

Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*

Alessandra Albanese

Il principio di proporzionalità si è affermato nel diritto amministrativo italiano molto più tardi di quanto non sia avvenuto in altri Paesi e nell'Unione europea. Inoltre, nel nostro ordinamento, anche dopo la sua recezione, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno per molto tempo assimilato il principio di proporzionalità a quello di ragionevolezza. Conseguentemente ne è risultata fortemente sottovalutata la procedura trifasica, che contraddistingue invece l'applicazione del principio stesso nel diritto tedesco e in quello europeo, volta a valutare, oltre all'adeguatezza al fine, anche la necessità e la tollerabilità dell'esercizio del potere. Per contro, proprio i due ultimi parametri possono consentire all'amministrazione di tener conto in modo più efficace degli interessi dei destinatari e possono altresì permettere al giudice di effettuare un controllo più penetrante della legittimità della attività amministrativa, che tenga conto anche dell'impatto dell'esercizio del potere sui destinatari. Lo studio analizza l'evoluzione giurisprudenziale più recente, evidenziando come si vada progressivamente affermando anche in Italia l'applicazione trifasica del principio di proporzionalità e come essa lasci emergere molto spesso l'esistenza di una significativa relazione di tale principio con i diritti procedimentali degli amministrati; questi ultimi, declinati secondo i parametri della proporzionalità, vengono ad assumere un valore sostanziale, che ne può rendere più effettiva la tutela.

1. Il principio di proporzionalità: il contesto in cui nasce e si sviluppa e i suoi elementi costitutivi

Il principio di proporzionalità è stato oggetto negli ultimi quindici anni di molteplici, specifiche monografie, oltre che di trattazione nell'ambito

(*) Lo scritto costituisce lo sviluppo del lavoro svolto nell'ambito della ricerca organizzata dall'Università di Firenze per la celebrazione del 150° anniversario dall'emanazione delle leggi di unificazione amministrativa.

degli studi relativi alla discrezionalità, all'eccesso di potere, ai principi generali dell'azione amministrativa e in particolare al principio di ragionevolezza, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, al rapporto fra legittimità e merito.

Molti degli scritti presi in considerazione hanno contribuito non soltanto all'analisi e alla ridefinizione dell'essenza e della consistenza del principio di proporzionalità, ma anche alla ricostruzione della sua origine e del suo processo di emersione ed affermazione nel nostro ordinamento.

In relazione all'ultimo profilo richiamato, si può osservare come non vi sia un orientamento univoco fra gli studiosi che hanno analizzato l'origine del principio di proporzionalità e la sua presenza nel nostro diritto amministrativo.

Fra gli Autori che hanno affrontato il tema, si può schematicamente distinguere:

- a) chi ritiene che il principio nella sua essenza sia stato enunciato in modo consapevole già dalla nostra dottrina amministrativistica fra la metà dell'800 e l'inizio del '900 (in particolare da G. Romagnosi¹ e poi da C. Vitta²), e sia rimasto a lungo quiescente nella seconda metà del 900, per riemergere in modo esplicito soltanto a partire dagli anni '70, dopo il suo accoglimento nel diritto comunitario³;
- b) chi pensa invece che esso sia stato solo implicitamente (quindi non troppo consapevolmente) presente nel nostro ordinamento fin dagli inizi del '900 e se ne possano rinvenire più evidentemente i prodromi a partire dagli anni '70, sebbene essi continuino a restare ancora espressi in modo "mascherato", in quanto immanenti nelle riflessioni teoriche sul potere discrezionale (in particolare sulla necessità della sua ragionevolezza) e in alcune figure sintomatiche

(1) G. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1814.

(2) C. VITTA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 1937, p. 78.

(3) U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità*, Liuc Papers n. 220, Serie Impresa e Istituzioni, 26, settembre 2008, in <http://www.biblio.liuc.it/liucpapersita.asp?codice=235>, p. 1; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 85 ss.

dell'eccesso di potere (in specie l'ingiustizia manifesta) elaborate dalla giurisprudenza⁴;

- c) chi ritiene, per contro, che le tracce del principio di proporzionalità che si possono rinvenire nella dottrina e nella giurisprudenza italiane antecedenti agli anni '90 del '900 siano molto larvate e, soprattutto, ancora molto lontane quanto alla loro formulazione da ciò che oggi si deve intendere con riferimento al principio stesso, alla luce del diritto comunitario: fino agli anni '90 del '900, infatti, non vi è stato alcun accenno alla struttura "trifasica" (e conseguentemente alla procedimentalizzazione della sua applicazione) che, come si vedrà in seguito, il principio aveva assunto già a quel tempo nel diritto tedesco e che tuttora lo caratterizza anche nell'ordinamento UE, che dal primo lo ha mutuato⁵.

Tutte le ricostruzioni prospettate evidenziano tuttavia, pur se con accenti diversi, la difficoltà e la lentezza del diritto amministrativo italiano nell'appropriarsi compiutamente del principio di proporzionalità e nell'applicarlo secondo la struttura logica che esso aveva già acquisito in altri ordinamenti. Vi è inoltre accordo anche sulla innegabile rilevanza del diritto comunitario ai fini del suo inserimento fra i principi propri dell'azione amministrativa.

Non sembra di particolare interesse, ai fini del discorso che in questa sede si intende svolgere, un approfondimento più puntuale dell'analisi storica relativa all'origine del concetto. Cionondimeno, se si prende come punto di riferimento per un confronto con la situazione attuale il 1865, anno di emanazione delle leggi di unificazione amministrativa, non si può non rilevare come a quell'epoca il principio di proporzionalità nel nostro ordinamento certamente non fosse presente in quanto tale (vale a dire come principio espresso e dotato di una propria autonoma valenza teorica). Il noto accenno all'essenza più profonda del principio stesso (ancorché non alla sua denominazione) contenuto nei

(4) A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998, p. 166

(5) D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 171 e 177 ss.; della stessa Autrice si veda inoltre il più recente *Principio di proporzionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia Treccani*, 2010, [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/).

Principi di Romagnosi del 1814 – secondo il quale il potere pubblico quando agisce deve sacrificare il minimo indispensabile i diritti privati su cui va ad incidere – costituisce solo uno dei prodromi che probabilmente, insieme ad altri sporadici e successivi apporti teorici che a tale principio hanno fatto riferimento⁶, hanno creato un *humus* favorevole alla sua successiva recezione e diffusione nel nostro ordinamento. Neppure al momento del centenario delle leggi di unificazione, nel 1965, si può dire che vi fosse una chiara affermazione (né tanto meno una netta consapevolezza) della rilevanza di tale principio, anche se da un punto di vista sostanziale alcuni dei suoi elementi (in particolare la necessaria valutazione dell'entità dell'incidenza dell'esercizio del potere sulla sfera giuridica dei suoi destinatari) erano già presenti in alcune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere elaborate dal giudice amministrativo.

È importante tuttavia evidenziare che, anche dopo l'inserimento più esplicito del criterio della proporzionalità fra i principi che reggono l'azione amministrativa, esso è stato per molto tempo presente nella giurisprudenza amministrativa soltanto quale mera enunciazione. Fino a tempi molto più recenti, infatti, il giudice amministrativo ha prestato scarsa attenzione alla dimensione procedimentale dell'applicazione del principio di proporzionalità nei giudizi sulla conformità ai canoni della legalità dell'agire delle PA. Soltanto dagli inizi del secolo in corso (e molto incostantemente, come vedremo tra breve) i giudici amministrativi italiani hanno fatto propria l'articolazione “trifasica” del principio di proporzionalità, elaborata dalla dottrina tedesca fin dall'inizio del Novecento ed applicata dalla giurisprudenza in quel Paese già dalla metà dello stesso secolo.

