, di massima, si fonda la visione odierna), laddove sostiene che il diritto sia sì una creazione umana, ma non si dia (non si possa dare) astratto e assoluto, poiché dipende inevitabilmente, in ogni aggregato umano, da un tessuto di specifici condizionamenti (sociali, economici, culturali, antropologici) extra e pre-giuridici che ne condizionano inevitabilmente il contenuto (lo “*spirito delle leggi*”).

Il diritto, dunque, come convenzionalità sì precettiva, ma per certi aspetti condizionata dalla realtà umana che va a normare, dai cui tratti costitutivi non si può (tanto nel momento della creazione, quanto in quello dell’interpretazione) prescindere.

### 1.2. L’evoluzione storica degli ordinamenti giuridici.

Venendo alla storia degli ordinamenti giuridici, nel mondo occidentale moderno le istituzioni si sono sviluppate da un modello verticistico ed assolutistico, in cui la legge è nient’altro che la volontà (indiscutibile ed arbitraria) del sovrano (tale, ricordiamolo, per “grazia di Dio”), ad un modello in cui la legge è l’espressione (laica) della volontà del popolo, veicolata da rappresentanti all’uopo periodicamente eletti mediante il ricorso a specifiche procedure assembleari.

Prima dell’avvento del c.d. Stato moderno, infatti, i tre classici poteri - giudiziario, esecutivo e legislativo - erano nelle mani di un unico organo, il Sovrano; l’attività amministrativa e quella giurisdizionale erano esercitate da funzionari, che dipendevano direttamente dal Sovrano ed al quale esclusivamente rispondevano: non solo, dunque, non vi era in radice una distinzione fra attività amministrativa e attività giurisdizionale, ma prima ancora era semplicemente inconcepibile la teoria stessa del principio di legalità.

Con la successiva evoluzione storica, il potere legislativo passa gradualmente dalle mani del Sovrano a quelle delle assemblee legislative.

Da un sistema in cui dominava la mera volontà (arbitraria, mutevole, unilaterale) del sovrano, ossia di fatto vigeva (concettualmente) un principio di autorità, si passa quindi ad un opposto sistema in cui tutto l’apparato istituzionale è interamente soggetto al diritto creato dal popolo stesso mediante propri rappresentanti.

Il potere, ora, non precede la legge, ma è esso stesso creato, disciplinato e limitato dalla legge, che appunto lo pone e regola.

Altrimenti detto, la legge non trae la propria forza dal potere, ma è il potere ad essere frutto della legge e a trarre da essa la propria legittimità, il proprio carattere, i propri limiti.

Si afferma, in sostanza, il principio di necessaria soggezione del potere alla legge: fa il suo ingresso nella storia il principio di legalità dell’azione amministrativa, come oggi lo conosciamo.

### 1.3. La progressiva affermazione del principio di legalità.

Il principio di legalità, inizialmente, si fa strada come un principio che assolve una specifica funzione garantistica.

Tale funzione si identifica, in un primo momento, come garanzia dei diritti di proprietà a fronte del potere.

In seguito, soprattutto a partire dai primi del Novecento, si connota come istanza di protezione, a fronte appunto dell'esercizio del potere, di tutte le situazioni giuridiche individuali, anche non meramente dominicali, ritenute meritevoli di tutela dall'ordinamento.

In questa concezione relativamente recente nella storia dell'uomo (occidentale), il suddito è dunque evoluto in amministrato, che, in quanto tale, lungi dal versare in uno stato di mera soggezione di fronte al potere, è di contro titolare di un'autonoma ed originaria posizione giuridica qualificata (l'interesse legittimo), che gli consente, allorché la sua sfera giuridica sia intaccata da un atto espressione di potere, di contestare l'effettiva rispondenza di tale atto al superiore paradigma legale.

Solo in questo contesto istituzionale, approdo dell'evoluzione culturale di secoli, può darsi, già concettualmente, un Giudice amministrativo, perché solo in questo contesto è ipotizzabile un sindacato sull'esercizio del potere.

Questo sindacato, in omaggio al principio di separazione dei poteri, non può che essere svolto ad opera di un Organo giurisdizionale che sia, al contempo, esterno ed estraneo al potere stesso (che altrimenti giudicherebbe sé stesso) ed al potere giudiziario ordinario (che altrimenti avrebbe una oggettiva supremazia sull'esecutivo).

Il Giudice amministrativo, dunque, è, in tutti i suoi caratteri, figlio del tempo (di una fase fenomenologica avanzata dello spirito, direbbe Hegel) ed è un portato istituzionale dell'evoluzione storica del diritto e delle istituzioni politiche.

2. Il contenuto del principio di legalità: le tre possibili accezioni: i) in senso debolissimo ii) in senso debole – formale iii) in senso forte - sostanziale

Delineate le origini e la funzione del principio di legalità, occorre, a questo punto, delineare l'*ubi consistam* del principio in esame e stabilire quali siano i suoi confini semantici.

Da un'iniziale concezione limitata (legalità in senso debolissimo), secondo la quale il principio di legalità era considerato nei termini di mera "*non contraddittorietà dell'atto amministrativo rispetto alla legge*" (in questa accezione di legalità, la prima ad essere proposta dal punto di vista storico, l'Amministrazione può fare tutto ciò che non sia impedito dalla legge), si evolve ad una concezione più ampia.

In questo senso (cd. legalità in senso debole o formale), si ritiene che la legge si limiti ad attribuire specificamente il potere al soggetto pubblico, senza tuttavia predeterminarne le

modalità di esercizio: ciò al fine di evitare di creare ostacoli al perseguimento concreto degli interessi affidati alla cura dell'Amministrazione.

Posto che tale configurazione del principio di legalità finisce, nella pratica, per conferire poteri pressoché “in bianco” all'amministrazione, è andata infine affermandosi l'odierna concezione forte (o sostanziale) della legalità.

Questa differente declinazione implica la doverosa predeterminazione procedurale, contenutistica e teleologica, da parte della legge, del potere attribuito all'Amministrazione, di cui, dunque, la legge individua non solo l'*an*, ma anche – e con precisione – il *quomodo* (ossia le concrete modalità di esercizio) ed il fine specifico.

Si affermano, in quest'ottica, i profili di tipicità (tassatività del potere) e nominatività (infungibilità del potere).

I poteri che l'Amministrazione può esercitare sono soli quelli specificamente ed espressamente attribuiti dalla legge (tipicità del potere).

Ad ogni interesse pubblico indicato dalla legge, corrisponde uno specifico potere (nominatività del potere).

### 3. La natura proteiforme del principio di legalità fra attività amministrativa vincolata e attività amministrativa discrezionale.

Il principio di legalità, pur nella sua unitarietà concettuale (quale necessaria iscrizione dell'esercizio del potere nell'ambito delle previsioni della legge), si atteggia in maniera diversa a seconda che l'attività amministrativa espressione di potere sia discrezionale ovvero vincolata.

L'attività vincolata si caratterizza per il fatto che la legge predetermina in tutti i suoi aspetti le modalità di azione della pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico: pur se l'effetto finale non deriva direttamente dalla legge, ma dal provvedimento amministrativo, il contenuto di quest'ultimo è interamente definito a monte dalla disposizione attributiva del potere.

Qui il principio *de quo* si presenta come necessità, per così dire statica e formale, di una piana (e piena) conformità dell'esercizio del potere al superiore dettato legislativo.

L'attività discrezionale si sostanzia, invece, nella scelta fatta dall'Amministrazione tra le (potenzialmente molteplici) modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, all'esito di un giudizio concreto di valutazione comparativa dell'interesse pubblico primario, degli interessi pubblici secondari nonché degli interessi privati.

