

Della discrezionalità amministrativa ed i limiti del controllo giurisdizionale operato dal giudice amministrativo: due casi esemplari

Autore: Sgueo Gianluca

In: Diritto amministrativo

1. Il difficile rapporto tra la discrezionalità amministrativa ed il controllo dell'organo giurisdizionale, profili storici ed interpretativi - 2. Gli strumenti a disposizione del giudice amministrativo per sindacare l'operato discrezionale dell'amministrazione - 3. Un primo esempio: la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 1993 - 4. Un secondo esempio: la sentenza n. 21 del 1984 del T.A.R. del Lazio - 5. Conclusioni

1. Il difficile rapporto tra la discrezionalità amministrativa ed il controllo dell'organo giurisdizionale, profili storici ed interpretativi

Per chiarire i termini del problema trattato è opportuno, in via preliminare, specificare cosa si intende per discrezionalità della pubblica amministrazione. Secondo la migliore dottrina[1], l'attività della P.A. può essere distinta in due ipotesi principali: la prima è quella definita come "attività vincolata". Trattasi dell'ipotesi in cui all'amministrazione, preposta alla tutela di uno specifico interesse pubblico, non residui alcun margine valutativo apprezzabile, dacchè l'iter decisionale e le conseguenze di questo vengono interamente definite dal legislatore che attribuisce quella potestà all'amministrazione.

La seconda ipotesi è invece quella di attività discrezionale. L'amministrazione esercita comunque il potere sulla base della delega del legislatore, ed ha inoltre la possibilità di compiere un'attività ricognitiva e valutativa necessaria ad individuare la migliore linea d'azione per tutelare quello specifico interesse.

Dunque, costituisce esempio di attività vincolata il rilascio di patenti di guida, una procedura nella quale la motorizzazione si limita a valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge e a rilasciare, oppure negare, la patente. Invece, è un esempio di esercizio di attività discrezionale la predisposizione di un piano urbanistico. Infatti l'amministrazione locale dovrà scegliere quali interessi considerare preponderanti rispetto ad altri (ad esempio gli interessi dei singoli gestori di esercizi commerciali piuttosto che quelli di un'eventuale cordata di imprenditori che intendesse costruire un unico centro commerciale) e quale sia il modo migliore per tutelarli.

Di conseguenza, mentre l'esercizio dell'attività vincolata è facilmente valutabile alla stregua dei criteri di legittimità, maggiori problemi suscita la valutazione dell'esercizio di attività discrezionale. Non tanto per ciò che riguarda la legittimità del provvedimento (la quale è sempre sindacabile dal giudice) quanto piuttosto per la parte inerente il merito perché, ammettere un controllo generalizzato significherebbe violare la sfera di intangibilità di cui gode il potere amministrativo rispetto al potere giurisdizionale[2].

Questa è la dimensione del problema che interessa la dottrina e la giurisprudenza da diversi anni: quale sia cioè il margine di valutabilità ammissibile per il giudice e quale, invece, il limite oltre il quale tale controllo risulti inammissibile. Si tratta di una valutazione tutt'altro che agevole e che è venuta a mutare nel corso degli anni, contestualmente al mutare della concezione di pubblica amministrazione sovrana in favore di un'amministrazione prossima alle esigenze dell'utenza.

Oggi, nell'imperio del principio di trasparenza ed imparzialità, si ritiene che il giudice possa intervenire a sindacare l'attività dell'amministratore qualora quest'ultimo abbia posto in essere un comportamento sproporzionato rispetto all'esigenza che si era preposto. Che, dunque, quell'interesse potesse essere perseguito anche attraverso modalità differenti e sicuramente meno oppressive nei confronti dei diretti destinatari, che sono coloro i quali ne subiscono gli effetti. Le due decisioni di cui si tratta ricostruendone sinteticamente l'evoluzione, paiono, a tal fine, significative.

2. Gli strumenti a disposizione del giudice amministrativo per sindacare l'operato discrezionale dell'amministrazione

Prima di entrare nel merito delle vicende giudiziarie occorre però spendere poche parole sugli strumenti a disposizione del giudice amministrativo per sindacare l'operato della pubblica amministrazione. Come noto, ai sensi dell'articolo 26 del R.D. 1054 del 1924[3], i tre vizi che possono affliggere il provvedimento amministrativo sono la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere.

Tra le tre ipotesi, l'unica che si presta a sanzionare l'amministratore che abbia ecceduto il suddetto limite della proporzionalità e ragionevolezza è l'eccesso di potere. Quest'ultima ipotesi infatti, individuata nella sussistenza di una serie di ipotesi definite come "figure sintomatiche", annovera anche quella della sproporzione rispetto ai fini per cui il potere era stato concesso.

Sarà compito del giudice attraverso la sua valutazione verificare, alla luce delle premesse in ragione delle quali quel potere veniva concesso, se la scelta operata dall'amministrazione sia stata sproporzionata ovvero, benchè opinabile, risulti ragionevolmente posta e dunque afferisca al merito insindacabile.

3. Un primo esempio: la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 1993

La prima decisione presa ad esempio esemplifica in modo chiaro il discorso sull'insindacabilità, poiché costituisce un'ipotesi in cui il giudice arresta la propria valutazione in ordine alla scelta dell'amministrazione.