Dall'ordinamento tedesco il principio, come è noto, è penetrato nel diritto europeo (innanzitutto nel Trattato di Maastricht e successivamente nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e propor-

(6) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere e sproporzionata gravità dei vincoli*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1958, p. 626 ss. e Id., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1961, p. 825 ss., che ha riflettuto in modo particolare sulla proporzionalità dei limiti che possono essere apposti al diritto di proprietà.

zionalità⁷⁾ ed ha svolto un ruolo significativo nelle pronunce della Corte di giustizia UE.

Anche il giudice europeo (come già le corti tedesche) ha applicato il principio stesso secondo una sequenza procedimentalizzata, articolata in tre passaggi successivi, valutando innanzitutto l'effettiva congruità dell'intervento pubblico rispetto al fine che deve perseguire, verificando inoltre l'inesistenza di soluzioni meno gravose di quella adottata nell'esercizio del potere pubblico, nonché infine misurando l'"accettabilità" delle limitazioni che esso comporta alla sfera giuridica dei destinatari.

I tre "gradini" del percorso, elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco ed applicati successivamente dalla CGUE⁸⁾, che portano a stabilire se una decisione è proporzionata al fine che deve raggiungere, impongono pertanto al giudice di esaminare:

- a) la sua idoneità a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere;
- b) la sua necessità, intesa come inesistenza di alternative più miti per raggiungere il medesimo risultato;
- c) la sua adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, intesa come tollerabilità da parte del destinatario dell'intervento posto in essere dalla PA

L'articolazione descritta del principio di proporzionalità è ormai presente anche negli schemi concettuali utilizzati dalla nostra giurisprudenza amministrativa, che, tuttavia, vi ricorre in modo non del tutto univoco, né costante.

Quanto all'ambito di applicazione del principio su cui si sta riflettendo, occorre precisare che esso ha sempre riguardato tanto la proporzionalità degli interventi normativi, quanto quella dei provvedimenti amministrativi, con tutte le conseguenze – teoriche e pratiche – connesse alla diversa consistenza della valutazione relativa all'esercizio della funzio-

(7) Allegato n. 2 al Trattato di Lisbona del 2009.

(8) Per ciò che riguarda l'ordinamento tedesco i precedenti giurisprudenziali possono essere riferiti al *Kreuzberg Urteil* della Corte Superiore Prussiana (*Preussisches Oberverwaltungsgericht*, 14, 6, 1882, in PrOVGE 9, 353), nonché alle prime pronunce del *BVerfG*, a partire dalla sentenza del 5.3.1968, BVerfGE, 23, 127. Quanto alla giurisprudenza della Corte UE si può ricordare la decisione Corte giust. 17.12.1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

ne normativa e di quella che ha ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo.

La giurisprudenza europea si è concentrata prevalentemente sulla proporzionalità degli interventi normativi degli organi europei e solo successivamente anche sulla compatibilità con tale principio delle norme degli Stati membri che prevedono deroghe all'applicazione del diritto europeo⁹; solo più marginalmente il giudice europeo si è trovato ad esaminare interventi di tipo amministrativo. Inoltre, nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'applicazione del principio di proporzionalità sembra essere stata meno penetrante nei casi in cui quest'ultima ha giudicato su atti normativi (o su atti amministrativi) emanati dalle Istituzioni europee, rispetto ai casi in cui oggetto di giudizio erano norme o atti amministrativi degli Stati membri¹⁰.

Così come avviene nell'ordinamento dell'Unione europea (e in quello tedesco), anche nel nostro ordinamento il principio di proporzionalità è applicato in entrambi gli ambiti indicati. La proporzionalità costituisce inoltre frequentemente anche uno dei parametri utilizzati dalla nostra Corte costituzionale nel giudizio di legittimità delle leggi¹¹.

Tuttavia l'analisi che si intende svolgere in questa sede è finalizzata specificamente a verificare se, ed eventualmente come, l'applicazione del principio di proporzionalità – quale criterio dell'esercizio del potere amministrativo e quale parametro di giudizio sull'attività delle pubbliche amministrazioni – concorra a delineare l'ambito della cittadinanza amministrativa e ad arricchirlo di nuovi, significativi contenuti. Se esso, in altri termini, abbia rilevanza nel rapporto fra amministrazione ed amministrati già nel suo svolgersi e in che modo possa concorrere a rendere più effettivo il godimento dei diritti di cui gli amministrati sono titolari. A tale fine, l'applicazione del principio stesso in sede di valuta-

(9) Quanto meno a partire dalla sentenza Corte giust. 18.5.1993, C-126/91, *Schutzverband c. Unwesen i.d. Wirtschaft/Rocher*.

(10) S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 24.

(11) M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, p. 2.

zione della legittimità degli atti normativi non sembra assumere una rilevanza diretta e pertanto non costituirà oggetto di uno specifico approfondimento.

2. *Proporzionalità e ragionevolezza*

È acquisizione condivisa negli studi sul tema che nel nostro ordinamento la proporzionalità, ove applicata come parametro di giudizio della legittimità dell'azione amministrativa, sia stata spesso assimilata alla ragionevolezza, se non inglobata in essa, in quanto collegata strettamente all'eccesso di potere e alle sue manifestazioni¹².

La violazione del criterio di proporzionalità dell'agire amministrativo è stata pertanto ricondotta prevalentemente a manifestazioni quali l'illogicità, la contraddittorietà della motivazione del provvedimento, la sua insufficienza o ricollegata ad altre figure sintomatiche dell'eccesso di potere particolarmente connesse alla verifica della logicità e ragionevolezza dell'esercizio del potere discrezionale¹³.

Se è innegabile che vi sia una forte contiguità fra i due principi, tuttavia, come è stato ampiamente evidenziato da molti degli Autori precedentemente ricordati¹⁴, il parametro della ragionevolezza si presenta, ai fini della valutazione della congruenza dell'azione amministrativa, come un criterio dai tratti più generici rispetto alla proporzionalità. Quest'ultima, infatti, contiene una specifica valenza "quantitativa", la cui applicazione porta necessariamente a spostare l'accento anche sulla verifica

(12) Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 168 ss.; dello stesso Autore si veda inoltre il più recente, *Legge amministrazione giudice, Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 152 ss., specificamente dedicato al rapporto fra proporzionalità e ragionevolezza.

(13) G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, CEDAM, 1998, p. 97, secondo il quale «la ragionevolezza ingloba anche il principio di aderenza e adeguatezza alla situazione e ai fini proposti (...) con il quale si vuole significare il migliore proporzionamento al fine stabilito dell'attività».

(14) In specie, sul tema, si vedano A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 315; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 171-172, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi*, cit., p. 118, V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, (Intervento all'incontro di Norimberga dedicato al principio di proporzionalità, 27 ottobre 2006), in http://www.agatif.org/download/relazione_norimberga_parisio_it.doc2006, p. 3, nonché, in chiave comparatistica, P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1993, p. 39 ss.

dell'intensità dell'esercizio del potere amministrativo e consente di andare oltre l'aspetto della sua congruenza al fine. A tale riguardo è stato anche evidenziato come la proporzionalità, coerentemente con il termine "proporzione" da cui deriva, faccia riferimento essenzialmente ad un metodo di misurazione pura, laddove la ragionevolezza presuppone e implica scelte di valore¹⁵.