La discrezionalità, dunque, assicura all'Amministrazione la necessaria flessibilità per inverare la scelta legislativa nella specificità della fattispecie concreta.

Qui il principio di legalità si atteggia, in maniera per così dire dinamica e sostanziale, come necessario rispetto, all'atto dell'esercizio concreto del potere, del perimetro (per così dire esterno) delineato dalla legge.

#### 4. La faccia oscura della Luna: il principio di legalità e il mancato esercizio del potere.

Nel nostro ordinamento, l'esercizio del potere, ove l'Amministrazione sia stimolata da un'istanza del privato (salvi i casi di autotutela, su cui *infra*) o, comunque, debba *ex lege* agire d'ufficio, è doveroso: il procedimento, in tali casi, va iniziato e concluso (nei tempi previsti dalla legge – v. relazione che segue) con un provvedimento espresso.

Il potere, dunque, è di regola ad esercizio necessario e la mancata spendita è sindacabile anche in sede giurisdizionale.

Il principio di legalità, quindi, si connota anche di un tratto di doverosità, conseguenza della funzionalizzazione del potere a fini indicati dalla legge che devono, pertanto, essere perseguiti.

Peraltro, in taluni casi il silenzio dell'Amministrazione ha, per legge, gli stessi effetti di un provvedimento espresso (di accoglimento – regola generale per i procedimenti ad iniziativa di parte ex art. 20 l. n. 241 del 1990 - o di rigetto dell'istanza del privato – es. istanza di autorizzazione allo svolgimento di incarico non ricompreso nei doveri di ufficio conferito da soggetti diversi dalle Pubbliche Amministrazioni, art. 53 d.lgs. 165 del 2001).

In tutti gli altri casi, il silenzio - significativamente denominato silenzio-inadempimento (al dovere di provvedere) o silenzio-rifiuto (di provvedere) - è giustiziabile avanti il Giudice amministrativo (v. *infra*).

#### 5. Un passo indietro: cosa si intende per legge

Tornando ad una trattazione generale ed assumendo una visione a cerchi concentrici, dobbiamo progressivamente chiederci:

I - come deve essere la legge per essere valido referente per l'esercizio del potere prima, e per lo scrutinio circa il relativo esercizio, poi;

II - come deve svolgersi il potere per essere conforme alla legge;

III - come, in quali forme e con quali limiti può il Giudice amministrativo controllare l'esercizio del potere.

##### 5.1. Principio di legalità costituzionale

Nell'attuale ordinamento italiano, la fonte di diritto suprema, gerarchicamente sovraordinata rispetto a tutte le altre, è la Costituzione della Repubblica (autentica *Grundnorm*, in ottica kelseniana).

Il principio di legalità viene qui in rilievo nella sua veste di legalità - indirizzo, attribuendo alla legge, per quanto qui di interesse, il compito di indirizzare l'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

In questa declinazione il principio in esame rinviene un fondamento diretto nell'art. 1 della Costituzione, secondo cui *“l'Italia è una repubblica democratica”* e *“la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”*.

In un sistema che si fonda sul metodo democratico, le scelte devono spettare al Popolo, che le attua tramite i propri organi rappresentativi *id est* il Parlamento.

Se, dunque, la nozione di amministrazione evoca un'attività posta in essere nell'interesse altrui – nell'interesse pubblico che fa capo al Popolo – è necessario che tale interesse sia individuato dagli stessi amministrati tramite la rappresentanza parlamentare.

Il principio di legalità viene in rilievo anche come legalità – garanzia, dacché l'art. 113 della Costituzione prevede la giustiziabilità degli atti dell'Amministrazione così garantendo non solo il destinatario dell'azione amministrativa, ma anche gli eventuali ulteriori soggetti pregiudicati dal provvedimento emanato.

Il nostro sistema, quindi, si pone come sistema chiuso, che non riconosce valenza autonomamente precettiva a principi extra-giuridici, fondandosi viceversa su un concetto tutto positivo di diritto (scritto, formale, rigido).

La Costituzione, tuttavia, rimanda a valori (ad es., i diritti inviolabili, la libertà personale, il domicilio) il cui contenuto concreto, effettivo ed attuale non può essere apprezzato se non con uno sguardo esteso oltre il dato puramente giuridico, ma, di contro, proteso a cogliere la dimensione sociale, culturale, in definitiva pre-giuridica (meglio, meta-giuridica) della vita associata, strutturalmente mutevole nel tempo: sui caratteri e sulla competenza ad effettuare questa “lettura” del dato sociale torneremo a breve.

## 5.2. Principio di legalità convenzionale

Tra le fonti del diritto che regolano la legge (e, dunque, indirettamente) l'agere amministrativo deve annoverarsi anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), che è uno dei più importanti Trattati ed è stata costituita tra i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa a tutela dei diritti fondamentali.

L'art. 117, comma 1, Cost. prevede che le leggi statali e regionali devono rispettare non solo i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, ma anche gli obblighi internazionali.

Il diritto internazionale pattizio (fra cui la Cedu) si pone, pertanto, come “norma interposta”, con la conseguenza che la sua inosservanza comporta violazione della Costituzione.

## 5.3. Principio di legalità unionale

Sul piano europeo, il principio di legalità europea si impone come primato del diritto UE, che, in virtù della cessione di sovranità (v. infra), trova applicazione in modo diretto e – fermo l’istituto della disapplicazione – vizia di incostituzionalità le leggi con esso contrastanti, anche nei casi in cui le disposizioni del diritto UE non siano direttamente applicabili (art. 117, comma 1, Cost).

#### 5.4. La legge.

Per quanto qui di interesse, la legge è disciplinata dalla Costituzione solo in chiave procedimentale, come il frutto – appunto – di uno specifico procedimento che si svolge all’interno dei due rami del Parlamento, nel rispetto del regolamento che ciascuna Camera si è autonomamente data (cfr. articoli 70 – 74 Cost.), ovvero in ciascun Consiglio Regionale (articoli 117 e 121 Cost.), ovvero ancora nelle Province autonome di Trento e Bolzano (cfr. articolo 116 e legge costituzionale di approvazione dello statuto).

Vi sono, poi, anche atti del Governo non aventi natura di legge (ma, al contrario, costituiti da decreti, forma giuridica tipica dell’esecutivo) ma, cionondimeno, dotati della medesima forza (cfr. articoli 76 e 77 Cost.).

In ambedue i casi, possono darsi:

- vizi nel procedimento di formazione;
- vizi nel contenuto, in quanto questo collide con uno o più dei valori giuridici cristallizzati dalla Costituzione e, come tali, connotati da rango giuridico superiore rispetto alla legge.

#### 6. La Pubblica Amministrazione di fronte alla legge.

Quale che sia la tipologia del vizio ed indipendentemente dal fatto che questo afferisca alla legge che attribuisce il potere o a quella che semplicemente ne regola l’esercizio, l’Amministrazione non ha la facoltà di rilevarlo *motu proprio* e, quindi, di esimersi dall’applicazione del *dictum* legislativo.

L’Amministrazione, infatti, proprio in virtù del principio di legalità e della natura stessa del potere esecutivo di cui fa parte (tenuto ad eseguire quanto disposto dal potere legislativo, sia pure in posizione costituzionalmente autonoma), è vincolata ad attuare le previsioni della legge (e degli atti aventi la medesima forza).

Essa deve, dunque, ottemperare alla relativa disciplina, senza poter avanzare obiezioni (purché, ovviamente, una legge si dia, ossia non ricorrano casi abnormi in cui la difformità dalle coordinate costituzionali è tale da non potersi assumere, di un atto, la natura stessa di legge).

