

LUISS 

**Studi del Dipartimento di Giurisprudenza
Luiss Guido Carli**

Sezione
Monografie

Silvia de Nitto

La proporzionalità nel diritto amministrativo



Giappichelli

PREMESSA

I profili problematici che emergono dallo studio del principio di proporzionalità sono molteplici. Innanzitutto sotto il profilo sostanziale, in conseguenza di un'incertezza interpretativa: si tratterebbe di un principio che, per le ragioni che si vedranno, non si presta a ricevere una precisa definizione normativa. Ma anche sotto il profilo processuale, dovendosi registrare un'estrema vaghezza nelle modalità di controllo della proporzionalità: il sovrapporsi dei differenti livelli di giudizio nazionali e ultranazionali ha determinato, oltretutto, eterogeneità dei criteri utilizzati dai diversi giudici e, perciò, delle soluzioni di volta in volta adottate, anche a parità di condizioni delle fattispecie oggetto del giudizio.

Un altro fattore che incide sulla differente realizzazione del controllo di proporzionalità è la materia cui afferisce la misura amministrativa: l'ambito in cui viene esercitato il potere amministrativo presuppone una specifica intensità e discrezionalità a seconda delle finalità, dei contesti, delle necessità cui volgere lo stesso. Ciò incide e si ripercuote sui metodi utilizzati dal giudice per verificare la proporzionalità della misura adottata.

Si tratta di aspetti che costituiscono due facce della stessa medaglia, da considerare necessariamente in modo connesso ai fini di una valutazione complessiva.

Non è agevole, in effetti, delineare con nettezza gli elementi che definiscono i caratteri della proporzionalità. Il primo problema che, a questo riguardo, emerge è quello che considera il modo in cui oggi, nell'esperienza giuridica, si possa coniugare il rapporto tra proporzionalità e giustizia. Un esame di alcune opinioni espresse in proposito sin da epoche remote e un'analisi etimologica del termine 'proporzionalità' potrebbero favorire una possibile soluzione.

Sorge, poi, inevitabilmente e conseguentemente un altro interrogativo: se si possa intendere la proporzionalità come un principio basato su criteri meramente quantitativi – come sembra che i più ritengano e come pure il nome farebbe pensare –, ma comunque idoneo al raggiungimento di una decisione giusta, o su criteri anche qualitativi. In tale ultimo caso, occorre, tuttavia, non cadere nell'esagerazione opposta, ossia quella di sottrarre completamente il

principio all'idea di quantità e di conferirgli, di conseguenza, un'eccessiva flessibilità.

L'esame di questi aspetti permetterà di analizzare, nel primo capitolo, in quale modo il principio di proporzionalità, così delineato, è tenuto in considerazione dall'amministrazione, nell'esercizio della sua attività caratterizzata da discrezionalità amministrativa, e cosa esso aggiunga alle scelte poste in essere, qualora venga considerato come strumento comprendente una connaturata dimensione qualitativa.

Nel secondo capitolo si cercherà di far emergere altri elementi propri del principio di proporzionalità, come la sua 'misura', che devono essere tenuti in considerazione per un'analisi comparata che si occupi di valutare come nell'ordinamento sovranazionale – eurounitario e della Corte europea dei diritti dell'uomo –, nelle esperienze tedesca e francese e nel sistema inglese, venga effettuato il controllo di proporzionalità; per poi passare, nel terzo capitolo, all'ambito interno, e considerare come il giudice amministrativo realizzi il sindacato di proporzionalità, anche attraverso un'analisi che distingua i settori in cui il controllo di proporzionalità presenti delle specificità.

Si tenterà, da ultimo, nel quarto capitolo, di valutare se i caratteri propri della proporzionalità siano compatibili e accordabili all'agire espressione di valutazioni tecniche, adottate dalle autorità indipendenti – in particolare dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato – ma anche dalle amministrazioni 'tradizionalmente intese' – soprattutto nel settore dell'ambiente, dei beni culturali e del paesaggio.

Due precisazioni e una avvertenza. Lo studio della proporzionalità come criterio giuridico è stato circoscritto, per quanto possibile, all'ambito del diritto amministrativo. L'analisi in riferimento ad altri contesti disciplinari, a cominciare dal diritto costituzionale, infatti, meriterebbe un approfondimento esclusivo e specifico. Risulta comunque inevitabile, talvolta, effettuare rinvii ad alcune pronunce della Corte costituzionale in cui il principio di proporzionalità ha costituito il criterio determinante ai fini della decisione di costituzionalità.

Seconda precisazione: il grado di approfondimento maggiore che si è scelto di dedicare all'ordinamento inglese rispetto a quelli francese e tedesco trova ragione nella novità che il criterio di proporzionalità rappresenta nei meccanismi decisorii e di controllo da parte delle corti inglesi. Il fatto inoltre che si abbia a che fare con un sistema cosiddetto di *common law* impone l'esplicitazione di alcune premesse e puntualizzazioni, anche di contesto.

L'avvertenza: molti degli interrogativi posti rimarranno privi di una risposta definitiva. Se si riuscirà a fornire qualche piccolo spunto di riflessione, l'obiettivo si considera, comunque, raggiunto.

Desidero anzitutto esprimere la mia gratitudine al professor Marco D'Alberti per gli insegnamenti che nel corso degli anni ha voluto donarmi e per le tante cose che da lui ho imparato, a partire dal gusto nella ricerca testarda delle parole.

Sono inoltre particolarmente grata ai professori Bernardo Giorgio Mattarella e Aldo Sandulli per l'incoraggiamento nello studio e per la disponibilità e l'attenzione nei confronti non solo di questo lavoro. E al professor Alfredo Moliterni per il prezioso sostegno, sin dalla tesi di laurea.

Sono infine onorata e lieta di ringraziare il Dipartimento di giurisprudenza della Luiss Guido Carli e il suo Direttore, professor Antonio Punzi, per aver voluto generosamente accogliere il volume nella Collana.

Capitolo I

PROPORZIONALITÀ: DA STRUMENTO DI LIMITAZIONE DEL POTERE A CRITERIO DI COMPOSIZIONE INCLUSIVA DI DIRITTI, INTERESSI E VALORI

Sommario: 1. La proporzionalità «nella sua accezione etimologica». – 2. Giustizia, proporzionalità, misura. – 3. La proporzionalità nell'azione amministrativa: valutazione quantitativa o qualitativa? – 4. A proposito della composizione di diritti, interessi e valori nell'esercizio della discrezionalità amministrativa. – 5. Proporzionalità e controllo: aspetti teorico-generalì.

1. La proporzionalità «nella sua accezione etimologica»

L'analisi sulla proporzionalità si caratterizza fundamentalmente e fisiologicamente per la sua ampiezza: essa consiste nella valutazione della 'non eccessività' di una misura amministrativa (o legislativa) ed è svolta tanto dall'amministrazione (o dal legislatore) *ex ante*, quanto dal giudice *ex post*. Affinché vengano inclusi in maniera pregnante e nella loro complessità i valori¹, interessi o diritti che dall'adozione della misura sono coinvolti, il soggetto decidente mette in campo il suo potere discrezionale, ponderando e temperando il loro differente 'peso relativo'² secondo una serie di criteri determinati,

¹ La nozione di 'valore' è stata collocata al centro del pensiero giuridico di A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, I, Milano, 1999, 455 ss., secondo il quale «I valori costituzionali, in quanto valori pratici, posseggono l'attitudine a realizzarsi mediante l'azione e quindi a dimensionarsi nel terreno della prassi. Per questa loro attitudine alla realizzazione ed in quanto nell'insieme si realizzano effettivamente sono anche valori reali. Ciò non esclude la presenza in essi di una forte componente di idealità».

² Esplicita, in tal senso, Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, secondo cui la proporzionalità «va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita». Sul punto, si veda anche R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Torino, 1982, 54, il quale, sottolineando la distinzione tra regole e principi, afferma che mentre le regole so-

tra cui la proporzionalità. Ma perché quest'ultima possa essere considerata uno strumento con una valenza non meramente selettiva ma concretamente inclusiva della pluralità delle situazioni giuridiche soggettive che possono essere colpite dall'adozione di una misura amministrativa, occorre che venga precisamente definita e interpretata. In tal senso, il tentativo di uno studio sulla semantica e sull'etimologia del termine proporzionalità può fornire degli spunti importanti per la comprensione del significato da attribuire non solo al termine ma, più in generale, al principio.

Il termine proporzionalità risulta essere la traduzione del vocabolo greco ἀναλογία, da ἀνα-λόγος: per ἀνα si intende “uguale”, “medesimo” mentre l'evoluzione linguistica e semantica del termine λόγος ha mostrato, nel corso del suo utilizzo, un'ambivalenza tra uso oggettivo e uso soggettivo³. Il primo è legato alla sfera riguardante la composizione interna, il fondamento oggettivo e intellegibile di qualcosa, la sua causa, anche la sua costituzione matematica, il calcolo⁴, mentre il secondo utilizzo – che, come si vedrà, diventerà prevalente – è volto a designare soprattutto l'attività discorsiva e ragionatrice dell'uomo, il ‘pensiero’.

La traduzione ciceroniana di λόγος in *ratio* ha mantenuto la medesima ambivalenza. Il termine *ratio*, infatti, ha costituito la base etimologica di due differenti vocaboli, espressione di declinazioni e sfumature differenti: la ‘razionalità’, concetto che presuppone l'esercizio di un rigore logico e che consente di definire una decisione logica o, appunto, razionale «quando è sorretta da una corretta serie di deduzioni a partire da certe premesse e [...] che, in base ai fini prescelti, ha la più alta probabilità di soddisfarli»⁵, e la ‘ragionevolezza’, vocabolo che, presupponendo l'assunzione di una prospettiva in cui il dialogo assume valenze ‘costitutive’ (seppur provvisorie) nella formazione del consenso sociale⁶, viene non di rado accostato al buon senso, di-

no applicabili nella forma «del tutto o del niente» (51), «i principi hanno una dimensione che le regole non hanno, quella del “peso” e dell'importanza. Quando i principi si intersecano [...], chi deve risolvere il contrasto dovrà prendere in considerazione il peso relativo di ognuno».