La frequente assimilazione dei due principi, anche da parte della Corte costituzionale¹⁶, e il mancato riconoscimento da parte della giurisprudenza amministrativa dell'autonomia concettuale della valutazione della proporzionalità rispetto a quella della ragionevolezza hanno favorito la scarsa attenzione da parte del giudice amministrativo alla dimensione procedurale che caratterizza la verifica di congruenza dell'azione amministrativa condotta in chiave di proporzionalità, secondo la sua strutturazione trifasica. Conseguentemente è risultata a lungo quasi del tutto assente proprio la dimensione quantitativa del sindacato sull'impatto dell'esercizio del potere sui suoi destinatari, valutazione resa possibile in particolar modo dall'applicazione dei criteri della necessità e dell'adeguatezza del contenuto del provvedimento impugnato.

È agevole comprendere infatti come, nella struttura a tre gradini del giudizio sulla proporzionalità, il primo di essi – la valutazione sull'idoneità dell'esercizio del potere a raggiungere il fine cui esso è preordinato – costituisca il parametro più contiguo al criterio della ragionevolezza, poiché serve a verificare la congruenza dell'intervento posto in essere dall'amministrazione rispetto all'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere. Non è un caso, quindi, che la valutazione sull'idoneità della decisione assunta dalla PA si ponga come punto di partenza nella sequenza di cui si compone la procedura trifasica del giudizio di proporzionalità.

In definitiva, si può concludere che l'assimilazione della proporzionalità alla ragionevolezza riduce l'applicazione del principio alla sola fase iniziale del processo trifasico che lo contraddistingue, ridimensionandone la portata e lasciando quindi inesplorate le sue più ampie poten-

(15) S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice*, cit., p. 203 ss.

(16) M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 6.

zialità di tutela: basti pensare alla differente portata che può assumere l'effetto conformativo di una decisione giurisdizionale basata sul mero criterio della logicità di un atto, rispetto a quella – assai più stringente – che può derivare da una statuizione sulla sua necessità (vale a dire sull'esistenza di alternative meno incisive sulla sfera giuridica del destinatario¹⁷).

Inoltre, il mancato riconoscimento dell'autonomia concettuale del principio e la mancata applicazione del percorso trifasico della valutazione sulla proporzionalità mettono in ombra anche un'altra peculiare valenza che in esso è sempre presente (che non lo è invece necessariamente nel principio di ragionevolezza), vale a dire la sua relazionalità¹⁸. È interessante notare, peraltro, come in tedesco il termine utilizzato per indicare la proporzionalità, *Verhältnismäßigkeit*, contenga la radice della parola rapporto, relazione (*Verhältnis*). Il giudizio sulla proporzionalità è infatti il frutto della valutazione del rapporto fra termini diversi, non è il mero svolgimento del processo logico che porta ad assumere una decisione.

L'analisi della necessità e della adeguatezza dell'esercizio del potere consente/impone all'amministrazione di prendere in considerazione in modo specifico (spesso attraverso un confronto dialettico) gli interessi secondari coinvolti nella decisione da assumere, per misurare l'intensità con cui su di essi incida l'esercizio del potere amministrativo. È proprio una siffatta valutazione ad aprire la strada alla possibilità che tali interessi ottengano una tutela più efficace, sia nel procedimento amministrativo sia, successivamente, da parte del giudice.

Sebbene, come si è già accennato, da più di un decennio la proporzionalità sia entrata a far parte dei principi generali del nostro ordinamento, richiamati dalla giurisprudenza¹⁹, è possibile affermare con certezza

(17) Sul tema cfr. in particolare V. PARISIO, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 3.

(18) Cfr. sul tema V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi*, cit., 2012, p. 145 e S. COGNETTI, *Legge, amministrazione, giudice*, cit., p. 12.

(19) La giurisprudenza amministrativa dall'inizio degli anni 2000, dopo la sentenza della Corte giust. 22.2.2002, C-390/99, *Canal Satelite Digital SL c. Administracion General del Estado*, fa sempre più spesso ricorso al principio di proporzionalità quale principio derivante dal diritto comunitario. La prima pronuncia del nostro giudice amministrativo davvero rilevante a tal fine è stata Cons. Stato, sez. VI, 1.4.2000, n. 1885 (con nota di D.U. GALETTA, *Una sentenza storica*

che ancora oggi in molte pronunce del giudice amministrativo ragionevolezza e proporzionalità siano utilizzati come concetti indistinti o in gran parte sovrapponibili.

L'analisi della giurisprudenza più recente, tuttavia, mostra come l'applicazione del principio da parte del giudice amministrativo sia in evoluzione. Accanto alle molte pronunce che ancora si limitano ad evocare genericamente il principio, elencandolo insieme agli altri parametri cui deve essere improntata l'azione amministrativa, si sono fatte più frequenti e meno sporadiche le sentenze che applicano puntualmente la "tecnica dei tre gradini", esaminando la fattispecie oggetto di giudizio sia dal punto di vista della sua idoneità, che della sua necessità ed adeguatezza²⁰.

Inoltre spesso il principio di proporzionalità viene considerato nelle decisioni dei TAR e del Consiglio di Stato quale principio autonomo rispetto a quello di ragionevolezza²¹: in alcuni casi il giudice lo considera principio cogente in ragione della diretta rilevanza del diritto dell'UE nel nostro ordinamento²²; in altri egli assume che la sua operatività nel nostro ordinamento sia una necessaria conseguenza del rinvio esplicito ai principi del diritto comunitario, quali criteri da cui deve essere retta l'azione amministrativa, contenuto nell'art. 1 della legge 241/1990²³.

sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 396 ss.); significativa è inoltre Cons. Stato, sez. V, sent. 14.4.2006, n. 2087. Fra le pronunce più recenti che qualificano la proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento, si vedano TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 9.1.2013, n. 1102 e Cons. Stato, sez. III, 10.9.2014, n. 4618; quest'ultima sentenza appare particolarmente interessante, poiché elenca (e sembra ordinare) le diverse tipologie di regole proprie dell'azione amministrativa «desumibili sia dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, quanto a ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza».

(20) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20.6.2002, n. 3368; Cons. Stato, sez. V, 14.4.2006, n. 2087; Cons. Stato, sez. VI, 17.4.2007, n. 1736; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 10.7.2014, n. 1715; TAR Lombardia, Milano, 8.4.2014, n. 928.

(21) TAR Puglia, Lecce I, 24.7.2014, n. 1955, ma già Cons. St., sez. I, parere 6.3.2002, n. 486. Talvolta tuttavia il principio di proporzionalità, ancorché distinto da quello di ragionevolezza, è considerato corollario di quest'ultimo: così TAR Lazio, Roma, sez. II, 5.3.2014, n. 2544.

(22) TAR Lombardia, Brescia, 1102/2013, già precedentemente citata.

(23) TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 11.6.2014, n. 1483.

Occorre infine evidenziare come la giurisprudenza amministrativa faccia riferimento frequentemente ai principi di “proporzionalità e di adeguatezza” richiamandoli in modo congiunto, ma distinto. In tal modo i giudici attribuiscono al secondo principio una propria specifica identità e sembrano non considerarlo una componente del primo, cioè una fase del percorso che porta ad un giudizio compiuto della proporzionalità dell'esercizio del potere²⁴.