Vi è un’ipotesi di apparente deroga a tale principio.

L’Amministrazione, infatti, deve non applicare la legge nazionale ove questa:

- disciplini autonomamente materie che i Trattati UE assegnano alla competenza esclusiva dell'Unione Europea (art. 3 TFUE - es. politica commerciale comune);
- disciplini materie che: a) i Trattati assegnano alla competenza concorrente dell'Unione Europea (art. 4 TFUE - es. trasporti) e b) rechi un contenuto che collide con specifiche fonti unionali vigenti dotate di efficacia diretta (regolamenti, direttive *self-executing* per le quali sia decorso il termine per il recepimento, decisioni, in ipotesi anche disposizioni precise e puntuali dei Trattati)<sup>1</sup>.

Questi casi, in realtà, costituiscono una conferma del principio visto *supra*.

Poiché la Repubblica ha accettato, con la sottoscrizione dei Trattati, una limitazione della propria sovranità consentita dalla Costituzione (art. 11 Cost.) e poiché tali Trattati hanno perimetrato i casi in cui la disciplina normativa è (in varia misura) sottratta alla competenza legislativa nazionale ed attratta alle fonti del diritto europeo, l'Amministrazione è tenuta ad applicare alla singola fattispecie posta al suo esame la disciplina per così dire corretta: ove questa sia quella unionale, l'Amministrazione non può che disapplicare, ove necessario, la legislazione nazionale contrastante, perché altrimenti violerebbe il principio di legalità.

Sull'Amministrazione grava, quindi, il preliminare dovere istituzionale di individuare il *corpus* normativo da applicare (se unionale o interno), operazione questa che implica una delicata attività ermeneutica.

Vale evidenziare che la singola Amministrazione, in quanto tale, non ha la facoltà di adire direttamente la Corte di Giustizia UE con un'azione di invalidità dell'atto unionale che essa ritenga di dover applicare nel caso concreto, spettando tale facoltà, peraltro entro un rigido termine di decadenza (due mesi), allo Stato membro unitariamente inteso (art. 263 TFUE), con un'azione che, in diritto nazionale, chiameremmo in via principale.

## 7. Il Giudice amministrativo di fronte alla legge.

Viceversa, il Giudice Amministrativo deve, anche *ex officio*, interrogarsi sulla legittimità del referente legislativo (nazionale o interno) che regola la fattispecie di esercizio del potere portata al suo esame.

Proprio in quanto soggetto “*soltanto alla legge*” (art. 101 Cost. e articoli 2 e 6 TUE) e non dunque all'esegesi che di essa abbia dato il potere esecutivo, il Giudice è tenuto a verificare che l'atto legislativo rilevante nel caso di specie – unionale o interno - sia conforme al

---

<sup>1</sup> Ne sia prova il fatto che, con riferimento all'annosa questione della proroga delle concessioni balneari marittime, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. III, 20 aprile 2023 nella causa C-348/22), confermando quanto già statuito dalle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, ha affermato che la direttiva Bolkestein (direttiva 2006/123/CE) è *self executing* e, conseguentemente, la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali che consentono la proroga delle concessioni *de quibus* con essa contrastanti.

E' da notare, in proposito, che la sentenza dell'Ad. Plen. n. 17 del 2024 non è stata toccata dall'annullamento disposto con la sentenza delle SS.UU. n. 32559 del 23.11.2023, attinente alla sentenza gemella 18 del 2024.

superiore ordine giuridico stabilito, in forma vincolante, dagli atti supremi fondanti il sistema (rispettivamente la Costituzione e i Trattati).

Il Giudice, tuttavia, non ha giurisdizione nel merito di tale questione, avendo soltanto un potere di impulso dell'Organo giurisdizionale a ciò deputato.

Infatti, per le leggi (nazionali, regionali e provinciali), nonché gli atti aventi forza di legge, il Giudice, su istanza di parte o di ufficio, può sollevare questione di legittimità costituzionale avanti la Corte costituzionale, unico Organo deputato a vagliare, con pronuncia non impugnabile (art. 137 Cost.), la conformità a Costituzione di una legge (o di un atto avente forza di legge), sotto il profilo sia procedurale (con l'esclusione della violazione dei regolamenti parlamentari), sia sostanziale (congruità con i valori sanciti dalla Carta Fondamentale).

Per gli atti unionali il Giudice, anche qui su istanza di parte o di ufficio, può sollevare questione di validità o di interpretazione avanti la Corte di giustizia dell'UE, unico Organo deputato:

- allo scrutinio di validità degli atti giuridici unionali di diritto derivato;
- all'interpretazione del diritto unionale, tanto derivato quanto originario (ossia i Trattati).

La decisione di tali Organi<sup>2</sup> - che non sono Giudici del fatto, ma solo del diritto - vincola il Giudice amministrativo *a quo*.

Questi Organi ponderano, tra l'altro, l'effettiva legittimità sostanziale di un atto legislativo, ossia la relativa conformità contenutistico-valoriale al superiore (e supremo) quadro normativo, rappresentato dalla Costituzione e dai Trattati e, in particolare, dalla serie di valori giuridici ivi enucleati.

In tal modo, questi Organi sono chiamati ad individuare il contenuto effettivo, concreto ed attuale dei valori indicati dalle Carte supreme, del cui significato sono, quindi, gli interpreti (formali) esclusivi, i soli capaci di statuire in forma ufficiale il significato da attribuire ai concetti espressi dalle Carte fondative.

## 8. L'esercizio del potere.

L'Amministrazione, al fine di esercitare il proprio potere (cui, in presenza dei presupposti, è istituzionalmente tenuta) nel rispetto del principio di legalità, deve preliminarmente:

- individuare l'ordinamento giuridico che attribuisce e/o regola il potere (se unionale o interno);
- individuare la specifica disposizione legislativa (o lo specifico combinato disposto) che, all'interno dell'ordinamento giuridico di riferimento, deve trovare applicazione (se si deve

---

<sup>2</sup> Merita notare che tali Organi, benché, almeno in parte, individuati da istituzioni "politiche" (il Parlamento per 5 dei 15 giudici costituzionali, il Governo per i giudici della Corte di giustizia UE spettanti all'Italia), costituiscono Organi di individui vincolati alla funzione "neutra" di applicazione della Costituzione (e dei Trattati).

applicare il diritto interno, inoltre, se deve farsi riferimento al livello nazionale, regionale o provinciale);

- interpretare tali disposizioni, al fine di trarne la norma giuridica che regola il caso concreto.

Il rispetto del principio di legalità impone, dunque, all'Amministrazione una preliminare ed ineludibile opera di individuazione della concreta *regula juris*, operazione che implica una visione di sistema ed una particolare competenza tecnica.

Da un punto di vista strutturale, un eventuale vizio in tale operazione rende già di per sé illegittimo il conseguente esercizio del potere, in quanto basato su un presupposto legislativo errato.

Vale osservare che l'Amministrazione, per il principio di separazione dei poteri, non è *stricto jure* vincolata all'interpretazione che, della disposizione rilevante nel caso di specie, abbia in precedenza dato in casi simili la giurisprudenza (benché ciò la esponga al rischio di un verosimile annullamento giurisdizionale).

Viceversa, l'Amministrazione è vincolata (pena l'annullabilità dell'atto per eccesso di potere, su cui *infra*) dall'interpretazione che:

- sia stata data, in via generale, dagli organi apicali dell'Amministrazione stessa (si pensi alle circolari interpretative periodicamente emanate dalle articolazioni centrali);
- sia stata data dall'Amministrazione stessa in precedenti atti presupposti della medesima serie procedimentale.