³ F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Atti del Convegno di Studi*, Roma, 2-4 ottobre 2006, I, Roma, 2007, 2-3.

⁴ Indicativo è il fatto che con ἀλογοι ci si riferisse ai numeri irrazionali, ossia a quei numeri la cui espansione in qualunque base non termina mai e non forma una sequenza periodica, in quanto privi (α-) di qualsiasi rapporto (λόγος).

⁵ In questi termini, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza [dir. amm.]*, *Diritto on line*, 2017, www.treccani.it.

⁶ A. CERRI, *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., III, 318.

venendo sinonimo di ponderatezza, equilibrio, ma anche di giustizia⁷.

Quale accezione di *λόγος* ha costituito la base del termine *ἀναλογία*?

Sarebbe stato Euclide uno dei primi ad avanzare una teoria sulla proporzionalità: nel quinto libro degli *Elementi* l'Autore afferma che le grandezze del medesimo genere sono proporzionali se hanno tra loro lo stesso rapporto⁸. Egli arriva, così, a intendere la proporzione come un'identità di rapporti, a condizione, però, che vi sia un'omogeneità dei generi a cui appartengono le grandezze prese in riferimento.

Il concetto di *ἀναλογία*, in quanto rapporto aritmetico tra misure, entra, dunque, a far parte, in maniera incisiva e frequente, del lessico scientifico, in particolare matematico⁹. Ma, ben presto, viene mutuato e utilizzato anche ai fini di una riflessione filosofica: Platone, infatti, si serve dello studio relativo al rapporto di tipo numerico tra grandezze come schema funzionale all'analisi dei rapporti comprensibili tra le idee¹⁰.

Lo stesso senso traslato del termine viene utilizzato anche da Aristotele, il quale, nel V libro dell'*Etica Nicomachea* relativo alla natura della giustizia e dell'ingiustizia, afferma che «ἡ γὰρ ἀναλογία ἰσότης ἐστὶ λόγων», ossia che «la proporzione è un'uguaglianza di rapporti»¹¹, volendo con ciò intendere che, in una relazione 'proporzionata', sono uguali non le cose, ma i rapporti che hanno tra loro le stesse.

Una prima – ed estemporanea – osservazione potrebbe consistere nel rilevare, se non un'assurdità, quantomeno una stranezza: Aristotele richiama funzionalmente strumenti e nozioni appartenenti alla sfera della matematica per affrontare un tema di estrema importanza come la 'giustizia', in particolare nella distinzione – o forse meglio contrapposizione – tra quella 'distributiva' e quella 'commutativa' o 'sinallagmatica'. Quella di giustizia, nel senso più lato del termine, è una virtù che, nell'immaginario collettivo attuale, solitamente poco ha a che vedere con il calcolo, ma che, nel corso del tempo, è stata og-

⁷ Sul punto, si veda la ricostruzione anche semantica di G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 2 ss.

⁸ VI definizione.

⁹ Cfr. ARCHITA DI TARANTO che, in un frammento da ritenere autentico, VS 47 B 2, riprendendo Euclide, parla di «proporzione aritmetica» basata su «tre termini» e su una uguaglianza di rapporti (*ἀναλογία*) che presuppone un identico termine medio («la proporzione aritmetica si ha quando tre termini stanno fra loro in rapporto secondo una data eccedenza; ovvero di quanto il primo supera il secondo, di tanto il secondo supera il terzo»).

¹⁰ PLATONE, *La Repubblica*, VII 533 e 7-534 a 8: «e va bene dire che [...] l'intellezione sta all'opinione come l'essenza alla generazione, e la scienza sta alla credenza e il pensiero dialettico all'immaginazione come l'intellezione all'opinione» (trad. F. Sartori).

¹¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, libro V, 1131a, 32-33 (31 nel testo greco); introduzione, traduzione e commento di M. Zanatta, Milano, 2001, 337.

getto di studi appartenenti agli ambiti più vari, dalla religione alla ragione, dalla natura all'etica. Aristotele, esattamente in tal senso, 'impasta', 'mischia' i campi lessicali più lontani in modo da far riflettere – attraverso connessioni e relazioni – sulla matrice unitaria del contesto da cui essi presero origine¹². Esattamente con queste modalità Aristotele sfrutta la proporzione per affermare che il giusto consiste «in una sorta di proporzione»¹³, è cioè «ἀνάλογόν τι», qualcosa di proporzionale, nel senso che la proporzione necessaria per ottenere la giustizia distributiva non implica una relazione astratta, ma un rapporto tra determinazioni concrete, sulle quali si effettua una misura e una stima. Se, infatti, nell'ottica della giustizia 'regolatrice' o 'retributiva' si assegnano i beni senza tener conto dei meriti, ma unicamente sulla base di un semplice e impersonale calcolo matematico, seguendo, invece, la prospettiva della giustizia distributiva, si devono necessariamente valutare i meriti dei soggetti a cui distribuire i beni stessi, con un criterio, appunto, proporzionale. Vi sarà, dunque, una distribuzione che dipenderà inevitabilmente dal caso concreto, dalla situazione effettivamente verificatasi, andandosi, così, a delineare un principio di proporzionalità il cui riferimento, a seconda delle circostanze che di volta in volta rilevano, conduce a soluzioni differenti.

¹²Nella traduzione del *Timeo* platonico, framm. 13 (R. GIOMINI, *Ricerche sul testo del Timeo ciceroniano*, Roma, 1967) Cicerone, d'altra parte, rileva che, nel mondo romano, il vocabolo ancora non esisteva: «Quod Graece ἀναλογία, Latine (audiendum est enim, quondam haec primum a nobis novantur) comparatio proportiove dici potest», cioè «ciò che in greco si dice analogia, si può dire in latino *comparatio* o *proportio* (bisogna prestare attenzione perché questi vocaboli vengono da me coniat per la prima volta)». Si ha, così, una oscillazione dal significato tecnico di analogia, attraverso l'accostamento della traduzione 'proporzione' a quella di 'comparazione'; sul punto N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006, 77, come fossero sinonimi.

Pressappoco contemporaneamente, Varrone, nel *De lingua Latina*, X 37, si è dedicato alla ricostruzione delle 'tappe evolutive' dell'utilizzo del termine: «Ex eodem genere quae res inter se aliqua parte dissimiles rationem habent aliquam, si ad eas duas alterae duae res collatae sunt, quae rationem habeant tandem, quod ea verba bina habent eundem λόγον, dicitur utrumque separatim ἀνάλογον, simul collata quattuor ἀναλογία», ossia «se due cose dello stesso genere, ma che comunque differiscono in qualcosa, sono in un certo rapporto, e se a queste se ne accostano altre due sempre nello stesso rapporto, poiché queste due coppie di elementi hanno lo stesso *logon* [rapporto], si dice che ciascuna parola singolarmente presa è un *analogon*; l'insieme di tutt'e quattro si dice *analogia*» (nella traduzione di A. DUSO, *L'analogia in Varro*, in R. ONIGA, L. ZENNARO (a cura di), *Atti della Giornata di Linguistica Latina*, Venezia 7 maggio 2004, Venezia, 2006, 16). Inoltre l'Autore si accorge di quanto la nozione di proporzionalità fosse poliedrica, duttile, capace, dunque, di essere utilizzata da studiosi di campi gnosologici assai differenti tra loro come poeti, geometri e grammatici: «*Hoc poetae genere in similitudinibus utuntur multum, hoc acutissime geometrae, hoc in oratione diligentius quam alii ab Aristarcho grammatici*» (*De lingua Latina*, X 42). Da qui, molto dopo, anche attraverso la successiva compilazione di Isidoro (*Origines*, 1. I, c. 27) che ha accolto la nozione nel suo uso grammaticale, il termine analogia è stato tramandato al pensiero medioevale.

¹³ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, libro V, 1131a, 29-30 (29 nel testo greco).

Per un'analisi della proporzionalità nel pensiero aristotelico, pertanto, non si può prescindere dalla stretta e reciproca connessione che essa ha con il concetto di giustizia. Ciò in quanto, in un'ottica di strumentalità della proporzionalità al raggiungimento della giustizia¹⁴, la distribuzione dei beni si considera proporzionata quando il rapporto tra il valore di una persona e il bene a essa assegnato sia lo stesso che sussiste tra un altro bene e il differente valore della persona a cui lo si attribuisce. Si può, dunque, parlare di giustizia qualora vi sia una proporzione di rapporti, anche se con diversità di termini: i beni e i valori delle persone che costituiscono il rapporto possono, cioè, essere eterogenei, diversamente da quanto teorizzato da Euclide, che, come visto, aveva individuato nell'omogeneità delle grandezze un presupposto indispensabile della proporzione. Sarà, invece, per Aristotele, la stima ponderata in concreto a realizzare la proporzione.

Come anche, secondo Aristotele, esiste un legame – che non significa coincidenza – tra proporzionalità, giustizia ed equità: l'equo consiste in una specie superiore del giusto legale. È superiore, perché si tratta di un correttivo del giusto e, allo stesso tempo, è indispensabile, a causa del limite per cui si ritiene che la legge debba necessariamente e fisiologicamente 'dire in generale' (διὰ τὸ καθόλου), debba, cioè, essere «indeterminata». Non potendo essa, proprio per questo motivo, prevedere tutti i casi particolari nella loro concretezza, Aristotele ritiene necessaria una via di fuga, consistente nell'equità, capace di far adattare la norma universale alle situazioni individuali, come «il regolo di piombo usato nelle costruzioni di Lesbo»¹⁵, che non rimane rigido ma si modella sulla forma della pietra su cui è posato.

Insomma, come ha sottolineato diverse volte il Consiglio di Stato, il quale ha anche recentemente dichiarato la necessità che il principio vada «inteso nella sua accezione etimologica»¹⁶, il richiamo all'etimologia della parola è un riferimento che – seppure non trova poi seguito effettivo, come si vedrà, nelle pronunce dei giudici di palazzo Spada – impone un esercizio che porta

¹⁴ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, libro V, 1131b, 11-13: «ciò che è proporzionale è medio, e il giusto [τὸ δίκαιον] è proporzionale [ἀνάλογον]». In tal senso si veda M. D'ALBERTI, *Proporzione, proporzionalità, giustizia*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, 276: «In definitiva, la proporzione, come “giusto mezzo”, consente di realizzare giustizia ed eguaglianza».