La questione nasce quando il Codacons, in rappresentanza degli interessi degli abitanti del centro di Roma, impugna la delibera comunale con la quale si stabilivano una serie di vincoli alla circolazione nelle zone centrali, istituendo isole pedonali e zone a traffico limitato[4]. Il ricorso non era rivolto alla scelta in sé, considerata anzi opportuna per migliorare la vivibilità di certe zone della città oberate dal volume di traffico, quanto piuttosto alla previsione di un'ampia serie di deroghe che, secondo il ricorrente, avrebbero vanificato gli effetti positivi della decisione.

A seguito del parziale accoglimento del ricorso da parte del T.A.R. il Comune propone ricorso presso il Consiglio di Stato, il quale deferisce la risoluzione della questione all'Adunanza Plenaria. Ebbene, quest'ultima, dopo aver analizzato la legge n. 122 del 1989 che aveva introdotto alcune "misure volte ad eliminare gli inconvenienti causati dall'eccessivo afflusso di veicoli nei centri urbani" (introducendo l'isola pedonale e la zona a traffico limitato), chiarisce che è il Comune, in qualità di ente proprietario della strada, l'organo competente a deliberare la sussistenza di obblighi o limitazioni.

Ciò premesso, l'Adunanza Plenaria ritiene accoglibile il ricorso presentato dal comune poiché la scelta di apporre dei limiti alla circolazione è senz'altro ragionevole, così come appare ragionevole la presenza di una serie di eccezioni e deroghe che risultano compatibili con la complessità ed eterogeneità degli interessi coinvolti. In altre parole, la questione afferisce al merito e non può pertanto essere giudicata dal giudice.

4. Un secondo esempio: la sentenza n. 21 del 1984 del T.A.R. del Lazio

Il secondo esempio è costituito da una sentenza del T.A.R. del Lazio che accoglie il ricorso presentato da un'associazione di commercianti avverso una delibera del Comune di Roma atta a costituire un'isola pedonale nella zona tra Piazza di Spagna e via Condotti, in ragione del traffico intenso presente in quelle zone.

I ricorrenti lamentano anzitutto la lesione del proprio interesse al profitto, poiché la interdizione al traffico veicolare nella zona di loro competenza finirebbe per ridurre il volume degli affari e, in secondo luogo, l'irragionevolezza del provvedimento che finirebbe per aumentare eccessivamente il traffico nelle zone limitrofe, arrecando un danno alla circolazione complessiva, anziché avvantaggiarla.

Il giudice amministrativo in questo caso, ed al contrario del precedente, pur riconoscendo che si tratta di un'ipotesi di discrezionalità amministrativa, dichiara di accogliere le motivazioni addotte dal ricorrente perché l'amministrazione avrebbe difettato nel porre in essere un'adeguata istruttoria che verificasse in

particolare gli effetti collaterali del provvedimento.

In questa circostanza dunque la discrezionalità è sindacabile proprio per l'irragionevole esito prodotto dall'assenza di un'istruttoria adeguata, ovvero della considerazione di tutti gli interessi coinvolti dal provvedimento.

5. Conclusioni

I due casi riportati sono emblematici del discorso fatto in premessa. La discrezionalità amministrativa, considerata in questa circostanza con riferimento a due provvedimenti simili: quelli inerenti la limitazione del traffico veicolare nel centro città, può portare a conseguenze differenti con riguardo alla sua sindacabilità.

Nel primo caso il provvedimento può essere opinabile perché prevede un'ampia serie di deroghe, ma è pur sempre ragionevole, dunque, ritiene il Consiglio di Stato, non sindacabile. Nel secondo caso, al contrario, il provvedimento è opinabile e appare quantomeno irragionevole perché, sempre secondo la valutazione del giudice, non è stata posta la giusta attenzione agli interessi coinvolti, e dunque la scelta appare irragionevolmente posta. Da qui la sanzione dell'annullamento, che costringerà l'ente locale a riformularlo in modo più appropriato.

Appare chiaro che la soluzione del problema è tutt'altro che agevole nella sua portata e che una soluzione aprioristica non possa essere data. Sarà invece la combinazione tra la valutazione dell'organo giurisdizionale, i presupposti ed il contenuto del provvedimento a stabilire, volta per volta, la legittimità della scelta amministrativa e la sua sindacabilità nel merito.

Gianluca Sgueo

[1] Si veda in particolare Virga P., Manuale di diritto amministrativo, Milano, 1999

[2] è noto infatti che, secondo le teorie mutuare da Montesquieu, i poteri dello Stato (giudiziario, amministrativo/esecutivo, legislativo/politico) debbono mantenersi separati per evitare che reciproche ingerenze possano causare in ultima istanza un danno alla popolazione.

[3] Nonché, in virtù delle modifiche apportate dalla legge n. 15 del 2005 anche nella previsione contenuta nell'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990.

[4] È appena il caso di ricordare che secondo il codice della strada l'isola pedonale identifica una zona nella quale la circolazione dei veicoli è sempre preclusa, fatte salve alcune eccezioni tassative (come ad esempio la circolazione dei veicoli adibiti al trasporto dei disabili). Invece la zona a traffico limitato configura un'area nella quale, in determinati orari e/o giorni, la circolazione è preclusa, fatte salve le deroghe previste caso per caso.

<https://www.diritto.it/della-discrezionalita-amministrativa-ed-i-limiti-del-controllo-giurisdizionale-operato-dal-giudice-amministrativo-due-casi-esemplari/>