Da un punto di vista teleologico, il potere va speso per conseguire quei fini pubblici indicati dalla legge: la natura eteronoma, quanto ai fini, dell'attività amministrativa è un ulteriore aspetto del principio di legalità, che vincola l'operato amministrativo (il potere è funzione del fine stabilito dalla legge, dunque il potere ha natura e carattere strumentale, mai finale).

Se il procedimento è la forma della funzione amministrativa, il fine stabilito dalla legge ne è il senso e le varie prescrizioni operative ne sono l'alveo.

Il potere può anche estrinsecarsi in attività formalmente normativa (i regolamenti): anche in questo caso, comunque, è centrale il ruolo rivestito dal principio di legalità.

Invero, da un lato l'autorità amministrativa ha potere regolamentare nei soli casi previsti dalla legge (v. art. 17 l. n. 400 del 1988; art. 3 l. n. 267 del 2000), dall'altro questo potere deve comunque muoversi entro l'alveo ricavabile dalla legge (non solo quella che conferisce il potere regolamentare, ma da tutto il sistema legislativo).

Un cenno merita anche l'autotutela decisoria (connotata da sostanza provvedimentale e, come tale, diversa sia da quella esecutiva, di carattere materiale, sia da quella contenziosa, di carattere giustiziale), istituto che riveste caratteri specifici nel diritto amministrativo.

L'Amministrazione, infatti, ha il potere:

- di auto-annullare d'ufficio, con valenza *ex tunc*, un proprio atto riconosciuto illegittimo, ove questo contrasti *ab initio* con la legge e sussista un concreto interesse pubblico all'annullamento, diverso dal mero interesse al ripristino della legalità;
- di revocare (ovvero privare di efficacia) *ex nunc* un atto, “*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*”.

Ai fini dell'incontro odierno, rileva il fatto che l'autotutela, in linea di principio, non è mai doverosa<sup>3</sup>, neanche nel caso di un atto che l'Amministrazione stessa riconosca come illegittimo: pure in tal caso, infatti, l'Amministrazione deve ponderare gli interessi che ne sarebbero lesi e procedere solo laddove vi sia un interesse pubblico all'annullamento prevalente rispetto agli interessi, pubblici o privati, al mantenimento dell'assetto di interessi plasmato dall'atto.

Il principio di legalità, dunque, non si traduce sempre e comunque nella prevalenza del ripristino dell'ordine giuridico stabilito dalla legge (ossia del dato formale della previsione legislativa), rivestendo di contro rilievo – in base alla legge stessa – l'assetto degli interessi concreto formatosi a seguito della previa manifestazione provvedimentale di volontà dell'Amministrazione.

#### 8.1. Casi particolari: il principio di legalità in senso procedurale.

Nell'attuale ordinamento i compiti inerenti alla regolazione di determinati settori economici sensibili caratterizzati da un alto tasso di tecnicismo sono stati affidati a corpi (cd. autorità amministrative indipendenti) che, pur mantenendo natura amministrativa, esorbitano dai caratteri classici della Pubblica Amministrazione e, *inter alia*, sono caratterizzati dalla piena indipendenza dal potere politico.

La peculiare natura di questi settori e le necessità della relativa regolazione fanno sì che il legislatore abbia proceduto ad una normazione per scopi e obiettivi, a fronte della quale è stato previsto un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di attuazione di un pieno contraddittorio con i soggetti interessati dalla regolazione<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Vi è, ovviamente, un'eccezione, dovuta all'intervento della Corte UE (sentenza Khune C-453/04 e Kempter C-2/06), conseguenza del principio dell'effetto utile del diritto UE: l'autotutela è doverosa allorché:

- l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame;
- l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un Giudice nazionale di ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

<sup>4</sup> A ben vedere, i regolamenti di cui si sono dotate molte amministrazioni indipendenti hanno previsto forme di partecipazione e di consultazione viepiù sofisticate, ad esempio impiegando il sistema del *notice and comment* usato dalle *authorities* statunitensi — ma da ultimo le autorità impiegano in proposito pure diversi altri strumenti, quali audizioni pubbliche, incontri informali, consultazioni di esperti del settore, *et similia*

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che - quando venga in rilievo un potere regolatorio di un'autorità amministrativa indipendente - l'oggettiva dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale sia giustificata dall'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace; siffatta dequotazione impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale, mediante forme rafforzate di partecipazione degli operatori del settore, anche nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari (Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182).

Profili in parte analoghi si riscontrano per quanto attiene ai poteri *extra ordinem*.

Si tratta di quei poteri in deroga previsti dalla legge per fare fronte a esigenze ineludibili ed urgenti: la legge si limita a prevedere i presupposti dell'azione, lasciando all'amministrazione il potere di dare un contenuto al provvedimento adeguato alla specifica situazione da fronteggiare.

L'esigenza di garantire comunque il privato a fronte di tali atti viene soddisfatta con un innalzamento della legalità procedimentale.

In primo luogo, infatti, l'esercizio di siffatti poteri deve essere conforme ai principi generali dell'ordinamento interno (ivi inclusi i principi unionali e convenzionali da esso richiamati).

In secondo luogo, tali provvedimenti hanno un limite temporale di efficacia, dacché la necessità e l'urgenza costituiscono non solo il presupposto, ma anche il limite di durata dell'ordinanza.

In terzo luogo, v'è un onere di accurata istruttoria in capo alla Pubblica Amministrazione, tenuta a verificare, tra l'altro, che il ricorso a tali poteri sia effettivamente necessario.

Infine, è necessario che il provvedimento d'urgenza sia sorretto da una motivazione rafforzata, che dia conto delle ragioni di fatto e di diritto per cui si è scelto di adottare un provvedimento siffatto, e rispetti comunque il principio di proporzionalità.

## 9. Il Giudice amministrativo di fronte all'esercizio del potere.

Veniamo alla parte di più diretto interesse per l'incontro odierno.

Il Giudice deputato a verificare il rispetto del principio di legalità da parte dell'Amministrazione è il Giudice amministrativo.

### 9.1. I caratteri del Giudice amministrativo.

Anzitutto, un inquadramento sistematico di questa figura.

Il Giudice amministrativo:

- è, al pari di ogni Giudice, soggetto soltanto alla legge;