¹⁵ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, libro V, 1137b, 30-31.

¹⁶ Cons. Stato, V, 23 dicembre 2016, n. 5443; in tal senso si veda anche Cons. Stato, IV, 26 febbraio 2015, n. 964, che, riportando un'affermazione utilizzata in una precedente ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria del medesimo organo (n. 284/2015, V), aveva già sottolineato la stessa necessità. Tale ultima sentenza potrebbe costituire una sorta di *leading case*: essa è stata, infatti, più volte ripresa dalla giurisprudenza successiva: tra le varie, Cons. Stato, IV, 11 giugno 2015, n. 2851 e Cons. Stato, IV, 3 novembre 2015, n. 4999.

lontano nel tempo ma che risulta utile a comprendere la natura della proporzionalità. Nel tentativo di seguire tale rimando, però, non si vuole certo incorrere nell'errore consistente nell'esecuzione di quelli che sono stati definiti procedimenti di 'spostamento', «trasposizioni di significati e di concetti fra altre esperienze e la propria, trasposizioni nei due sensi e che per l'uno o per l'altro rischiano di rendere deformi e inutilizzabili le indagini»¹⁷. Infatti, il giurista che attinge a esperienze del passato realizza una «'esperienza di una esperienza', diversa dall'esperienza in cui vive e di cui è uno degli artefici»¹⁸.

Sarà, dunque, la consapevolezza di non operare direttamente su un'esperienza di cui si è partecipi «ma su un'esperienza che ci giunge filtrata attraverso concettualizzazioni multiple e sovrapposte»¹⁹ a ridurre i pericoli provocati da 'spostamenti' dannosi, da artificiose e illusorie generalizzazioni.

Né si ha l'ambizione di recuperare per intero l'aspetto tipico delle varie teorie sulla proporzionalità e delle differenti formazioni storiche²⁰, ma taluni cenni paiono importanti perché in qualche modo aiutano non solo a cogliere alcuni riflessi di scienze differenti da quella prettamente giuridica²¹, ma anche a ricostruire profili determinanti e propri del principio²²: il collegamento necessario della proporzionalità con la giustizia, l'idea di giustizia come risultato di una proporzione fondata sull'uguaglianza di rapporti non solo tra termini uguali ma anche tra termini diversi e il legame tra giustizia ed equità²³.

¹⁷ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 408.

¹⁸ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 414.

¹⁹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 453-4.

²⁰ E. BETTI, *I principi di scienza nuova di G.B. Vico e la teoria della interpretazione storica*, in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, 475: ciò che interessa non è la «peculiarità irripetibile del fenomeno» studiato ma l'«aspetto tipico delle fasi di civiltà e delle formazioni storiche, considerate come casi particolari di una struttura ricorrente».

²¹ Sul punto, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 2, secondo il quale «proprio in ragione della sua versatilità, la proporzionalità evoca e porta con sé, nel bagaglio del proprio patrimonio genetico, fattori evidenziatisi in vari campi della scienza», con riflessi matematici, economici e filosofici.

²² In tal senso, M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, 2018, 54: «Dalla rilettura delle fonti antiche nascono i principi e i concetti per interpretare unitariamente le norme esistenti e comporre gradualmente le diversità».

²³ Sul punto si veda G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, 284, il quale sottolinea come, nonostante non esista una disposizione normativa espressa che elevi il giudizio di equità a elemento costitutivo del potere discrezionale o a canone giurisdizionale di controllo della legittimità del suo esercizio, tale giudizio assume oggi nell'ordinamento amministrativo una tendenza fortemente espansiva e non regressiva: «il giudizio di equità costituisce in molti casi il contenuto stesso dell'esercizio del potere discrezionale, nel

2. Giustizia, proporzionalità, misura

Le diverse teorie e formulazioni della proporzionalità che si sono storicamente affermate, seppur riguardanti esperienze completamente differenti tra loro e da quella attuale, possono aiutare, per quanto solo esemplificativamente, a identificare profili determinanti per la definizione del concetto di proporzionalità.

Ciò che emerge in maniera costante è il carattere inclusivo della proporzionalità, strumento che favorisce la formazione e la creazione di nuove composizioni: il concetto primitivo alla base dell'ἀναλογία sembra essere la comparazione, che sta «alla radice sia dell'analogia quantitativa o proporzione vera e propria, sia dell'analogia così detta qualitativa»²⁴. Nello studiare, infatti, i rapporti tra elementi differenti, nel confronto tra diverse entità, la proporzionalità consente di individuare nuovi legami, mettendo insieme elementi differenti, che, seppur composti in una nuova unità, mantengono comunque la propria e specifica identità e natura. E ciò lo si evince dall'analisi del concetto di proporzionalità negli ambiti più diversi.

Limitatamente all'Italia, ad esempio, nel 1464, Leon Battista Alberti nel *De Statua* si è occupato di tradurre in numeri il rapporto e la corrispondenza di ciascuna parte di un corpo umano rispetto a un'altra e delle singole parti rispetto alla totalità del corpo stesso. Secondo l'autore, infatti, colui che vuole realizzare una statua deve procedere attraverso un metodo razionale, che si basa sul rilevamento – con tecniche specifiche che si servono di squadre e modelli – delle misure fondamentali, ossia la lunghezza, la grossezza e la larghezza delle membra. A ciò Alberti aggiunge un'ulteriore operazione, consistente nella «presa dei punti», che consente di rilevare e registrare «esattamente i cambiamenti momentanei delle membra, dovuti ai movimenti rispetto alle ultime collocazioni delle parti». Secondo Alberti, tale ultima attività risulta necessaria se si vuole che l'opera realizzata somigli alla perfezione naturale: la statua, infatti, non può fondarsi solo sul calcolo preciso e matematico delle distanze delle singole membra, ma anche sulla ricerca delle armonie del corpo nella sua interezza e unità.

Nello stesso senso, Leonardo da Vinci, nella parte Seconda del suo *Trattato della Pittura*, utilizza il concetto di proporzionalità con riferimento alle membra del corpo umano. In particolare, specifica che «la proporzione delle membra si divide in due altre parti, cioè: qualità e moto. Per qualità s'intende, oltre

sensu di orientare l'azione amministrativa verso decisioni che non sono imposte da un precetto normativo, bensì scelte volontarie ispirate a canoni di giustizia, proporzionalità ed eguaglianza».

²⁴ E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, 2011, 235.

alle misure corrispondenti al tutto, che tu non mischi le membra de' giovani con quelle de' vecchi, né quelle de' grassi con quelle de' magri [...] Per moto s'intende che le attitudini ovvero movimenti de' vecchi non sieno fatti con quella medesima vivacità che si converrebbe a quelli de' giovani [...]. Non far atti che non sieno compagni dell'atteggiatore; cioè all'uomo di gran valetudine, che i suoi movimenti lo manifestino e così l'uomo di poco valore faccia il simile co' movimenti invalidi e balordi, i quali minaccino ruina al corpo che li genera». Un'idea di pittura, quindi, evidentemente attenta alla sfera qualitativa della proporzionalità. Il corpo rappresentato, infatti, non può fondarsi solo sul calcolo preciso e matematico delle distanze delle singole membra: queste devono essere anche adeguate all'atteggiamento, all'espressione e al valore del soggetto rappresentato e volte alla ricerca delle armonie del corpo nella sua interezza e unità.

Di rapporto e di proporzione se ne è successivamente parlato anche in relazione ai pesi, agli spazi, alle velocità, alle densità. Galileo Galilei estrae dagli *Elementi* euclidei la teoria delle proporzioni per farvi il cardine e il linguaggio della nuova scienza. Essa costituisce, per il fisico, l'unico strumento che consente di legare la matematica alla scienza della natura, seppur con la difficoltà derivante dall'impossibilità di confrontare grandezze non omogenee: ancora viva è l'esigenza di intendere il rapporto come numero. Le cose cambiano quando nella fisica moderna si arriva a ritenere possibile moltiplicare e dividere grandezze non omogenee.

Anche la poesia implica proporzione. Molto tempo dopo Galilei, ad esempio, con Giuseppe Parini, ritorna l'idea della proporzione come strumento in grado di ricomporre i singoli elementi creando un intero armonioso, qualitativamente proporzionato: se il poeta nel corso del componimento ha fatto sperare al lettore idee, immagini e forme grandi e magnifiche del dire, e poi cade nel basso, «ecco rotti que' fili di relazione che legarono il tutto, ed ecco perduta la intenzione ed il merito dell'arte, il quale era di eccitare [...] una più forte commozione con una quantità di oggetti composti in un oggetto totale. Questo è ciò che segue quanto alla sproporzione nelle parti di qualità»²⁵.

Non ne sono rimaste distanti neanche altre forme di arte, come l'architettura e la scultura, dove la proporzione ha costituito il parametro da utilizzare affinché le opere, rifacendosi all'applicazione delle teorie della divina proporzione, dell'organicità e della corrispondenza tra microcosmo e macrocosmo, risultassero somiglianti alla perfezione naturale.

Nell'Ottocento, si ha un segnale ulteriore dell'importanza della proporzionalità, come fosse un concetto da non mettere in discussione: la Scuola della

²⁵ G. PARINI, *De' principj delle belle lettere*, in *Opere* (pubblicate per cura di F. Reina), II, Milano, 1825, 66.

geometria non euclidea rompe con il passato e teorizza una geometria costruita sulla non accettazione di alcuni dei postulati euclidei, ma nonostante questo continua a far riferimento alla proporzionalità (ad esempio, quella fra i seni degli angoli e i seni dei lati in un triangolo sferico).

Nel Novecento, anche in letteratura si trovano importanti riferimenti: Umberto Eco, ne *Il nome della rosa*, nel descrivere il refettorio del monastero benedettino in cui ambienta il suo romanzo, afferma che «tre cose concorrono a creare la bellezza»: l'integrità o perfezione; la clarità e la luce; e la «debita proporzione ovvero la consonanza»²⁶.