Il tratto specifico della valutazione relativa alla proporzionalità, che emerge dall'applicazione prevalente di tale principio da parte della giurisprudenza amministrativa, risulta essere quindi soprattutto quello della necessità della decisione assunta: non di rado infatti i giudici si soffermano puntualmente a verificare se, nella fattispecie oggetto del giudizio, vi fosse la possibilità per l'amministrazione pubblica di adottare misure (altrettanto idonee rispetto a quella prescelta, ma) meno invasive²⁵. L'applicazione di tale parametro porta sovente il giudice anche a prospettare una possibile soluzione più mite, che avrebbe potuto/dovuto essere adottata. La valutazione circa l'adeguatezza, invece, porta il giudice a mettere direttamente a confronto l'interesse pubblico e quello del singolo; pertanto si presenta come attività specificamente volta a verificare in modo più immediato se sia stato oltrepassato il punto di equilibrio fra l'incisività del potere esercitato e gli interessi dei destinatari dell'intervento²⁶.

(24) TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste 4.12.2014, n. 628; TAR Lazio, Roma, 4.12.2014, n. 12237; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 1.12.2014, n. 2983; Cons. Stato, sez. III, 10.9.2014, n. 4618; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 20.6.2014, n. 1528, Cons. Stato, sez. VI, 6.5.2014, n. 2302.

(25) TAR Sicilia, Palermo, 2014/1483; TAR Lazio, Roma, 2014/2544, precedentemente citate; TAR Basilicata, Potenza, 17.10.2013, n. 611, che dichiara sproporzionato il divieto di introdurre cani in un giardino pubblico motivato da ragioni di tutela dell'igiene pubblica, essendo tale obiettivo raggiungibile anche con l'obbligo per i padroni degli animali di raccoglierne le deiezioni; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 23.1.2014, n. 135, in cui il giudice dichiara illegittima un'ordinanza prefettizia d'urgenza emanata a tutela della sicurezza urbana, affermando che i fenomeni oggetto del provvedimento avrebbero potuto essere affrontati con gli ordinari mezzi giuridici, risultando in tal modo sproporzionato e non necessario lo strumento adottato.

(26) La verifica e la “misura” dell'adeguatezza dell'esercizio del potere, la sua proporzionalità in senso stretto, o per meglio dire la sua sproporzione evidente, si riscontra soprattutto nei giudizi che hanno ad oggetto il potere sanzionatorio e quello disciplinare, ma anche nella decisione di controversie che hanno ad oggetto prestazioni economiche di cui si giudica l'eccessiva onerosità rispetto all'interesse pubblico assicurato (in quest'ultima direzione estremamente interessante

È dunque chiaro che le ultime due fasi del procedimento di applicazione del principio di proporzionalità fanno sì che esso possa dispiegare pienamente le proprie potenzialità, ai fini della verifica della congruenza dell'esercizio del potere amministrativo, e possa in tal modo fornire una tutela significativa agli interessi secondari su cui questo incide. Appare però altrettanto evidente dall'esame della giurisprudenza analizzata come le verifiche relative alla necessarietà e all'adeguatezza dell'intervento, proprio perché attingono in modo più diretto al processo di ponderazione e di contemperamento degli interessi in gioco, portino il giudice su un terreno che lo avvicina molto ai confini della sfera delle valutazioni discrezionali, riservate alle amministrazioni pubbliche.

Per tale ragione, le valutazioni sulla necessarietà e adeguatezza dell'esercizio del potere amministrativo sono state spesso ricollegate, in dottrina, alla garanzia di esigenze di giustizia sostanziale²⁷; oppure alla necessità che sia assicurata l'equità dell'azione dei soggetti pubblici, ritenuta intrinsecamente connessa al principio di proporzionalità²⁸.

Le potenzialità offerte dalle modalità di applicazione del principio di proporzionalità secondo la sua struttura trifasica mettono dunque in evidenza come esso si collochi su un crinale estremamente delicato, al confine fra discrezionalità e merito²⁹. Esse chiamano in causa in definitiva la concezione di legittimità dell'esercizio del potere amministrativo che si ritiene debba essere sottesa anche all'operare del principio in esame, che ne condiziona l'ampiezza e il contenuto.

TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 7.5.2013, n. 432, che reputa eccessivamente gravosi i contributi richiesti dal Comune ai congiunti di un disabile a fronte delle cure a quest'ultimo assicurate).

(27) A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., pp. 319-320, secondo il quale, tuttavia, il principio di proporzionalità va riportato pienamente alla sfera della legittimità e non a quella del merito, poiché esso consente di giudicare sulla "misura" dell'esercizio del potere amministrativo e non è volto a valutare i costi ed i vantaggi che quest'ultimo produce.

(28) V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi*, cit., pp. 241 e 249, che considera invece l'equità come il concetto che consente di individuare l'assetto più giusto degli interessi rilevanti in una specifica fattispecie e ritiene la proporzionalità un parametro cardine dell'equità (p. 241).

(29) V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi*, cit. dedica un paragrafo all'equità amministrativa fra legittimità e merito, e sembra invece non escludere che l'applicazione del principio di proporzionalità in determinati contesti possa dare luogo ad un vero e proprio giudizio nel merito (si veda in specie p. 298).

Gli orientamenti assunti su tale ultima questione, conseguentemente, risultano determinanti anche ai fini della definizione del ruolo svolto dal giudice amministrativo nella applicazione del principio di proporzionalità e quindi dell'ampiezza del suo sindacato³⁰.

Proprio la difficoltà di tracciare in modo sicuro la linea di demarcazione fra sindacato di legittimità e valutazioni di merito nell'applicazione trifasica del principio di proporzionalità suggerisce una possibile spiegazione della cautela con cui nel nostro ordinamento è stato recepito il principio stesso; presumibilmente essa è anche alla base della sua frequente, più "comoda", riconduzione da parte della giurisprudenza amministrativa entro i confini del giudizio (più evidentemente estrinseco) sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere.

La prospettiva in cui si svolge la riflessione che si sta qui conducendo porta ad interrogarsi anche su quale impatto potrebbe avere sul sistema di garanzie delle posizioni soggettive di cui si compone la "cittadinanza amministrativa" un eventuale sconfinamento dell'applicazione del principio di proporzionalità nell'ambito del merito.

Anche a prescindere dalle implicazioni di tipo sistematico che una siffatta ipotesi comporterebbe (ad esempio in relazione al principio di separazione dei poteri)³¹, essa impone in ogni caso di domandarsi se il riconoscimento di un ampio spazio valutativo nell'applicazione del principio in sede giurisdizionale non possa condurre a mettere in dubbio l'ancoraggio a parametri certi e obiettivi del giudizio stesso, rendendo così più incerta proprio la valenza di tutela degli interessi secondari, che contraddistingue in modo peculiare il principio di proporzionalità e ne costituisce la dimensione più significativa.

Tali aspetti tuttavia, per la loro complessità e per le loro implicazioni, comporterebbero la trattazione di temi di teoria generale che richiederebbe ampiezza ed obiettivi diversi da quelli propri dello studio che si sta conducendo, per cui non è possibile per ora dedicare ad essi più di qualche accenno.

(30) C. MARZUOLI, *Recensione a A. Sandulli, La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 309 ss.

(31) Su cui D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 248.

3. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa

Come si è già anticipato, anche l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa mostra chiaramente quanto sia stato importante il ruolo svolto dal diritto comunitario (poi europeo) per l'affermazione e lo sviluppo del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento. L'influenza esercitata dalla positivizzazione del principio nel Trattato di Maastricht e la sua sempre più convinta applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia UE sono state certamente rafforzate anche dal c.d. effetto di *spill over*, vale a dire dall'osmosi fra i principi di ordinamenti diversi, veicolati attraverso quello europeo.