- interviene, a fronte dell'esercizio (o del mancato esercizio doveroso) di un potere amministrativo, per la tutela dell'interesse legittimo che si assume lesa (dall'atto o dal silenzio);
- agisce su impulso di parte, mai d'ufficio: non è, dunque, una sorta di organo sindacale deputato al controllo officioso del potere nell'interesse dello Stato-comunità (o della stessa Amministrazione), ma è una figura istituzionale, strutturalmente terza ed imparziale, tesa alla tutela delle specifiche situazioni soggettive dei consociati asseritamente lese da un atto espressivo di pubblico potere (in ipotesi pure quelle di una PA lesa da un atto di un'altra PA – v. *infra*);
- si pronuncia nei limiti delle doglianze formulate dagli interessati: al Giudice amministrativo è attribuita dalla legge una giurisdizione soggettiva a tutela dei singoli che ad esso si rivolgano (nei limiti delle rispettive censure, in dipendenza del relativo interesse, ed al fine del soddisfacimento delle relative pretese);
- quando accoglie un ricorso riconosce esistenti quei vizi lamentati dalla parte, mentre quando lo rigetta riconosce inesistenti tali vizi: non vi è mai, dunque, da parte del Giudice, la statuizione generale che quell'atto è *tout court* illegittimo o legittimo (ma solo che quel ricorso è fondato – se sì, in che limiti – o infondato);
- non è assistito da un P.M. o da un Avvocato generale (si pensi all'ordinamento amministrativo processuale francese o della Corte UE), ossia da una figura istituzionale che, nell'ambito del processo, operi nell'esclusivo interesse della legge (la difesa dell'Amministrazione opera nell'interesse specifico della stessa);
- opera nell'ambito di un processo retto da regole sue proprie di carattere legislativo (ivi incluse quelle afferenti ai poteri istruttori), quindi non derogabili e ad applicazione necessaria, in presenza dei relativi presupposti;
- controlla l'esercizio del potere sulla base esclusivamente delle disposizioni, procedurali e sostanziali, della legge, senza alcuna possibilità né di dettare la *regula juris* generale (ossia di sostituirsi al legislatore), né di stabilire l'assetto degli interessi del caso concreto (ossia di sostituirsi, nel merito della singola vicenda, all'Amministrazione), salvo il caso, residuale, della giurisdizione di merito;
- ha, nell'ambito della propria giurisdizione ordinaria e generale di legittimità (ossia quella tesa alla tutela degli interessi legittimi), *in primis* poteri demolitori, ossia di annullamento dell'atto che si riconosca adottato in violazione della legge;
- ha, inoltre, anche poteri:
  - a) dichiaratori (si pensi alla dichiarazione della nullità di un atto, perché: a) del tutto privo di base legale; ovvero b) assunto in violazione/elusione del giudicato, ovvero c) privo degli elementi minimi per essere qualificato come tale);

b) di condanna (si pensi: - alla condanna al risarcimento del danno per lesione del bene della vita sostanziale cui si raccorda l'interesse legittimo azionato in giudizio; - alla condanna all'esercizio della funzione, all'esito dei giudizi avverso il cd. silenzio-inadempimento; alla condanna all'emanazione di atti specifici, ossia ad un *facere* amministrativo specifico, allorché si verta in ipotesi di attuazione del giudicato o sia altrimenti esaurito lo spazio di discrezionalità riservata all'Amministrazione, anche a seguito di pregressi interventi giurisdizionali di annullamento).

Non ha, viceversa, di regola poteri disapplicativi, disponendo del ben più incisivo potere demolitorio.

In conclusione, il Giudice amministrativo opera in un contesto processuale non più astretto da quella mono-dimensionalità demolitoria che storicamente lo ha visto nascere, ma che al contrario si connota ormai:

- per una pluralità di azioni (con conseguente multidimensionalità delle pronunce);
- per un ampio spettro di mezzi istruttori (tipizzati nel c.p.a.);
- per un accesso diretto al fatto amministrato, salvo il nucleo duro della discrezionalità amministrativa (su cui v. *infra*).

## 9.2. I vizi sindacabili: in particolare, l'eccesso di potere

Quanto, in particolare, alla pronuncia demolitoria, questa consegue al rilievo che l'atto amministrativo è viziato da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere (art. 29 c.p.a.).

In senso lato, a ben vedere ogni difformità dalla legge concreta una violazione di legge.

In senso stretto, per violazione di legge si intende una distonia fra l'atto (o il propedeutico procedimento) e specifiche previsioni (formali, procedurali o sostanziali) di legge.

L'incompetenza (in senso relativo, ossia inter-organica) si ha quando l'organo che ha emanato l'atto è diverso da quello previsto dalla legge (quando, tuttavia, l'organo che ha emanato l'atto appartiene ad una Amministrazione totalmente diversa, si ha incompetenza inter-soggettiva, con conseguente nullità per difetto di attribuzione – art. 21-septies l. n. 241 del 1990).

L'eccesso di potere, vizio tipico della funzione discrezionale amministrativa, si ha quando vi sono concreti e conducenti indizi (denominati tradizionalmente “figure sintomatiche”, le principali delle quali sono oramai tipizzate dalla prassi giurisprudenziale) di un uso distorto della funzione in una specifica vicenda amministrativa, tale da aver leso la contrapposta situazione di interesse legittimo.

Il vizio in parola ha, rispetto agli altri due, carattere peculiare, perché deriva da (ed è la conseguenza di) una concezione pienamente sostanziale del principio di legalità.

Esso richiede una disamina della specifica vicenda amministrativa e consente uno scrutinio dell'atto espressione di potere non, per così dire, formale, "astratto", generale e tipizzato (come di fatto è per la violazione di legge e l'incompetenza), ma, di contro, sostanziale, concreto, puntuale, atipico.

Ricorre eccesso di potere allorché:

- questo sia stato speso per fini in concreto diversi da quelli tipici indicati dalla legge per quello specifico atto – cd. limite esterno;
- ovvero, l'Amministrazione abbia fatto ricorso ad un *modus procedendi* in concreto difforme, per vari profili, rispetto al paradigma normativo, sì da disvelare *per facta concludentia* un vizio della funzione – cd. limite interno.

Le ipotesi di eccesso di potere non sono tipizzate né tipizzabili, attesa la varietà delle situazioni umane: il vizio in parola è, dunque, per così dire aperto e consente un continuo adattamento dello scrutinio giurisdizionale ai casi concreti.

Esso, inoltre, consegue sì al riscontro di indici per così dire presuntivi dello sviamento di potere<sup>5</sup>, che, tuttavia, valgono solo quale sintomo di una spendita distorta del potere, questa sola essendo la causa di invalidità dell'atto (e del conseguente annullamento): dal punto di vista teorico, dunque, l'Amministrazione potrebbe sempre comprovare, in giudizio, l'insussistenza di una situazione di sviamento di potere, nonostante la presenza di indici sintomatici.

Il sindacato giurisdizionale sul vizio di eccesso di potere è centrale ai fini del rispetto pieno ed effettivo del principio di legalità (dell'azione amministrativa).

Ciò è tanto più vero nel contesto attuale, ove assistiamo, per quanto riguarda la giurisdizione ordinaria, all'abolizione del reato di abuso d'ufficio e, per quanto riguarda la giurisdizione contabile, alla possibile introduzione di un significativo e strutturale ridimensionamento della responsabilità cd. amministrativa (già, comunque, *ab origine* esclusa per "*il merito delle scelte discrezionali*").

Il sindacato sull'eccesso di potere rischia, quindi, di essere l'ultima frontiera giurisdizionale pienamente efficiente che l'ordinamento prevede a tutela del consociato e, mediamente, della legalità dell'amministrazione e nell'amministrazione.

E' da precisare che il sindacato sull'eccesso di potere (cui, nella prassi, il Giudice amministrativo fa ampio ricorso) non si estende al nucleo duro della scelta discrezionale, ossia all'opportunità di questa (il cd. merito): tale categoria, infatti, esula strutturalmente

---

<sup>5</sup> Le figure più ricorrenti nella prassi sono le seguenti: difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; insufficienza (quantitativa e/o qualitativa) motivazionale; violazione (immotivata) di circolari; contraddittorietà (immotivata) intrinseca – interna cioè allo stesso atto – o estrinseca – relativa cioè ad altri atti afferenti alla medesima vicenda (in senso soggettivo e oggettivo); inosservanza di auto-vincoli; disparità di trattamento rispetto a situazioni relative ad altri soggetti (purché fra le situazioni in discorso vi sia: assoluta identità; strutturale interdipendenza valutativa; specularmente, difetti una giustificazione di tale disparità).

dal giuridico, proprio in quanto consiste in quella scelta operata nell'ambito, all'interno e nel contesto di un uso del potere non distorto, né deviato.