Nel diritto, la proporzionalità compare in ambito penalistico: Cesare Beccaria, nel 1764, afferma la necessità che la pena sia proporzionata al delitto commesso. Specifici utilizzi del concetto si sono avuti anche negli ambiti del diritto tributario, costituzionale, internazionale e successivamente civile. Nel campo del diritto amministrativo essa assume un'importanza fondamentale.

Fu Gian Domenico Romagnosi che nel 1814, nel chiedersi quali fossero i principi alla base della «ragion pubblica naturale» – ossia i principi fondamentali e le regole pratiche che la pubblica amministrazione deve seguire nell'inevitabile ipotesi in cui la legge non abbia provveduto a disciplinare il caso occorrente –, seppur richiamando formalmente il concetto di equità e dunque legittimando un utilizzo equipollente e indistintamente alternativo dei due termini, preconizzò la natura tipica e propria di ciò che sarebbe poi diventato il principio di proporzionalità: secondo l'Autore, infatti, nell'ipotesi in cui l'amministrazione si fosse trovata a comporre un conflitto tra gli interessi del privato e quelli del pubblico, la regola direttrice sarebbe consistita nel «*far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità*. Lo che è sinonimo di *far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*»²⁷.

²⁶ U. ECO, *Il nome della rosa*, Milano, 1980, 71.

²⁷ G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1814, 16. A riguardo, F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, 1993, 414 ss., ha sottolineato come tale formula sia stata tradotta in termini moderni da F. Cammeo: nella prolusione tenuta all'Università di Bologna, dal titolo *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 18, Cammeo ha affermato che «in diritto privato l'equità muove dal concetto dell'eguaglianza, in diritto pubblico, dalla prevalenza dell'interesse statale. La formula in cui tale criterio si riassume è la legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini». In senso opposto, E. CANNADA-BARTOLI, *Il 'Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa' e il suo sistema*, in *Quad. fior. per la storia del pensiero giur. mod.*, 1993, 289: la legge edonistica del minimo mezzo di Cammeo «deriva dagli utilitaristi inglesi e non è un implicito riferimento a Romagnosi, nel quale il pareggiamento delle utilità sembra essere un criterio, che assicuri lo *status quo*, mentre in Cammeo quella legge spiega più il divenire che il permanere». Infatti per F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia ammi-*

Con Romagnosi gli elementi caratteristici del principio di proporzionalità – anche se presenti solamente *in nuce* – vengono rapportati, per la prima volta, al diritto amministrativo: entra in gioco l'autorità pubblica, contrapposta al soggetto privato. Si circoscrive, cioè, il campo di applicazione della proporzionalità ai rapporti tra pubblico potere e diritti dei privati e si utilizza il principio come strumento di contenimento del potere pubblico²⁸ ai fini della giustizia sostanziale: il requisito della necessità impone che la cosa pubblica possa prevalere su quella privata solo se comporta il minore sacrificio possibile.

L'idea della strumentalità della proporzionalità al raggiungimento della giustizia viene ripresa da Silvio Spaventa, nel suo *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in particolare nella formulazione delle quattro «norme fondamentali» per la futura giurisdizione amministrativa; la terza, infatti, stabilisce che «nella collisione dell'interesse pubblico col privato, gli atti amministrativi, per quanto liberi, non abbiano da recare ai terzi ed alla volontà degli individui restrizioni maggiori di quello che è richiesto necessariamente dall'interesse generale», mentre la quarta si collega indirettamente e concettualmente alla proporzionalità, laddove prevede che nelle restrizioni indicate dalla terza norma, così come «nei lavori che all'amministrazione accade di largire agli individui nell'interesse generale», l'amministrazione deve «serbar sempre un'egual misura ossia quella dell'imparzialità, ch'è l'idea suprema di giustizia».

L'idea di necessità, evidenziata da Romagnosi e poi da Spaventa come *ratio* fondamentale ai fini della composizione di un conflitto tra gli interessi del privato e quelli del pubblico, richiama un'altra caratteristica specifica del principio di proporzionalità: la finalità propria di tale principio è la 'misurazione', o forse, ancora meglio, la 'misura' del potere, termine che, ancora una volta, e, con molta probabilità non casualmente, evoca l'ambito matematico²⁹.

nistrativa, Milano, s.d., 105, «non vi è [...] questione di essenziale conflitto tra tutela di interesse individuale e di interesse collettivo, ma questione solo di metodo, di misura e di coordinazione».

²⁸ In tal senso, F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1974, 367.

²⁹ Sull'importanza dei concetti di 'misure e pesi' nel diritto amministrativo e sulla volontà dello Stato di stabilire un sistema uniforme di misure o grandezze per individuare o raffrontare beni passibili di scambio, si veda A. AMORTH, *Misure e pesi (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 610, il quale evidenzia la finalità di tale intervento statale: «introducendo e anzi imponendo unità di misura legali, e cioè soprattutto la loro uniformità tra quelle che i soggetti interessati potrebbero scegliersi e alle quali adeguarsi, si mira a tutelare non solo la buona fede di coloro che potrebbero altrimenti restare vittime di frodi o inganni per l'uso di unità di misure alterate [...], ma anche facilitare per effetto della detta uniformità lo scambio dei beni e la loro individuazione, la quale ultima spesso serve a determinarne il rispettivo valore». Sul punto anche M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 48: «Quasi ogni fatto che interessi l'uomo o è numerabile od ordinabile. Mentre per ciò che attiene alla numerabilità

Esso, infatti, in via immediata, indica il rapporto fra una grandezza e un'altra, convenzionalmente scelta come unitaria, ma, in senso figurato, si accosta a significati differenti: può, invero, voler dire 'provvedimento'³⁰, come anche indicare il 'limite' che per ogni cosa costituisce «la normalità, la convenienza, la sua relativa perfezione»³¹ o, ancora, può significare 'grado', 'discrezione', 'moderazione', 'armonia'³², 'temperanza'.

È proprio in tale ultima accezione che la nozione di "misura"³³ costituisce elemento imprescindibile della proporzionalità: ciò che si deve verificare ai fini del rispetto di tale principio è la giusta misura nell'esercizio del potere amministrativo, la 'moderazione', la 'temperanza' dell'azione amministrativa valutata, in concreto, sulla base di alcuni parametri che in primo luogo la dottrina e la giurisprudenza tedesca³⁴, poi ripresi – come si vedrà – da quella eu-

i pubblici poteri, almeno da qualche secolo, non hanno più da dir nulla, stante che le matematiche hanno propria vigenza e validità, che le rende accettate ovunque, per ciò che attiene all'ordinabilità, in particolare alla misurabilità, invece da secoli ritengono che la materia sia di pubblico interesse, e quindi hanno statuito circa misure del tempo, misure lineari, di superficie, di peso, capacità, volume e così via».

³⁰ Si noti, in tal senso, che nel diritto anglosassone non esiste la traduzione letterale del termine italiano 'provvedimento', che, invece, si indica con l'espressione '*administrative measure*'.

³¹ www.treccani.it, vocabolario on line, *misura*.

³² PLATONE, *Timeo*, VII 31 b-c, Napoli, 2009 (traduzione di E. Piccolo): «Sicché Dio, cominciando a comporre il corpo dell'universo, lo fece di fuoco e di terra. Ma non è possibile che due cose sole si compongano bene senza una terza: bisogna che in mezzo vi sia un legame che le congiunga entrambe. E il più bello dei legami è quello che faccia, per quant'è possibile, una cosa sola di sé e delle cose legate: ora la proporzione compie questo in modo bellissimo».

³³ Esattamente nello stesso senso, in un'analisi linguistica del termine 'analogia' B. MONDIN, *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2010, 38, ha evidenziato come, nel pensiero di San Tommaso d'Aquino, 'l'analogia di proporzionalità' vi sia nell'ipotesi in cui «un termine viene usato per vari soggetti, ma secondo la *misura* che conviene [...] ai singoli soggetti» (corsivo proprio).

³⁴ Per una ricostruzione del *Verhältnismäßigkeitsprinzip* nell'ordinamento tedesco, si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 58 ss. e D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss. Se, però, da una parte il principio nell'ordinamento tedesco opera sicuramente in maniera organica e sistematica, riconoscendosi a esso un rilievo costituzionale autonomo, dall'altra parte non manca il dibattito relativo alla sua configurazione giuridica, fin dalle sue origini: alla discussione prese parte già F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 10 ss., il quale riteneva che il mancato rispetto del principio di proporzionalità si configurasse come vizio proprio della discrezionalità amministrativa (nello stesso senso O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, 1924, 223 s.); ma sin dal principio, ai sostenitori di tale prima tesi, si sono opposti i fautori di una diversa teoria che aveva come obiettivo quello di garantire al principio una collocazione il più possibile idonea a valorizzarne le potenzialità in termini di controllo sulla legalità dell'attività amministrativa.

ropea e italiana, hanno, già dalla fine dello scorso secolo, ritenuto rappresentativi del principio: quelli di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza)³⁵.

Ma non basta. In un'analisi che si occupa di verificare il rispetto di un principio valutativo, ci si deve necessariamente 'impastare le mani' con concetti, se possibile, ancora più fondamentali, in modo tale da costruire una struttura, una 'pasta' unica, i cui elementi costitutivi diventino tra loro inscindibili: non è sufficiente, perciò, richiamare un principio meramente quantitativo³⁶ per il raggiungimento di una decisione da considerare giusta. Per la composizione di un conflitto tra interessi pubblici e privati e per l'individuazione della giusta 'misura' tra la soddisfazione degli uni e la compressione degli altri occorre che vengano innanzitutto tenuti in considerazione tutti i diritti, interessi e valori coinvolti dall'esercizio del potere amministrativo, per poi calcolare i rapporti, gli incontri e gli scontri tra gli stessi e ricomporli in un nuovo legame, che potrà essere di equilibrio o di disequilibrio, a seconda delle valutazioni che nella situazione concreta si sono svolte. Proprio come, in ambito matematico, la valutazione della proporzionalità consente di analizzare i rapporti tra numeri e grandezze eterogenee per ricomporli in una nuova unità (elementi identici, ovviamente, non ne avrebbero bisogno). E, nella pittura, di rendere armoniche le membra di un corpo.