L'applicazione del principio da parte della giurisprudenza amministrativa italiana, tuttavia, non risulta confinata alle sole materie in cui in cui è più forte l'egemonia del diritto europeo (quali ad esempio le gare di appalto, l'ambiente), ma riguarda anche in modo significativo settori che sono del tutto estranei alla sua sfera di competenza. Ciò è evidentemente coerente con la valenza di principio generale dell'ordinamento riconosciuta alla proporzionalità, che la porta a permeare di sé potenzialmente tutto l'agire amministrativo.

Gli ambiti in cui trova applicazione giurisprudenziale il principio di proporzionalità sono oggi pertanto molto vari: accanto a decisioni che riguardano le materie di più immediato rilievo per la disciplina europea, vi sono anche molte pronunce che declinano il principio in relazione alle limitazioni alla proprietà, ai vincoli posti ai beni culturali, alle sanzioni amministrative, alle misure di ordine pubblico (e, in tale contesto, ai provvedimenti di necessità e urgenza), all'ammissione ai concorsi pubblici, ai contributi economici richiesti per interventi di assistenza sociale. È opportuno comunque ricordare nuovamente come nella materia delle limitazioni al diritto di proprietà la nostra dottrina e giurisprudenza già dalla metà del '900 facessero uso di criteri di tipo sostanzialmente (anche se non dichiaratamente) proporzionale nella valutazione della legittimità dei poteri autoritativi dell'amministrazione pubblica³².

Inoltre, fra le materie in cui il principio di proporzionalità trovava di fatto applicazione già prima del suo più esteso accoglimento quale prin-

(32) Come si è già precedentemente anticipato, rievocando le posizioni di V. SPAGNUOLO VIGORITA, negli scritti citati a nota 6.

cipio generale dell'agire amministrativo vi sono quelle relative alle sanzioni amministrative e alle sanzioni disciplinari nei confronti dei pubblici dipendenti. Nei giudizi sull'esercizio del potere sanzionatorio la giurisprudenza amministrativa ha infatti da sempre mostrato di tener conto in modo specifico del rapporto fra gravità dell'infrazione commessa e misura della sanzione comminata, applicando il criterio della proporzionalità quale parametro della legittimità della sanzione, in quanto criterio già consolidato nel diritto penale, da cui la disciplina della potestà sanzionatoria mutua i principi fondamentali. È tuttavia interessante osservare come anche in materia di sanzioni amministrative la terminologia e lo schema logico dell'applicazione del principio in esame siano mutati e si siano arricchiti, grazie alle nuove valenze che esso ha assunto nella configurazione che le è propria nel diritto europeo: emblematica una pronuncia in cui il giudice amministrativo afferma che, proprio nell'esercizio del potere sanzionatorio, il rispetto del principio di proporzionalità impone all'amministrazione di svolgere un giudizio guidato dai tre criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza, dichiarando che «è legittimo l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi»³³. Come è stato rilevato³⁴, alle diverse materie in cui viene fatta applicazione del principio di proporzionalità corrispondono anche differenze quanto al grado di penetrazione del controllo giurisdizionale svolto attraverso l'impiego del principio stesso, per cui i suoi canoni di attuazione sono difficilmente riconducibili ad un modello unitario. Dall'esame delle pronunce del giudice amministrativo risulta evidente come il principio di proporzionalità abbia avuto un ruolo più significativo soprattutto in relazione all'attività amministrativa che incide sfavorevolmente nei confronti dei suoi destinatari. Grazie alla valutazione sull'adeguatezza dell'esercizio del potere, la proporzionalità tende ad assumere il ruolo di principio che «investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche dei cittadini»³⁵.

(33) TAR Puglia, Lecce, sez. II, 2014/1715, precedentemente citata.

(34) C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 306.

(35) Così TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 2014/1483, già citata; interessante al riguardo anche TAR

Non si deve peraltro ignorare che il principio dispiega effetti anche ai fini della tutela di interessi pretensivi e quindi a fronte di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari³⁶.

La proporzionalità dell'esercizio del potere amministrativo rispetto al fine perseguito ha assunto particolare rilevanza, infatti, in relazione alla attuazione più o meno restrittiva dei requisiti richiesti per ottenere benefici previsti dalla legge. La valutazione della idoneità e necessità ha riguardato anche i requisiti previsti dai bandi di concorso; talvolta le stesse procedure concorsuali, vale a dire il loro svolgimento³⁷.

Non si può non osservare, tuttavia, come l'applicazione del principio di proporzionalità, anche rispetto agli interessi pretensivi coinvolti nei casi citati, serva principalmente a verificare il modo in cui vengono assunte decisioni che riducono (quando non azzerano) le possibilità di ottenere l'ampliamento della sfera giuridica, preteso (o sperato) dall'amministrato. Certamente, in tali casi, la valutazione della idoneità della misura adottata a perseguire il fine previsto dalla legge assume un ruolo prevalente rispetto alla valutazione della sua necessità e adeguatezza; per cui in tali ipotesi il giudizio sulla proporzionalità, quando non si sovrappone del tutto a quello sulla ragionevolezza³⁸, si traduce al più nella necessità che la PA fornisca un'adeguata giustificazione dell'intervento adottato.

Non mancano tuttavia, ad esempio in materia di svolgimento di concor-

Campania, Napoli, sez. IV, 5.3.2013, n. 1235 ove si afferma che il principio di proporzionalità assume particolare rilevanza nei casi in cui i provvedimenti restrittivi fanno seguito a precedenti provvedimenti ampliativi che debbano essere rimossi per perseguire l'interesse pubblico.

(36) Come fa notare S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 231.

(37) Particolarmente significativa in materia di requisiti Tribunale I grado UE, sez. VIII, 17.12.2015, n. 510, che utilizza il principio di proporzionalità (articolatamente applicato) per affermare che i requisiti linguistici richiesti nei concorsi per l'accesso al lavoro presso gli uffici dell'UE (che impongono la conoscenza di alcune determinate lingue, a prescindere dalla nazionalità dei candidati) non sono effettivamente necessari ai fini di efficienza e funzionalità dell'attività degli uffici stessi e che la loro superfluità si traduce in una discriminazione per alcune categorie di concorrenti; sul tema della applicazione dei requisiti nei concorsi, si veda invece TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 8.6.2015, n. 991, che giudica sproporzionato l'eccessivo e formalistico rigore con cui la PA ha interpretato i requisiti di ammissione previsti dal bando, con la conseguente esclusione di un candidato, violando il fine pubblico della massima partecipazione, in funzione dell'interesse della PA alla individuazione dei meritevoli, attraverso il più ampio confronto concorrenziale.

(38) C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 309.

si, anche pronunce che valorizzano il criterio di adeguatezza, sindacando la proporzionalità “in senso stretto” degli atti³⁹ o dei comportamenti tenuti dall’amministrazione pubblica⁴⁰.

4. Il ruolo delle norme costituzionali e l’incidenza della legge 241/1990 nella (sia pur tardiva) emersione del principio di proporzionalità

Come si è già evidenziato, il principio di proporzionalità ha origine prevalentemente giurisprudenziale ed è solo limitatamente e da tempi molto più recenti presente nei nostri testi normativi nazionali⁴¹.