Il Giudice, salve le sole eccezioni tipizzate dall'art. 134 c.p.a., non può dunque attingerla, sia per il principio della separazione dei poteri (il Giudice non può farsi amministrazione), sia, prima ancora, perché questa scelta (si pensi ai giudizi inerenti “i confini degli enti territoriali” – art. 134 c.p.a.) è strutturalmente sindacabile con strumenti diversi dal giuridico, come tali non di pertinenza dell'autorità giudiziaria (salve le eccezioni di legge, che appunto consentono al Giudice l'uso di criteri valutativi non strettamente giuridici).

E' evidente, peraltro, che il progressivo ampliamento in via pretoria dell'area del sindacabile in termini di eccesso di potere, conseguenza appunto dell'evolvere del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, ha determinato, specularmente, una restrizione dell'ambito del (mero) merito.

Con l'eccezione, dunque, del merito, il Giudice, tramite il vizio dell'eccesso di potere, può sindacare l'uso delle manifestazioni provvedimentali con una prospettiva *ab interno*, ossia scandagliando se il provvedimento gravato sia frutto di un uso del potere che, in concreto, alla luce della situazione amministrata, dell'ampiezza del potere attribuito, dei caratteri del provvedimento stesso, riveli una deviazione dallo scopo previsto dalla disposizione attributiva di quello specifico potere, ovvero palesi comunque strutturali disarmonie procedimentali (es., difetto di istruttoria) o decisionali (es., contraddittorietà decisionale, incongruità motivazionale) tali da evidenziare la sussistenza di un vizio della funzione.

In questo modo, vi è un presidio giurisdizionale della legalità dell'azione amministrativa assai avanzato, in quanto riveniente da una verifica intrinseca, da parte del Giudice, della singola manifestazione di potere.

Pure in relazione alla cosiddetta discrezionalità tecnica (ossia a quelle scelte dell'Amministrazione conseguenti non ad una volontà circa un assetto di interessi, ma ad un giudizio sulla base di scienze non esatte – si pensi ai provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti), il sindacato in termini di eccesso di potere è incisivo, in quanto consente al Giudice (eventualmente all'esito di un'istruttoria) di valutare *ab interno* l'iter logico seguito dall'amministrazione, scrutinando, sulla base dello stesso campo del sapere, se sia attendibile quanto a criteri valutativi e metodi applicati.

La legalità che applica il Giudice amministrativo non è limitata ai rapporti cd. verticali, ossia amministrato – amministratore.

Stanno sempre più emergendo forme di contrasto per così dire orizzontali, ossia fra Amministrazioni, che disputano in ordine all'esercizio delle rispettive competenze.

Trattasi non solo del caso di scuola dell'allegata invasione delle proprie competenze, ma anche del lamentato impatto negativo che l'esercizio (o il mancato esercizio) delle competenze dell'una ha, più o meno indirettamente, sul proficuo svolgimento delle funzioni dell'altra (Cons. Stato, Sez. IV, 14.05.2024, n. 4321, in ordine alla conclusione di

accordi di coesione; id. 21.05.2021, n. 3927, in ordine all'attribuzione di risorse finanziarie a seguito del trasferimento di funzioni).

Ciò è conseguenza inevitabile:

- della pluralità dei livelli legislativi (unionale, nazionale, regionale e in alcuni casi provinciale) e regolamentari (nazionale, regionale, provinciale, comunale) vigenti;
- del carattere dell'odierna legislazione, non sempre connotata da sistematicità, organicità, linearità testuale;
- dell'attuale sistema policentrico e polimorfico del potere amministrativo (suddiviso verticalmente in vari livelli territoriali; orizzontalmente in svariati centri di potere suddivisi per materie, ovvero interessi, ovvero settori; esercitabile anche in forme diverse da quelle autoritative tradizionali).

Il Giudice amministrativo è, dunque, sempre più Giudice della funzione pubblica a tutto tondo, ed è tale in duplice senso:

- nell'ottica tradizionale della tutela dell'amministrato avverso l'esercizio di essa, ossia quale Giudice del bene della vita sostanziale, "finale";
- nella prospettiva moderna della tutela della pienezza ed effettività della sfera di competenza di ciascun plesso amministrativo titolare di potere, allorquando asseritamente lesa, direttamente o indirettamente, da atti di altri plessi - ossia quale Giudice di un valore per così dire "strumentale": la pienezza e l'effettività della funzione, infatti, sono un prerequisito perché le disposizioni di legge (ossia, il principio di legalità) in punto di riparto di competenze e di attribuzione di funzioni abbiano effetto utile.

Alla tradizionale funzione della tutela dell'interesse legittimo sostanziale di ogni amministrato, quindi, si unisce la funzione di tutela dell'effettività e pienezza dello svolgimento delle funzioni delle varie Amministrazioni, valore giuridico ordinamentale in sé.

Del resto, il potere nell'attuale sistema è, pure all'interno della medesima macro-materia (si pensi al governo del territorio), frammentato, ripartito, spesso concordato (si ponga mente agli accordi, alle intese ed ai concerti fra Amministrazioni, ovvero alle varie forme di procedimenti conferenziali) e i contrasti che si generano fra i vari soggetti del potere non possono che trovare la propria soluzione davanti al Giudice del potere (*recte*, al Giudice che valuta se l'esercizio del potere è conforme a legge), il quale, pertanto, è spesso per tale via veramente al centro del farsi dell'azione amministrativa.

### 9.3. Il carattere specifico del giudicato amministrativo: l'effetto conformativo.

In caso di annullamento, l'azione amministrativa deve riprendere a partire dal momento (procedimentale) in cui il Giudice amministrativo ha rilevato un vizio: la doverosità della funzione amministrativa impone all'Amministrazione di riprendere il procedimento dal

momento in cui è intervenuto l'annullamento giurisdizionale, provvedendo ad una nuova deliberazione dell'affare emendata dai vizi riscontrati<sup>6</sup>.

Il Giudice, peraltro, può fornire indicazioni circa tale riedizione dell'azione amministrativa, che hanno carattere vincolante per l'Amministrazione nella specifica vicenda (cd. effetto conformativo del giudicato): tale aspetto della pronuncia ha maggiore o minore dettaglio in funzione dell'ampiezza della discrezionalità amministrativa che residua in capo all'Amministrazione all'esito dell'annullamento, nonché delle ragioni dell'annullamento stesso.

Più in particolare, tale spazio libero è tanto maggiore (e, specularmente, l'ambito dell'effetto conformativo tanto minore) quanto più ampia è la discrezionalità che la legge riconosce all'Amministrazione nella vicenda e quanto meno incisiva è la ragione dell'annullamento:

- l'annullamento di un atto espressione di alta amministrazione, ad esempio la nomina di una figura apicale, è assai limitatamente integrabile con prescrizioni conformative;
- un annullamento disposto per profili procedurali – es., per la mancata acquisizione di un parere – è certo meno penetrante, da un punto di vista conformativo, di uno fondato su un ravvisato vizio sostanziale della funzione – es. eccesso di potere per contraddittorietà.

Analogamente, in caso di silenzio, il Giudice può pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza inevasa solo ove difetti un (ulteriore) spazio di discrezionalità in capo all'Amministrazione, dovendosi altrimenti limitare alla condanna all'esercizio della funzione: solo in caso di perdurante inerzia amministrativa, può nominare un commissario ad acta (v. *infra*).

Alla luce del divieto di pronuncia su poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.), a sua volta riflesso doveroso del principio della separazione dei poteri, il Giudice non può mai pregiudicare nel merito gli “spazi liberi” discrezionali che residuano in capo all'Amministrazione all'esito dell'annullamento di un atto (o del riconoscimento come illegittimo di un silenzio).