Quello di proporzionalità è, infatti, un principio generale che «revêt une double acception. La première se réfère à une équation mathématique, élément d'une science exacte qui n'analyse que des valeurs abstraites; la seconde se rapproche des idées de raison et d'équité évoquant ainsi un concept d'ordre philosophique»³⁷. Si è, dunque, evidentemente in un campo argomentativo che si fonda su un «criterio *qualitativo* di valutazione [che] deve sostituire un metodo quantitativo, aritmetico in tutti i casi in cui riga, compasso, tariffa non si possono applicare»³⁸.

³⁵ Sui quali si dirà più approfonditamente nel paragrafo a seguire.

³⁶ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e utilità pubblica*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, 825: non si può negare che «l'aspetto "quantitativo" tipico della figura di eccesso in questione possa in specie concrete creare difficoltà per la delicata distinzione tra legittimità e merito dell'indagine».

³⁷ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, 1990, 8.

³⁸ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 53. Sulla difficoltà di applicare le regole proprie dell'economia al diritto, soprattutto in ambito costituzionale, L.H. TRIBE, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?*, in *Harvard Law Review*, 1985, 592 ss.; G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2002, 432-433, secondo cui «i tentativi di trarre da modelli matematici regole valide per la costruzione di *test* di decisione giudiziale si scontrano [...] con

3. La proporzionalità nell'azione amministrativa: valutazione quantitativa o qualitativa?

Questa doppia sfera di giudizio, allo stesso tempo – ma non nello stesso modo – quantitativo e qualitativo, è insita nel concetto di misura: la forza e la specificità del principio di proporzionalità derivano dalla capacità di sottoporre l'azione amministrativa discrezionale – come anche gli strumenti di amministrazione consensuale³⁹ – a misurazione⁴⁰, ai fini della valutazione di non contrarietà a determinati parametri.

Ma quali sono i parametri di riferimento?

In primo luogo occorre considerare la proporzionalità come una 'derivazione'⁴¹ del principio di legalità «trovando anche essa il suo presupposto costituzionale nella dialettica autorità-libertà»⁴². Infatti, è proprio in tale correlazione che si è instaurata, sin dalla sua emersione nel diritto penale⁴³, la *ratio* fondante del principio: la «proporzionalità [è] tesa a limitare il potere punitivo dello Stato a tutela della libertà personale»⁴⁴. Una funzione di limitazione del potere che caratterizzò anche l'utilizzo della nozione di proporzionalità in ambito tributario: fu Gorla a sottolineare come, già dai secoli XVI-XVIII, la proporzionalità costituisse, in quanto «*ius naturale*», una delle varie limitazioni al potere del principe nell'imposizione di tributi, collette e simili, «così che il pe-

una obiezione di principio: le scienze economiche hanno di mira la più efficiente allocazione delle risorse; il diritto, al contrario, deve perseguire fini di giustizia, che non sempre sono in sintonia con istanze di efficienza economica».

³⁹ E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 12, secondo cui «in alcune ipotesi gli accordi amministrativi con i privati sono individuabili come una realizzazione del principio di proporzionalità che sia inteso non solo come “contrattare” del principio consensuale, a garanzia della correttezza e dell'equilibrio tra gli interessi nell'agire amministrativo, ma quale vero e proprio principio procedurale, che orienta alla scelta dell'accordo come alternativa preferibile – perché più idonea, più necessaria e più adeguata – al provvedimento».

⁴⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 396.

⁴¹ E. CARATELLI, *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Cons. St.*, 2003, 2481, in cui l'Autrice afferma che la norma giuridica che attribuisce determinati poteri all'Amministrazione apporta dei criteri specifici di misurabilità degli stessi consistenti nei presupposti di fatto, nel contenuto e nell'estensione degli stessi e nel fine cui deve tendere l'azione amministrativa attribuita.

⁴² G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca dei concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1 ss.

⁴³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], Milano, 1991.

⁴⁴ M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. sc. giur.*, Napoli, 2014, 281.

so non venisse fatto gravare soltanto su alcuni dei sudditi»⁴⁵. Anche nel diritto amministrativo, la proporzionalità ha svolto il ruolo di limitare il potere discrezionale di scelta della pubblica amministrazione⁴⁶, consistente nella ponderazione e «comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva», nonché nella «fissazione dei valori dei diversi interessi concorrenti»⁴⁷.

È, dunque, nel passaggio dalla disciplina legislativamente prevista per lo svolgimento della funzione amministrativa al suo concreto esercizio nella fase procedimentale che il principio di proporzionalità diviene misura del corretto esercizio del potere⁴⁸. A quel punto, infatti, emerge quel «momento creativo

⁴⁵ G. GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*». I limiti al potere del «principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea. Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto: atti in onore di Bruno Paradisi*, II, Firenze, 1982, 643.

⁴⁶ L'idea di 'limite' aveva caratterizzato la formulazione del principio di proporzionalità già nell'ambito del diritto di polizia tedesco del XIX secolo, con la sentenza riguardante il famoso caso *Kreuzberg* del 1882. Tali confini definitivi, però, dovendosi considerare espressione diretta del contesto storico dello Stato liberale – in cui la nozione di proporzionalità venne inizialmente a operare –, secondo G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 229, erano ben lontani «dal rappresentare l'indirizzo finalistico e il limite funzionalistico del potere pubblico» che, in seguito, il principio di proporzionalità avrebbe acquisito. Sul principio di proporzionalità come limite alla discrezionalità amministrativa si veda D.U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 142; M. RENNA, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 682, il quale definisce il principio di proporzionalità come «limite interno della discrezionalità amministrativa»; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 299: i principi generali dell'ordinamento «non sopprimono l'ambito discrezionale di scelta, ma semplicemente lo riducono, specie al proprio interno, ponendosi come *limiti negativi* – suppletivi o integrativi della disciplina legislativa – al concreto esercizio della potestà discrezionale di scelta».

Relativamente alla generalità dei diritti fondamentali, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2002, 20-21, ha sottolineato che, con l'affermarsi del paradigma della democrazia costituzionale, i diritti fondamentali costituiscono un sistema di limiti e di vincoli sovraordinato al potere sovrano: «non dunque “diritti dello Stato” o “per lo Stato” o “nell’interesse dello Stato”, come scrivevano Gerber e Jellinek, ma diritti verso e, se necessario, contro lo Stato, ossia contro i poteri pubblici sia pure democratici o di maggioranza. Di più: il fatto che i diritti fondamentali [...] non siano predisposti da norme quali effetti di atti precettivi singolari, ma siano essi stessi norma, retroagisce sulla natura del rapporto tra i soggetti e la costituzione».

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74. Sul tema si veda anche il saggio di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1.

⁴⁸ A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi: il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, 24; sul punto anche C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*,

[della funzione amministrativa], retto sì da regole, ma intrinsecamente creativo»⁴⁹.

In secondo luogo, sempre ai fini del rispetto del principio di proporzionalità da parte della pubblica amministrazione – il quale «ha pieno ingresso nel nostro ordinamento, non solo perché compreso tra i principi dell'ordinamento comunitario, ma anche perché insito nella Costituzione, ove sia rettammente inteso il principio di buona amministrazione ex art. 97»⁵⁰ – bisogna verificare la corrispondenza a parametri che l'art. 5 del TUE⁵¹, il protocollo n. 2 «sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità» e la giurisprudenza e dottrina europea e italiana hanno, nel corso del tempo, individuato come indici di valutazione. Si tratta, in sostanza, di tre differenti criteri, o anche regole⁵², utili per valutare se la misura amministrativa sia conforme al principio di proporzionalità.

in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, 70, secondo il quale «una delle “vene” più significative del principio continua ad essere il rapporto tra autorità e libertà, tra potere e obbligo, tra diritto potestativo e soggezione».

⁴⁹ F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 157. Sulla funzione creativa dell'amministrazione nell'esercizio della propria attività discrezionale si veda tra i tanti M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 87: il processo del «decidere» della pubblica amministrazione è solo «incanalato, ma non irrigidito, dalle norme che prefissano gli interessi da soddisfare; e perciò esalta l'apporto giuridicamente creativo dell'Amministrazione»; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 85, che emblematicamente intitola «Discrezionalità e completamento soggettivo della norma» uno dei paragrafi della voce; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 376, che descrive la discrezionalità come «margine che consenta l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa nella norma».

⁵⁰ Tar Veneto, I, 30 maggio 2016, n. 568; nello stesso senso, Tar Lazio, Latina, I, 16 settembre 2015, n. 616; Tar Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641.

⁵¹ Direttamente applicabile in seguito alla modifica dell'art. 1 della L. n. 241/1990 da parte prima dell'art. 1, L. 11 febbraio 2005, n. 15 e successivamente dell'art. 7, c. 1, lett. a), L. 18 giugno 2009, n. 69.

⁵² Sulla distinzione tra regole e principi si veda, tra i tanti, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 147 ss., secondo cui «le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente»; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 48 ss.; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 101 ss.: «il punto decisivo per la distinzione tra regole e principi è che i principi (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. [...] Al contrario, le regole (*Regeln*) sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate. Se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richieda, né più né meno».

In base al primo criterio, la soluzione prospettata dalla pubblica amministrazione deve essere idonea, ossia, in seguito a una valutazione prognostica, effettivamente atta a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di diritti fondamentali, per come dichiarato dall'autorità amministrativa promotrice di quella misura; ciò che, pertanto, l'amministrazione deve analizzare prima di adottare la misura e il giudice deve valutare ove investito della questione *ex post* è il rapporto bilaterale che si instaura tra l'atto della pubblica amministrazione e la funzione amministrativa, in un'ottica di funzionalizzazione dell'attività amministrativa e di coerenza del mezzo impiegato al fine del perseguimento del risultato.