L’analisi della giurisprudenza che ha fatto specifico riferimento al principio di proporzionalità, riconoscendogli una funzione autonoma e una portata più articolata rispetto a quello di ragionevolezza/logicità, può essere utile anche per provare a fornire qualche risposta in merito all’incidenza dell’emanazione e dell’attuazione della Costituzione sull’emersione del principio stesso, quale canone di valutazione della correttezza dell’esercizio del potere discrezionale.

L’ampiezza dell’arco di tempo che è stato necessario per portare alla luce e per consolidare l’applicazione del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento, nonché la lunga assenza di riferimenti nei testi normativi nazionali portano di primo acchito a far ritenere che la Carta costituzionale abbia influito molto poco in via diretta sulla sua definizione. Tuttavia il rapporto, cui si è già fatto cenno, che lega la proporzionalità all’eccesso di potere induce ad inserire la riflessione su tale principio nel quadro del processo di complessivo e profondo cambiamento che, dopo la Costituzione, ha investito la nozione di legalità dell’azione amministrativa⁴².

(39) Così come ha fatto il Tribunale di primo grado Ue citato alla nota 37.

(40) Si veda ad esempio TAR Lombardia, Milano, 8.4.2014, n. 928, che applicando puntualmente i tre criteri della idoneità, necessità e adeguatezza giudica sproporzionata l’esclusione dal concorso di una candidata che si era presentata con un ritardo di venti minuti rispetto all’ora stabilita per la prova orale, arrivando tuttavia ben prima che questa iniziasse e che ne iniziassero anche le procedure preliminari. L’esclusione della candidata si era pertanto tradotta in una penalizzazione eccessiva ed evitabile, oltre che ingiustificata dal fine pubblico.

(41) Lo è soprattutto in materia ambientale: sul rapporto fra principio di precauzione e principio di proporzionalità in tale ambito, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 73.

(42) A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, cit., p. 190.

Per comprendere quale sia stata l'effettiva incidenza delle norme costituzionali occorrerebbe chiedersi quanto il progressivo superamento di una nozione meramente formale di legalità, fondato sulla sua rilettura alla luce degli artt. 97, 3 e 113 Cost., abbia favorito l'affermazione del principio di proporzionalità (o ne abbia comunque facilitato la recezione, pur se per il tramite dell'influenza del diritto comunitario), nonché quanto esso sia stato determinante per la definizione del suo contenuto e dell'ampiezza della sua applicazione.

Il tema dell'evoluzione e della trasformazione del principio di legalità è evidentemente centrale per il diritto amministrativo, nonché di estrema complessità per la molteplicità delle sue implicazioni, per cui, come si è già avuto modo di anticipare, non è possibile affrontarlo compiutamente, in questa sede.

In relazione alla domanda che ci si è posti può essere, per contro, agevole affermare che la riforma del Titolo V, Parte II Cost. ha inciso in modo diretto sulla recezione del principio di proporzionalità, almeno nelle forme in cui esso è stato sistematizzato dalla Corte di giustizia UE, poiché l'art. 117 riformato ha costituzionalizzato il vincolo del rispetto dei principi del diritto comunitario da parte del nostro ordinamento.

In questa stessa prospettiva, un ruolo significativo deve essere certamente riconosciuto anche all'art. 1 della 241/1990, come modificato dalla legge 15/2005, che pure non menziona espressamente tale principio, ma richiama «i principi dell'ordinamento comunitario» fra quelli che regolano l'azione amministrativa.

Si è già evidenziato precedentemente come, in alcune sentenze del giudice amministrativo, proprio tale norma sia stata posta concretamente a fondamento della recezione del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento.

L'introduzione dei principi del diritto comunitario – e fra questi implicitamente anche del principio di proporzionalità – nella norma di apertura della legge 241 sembra suggerire inoltre un collegamento fra tale disposizione e i diritti procedurali che la stessa legge sancisce e disciplina. Tale legame porta innanzitutto a sottolineare l'importanza del parametro della proporzionalità nel corso dell'esercizio del potere, riequilibrando l'idea di una sua rilevanza quasi esclusivamente giurisdizionale, e consente di delineare in modo più stringente la relazione che lega

tale principio e il procedimento amministrativo. Il criterio della proporzionalità, infatti, è volto a far emergere il peso degli interessi secondari e a calibrare l'esercizio del potere amministrativo in modo che essi siano tenuti nella debita considerazione e "adeguatamente" rispettati; il procedimento amministrativo è proprio il luogo in cui avviene (in cui deve avvenire) l'emersione e la ponderazione di tali interessi⁴³.

Il rispetto (sostanziale oltre che formale) delle regole che disciplinano i modi di assunzione delle decisioni da parte delle amministrazioni pubbliche non acquisisce in tal modo valore solo in quanto esse definiscono le "forme" che l'esercizio del potere deve assumere, prevedendo e regolando i diritti procedurali dei destinatari del potere stesso: esso diviene rilevante soprattutto in quanto tali regole si riempiono anche di contenuto sostanziale, poiché individuano le fasi e le modalità attraverso le quali si costruisce e prende corpo l'esercizio di un potere "proporzionato" al fine che la legge indica all'amministrazione che agisce. Tale prospettiva, inoltre, non si presenta priva di conseguenze sul piano dell'applicazione del principio di proporzionalità anche in ambito giurisdizionale, poiché può fornire al giudice un ancoraggio normativo più saldo a parametri di legittimità stringenti, soprattutto nello svolgimento del giudizio sulla necessità della misura adottata dall'amministrazione pubblica nell'esercizio del potere.

La decisione del giudice può trovare infatti fondamento nella verifica circa l'avvenuta valutazione da parte della PA di alternative alla soluzione prescelta, alternative emerse (o non emerse per negligenza) in fase di istruttoria; così come può basarsi sull'esame della motivazione del provvedimento, condotto non solo alla stregua della sua logicità, ma anche della sua idoneità a dar conto (in termini quantitativi, oltre che qualitativi) di un'adeguata valutazione delle osservazioni presentate dal privato. Anche la violazione del principio di non aggravamento del procedimento o del dovere di collaborazione fra amministrazioni pubbliche possono in questo quadro costituire indici della violazione del principio di proporzionalità⁴⁴.

(43) Sul tema, in chiave comparatistica col diritto inglese, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., p. 106 ss.

(44) M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro Amm.*, 1993, p. 1739.

Ancorando l'applicazione in sede giurisdizionale del principio di proporzionalità alle regole del procedimento e ai diritti che esse intestano agli amministrati, il processo si configurerà in modo più sicuro quale luogo in cui la valutazione della necessità e dell'adeguatezza dell'intervento amministrativo conduce a giudicare se e come l'amministrazione abbia acquisito e valutato gli interessi secondari. Si riduce pertanto drasticamente il rischio che il processo diventi la sede in cui tali interessi emergono effettivamente per la prima volta e vengono bilanciati dal giudice e non dall'amministrazione, evitando di lasciare all'organo giudiziario il compito di effettuare una valutazione che rischia di non essere «l'ultima perché la più adeguata, ma solo la più adeguata perché l'ultima»⁴⁵.

Tale prospettiva, in definitiva, consentirebbe di stemperare i problemi (cui si è accennato in precedenza) connessi alla contiguità fra legittimità e merito, intrinseca al procedimento di applicazione del principio di proporzionalità, senza ridurre tuttavia la rilevanza di quest'ultimo e senza rinunciare alle potenzialità contenute nella sua struttura «trifasica».