Da un punto di vista teorico, si osserva che l'effetto conformativo:

- lungi dal derogare al principio della separazione dei poteri, è la conseguenza processuale dell'inesauribilità sostanziale del potere pubblico e del carattere necessariamente, doverosamente continuo ed ininterrotto dell'azione amministrativa;
- è, a ben vedere, anch'esso un riflesso, per così dire proattivo, del principio di legalità, di cui anzi costituisce la propaggine giurisdizionale ultima, che caratterizza specificamente la giurisdizione amministrativa e ne rende l'immagine di una giustizia volta anche al futuro.

---

<sup>6</sup> Il Giudice amministrativo, peraltro, può distillare gli effetti dell'annullamento, disponendo che lo stesso non abbia efficacia *ex tunc* (come di regola) o accertare l'illegittimità del provvedimento amministrativo ai soli fini risarcitori.

Le prescrizioni conformative sono rese dal Giudice amministrativo nei limiti di quanto:

- possibile, stante il richiamato divieto di pronuncia su poteri non ancora esercitati;
- necessario, al fine di ricondurre prospetticamente nell'alveo delle previsioni della legge la riedizione di un'attività amministrativa riconosciuta come patologica.

#### 9.4. Il “gioiello della corona” posto a presidio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale: il giudizio di ottemperanza

Vi è uno strumento specifico di tutela (anche) di tale tipo di effetto (oltre che di tutte le pronunce), ossia l'incisivo rimedio dell'ottemperanza.

Il giudizio di ottemperanza, costituente l'ipotesi più rilevante di giudizio con cognizione del Giudice amministrativo estesa al merito, attualizza e rende concreto il principio di effettività della decisione giurisdizionale (menzionato espressamente nell'art. 1 c.p.a. e di evidente, sia pur indiretto, fondamento costituzionale - art. 24 della Costituzione – come corollario necessario ed indefettibile del diritto alla difesa in giudizio, che altrimenti si ridurrebbe a mero guscio vuoto, ove la decisione non potesse essere eseguita - “enforced” - anche in assenza o contro la volontà del soccombente).

Pertanto, nel c.p.a. si afferma chiaramente che la piena, tempestiva e soddisfacente esecuzione del giudicato costituisce un preciso “dovere” per tutte le parti del giudizio – art. 112 c.p.a.

Il giudizio in parola, attivabile dalla parte vittoriosa che lamenti un'inidonea esecuzione del giudicato della controparte soccombente, è nato storicamente per consentire l'esecuzione delle sentenze del Giudice Ordinario, privo di poteri nei confronti della Pubblica Amministrazione; l'estensione anche all'esecuzione delle sentenze dello stesso Giudice Amministrativo fu dapprima introdotta in via interpretativa dalla giurisprudenza, quindi legificata.

Il primo e preliminare dovere del Giudice dell'ottemperanza è, evidentemente, l'interpretazione del giudicato, ossia l'esatta individuazione dei confini e del contenuto del comando giudiziale, che a loro volta delimitano i confini dei poteri del Giudice dell'ottemperanza.

Sul punto, si evidenzia che, poiché il giudicato vincola l'Amministrazione, il relativo spazio di discrezionalità ne viene perimetrato: in ipotesi, può giungersi anche ad una totale obliterazione di esso.

Il rito è caratterizzato da:

- a) particolare celerità (gli ordinari termini processuali sono dimezzati);
- b) semplicità (il giudizio viene deciso con sentenza in forma semplificata, ossia succinta e eventualmente limitata al solo profilo di fatto o diritto ritenuto risolutivo, ovvero alla citazione dei precedenti conformi cui ci si vuole attenere);

c) officiosità (il giudizio viene fissato a ruolo d'ufficio, ossia senza specifica istanza di parte, di regola invece necessaria nel rito ordinario);

d) informalità (il giudizio è camerale, ossia si svolge in camera di consiglio, dove le parti sono sentite solo se compaiono e ne fanno richiesta e dove non è ammesso il pubblico);

e) nonché, specularmente, dall'insussistenza degli stringenti termini decadenziali viceversa necessari per introdurre ricorsi annullatori (vale, invece, l'ordinario termine di prescrizione dei diritti, pari a 10 anni, posto che qui viene in discussione il diritto all'esecuzione del giudicato).

Tale rito, oltretutto, è esperibile con riguardo, per quanto qui di interesse, non solo a sentenze, ordinarie e amministrative passate in giudicato (nonché a provvedimenti equiparati *ex lege* a sentenze ordinarie definitive), ma anche:

a) a sentenze amministrative non ancora passate in giudicato, ma comunque esecutive (di regola, ogni sentenza amministrativa lo è, salvo che la sua efficacia sia interinalmente sospesa dal Giudice d'appello, nelle more del giudizio di secondo grado);

b) addirittura, avverso "altri" provvedimenti del Giudice amministrativo diversi dalla sentenza, che siano per legge esecutivi (es. i provvedimenti cautelari, emessi con ordinanza).

Nel merito, e così veniamo a quanto più in questa sede ci interessa, i poteri del Giudice della fase esecutiva sono molto incisivi e, soprattutto, atipici, ossia non predeterminati dalla legge.

Il Giudice adito in ottemperanza, infatti, deve "*prescrivere le modalità*" dell'ottemperanza (art. 114 c.p.a.): l'ampiezza ed il contenuto del mezzo (il potere giurisdizionale nella sua puntuale espressione concreta), dunque, dipende ed è condizionato (e limitato) dal fine (attuare quella specifica decisione) e non è a monte predeterminato tipologicamente una volta per tutte dalla legge.

In particolare, nei confronti di una Pubblica Amministrazione soccombente, il Giudice Amministrativo, in caso di accoglimento del ricorso in ottemperanza, può, diversamente da quanto caratterizza l'ordinaria giurisdizione di legittimità:

a) determinare specificamente il contenuto del provvedimento che la Pubblica Amministrazione dovrà adottare;

b) emanare direttamente tale provvedimento (in questo caso, la sentenza tiene luogo del provvedimento);

c) nominare un proprio ausiliario (il commissario ad acta), con il compito specifico di attuare il giudicato, sostituendosi all'amministrazione ed emanando i necessari provvedimenti; il commissario opera come *longa manus* del Giudice amministrativo ed opera sotto la vigilanza di questo: il Giudice amministrativo, in particolare, ne vaglia gli

atti (ove le parti facciano reclamo avverso essi) e ne guida ed indirizza l'azione (ove le parti o il commissario stesso chiedano chiarimenti); gli atti del commissario sono giuridicamente (e finanziariamente) imputabili alla Pubblica Amministrazione soccombente, che tuttavia non può annullarli o modificarli, proprio perché adottati nell'esecuzione di un giudicato (al più, la Pubblica Amministrazione può svolgere reclamo contro questi atti avverso il Giudice dell'ottemperanza)<sup>7</sup>.

Spicca l'eccezione rappresentata dall'ottemperanza di sentenze sfavorevoli al CSM circa provvedimenti di conferimento di incarichi direttivi e semi-direttivi: in tal caso, infatti, il Giudice amministrativo può solo “*ordinare l'ottemperanza e assegnare al CSM un termine per provvedere*” (art. 2, comma 4, d.l. n. 90 del 2014, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 114 del 2014), senza dunque le tre facoltà enunciate *supra*.