Il secondo criterio consiste nella verifica della necessità: la scelta della misura del potere da parte della pubblica amministrazione deve necessariamente ricadere su quella meno restrittiva nei confronti degli interessi compresenti, optando, quindi, per una soluzione che, a parità⁵³ di risultati, determini il sacrificio minore per i soggetti che da quella misura ricevono un pregiudizio⁵⁴. Tale parametro, pertanto, incide, ancora, sulla misura del potere, ma con un *quid* in più rispetto al giudizio di idoneità: il rapporto in considerazione è sempre bilaterale, tra atto e funzione amministrativa, con l'elemento aggiuntivo consistente nella valutazione delle alternative plausibili per il raggiungimento degli stessi interessi pubblici grazie a modalità, però, che siano caratterizzate dal minor grado possibile di restrittività.

Infine, con il terzo criterio, si compie un ulteriore passo nella verifica del rispetto del principio. Con esso si valuta la proporzionalità in senso stretto – o come talora si preferisce dire, l'adeguatezza – della decisione amministrativa: in altri termini, si considera la «tollerabilità della restrizione che [la misura] comporta per il privato»⁵⁵. In virtù di tale criterio l'amministrazione effettua una ponderazione armonizzata⁵⁶ e bilanciata degli interessi, in modo tale da verificare se la misura da adottare sia 'non eccessiva' rispetto all'obiettivo

⁵³ 'Parità' che, come rileva D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 392, non significa 'identità' di risultati ma «giudizio di tendenziale equivalenza», poiché «riuscire ad ottenere con matematica certezza un *risultato identico* – vale a dire ugualmente positivo – con *minori sacrifici* si rivela spesso una chimera» (S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011, 235).

⁵⁴ C. cost., 13 gennaio 2014, n. 1: bisogna valutare se la norma oggetto di scrutinio sia «necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

⁵⁵ Cons. Stato, VI, 17 aprile 2007, n. 1736.

⁵⁶ In tal senso F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 130-131, si chiede cosa altro il diritto «tent[] di fare se non trovare l'armonia del mondo, [...] traendo al presente, e così estraendo dal tempo ciò che si manifesta nel tempo».

da perseguire: il giudice controllerà eventualmente la correttezza di tale ponderazione⁵⁷.

Vengono, così, ad assumere una posizione essenziale i valori sottostanti ai singoli interessi compresenti, in modo da poter analizzare se la misura del potere esercitato costituisca un giusto equilibrio tra i sacrifici inflitti ai soggetti sui quali la misura incide e i vantaggi arrecati all'interesse pubblico e ai privati che dal perseguimento di quell'interesse traggono beneficio. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui si espropria un'area con abitazioni private per realizzare una città universitaria o un museo. In tal caso, occorre che vi sia equilibrio tra i sacrifici sofferti dai proprietari espropriati, da un lato; e, dall'altro lato, i vantaggi per gli interessi pubblici allo sviluppo della cultura e al buon assetto urbanistico e anche per i diritti e interessi dei privati che ne ricavano utilità non solo economica (si consideri il vantaggio che da simili operazioni possono trarre il diritto allo studio e l'interesse di proprietà limitrofe per l'incremento del loro valore).

Dunque, l'analisi, che prima dell'impiego di questo terzo criterio aveva lasciato impregiudicata la scelta in ordine allo scopo, in quanto si era condotta al livello della relazione bilaterale tra atto posto in essere e funzione amministrativa, e anche tra atto e suoi diretti destinatari, viene ampliata fino a investire lo scopo medesimo⁵⁸ e a includere in maniera più pregnante gli ulteriori valori, interessi o diritti che dall'adozione dell'atto (amministrativo o legislativo che sia) sono coinvolti. Nel bilanciamento tra interessi, diritti e valori diversi l'amministrazione mette, dunque, in campo il suo potere discrezionale, servendosi dei tre criteri che si sono esaminati come strumenti funzionali⁵⁹ alla ponderazione del loro differente 'peso'. È indispensabile, a questo punto, spe-

⁵⁷ Una esemplificazione lampante di come venga svolta a livello giurisprudenziale la valutazione sulla 'non eccessività' della compressione di un diritto/valore/interesse a favore dell'estensione di un altro diritto/valore/interesse coinvolto si ha, in materia elettorale, in C. cost. 13 gennaio 2014, n. 1: quella a oggetto è una «disciplina manifestamente irragionevole, che comprime la rappresentatività dell'assemblea parlamentare, attraverso la quale si esprime la sovranità popolare, in misura sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito (garantire la stabilità di governo e l'efficienza decisionale del sistema), incidendo anche sull'eguaglianza del voto [...]. Nella specie, il test di proporzionalità evidenzia, oltre al difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata, anche l'inidoneità della stessa al raggiungimento dell'obiettivo perseguito».

⁵⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2015, 630.

⁵⁹ Sottolinea il carattere strumentale del principio di proporzionalità e dei suoi 'sottoprincipi' R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 134, il quale, però, distingue una diversa funzione di ottimizzazione dei vari 'sottoprincipi': «il principio di proporzionalità in senso stretto deriva dal fatto che i principi sono precetti di ottimizzazione relativamente alle possibilità giuridiche. I sottoprincipi di necessità e idoneità, al contrario, derivano dal carattere dei principi come precetti di ottimizzazione relativamente alle possibilità *fattuali*».

cificare la modalità con cui essa verifica la rispondenza della decisione amministrativa a tali parametri.

Sicuramente per la valutazione del carattere della ‘non eccessività’ della misura, la pubblica amministrazione non si serve solo di parametri economico-quantitativi di valutazione⁶⁰, relativi al rapporto tra risorse impiegate e risultati conseguiti e consegnati alla certezza della loro definizione, ma, al contrario, si basa anche su criteri qualitativi⁶¹, necessariamente relativi e aderenti alle circostanze concrete, volti a scoprire il rapporto difficile tra interessi pubblici primari e interessi secondari, proprio nell’ottica aristotelica del raggiungimento della giustizia.

È per questo che perde automaticamente di senso la tendenza a far «prevalere l’idea che mentre la ragionevolezza sarebbe un valore sostanziale che evoca concetti come saggezza, equità, giustizia, etc., la proporzionalità sarebbe invece quasi una tecnica»⁶². Il principio di proporzionalità, infatti – senza

⁶⁰ In questi termini, invece, A. AVERARDI, S. DEL GATTO, *Il principio di proporzionalità dell’azione amministrativa*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, 2017, 67, secondo cui mentre il parametro della idoneità viene valutato sotto il profilo dell’obiettivo avuto di mira con l’adozione della misura, quelli di necessità e di proporzionalità in senso stretto attengono «alla misura del potere e, dunque, ad aspetti “quantitativi” della scelta»; ancora: «nel giudizio di proporzionalità il giudice accerta la “quantità del potere esercitato”; nel giudizio di ragionevolezza il giudice accerta la “qualità della ponderazione”» (69); A. ATTANASIO, *Principio di proporzionalità dell’azione amministrativa e libertà fondamentali*, in *Il Merito, Il sole 24 ore*, n. 10, 1° ottobre 2004, 106; C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 55, secondo cui, ai fini della valutazione della proporzionalità in senso stretto della misura amministrativa, sovengono le scienze matematiche, essendo necessario «che la somma algebrica dei vantaggi e degli svantaggi dia il risultato più elevato, perché quella sarà la soluzione che massimizza gli effetti dell’azione amministrativa».

La giurisprudenza amministrativa tende, invece, ad attribuire il carattere qualitativo al solo principio di ragionevolezza: Tar Campania, Salerno, I, 10 ottobre 2010, n. 1128: «Il principio di ragionevolezza esprime il criterio secondo cui la P.A. è tenuta a bilanciare gli interessi presenti nel procedimento in maniera plausibile e giustificabile e riguarda la regola del bilanciamento qualitativo degli interessi. Il principio di proporzionalità [...] è riferibile al bilanciamento quantitativo degli interessi»; nello stesso senso Tar Campania, Salerno, II, 27 gennaio 2011, n. 125; Tar Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, 6 maggio 2011, n. 421.

⁶¹ È per questo che, astrattamente ragionando, volendo ‘disegnare’ il criterio della proporzionalità, in ragione di tale aspetto qualitativo della sua misurabilità, A. CERRI, *Dalla garanzia del “giusto procedimento” in sede disciplinare al criterio della “proporzionalità”: spunti problematici e riflessioni a partire da un’interessante sentenza della Corte*, in *Giur. cost.*, 1995, 1649 ha utilizzato la raffigurazione della ‘curva di indifferenza’ tra quantità di protezione differenti dei due beni in contrapposizione (per esempio, nell’ipotesi più semplice, interesse pubblico/diritto individuale), con l’accortezza che «a partire da un certo punto in alto a sinistra e da un altro punto in basso a destra, essa risulti parallela, nel primo caso, all’asse delle ordinate e, nel secondo, a quello delle ascisse: a significare l’assoluta incomprimibilità» sia dell’uno che dell’altro bene, al di sotto di un certo livello.

⁶² S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza [dir. amm.]*, cit.

che, per questo, debba perdere l'elemento 'quantitativo' che sicuramente lo contraddistingue e distingue dal principio di ragionevolezza – non solo non può essere considerato come una mera formula matematica, un «metodo di misurazione oggettiva» che «segue regole obbligate che non possono deviare dal loro sviluppo lineare impresso in termini di pura consequenzialità logica»⁶³ o, ancora, «una somma algebrica di costi e benefici»⁶⁴ da svolgere per una ponderazione degli interessi e dei diritti implicati nelle singole situazioni di fatto, ma neanche come un «metodo oggettivo, neutrale, consequenziale, immutabile nel tempo e nello spazio»⁶⁵ o come un principio prettamente quantitativo⁶⁶. Infatti, sia che la legge abbia attribuito all'amministrazione

⁶³ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, cit., 207.