La giurisprudenza amministrativa fornisce suggestioni che suffragano la prospettiva delineata. Vi sono infatti pronunce che riconducono la violazione del principio di proporzionalità all'assenza di un'istruttoria procedimentale adeguata, che non ha consentito di tener conto compiutamente degli interessi secondari e di far emergere soluzioni alternative a quella prescelta⁴⁶; vi sono inoltre decisioni che valutano la legittimità della deroga all'obbligo di inviare la comunicazione di avvio del procedimento al destinatario del provvedimento finale, alla stregua della sua proporzionalità all'obiettivo da raggiungere⁴⁷.

Ci si può domandare se l'ancoraggio del principio di proporzionalità ai modi di emersione degli interessi secondari nel procedimento possa risultare egualmente utile in tutti gli ambiti dell'azione amministrativa o

(45) Secondo una efficace formula di E. CARLONI, *Le verità amministrative (L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo)*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 243.

(46) TAR Campania, Napoli, 2013/1235 già citata: la controversia riguardava l'emanazione di un provvedimento di annullamento di un certificato di agibilità e il conseguente ordine di chiusura di un'attività commerciale.

(47) TAR Umbria, Perugia, sez. I, 6.3.2013, n. 153.

se la sua efficacia non sia in qualche misura correlata al tipo di attività in cui esso trova applicazione: tale interrogativo richiederebbe un'indagine più puntuale, condotta settore per settore, che per la sua ampiezza, nonché per il contesto e per le finalità in cui si inserisce lo studio svolto, non può trovare spazio in questa sede⁴⁸.

Inoltre, alla luce delle riflessioni precedentemente svolte, potrebbe essere utile anche indagare ulteriormente sulle ipotesi in cui la valutazione dell'adeguatezza dell'esercizio del potere venga assunta come parametro esclusivo del giudizio sulla sua proporzionalità: in tali circostanze, infatti, l'incisività dell'intervento posto in essere e l'intensità del sacrificio richiesto al suo destinatario si fronteggiano e si misurano in modo diretto, per cui potrebbe risultare meno agevole (o addirittura apparire meno proficua) l'individuazione di una stretta correlazione fra attività procedimentale e proporzionalità.

Tale eventualità si può verificare, ad esempio, nel caso del sindacato sulla proporzionalità delle sanzioni (amministrative e disciplinari) irrogate. Tuttavia – anche a voler tacere della peculiarità dell'applicazione del principio di proporzionalità al settore citato⁴⁹ a causa della stretta derivazione del diritto relativo alle sanzioni amministrative da quello penale – per suffragare la tesi della rilevanza anche in tale ambito delle regole procedurali che individuano le sedi di confronto e di ponderazione fra i diversi interessi in gioco, può essere utile richiamare la risalente, ma sempre attuale, pronuncia in cui la Corte costituzionale sottolineava la necessità del contraddittorio, ai fini dell'irrogazione di una sanzione, dichiarando illegittimo l'automatismo della sua comminazione al solo verificarsi di presupposti predefiniti⁵⁰.

(48) Per una ricerca specifica sull'applicazione del principio di proporzionalità al governo del territorio e in particolare alla pianificazione urbanistica, A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, FrancoAngeli, 2013.

(49) Su cui A. TRAVI, *Nota a Cons. Stato, sez. VI, 17.4.2007, n. 1736*, in *Foro It.*, 2007, III, 550, p. 551 ss.

(50) Corte cost. 1.6.1995 n. 220, con nota di F. CERRI, *Dalla garanzia del giusto procedimento in sede disciplinare al criterio della proporzionalità: spunti problematici e riflessioni a partire da una interessante sentenza della Corte costituzionale* (nota Corte cost. 1995/220), in *Giur. cost.*, 1995, p. 1642 ss.

5. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU

Il principio di proporzionalità ha giocato (e gioca) un ruolo significativo anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ancorché infatti il principio non sia espressamente indicato nella Convenzione del 1950, tuttavia il giudice di Strasburgo lo ha utilizzato quale criterio per definire il "margine di apprezzamento" lasciato agli Stati nell'attuazione dei diritti tutelati dalla Convenzione e, in specie, nella previsione di limitazioni al loro godimento.

Il fine della Corte nella valutazione del "margine di apprezzamento" è in definitiva quello di assicurare una tendenziale omogeneità nell'applicazione delle norme della Convenzione da parte degli Stati che l'hanno ratificata, pur in presenza di tradizioni giuridiche e sistemi di protezione fra loro disomogenei⁵¹.

In tale contesto, il principio di proporzionalità è stato applicato a salvaguardia di diritti individuali di libertà, fra i quali il rispetto della vita privata, della libertà di espressione, della libertà di associazione, nonché, in modo sempre più incisivo e frequente, a difesa del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione.

Tuttavia, come è stato notato⁵², le modalità di applicazione del principio da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono state per lungo tempo ben più generiche e meno articolate rispetto a quelle elaborate dalla giurisprudenza tedesca ed accolte dalla Corte di giustizia UE. Inoltre, soprattutto fino alla fine degli anni '80, il criterio cui era usualmente ricondotto il giudizio sulla coerenza con il dettato della Convenzione degli interventi limitativi dei diritti riguardava la loro proporzionalità esclusivamente rispetto allo scopo perseguito, valutando quindi la loro ragionevolezza, nonché la loro «necessarietà in una società democratica», parametro evidentemente del tutto calibrato sulla tipologia di diritti da tutelare.

Il principio in esame, pertanto, ha fornito le basi essenzialmente per un

(51) F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Copanello, 31 maggio - 1° giugno 2002; <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html>, p. 1.

(52) A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 106.

confronto diretto fra risultato dell'esercizio del potere e sfera giuridica limitata, volto a verificare se vi fosse un "giusto equilibrio" fra gli interessi generali e il diritto limitato, senza che da parte della Corte EDU venisse dedicata alcuna attenzione alla dimensione della necessarietà (ossia all'esistenza e alla considerazione di alternative possibili) degli interventi limitativi dei diritti.

A partire dagli anni '90 tuttavia, le modalità di applicazione del principio anche da parte della Corte EDU si sono andate avvicinando maggiormente a quelle elaborate del giudice UE, pur senza mai essere altrettanto puntuali ed articolate⁵³.

Quanto all'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU nel nostro ordinamento, si può osservare come in specie la giurisprudenza amministrativa italiana (a differenza ad esempio da quella inglese)⁵⁴ fino a tempi piuttosto recenti sia stata poco sensibile agli stimoli provenienti dai giudici di Strasburgo, anche perché incerta e divisa circa il valore da attribuire alle norme della Convenzione e circa la loro cogenza. Tale situazione è certamente mutata in seguito alle ben note sentenze (in materia di indennizzo espropriativo) con cui nel 2007⁵⁵ la Corte costituzionale ha attribuito alle norme della Convenzione il valore di norme interposte e, pur non ritenendo possibile la loro applicazione diretta e negando il loro rango costituzionale, ha tuttavia riconosciuto in modo esplicito la «funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea»⁵⁶.

Vale la pena di notare, infine, come si sia significativamente sviluppata, ed abbia invece un crescente impatto sul diritto interno, proprio la giurisprudenza della Corte EDU relativa alla tutela del diritto di proprietà (disciplinato dal Protocollo 1 della Carta), nella quale il principio di proporzionalità ha assunto un peso rilevante ai fini della valutazione della conformità degli interventi limitativi del diritto stesso posti in essere dagli Stati.

(53) D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 765 ss.

(54) S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., p. 142.

(55) Si fa ovviamente riferimento alle notissime sentenze Corte cost. 24.10.2007 nn. 348 e 349.

(56) Corte cost. 348/2007.