Questi poteri del Giudice Amministrativo, come detto contenutisticamente atipici, sono molto ampi ma incontrano comunque un insuperabile limite “interno”: possono essere spesi solo per quanto e in quanto necessario ad attuare pienamente il giudicato (o altro provvedimento esecutivo del Giudice amministrativo) non eseguito: si comprende, dunque, che il rito dell'ottemperanza non deroga all'ordinaria (ed istituzionale) impossibilità per il Giudice Amministrativo di esercitare potere amministrativo (ossia di farsi amministrazione), ma, al contrario, è semplicemente funzionale alla necessità che il frutto dell'attività giurisdizionale sia pienamente attuato (ossia che la situazione di fatto si adegui a quella di diritto, come stabilita dalla sentenza).

Si tratta, dunque, di un meccanismo di particolare efficacia, di cui il Giudice amministrativo dispone per “forzare”, in via diretta, l'esecuzione di una sentenza e, dunque, tutelare il principio di legalità (che vuole eseguito il comando giurisdizionale e, prima ancora, ricondotta a legittimità l'azione amministrativa).

Il Giudice dell'ottemperanza, peraltro, può pure stimolare indirettamente l'esecuzione di una sentenza mediante la condanna della parte soccombente alla dazione a favore della controparte di una somma di denaro per ogni giorno di perdurante violazione o, comunque, inosservanza del giudicato: ciò è, tuttavia, possibile solo a tre condizioni, che devono ricorrere cumulativamente:

- a) che vi sia l'espressa richiesta della controparte vittoriosa;
- b) che tale condanna non risulti “manifestamente iniqua”;
- c) che non sussistano “altre ragioni ostative”.

---

<sup>7</sup> Giova porre mente alla peculiarità della figura del commissario ad acta nominato dal Giudice nei casi in cui l'Amministrazione persista nel silenzio già stigmatizzato come illegittimo: in tali casi, il commissario svolge un ruolo *tout court* sostitutivo dell'azione amministrativa, fruendo dello stesso margine di discrezionalità dell'Amministrazione. Ciò – che apparentemente collide con il principio di divieto di pronuncia su poteri amministrativi non ancora esercitati – si giustifica con la necessità inderogabile dell'esercizio della funzione, che l'ordinamento non tollera sia omesso.

L'ampiezza dei concetti di “manifesta iniquità” e di “sussistenza di altre ragioni ostative” determinano un ampio spazio di valutazione per il Giudice, che così è messo nelle condizioni di adeguare la propria pronuncia sul punto alla specifica situazione di fatto.

Meritevole di segnalazione, inoltre, è il fatto che il giudizio di ottemperanza può essere radicato avverso non solo la diretta e frontale violazione del giudicato medesimo (che si ha, ad esempio, in caso di pura inerzia, ovvero di provvedimento che reitera i vizi già stigmatizzati in sede di giudizio di cognizione), ma anche avverso la più insidiosa elusione (che si ha quanto l'Amministrazione si attiva, ma in maniera tale da, sostanzialmente, schivare il comando giudiziale, neutralizzandone in concreto gli effetti utili).

Il Giudice dell'ottemperanza deve considerare la situazione di fatto e di diritto esistente al momento del suo intervento (eventualmente anche sopravvenuta alla sentenza oggetto di ottemperanza), con l'unico sbarramento temporale determinato dalla notificazione alla parte soccombente, ad opera della parte vittoriosa, della sentenza di accoglimento del ricorso passata in giudicato e della quale si deve dare esecuzione.

Pertanto, sempre in omaggio alla necessità di rendere il più fluida, celere e limpida possibile la fase dell'esecuzione di una sentenza, la stessa parte soccombente (nei fatti, la Pubblica Amministrazione) può autonomamente adire il Giudice con ricorso per ottemperanza, al fine di chiedere chiarimenti sulle modalità con cui deve eseguire il giudicato: tale azione, a ben vedere, è volta ad evitare un ricorso per ottemperanza della controparte vittoriosa, dunque giova alle parti in causa ed all'interesse generale al risparmio della risorsa giustizia, per definizione scarsa (e onerosa per lo Stato-comunità).

A completamento della trattazione sul punto, deve evidenziarsi che con il giudizio di ottemperanza il Giudice può altresì emettere pronuncia di condanna:

- “*al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza*” (trattasi di diritto accessorio e consequenziale a quello riconosciuto in sede di cognizione);
- “*al risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato*” (trattasi di diritto sostitutivo rispetto a quello riconosciuto in sede di cognizione).

Ciò dimostra, vieppiù, la efficacia, in termini di effettività e versatilità, della giurisdizione amministrativa.

## 10. Conclusioni.

Il principio di legalità, come efficacemente sintetizzato nella presentazione dell'odierno convegno, tutela “*la democraticità del sistema, la certezza del diritto, il rispetto del principio d'uguaglianza*”.

Dall'ottica visuale del Giudice amministrativo, ciò ha varie implicazioni:

a) il Giudice amministrativo deve effettuare un controllo multilivello e multidimensionale dell'attività amministrativa, volto a verificare:

- la corretta individuazione, da parte dell'Amministrazione, delle previsioni di legge da applicare *in subiecta materia*;
- il rispetto delle scansioni procedurali previste dalla legge;
- la spendita del potere discrezionale nell'ambito di quei confini esterni – di completezza istruttoria, di congruità motivazionale, di coerenza logico-argomentativa, di rispondenza al fine pubblico – il cui superamento macchia l'azione amministrativa di illegittimità per eccesso di potere (espressione che forse meglio potrebbe essere resa come “sviamento di potere”);
- il rispetto della pienezza ed effettività della sfera di competenze di altre Amministrazioni, conseguenza del fatto che il potere nell'attuale assetto ordinamentale è frammentato, ripartito, spesso concordato.

b) in caso di annullamento dell'atto, poi, è sempre il principio di legalità ad imporre al Giudice amministrativo di non fermarsi, ma di indirizzare, con le appropriate misure conformative, la riedizione dell'attività amministrativa;

c) allorché è chiamato a garantire l'esecuzione del giudicato (proprio e dei Giudici ordinari) con il rito dell'ottemperanza, il Giudice amministrativo opera in giurisdizione di merito (ossia con la capacità di sostituirsi all'Amministrazione), la quale, lungi dal costituire un'eccezione, è di contro necessaria proprio per consentire la piena attuazione del *dictum* giurisdizionale, aspetto imprescindibile di un sistema imperniato sul principio di legalità.

Dalle considerazioni che precedono emerge la particolarità, delicatezza e sensibilità dell'attività giurisdizionale del Giudice amministrativo, specchio della particolarità del suo oggetto, il potere amministrativo, che strutturalmente intercetta plurimi interessi (pubblici e privati), plurimi centri di interessi (pubblici, privati, individuali, collettivi, istituzionali), plurimi beni giuridici (collettivi, individuali, diffusi, istituzionali, privati, costituzionalmente o unionalmente rilevanti).

Allo stesso tempo, emerge la singolare profondità, incisività ed effettività che connotano l'intervento del Giudice amministrativo, alla luce:

- della possibilità di sindacare l'esercizio del potere *ab interno* mediante il vizio di eccesso di potere;
- della facoltà di poter conformare l'attività amministrativa successiva all'intervento giurisdizionale;
- della disponibilità dei poteri atipici propri del giudizio di ottemperanza al fine di garantire l'attuazione, in via anche *tout court* sostitutiva, del comando giudiziale rimasto ineseguito: vale a dire, in altra prospettiva, la possibilità di ricondurre *ope iudicis* a legittimità l'azione

amministrativa viziata, attendendo in tal modo a quella tutela “*piena ed effettiva*” del bene della vita per cui è causa (imposta dall’art. 1 c.p.a.) che, indirettamente, presidia il superiore principio di legalità, baluardo dello Stato-comunità a fronte di condotte illegittime dello Stato-persona.

Luca LAMBERTI

Consigliere di Stato