⁶⁴ In questi termini V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 120: la proporzionalità «mira ad una giustizia sostanziale, alla soluzione che raggiunga il maggior risultato della somma algebrica di costi e benefici per tutti i soggetti coinvolti nella valutazione». L'Autrice, però, successivamente (159) prevede la possibilità che la proporzionalità emerga anche su di un piano qualitativo, seppur «in forma indiretta»: in tal caso, infatti, essa «è espressione di quella concezione relativistica della soluzione equilibrata dei conflitti che presuppone l'utilizzo di strumenti quali la buona fede, la tutela dell'affidamento, il giusto processo, ecc. Tutti strumenti relazionali che implicano al loro interno anche un giudizio di proporzionalità».

⁶⁵ S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1203-4. L'A., nel distinguere il concetto di ragione da quello di proporzione, ammette, nella concretizzazione delle clausole generali previste dal legislatore, l'ipotesi che essi possano operare in simbiosi: la ragione, infatti, «detta alla *proporzione* le proprie scale di valori, le proprie coordinate di riferimento, i propri *standard* di valutazione. La *proporzione* applica oggettivamente quelle scale di valori, quelle coordinate di riferimento, quegli *standard* di valutazione in modo commisurato (proporzionato)». Ancora: «nella determinazione di fattispecie di maggiore complessità è inevitabile che i due principi tendano ad essere congiuntamente applicati. [...] Ma la loro separazione, netta sul piano concettuale, prelude alla loro *tendenziale* separazione sistemica». È, dunque, secondo l'A., attraverso la ragionevolezza da applicare al metodo della proporzionalità che si riescono a comprendere nella valutazione anche i «parametri espressi in forma di valori umani».

⁶⁶ In senso contrario, si vedano U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano*, in *Liuc Papers*, n. 220, settembre 2008, 4: «l'*adeguatezza* [ossia la proporzionalità in senso stretto] si pone come vincolo quantitativo relativo alla soluzione adottata e si erge a misuratore del grado di soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela»; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it*, 12, 2017, 23, il quale sottolinea, in un'ottica di confronto e distinzione tra principio di ragionevolezza e proporzionalità, che «mentre la ragionevolezza implica una valutazione "qualitativa" degli interessi, affinché il potere discrezionale sia impiegato in modo tale che il sacrificio imposto al privato sia congruo rispetto all'interesse pubblico; attraverso la proporzionalità si definisce la "quantità" del potere discrezionale da utilizzarsi, affinché l'interesse privato sia inciso nella misura considerata adeguata a perseguire il fine pubblico». Da questo l'A. deduce che «mentre il primo, proprio perché relativo ad una valutazione "qualitativa" degli interessi, attiene all'iter procedimentale e, specialmente, alla fase istruttoria; il

un'attività specificamente definita sia che non ne abbia circoscritto dettagliatamente i relativi margini, l'amministrazione non ha un compito di mero mantenimento o restaurazione della legalità, bensì una «funzione di integrazione sociale», da svolgere sicuramente in esecuzione della legge «ma anche in adempimento diretto di esigenze di giustizia che danno il senso ultimo alla legge e ne colmano le lacune»⁶⁷. E ciò soprattutto considerando non solo il contesto ma anche l'epoca in cui ci si trova: è a partire, infatti, dalla seconda metà del Novecento, con un massiccio crescendo negli ultimi decenni, che è sempre più sentita l'esigenza di «cogliere nella fissazione di principii e metodi il più efficace – se non l'unico – strumento di individuazione di un diritto congeniale al momento pos-moderno»⁶⁸, momento in cui «le fonti, nella loro compatta scansione gerarchica, vengono tratte dal sacrario intoccabile in cui illuministi e giacobini le avevano collocate, mentre la legge, deposto il suo manto regale di fonte esclusiva, cede un ruolo promozionale a strumenti euristici nuovi: i principii»⁶⁹.

Si possono, pertanto, oramai ritenere arretrati i criteri fondanti il principio di legalità, secondo cui la legge non rappresenta per lo Stato una volontà esterna, «ma costituisce la sua stessa volontà»⁷⁰: avendo constatato la debolezza del disegno kelseniano fondato su geometrie desuete perché pensate per un unico modello di amministrazione pubblica fortemente autoritativa, è forse necessario «iniziare a prendere atto che i valori garantistici che racchiude al suo interno [il principio di legalità, scavato nel solco illuministico-rivoluzionario] sono sempre più diafani e meno appropriati». Ciò perché è «troppo debole, troppo ottocentesco quel principio di legalità per un diritto amministrativo che [...] cambia in modo così vorticoso»⁷¹, anche in considerazione

principio di proporzionalità afferisce al provvedimento o, più in generale, alla statuizione finale assunta dall'amministrazione». Sempre sulla distinzione tra i due principi, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 91, secondo cui mentre la ragionevolezza attiene alla «giustificabilità» del potere, la proporzionalità implica una valutazione di «intensità» del potere.

⁶⁷ M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, 254.

⁶⁸ P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Annuario AIPDA 2014: L'incertezza delle regole*, Atti del convegno annuale, Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, 2015, 14.

⁶⁹ P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, cit., 15.

⁷⁰ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939, 29.

⁷¹ B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Ricostruzione storica*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del Convegno di Varenna del 2008, Milano, 2008, 56 ss. Emblematico, nello stesso senso, è l'invito di S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della Rivista 'Diritto pubblico'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 796, a cercare «che cosa c'è dietro questa nozione *passerpartout* che continuiamo per stanchezza a chiamare principio di legalità».

del rapporto tra ordinamenti nazionali e diritto europeo⁷², andandosi a prediligere, invece, quelle esigenze di giustizia che rifuggono da applicazioni meccaniche delle regole ai fatti concreti⁷³. Esse, al contrario, presuppongono un approccio dialettico⁷⁴ – in cui, cioè, per fornire copertura al potere, «oltre alla legittimazione originaria, il rapporto con la volontà popolare ha da essere *co-stante*»⁷⁵ – nel conflitto tra valori, anche qualora questi siano esterni rispetto alla norma o da questa non sintetizzati in astratto. Si è, dunque, passati a considerare la legalità non come «mera conformità formale al precetto legislativo, ma più ampiamente [come conformità] ai parametri normativi fissati dalla dinamica dell'ordinamento»⁷⁶.

Assai ampia è, pertanto, in tale contesto, la portata della proporzionalità, che non solo, in quanto principio generale, informa tutto il diritto amministrativo in riferimento all'esercizio dei poteri pubblici, ma costituisce anche strumento di interpretazione della norma giuridica attributiva del potere, consentendo alla pubblica amministrazione di collocare la fattispecie astrattamente prevista dalla norma nella situazione concreta, allo scopo di valutare i differenti diritti, interessi e valori coinvolti dall'esercizio del potere stesso.

Un'importante funzione del principio di proporzionalità è, infatti, quella detta «integratrice del diritto amministrativo»⁷⁷, funzione che emerge soprat-

⁷² Su tale punto, ai fini di un'analisi problematica del principio di legalità, specialmente in chiave costituzionalistica, si veda C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 2-3, che, a commento della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, afferma che «nell'«obbedire anzitutto alla Carta repubblicana» il giudice è chiamato a «prestare collaborazione» con altri giudici, perché solo così si rende possibile uno «stabile assetto interpretativo dei diritti fondamentali» che riflette «una primaria esigenza di diritto costituzionale»».

⁷³ Sono vari gli esponenti della dottrina pubblicistica che già nei primi decenni del Novecento hanno sottolineato il rilievo dell'effettività-fatto: tra loro, Georg Jellinek, Kelsen, Duguit, Hauriou, Santi Romano. L'idea astratta della validità legale, infatti, ha ceduto il passo alla considerazione della realtà, e ciò si è verificato in modo più evidente con il passaggio dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse, così facendo emergere l'esigenza di «esaminare gli istituti giuridici quasi controluce, partendo dalla loro ombra sulle cose più che dalle linee della loro normale figura» (P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 128).

⁷⁴ Il riferimento è a A. GIULIANI, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 30: «L'applicazione meccanica della regola al fatto non solo può portare a gravi ingiustizie, ma è anche un errore logico: è una manifestazione della fallacia dell'accidente, che consiste nell'ignorare le circostanze che rendono inapplicabile la regola al caso».

⁷⁵ L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2.

⁷⁶ F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 3 (suppl.), 2016, 83 ss.

⁷⁷ E. CARATELLI, *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, cit., 2493. Nello stesso senso R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e «funzione definitoria» della giurisprudenza*, in *Annuario AIPDA 2014: L'incertezza delle regole*, cit., 58, il quale, in un'analisi volta allo studio delle cause dell'incertezza delle norme,

tutto quando la risoluzione del caso concreto da parte della pubblica amministrazione deve realizzarsi all'interno della norma attributiva del potere, ma attraverso un'attività necessariamente interpretativa-creatrice⁷⁸. E ciò in quanto l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, non può non considerare la molteplicità delle qualificazioni giuridiche di un medesimo fatto, «la complessità della fattualità»⁷⁹; starà, dunque, a essa valutare, attraverso quei parametri che si sono visti essere non solo quantitativi ma anche qualitativi, in che modo coniugare la diversità di interessi, diritti e valori affinché la misura da adottare possa considerarsi proporzionata, accedendo, così, a «una visione il più possibile aderente al fenomeno, abbracciato nella sua totalità e realtà, che è insieme giuridica e storico-sociologica»⁸⁰. Attraverso la proporzionalità risulterebbe, così, possibile comporre in una nuova unità interessi, diritti e valori in gioco.

In un contesto, perciò, in cui l'estrema ampiezza dello spettro degli interessi da valutare richiede una sempre maggiore elasticità della norma, l'indeterminatezza normativa può, o forse *deve*, diventare un valore, in quanto costituisce un meccanismo capace di cogliere la mutabilità e imprevedibilità delle situazioni cui l'attività amministrativa deve far fronte⁸¹: l'assetto delle situazioni giuridiche protette, infatti, «varia col variare della coscienza o sensibilità sociale»⁸². E i principi, «spesso nobilissimi e seducenti, e tuttavia obiettivamente generali ed indeterminati, e in quanto tali forieri di molteplici, variegiate ed anche antagoniste soluzioni interpretative»⁸³, costituiscono uno strumento

soprattutto nel sistema di rapporti tra potere politico, amministrativo e giurisdizionale, afferma che l'amministrazione, «alla stregua di un convitato di pietra, dà esecuzione alle norme ma, in realtà, molto spesso, ci mette del suo occupando, anche *praeter legem*, tutti quegli spazi, pur relativamente liberi (il c.d. *Spielraum*), nei quali può svolgersi la sua discrezionalità ermeneutica».