Oltre alle già ricordate pronunce che hanno riguardato il nostro Paese, relative alla misura dell'indennizzo a fronte di espropriazioni di pubblica utilità, e a quelle, altrettanto note, relative alla quantificazione del risarcimento dei danni da occupazione illegittima⁵⁷, la giurisprudenza della Corte EDU fondata sulla applicazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Carta ha inciso su molti altri ambiti, in base ad una nozione di proprietà particolarmente estesa, che ricomprende qualunque bene economicamente valutabile⁵⁸.

Si possono richiamare al riguardo importanti pronunce in materia di diritto tributario⁵⁹ (sulla riscossione dei tributi) e di diritto del lavoro (fra le quali particolarmente rilevanti quelle relative al trattamento retributivo del personale ATA degli Enti locali)⁶⁰.

Nella giurisprudenza appena ricordata, la Corte EDU ha sistematicamente applicato il principio di proporzionalità; tuttavia il Giudice ha aderito raramente in modo puntuale al "modello rigoroso" adottato dalla Corte di giustizia UE (e dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco), per cui non si è soffermata specificamente a verificare «la possibilità che un determinato fine pubblico possa essere ottenuto con mezzi meno costosi (per il privato colpito) di quelli effettivamente prescelti dal potere politico»⁶¹, ma ha piuttosto valutato l'esistenza di «un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali», nonché l'esistenza di «un ragionevole rap-

(57) Su cui R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU (Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario)*, Roma, Aracne, 2012, p. 49 ss.

(58) Per un approfondimento su tale giurisprudenza cfr. G. MANDÒ, *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritti Umani in Italia*, 2014, <http://www.duitbase.it/articoli/la-tutela-della-proprietà-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo>, par. 3).

(59) Su cui A. PERSIANI, *Riscossione tributaria e principio di proporzionalità*, 2014, in <http://www.archivioratioiuris.it/index.php/homepage/diritto-tributario?id=1310>, par. 2.

(60) Fra queste è rilevante, in particolare, per il discorso che si sta conducendo: Corte EDU, Seconda Sezione, 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*, secondo la quale «la nozione di "proprietà" può concernere sia i "beni esistenti" che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti».

(61) A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla CEDU e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, 2008, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0085_guazzarotti.pdf, p. 8.

porto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle misure restrittive della proprietà⁶².

Come si può notare, anche nella giurisprudenza richiamata, ragionevolezza e proporzionalità appaiono principi dai confini sfumati. Inoltre, nel confronto diretto fra valori che devono trovare il giusto bilanciamento, la tutela del diritto di proprietà, inteso in senso ampio, viene rapportato all'«interesse generale della comunità» (o talvolta della collettività), che è concetto evidentemente diverso dalla «funzione sociale» evocata dall'art. 42 della nostra Costituzione.

In definitiva l'applicazione, pur frequente, del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU appare fortemente connotata dal compito attribuito alla Corte stessa dalla Convenzione che l'ha istituita, nonché dal punto di vista che essa deve assumere. L'approccio del giudice di Strasburgo, infatti, risulta ancora decisamente caratterizzato da una visione «antagonistica» fra intervento pubblico e tutela dei diritti, dato che l'obiettivo della Corte è quello di garantire la tutela dei diritti rispetto ad eventuali limitazioni indebite da parte del potere statale (pubblico). In tale contesto, l'interesse della collettività sembra assumere la funzione di confine della pienezza del diritto, di delimitazione della sua ampiezza; per contro, nell'applicazione del principio di proporzionalità alla verifica della correttezza dell'esercizio del potere attribuito all'amministrazione pubblica, la necessità che la PA sacrifichi la posizione del privato nella misura minore possibile ed acquisisca e valuti adeguatamente i suoi interessi non serve soltanto a tracciare il limite all'esercizio del potere stesso, ma concorre alla definizione della sua adeguatezza e della sua legittimità e, in ultima analisi, alla determinazione del suo contenuto.

6. *Considerazioni conclusive*

Si possono svolgere, in via di prima approssimazione, alcune riflessioni conclusive sul tema più specifico che lo studio svolto si propone di indagare: se il principio di proporzionalità contribuisca a definire la cittadinanza amministrativa, se la sua introduzione abbia dato (o stia dan-

(62) Corte Eur. Dir. Uomo 2011/*Agrati*, par. 82.

do) vita ad un nuovo diritto degli amministrati nei confronti della PA e quanto, infine, tale principio condizioni l'agire delle amministrazioni pubbliche.

A tale proposito si può certamente evidenziare un netto ampliamento dell'ambito di influenza dell'idea di proporzionalità nella sua configurazione attuale, rispetto alla nozione/concezione da cui il principio ha tratto origine. La nascita del principio si fondava totalmente sulla dialettica novecentesca autorità/libertà. La proporzione del sacrificio richiesto rispetto all'interesse pubblico era strettamente finalizzata alla salvaguardia di sfere di libertà, alla tutela di diritti fondamentali rispetto ad ingerenze arbitrarie o quanto meno ingiustificate o inutili. Dal diritto di polizia, alla proprietà, alle sanzioni disciplinari, la sfera esclusiva di applicazione del principio era conseguentemente quella giurisdizionale. Tale impostazione sembra permeare tuttora la giurisprudenza della Corte EDU e la sua azione di salvaguardia dei diritti di libertà sanciti dalla Convenzione.

Nell'ordinamento italiano, invece (in analogia a quanto è avvenuto in altri Paesi europei, pur diversi fra loro quali la Germania e la Gran Bretagna) la proporzionalità va assumendo sempre più il ruolo di un principio che impone alla PA regole di comportamento procedimentali: la valutazione delle alternative possibili; l'ascolto delle osservazioni dei destinatari dell'atto; l'acquisizione degli elementi che consentono di individuare modalità di riduzione dei danni o di evitare l'aggravamento degli oneri collaborativi richiesti, la conseguente motivazione della idoneità, necessità, adeguatezza delle scelte operate in base a tali presupposti.

In altri termini, la proporzionalità tende a configurarsi molto spesso come un principio posto a baluardo della effettività di altri principi e di specifici diritti di cui i cittadini godono (in primo luogo in forza delle norme contenute nella legge sul procedimento amministrativo) nei confronti della pubblica amministrazione, di cui consente di garantire la consistenza e di assicurare un'applicazione sostanziale e non solo meramente formalistica. Il principio in tal modo è in grado pertanto di incidere concretamente sui modi di esercizio della funzione amministrativa. Per tale ultimo aspetto, il ruolo che va assumendo il principio di proporzionalità nel diritto interno si differenzia anche da quella svolta nel

diritto europeo, da cui pure ha progressivamente mutuato i criteri e le modalità di applicazione procedimentalizzata. Nell'ordinamento europeo, infatti, il principio di proporzionalità è utilizzato soprattutto a tutela di valori oggettivi (le quattro libertà fondamentali del Trattato), piuttosto che a garanzia della sfera giuridica degli amministrati e della loro possibilità di rappresentare i propri interessi nel corso dell'esercizio del potere pubblico.

Proprio tale ultima dimensione invece è in grado di produrre i risultati più rilevanti nell'applicazione del principio di proporzionalità come canone dell'agire amministrativo.

Ciò ne evidenzia l'utilità anche ai fini dell'ampliamento della cittadinanza amministrativa, vale a dire di una cittadinanza fatta di diritti che non si contrappongono in modo frontale all'interesse pubblico perseguito dalle amministrazioni, ma che, al contrario, concorrono in modo determinante a definirne la consistenza e la complessità.

