

## *Introduzione*

FRANCESCO MANGANARO

Buongiorno a tutte ed a tutti. Tocca a me aprire i lavori del Convegno, in qualità di presidente dell'associazione dei professori italiani di diritto amministrativo, per l'indisponibilità del professore Franco Gaetano Scoca, a cui rivolgiamo un saluto ed un augurio di pronta ripresa.

Il Convegno, ottimamente organizzato dal professore Stefano Villamena, onora opportunamente un Maestro, quale è Stefano Cognetti, ripercorrendo il suo pensiero attraverso le relazioni delle Colleghe e dei Colleghi qui presenti.

Gli studi di Cognetti rappresentano un patrimonio significativo della scienza giuridica del diritto amministrativo, lavori che deve conoscere chiunque voglia intraprendere studi sulle amministrazioni pubbliche.

Proprio in questa occasione, voglio ringraziare Cognetti per i suoi studi che tanto hanno contribuito al dibattito accademico e continuano ad essere oggetto di attenzione degli studiosi, lavori utilizzati da tanti, me compreso, per sviluppare nuove riflessioni, sempre nell'alveo di un'amministrazione che deve perseguire la legalità.

Sui lavori scientifici di Cognetti dirò soltanto poche parole, lasciando ai relatori gli approfondimenti necessari.

Dopo la prima monografia del 1987 su *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo: le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, nel 1993, Cognetti, forte dei suoi studi svolti in Germania, pubblica la monografia *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, con il significativo sottotitolo *Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, inserendosi così in un dibattito che aveva visto confrontarsi diverse autorevoli opinioni sia in Germania (Tezner, Bernatzik, von Laun, W. Jellinek), che nel contesto italiano

(Romagnosi, De Gioannis Gianquinto), fino alla nota contrapposizione degli Anni Trenta del Novecento tra Costantino Mortati e Massimo Severo Giannini sulla discrezionalità come forma di interpretazione.

Il sottotitolo del volume spiega bene l'oggetto del lavoro, in quanto la legalità dell'azione amministrativa oscilla tra l'indeterminatezza della norma, dovuta alla sua congenita astrattezza, e la necessaria discrezionalità attribuita all'amministrazione per l'applicazione della norma al caso concreto.

Tale questione, oggetto da lungo tempo degli studi sulle amministrazioni pubbliche, diventa ancora più complessa per una serie di motivi che, in questa sede, possono essere solo accennati. Innanzitutto, negli Stati pluriclasse, dove i valori contenuti nelle norme sono spesso tra loro configgenti, la legalità si declina più come legalità formale (o non contraddizione con le norme) che come indicazione di un preciso fine che la pubblica amministrazione debba perseguire. Inoltre, la complessità e la rapida evoluzione del contesto sociale inducono sempre più il legislatore a legiferare per principi, lasciando all'interprete il compito di farne un'applicazione adeguata in ordine a situazioni che si evolvono rapidamente nel tempo.

La dottrina ha sempre considerato l'ampliamento della discrezionalità come rischio di una deriva autoritaria dell'amministrazione, un pericolo che il diritto amministrativo vuole evitare, ponendo proprio il principio di legalità come baluardo delle libertà fondamentali, limitabili dal potere solo nei limiti indicati dal legislatore.

Ma la discrezionalità si evolve, diventa cangiante e multiforme nei sistemi giuridici attuali. Apparentemente espulsa dai territori dei servizi pubblici, vi torna prepotentemente nelle scelte delle amministrazioni tra auto-produzione ed esternalizzazione oppure si manifesta sotto forma di discrezionalità tecnica nelle determinazioni delle Autorità amministrative indipendenti.

L'attualità del tema, peraltro oggetto del recente convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori italiani di diritto amministrativo, deve tenere conto di lavori come quello di Cognetti, che già nel 1993, poco dopo l'emanazione della legge sul procedimento amministrativo, esaminava questioni che sarebbero emerse più tardi nella loro complessità.

La l. n. 241/1990, stabilendo regole sul procedimento, aumenta i presidi di legalità dell'azione amministrativa, ma tuttavia, secondo Cognetti,

non è da sola sufficiente a garantirla, sia sul versante dei limiti esterni – visto che la decisione amministrativa deve tenere conto di altri parametri quali, ad esempio, le regole tecniche o scientifiche – sia sul versante dei limiti interni, ove incidono gli standard che l'amministrazione e la giurisdizione traggono dai principi, anche quando questi si presentino sotto forma di clausole generali.

Considerata la difficoltà di individuare un'azione amministrativa che sia regolata dalla legge, ma che abbia comunque uno spazio "libero" di azione, si deduce che la discrezionalità si fonda sempre sulla legge, senza essere un potere originario in capo alle amministrazioni.

Quanto più il contesto sociale rende complesse le fattispecie su cui decidere tanto più necessitano norme elastiche, ma così, secondo Cognetti, si finisce con il «sottrarre l'operato dell'amministrazione al controllo di legittimità, che, col venir meno del supporto della legge, viene a perdere il suo riferimento primario»: ne consegue che sempre più l'interesse pubblico diventa, secondo una definizione già coniata da von Laun, il contenuto di una procura in bianco (p. 94). A maggior ragione perché vi sono limiti interni, introdotti dall'interpretazione giurisprudenziale non solo quando si integrino norme indeterminate, ma finanche quando suppliscano ad una disciplina inesistente (p. 275).