⁷⁸ Sui caratteri distintivi tra potere discrezionale e attività interpretativa, si veda G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 318 ss.

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2005, 197, secondo cui la complessità della fattualità costituisce una componente essenziale della normatività e soprattutto della sua storicità. Sul punto, per una ricostruzione della teoria della complessità, da non confondere con la "molteplicità", si veda A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss.

⁸⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavalieri*, Padova, 1959, 197.

⁸¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 373.

⁸² V. CERULLI IRELLI, *Partendo da Vico: spunti sulla formazione giurisprudenziale del diritto*, in E.M. MARENGHI (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, 2014, 23.

⁸³ R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, cit., 39.

determinante tra quelli che concorrono a integrare la disciplina legislativa⁸⁴; il diritto amministrativo, infatti, risulta non solo da norme ma anche da «principi che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema»⁸⁵, come anche da comportamenti generanti consuetudine⁸⁶, senza dei quali ci si farebbe un'idea incompleta del diritto vigente⁸⁷, dovendosi, invece, guardare al diritto «tel qu'il est, et non pas tel qu'il est promulgué ou tel qu'il est présenté»⁸⁸.

Allora, se davvero si ritiene che l'esame di proporzionalità debba essere specifico ed effettivo, debba considerare i contesti e risultare continuamente e incessantemente come il prodotto di operazioni per niente formali, ma, al contrario, concrete e circostanziali; se, ancora, tale esame sembrerebbe presupporre l'ottica del 'giuridico' e dell'equo' come forma superiore del 'giusto legale', tutto il discorso non può più prescindere dalla considerazione per cui necessariamente, nelle situazioni prospettate di applicazione della proporzionalità, la pubblica amministrazione si trova a sbilanciare, più che a bilanciare⁸⁹. Perché inevitabilmente e in tutta evidenza la scelta da parte dell'amministrazione di perseguire un interesse pubblico o di preferire un diritto (individuale

⁸⁴ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., 289: il principio di proporzionalità, «nel collegare i termini stessi del rapporto fra premesse ed obiettivi dell'azione amministrativa previsti astrattamente dalla legge, concorre ad integrare la disciplina di quest'ultima e, conseguentemente, a restringere entro limiti accettabili il margine di scelta discrezionale». Nello stesso senso si veda anche F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 262 ss., il quale sottolinea il ruolo dei principi di proporzionalità e ragionevolezza come guida per l'azione amministrativa e come strumento del sindacato giudiziale in conseguenza della «crisi della legge» e della «razionalità limitata».

⁸⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3.

⁸⁶ Sul punto, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 236, secondo il quale «avviene per i principi – fatte le dovute modificazioni – quel che Orestano ha in modo così profondo e persuasivo trovato per la consuetudine, ossia che un principio è vigente nella misura in cui la giurisprudenza lo riconosce».

⁸⁷ N. BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 438.

⁸⁸ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, 1982, 481. Sottolinea questo profilo G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 8, secondo il quale i principi «nascono dal basso, dall'osservazione, dall'esperienza, dalla cultura».

⁸⁹ Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 170, secondo cui «la pluralità dei principi e l'assenza di una gerarchia formalmente determinata comporta che non ci possa essere una scienza della loro composizione, ma una prudenza nel loro bilanciamento»; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Conclusioni*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 228, secondo cui «Il concetto tranquillizzante di bilanciamento, che vuole indicare compensazione e armonia, nasconde però la conflittualità della situazione. Le "scelte di ripartizione" sono scelte difficili, che non si lasciano ricondurre facilmente a un gioco a somma zero, ma implicano sempre una perdita o una riduzione».

o collettivo) deve tollerare, *cum grano salis*, la limitazione – o la subordinazione – di un altro interesse o diritto eventualmente coinvolto. Con una precisazione: ciò che viene (s)bilanciato non è mai il diritto o il principio in astratto, ma le sue modalità concrete di esercizio⁹⁰. Ed è nel realizzarsi di queste valutazioni e di questo apprezzamento⁹¹ che, attraverso questa ‘doppia anima’ e «pendolarismo» del principio di proporzionalità tra la cura dell’interesse pubblico e «la verifica del limite di tangibilità» della sfera di interessi del privato⁹², la pubblica amministrazione prova a garantire la «mitezza» della misura, che non può manifestarsi nell’equidistanza degli interessi coinvolti⁹³, in quanto presuppone a monte, come detto, una scelta a favore degli interessi e dei diritti che, di volta in volta, si preferiscono tutelare, o meglio a favore di quell’interesse concreto che «è il risultato, storicamente determinato, di un giudizio»⁹⁴. Giudizio fondato su una scelta non già «razionale» – il che sarebbe più compatibile con l’equidistanza –, quanto «ragionevole»⁹⁵: la «mitezza»

⁹⁰ Ciò vale tanto per l’amministrazione quanto per il legislatore. Si veda, infatti, C. cost. 16 dicembre 1993, n. 441: i principi di proporzionalità ed adeguatezza «lasciano alla discrezionalità del legislatore la possibilità di apportare correttivi di dettaglio che [...] siano giustificati da esigenze meritevoli di considerazione».

⁹¹ Si veda S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 34: «L’assetto degli interessi concorrenti, determinato dall’azione secondo il valore ad essi assegnato nella fattispecie, è il risultato di un apprezzamento, dell’apprezzamento che caratterizza la discrezionalità».

⁹² A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 738.

⁹³ Contrariamente da quanto ritiene S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 104: «per mitezza si intende proprio quella soluzione tendenzialmente più equidistante (*id est* imparziale) dagli interessi coinvolti».

⁹⁴ E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 7. Continua l’Autore, 7-8: in un’ottica in cui l’interesse pubblico è calato nel diritto amministrativo e non «è qualcosa di esterno al sistema giuridico, un *deus ex machina*», «la contrapposizione tra l’interesse pubblico e privato riguarda, a ben vedere, la politica legislativa o una considerazione psicologica e non l’interpretazione del diritto positivo, ove l’uno e l’altro interesse rilevano, “sono”, perché definiti – o resi definibili – dai rispettivi soggetti, ossia inseriti in una rete di entità giuridicamente rilevanti: situazioni soggettive iniziali, atti e relativi effetti».

⁹⁵ In tal senso si veda A. GIULIANI, *Logica (teoria dell’argomentazione)*, cit., 30: «I valori non sono sistematici, in quanto sono il riflesso di inevitabili aporie: coesistono in una situazione controversiale, che non ci esime dall’impegno della scelta che può essere ragionevole, non razionale». In altro contesto, A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge [etc.], 2012, in un ampio studio, anche in chiave costituzionale, sul principio di proporzionalità, considerato il criterio migliore, tra tutti gli altri disponibili, «to ensure human rights in a pluralistic, democratic society» (458), affronta anche la questione della vicinanza logica del principio di proporzionalità in senso stretto con il principio di ragionevolezza:

della misura consiste, dunque, in una sorta di «armonia»⁹⁶ che giustifichi l'aver preferito un diritto, interesse o valore a un altro così da rendere «accettabile»⁹⁷ il sacrificio imposto, nell'ottica di una sorta di «buon senso»⁹⁸. O meglio, l'averlo preferito in una determinata 'proporzione'.

4. A proposito della composizione di diritti, interessi e valori nell'esercizio della discrezionalità amministrativa

È, insomma, nell'ambito della discrezionalità della pubblica amministrazione che rientra la possibilità di realizzare una scelta a favore di un interesse o diritto e non di un altro, cercando di valorizzare i caratteri differenziali necessariamente presenti nelle varie situazioni di fatto, caratterizzate dalla «eterogeneità degli interessi pubblici»⁹⁹; soprattutto perché non esistono due sole situazioni che per certi aspetti non siano simili e per altri non siano diverse¹⁰⁰.

Rimane da capire fino a che punto possa spingersi l'amministrazione, nel-

«The main component of reasonableness is also the balancing between competing principles. Is there a difference between the two? The "technique" of balancing is identical in both concepts» (378). Dunque la "tecnica" utilizzata per verificare l'aderenza delle misure legislative o amministrative ai due principi è la stessa, ma non vi è anche identità o sovrapposizione degli stessi due principi.

⁹⁶ S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, cit., 202: «armonia è conciliazione di interessi che sono o sembrano in contrasto, in relazione al diverso valore da ciascuno di essi assunto nella particolare situazione oggettiva, così da realizzare una proporzionata corrispondenza tra gli interessi principali e quelli secondari».

⁹⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza [dir. amm.]*, cit., il quale, nel ritenere che la ragionevolezza si debba distinguere dalla razionalità-logicità delle decisioni, sottolinea una certa difficoltà nel tracciare una linea di confine netta tra principio di ragionevolezza e di proporzionalità, soprattutto considerando il fatto che si tratta di nozioni che fanno entrambe riferimento a esigenze di razionalità e non arbitrarietà, che nel caso della proporzionalità vengono specificate nella necessità di limitarsi a misure che siano "opportune" e "necessarie" per conseguire lo scopo. Sullo sfondo campeggia la metafora del bilanciamento e il richiamo al senso di equità e giustizia».

⁹⁸ A.C. JEMOLO, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione di questioni tecniche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 576-577: «è falsare i vocaboli ed i concetti supporre che la discrezionalità dell'Amministrazione possa contenere la facoltà di agire contro il buon senso, e di omettere precauzioni che neppure un bimbo ometterebbe».

⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 108: l'Autore sottolinea l'importanza di mettere in evidenza tale carattere di eterogeneità perché «per un fatto di vischiosità di realtà del passato, accade moltissime volte di trovare, in dottrina e in giurisprudenza, un personaggio "interesse pubblico", in nome del quale se ne combinano di ogni genere».

¹⁰⁰ A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, 103.