Per questo la legalità dei principi ha bisogno di ulteriori specificazioni per limitare incertezze interpretative. Cognetti, riferendosi esplicitamente alla tesi sostenute dalla dottrina tedesca e, in Italia, prioritariamente da Miele e Merusi, sostiene che l'equità, pur non essendo il fine dell'azione amministrativa, ne costituisce un ulteriore limite interno, poiché essa, secondo la ricostruzione di Romagnosi e Cammeo, consente di raggiungere il massimo risultato per l'amministrazione con il minimo sacrificio dei cittadini.

Pur riconoscendo all'equità la natura di limite alla discrezionalità, Cognetti osserva che ricorrendo ad essa si lascerebbe al giudice un'illimitata competenza a valutare l'azione dell'amministrazione. Perciò, si può utilmente ricorrere all'equità ove, nel contempo, il legislatore sia in grado di recepire e tradurre in norme positive quei principi che già erano "diritto vivente" nelle decisioni giurisprudenziali o nel sentire comune dei consociati (p. 292). Si consolida così un filone di pensiero che ha influito sulla produzione scientifica e normativa futura, visto che il legislatore ha poi codificato principi generali quali quelli di buona fede e di correttezza,

oggi pienamente affermati sia nella legge sul procedimento amministrativo che nella più recente disciplina dei contratti pubblici.

Nel 2000, Cognetti esita il volume *“Quantità” e “qualità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*. Si tratta di un lavoro che, dopo l’entusiasmo suscitato dalla nuova legge sul procedimento, analizza in quale modo la partecipazione procedimentale – giustamente considerata il fulcro di una nuova amministrazione – abbia prodotto gli effetti sperati. Invero, per l’eterogenesi dei fini, l’uso strumentale della mancata partecipazione diventa un modo per fare annullare provvedimenti “giusti”, determinando la reazione del legislatore, che ha voluto porre rimedio, introducendo l’art. 21 *octies* della stessa legge.

Nel conflitto tra legalità ed efficacia, l’azione amministrativa deve avere meno vincoli formali, perché è «ormai decisamente al tramonto l’epoca delle garanzie formali, fini a se stesse, che appesantiscono la procedura senza procurare alcun reale apporto costruttivo di natura giuridica sostanziale, idoneo ad influire concretamente sul risultato dell’azione amministrativa» (p. 124).

Il lavoro di Cognetti segnala opportunamente che non tutta la partecipazione è eguale, sia per la quantità che per la qualità di essa. Essa viene considerata non solo come strumento per una maggiore conoscenza dell’azione amministrativa da parte di tutti coloro che ne sono interessati, ma anche perché presupposto della legittimazione processuale, pur quando gli interventori sono soggetti non direttamente interessati o portatori di interessi diffusi. La partecipazione non è più solo strumento di conoscenza, ma presupposto della tutela giurisdizionale, come poi verrà confermato nella disciplina sull’accesso civico e nella conseguente giurisprudenza sul punto.

Le modalità di controllo sull’attività discrezionale sono di nuovo oggetto di approfondimento nel volume del 2011 *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, ove si vuole verificare se e come il principio venga realmente utilizzato nel giudizio amministrativo.

Nell’ampia ricostruzione dei contenuti del principio, Cognetti distingue tra controllo giurisdizionale sull’eccesso di potere e controllo di proporzionalità, rilevando che mentre il primo, essendo sintomatico, si ferma alla superficie dell’accertamento del fatto e della scelta dell’amministrazione, il secondo consente, invece, un controllo molto più adeguato.

Innanzitutto, perché la proporzionalità è regola sia del procedimento che del processo, in secondo luogo perché consente di valutare la ragionevolezza della decisione amministrativa sia nella sussunzione del fatto alla norma che nel bilanciamento dei diversi interessi previsti dalle regole giuridiche.

Nel volume *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità* del 2014, Cognetti continua ad approfondire i contenuti ed i limiti dell'attività discrezionale, questa volta leggendo in chiave storica l'evoluzione del controllo giurisdizionale sul potere amministrativo.

Il diritto amministrativo nasce nel contesto nazionale alla fine dell'Ottocento come limite all'esercizio arbitrario del potere, mentre il controllo giurisdizionale si sviluppa molto più lentamente, almeno fino a quando i parlamenti democraticamente eletti firseranno norme giuridiche di regolazione del potere. In particolare, nel nostro ordinamento, un vero controllo giurisdizionale si consoliderà molto più tardi, superando la giurisdizione domestica.

Cognetti osserva che la forza o la debolezza della giurisdizione si rinvergono nella declinazione dell'eccesso di potere, che non può limitarsi all'individuazione di figure sintomatiche, ma necessita di un controllo di proporzionalità. Tale conclusione coincide con quanto Cognetti aveva già affermato nel volume del 2011, ma ora egli enuncia opportunamente i nuovi eventi che complicano l'accertamento dell'eccesso di potere: l'indeterminatezza del confine tra discrezionalità "pura" e "tecnica"; una sempre maggiore indeterminatezza delle norme quanto all'accertamento del fatto; la complessità normativa che, tutelando interessi pubblici contrastanti, configura il principio di legalità come meramente formale, senza indicare con chiarezza i fini delle scelte pubbliche.

A queste novità è chiamata a rispondere la giurisdizione che avrà ora bisogno di strumenti nuovi per l'accertamento del fatto e la ponderazione degli interessi. In questo senso operano l'ampliamento delle azioni ammissibili ed i maggiori poteri cognitori previsti dal Codice del processo amministrativo, nonché l'ampliamento della sfera applicativa del principio di proporzionalità, che trova nuova linfa nella nomofilachia del giudice amministrativo, chiamato a definire nuovi standard di regolazione della discrezionalità.

Queste brevi note sull'opera scientifica di Stefano Cognetti introducono gli approfondimenti tematici delle successive relazioni.

