

I principî del diritto amministrativo nella giurisprudenza^(*)

(*) Relazione svolta al convegno di studi sul tema “Prospettive della Giustizia amministrativa. Efficienza, qualità e nuove tecnologie”, organizzato dall’Università degli studi di Catania, il 5-6 ottobre 2023

I principî del diritto sono valori di fondo dell’ordinamento che condizionano a cascata non solo l’operatore del diritto, ma anche il legislatore, specie quando trattasi di principî costituzionali.

Si connotano come precetti generici, la cui realizzazione nel concreto avviene tramite disposizioni di rango inferiore o nella prassi applicativa: pertanto, destinatari privilegiati sono i produttori di norme e gli interpreti.

Nel lessico comune si parla, con equivalenza semantica, di principî “generali del diritto” o “dell’ordinamento giuridico”, di principî “fondamentali”, di principî “direttivi”, di principî “informativi” o “regolatori” e così via.

I principî del diritto assolvono fondamentalmente a quattro funzioni (Bobbio): interpretativa (ausiliano nell’interpretazione delle disposizioni che contengono regole), integrativa (integrano la normazione nei casi in cui, ai sensi dell’art. 12 delle preleggi del c.c., le liti non siano risolvibili con il ricorso all’analogia), direttiva (impongono certi significati come norme sovraordinate alle altre norme) e limitativa (escludono attribuzioni di significati a norme sotto-ordinate perché non espressive di principio).

E’ stato notato come, a ben vedere ed anche nell’ottica di un giuspositivismo temperato, tutte le predette funzioni ineriscono l’atto interpretativo e ne definiscono il carattere creativo (Montedoro).

Ciò si colloca nella scia dell’opinione tradizionale, secondo cui il reperimento dei principî generali rappresenta l’*in se* dell’opera di costruzione del diritto vivente, che è liberamente effettuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza (Crisafulli, Maggiore). Se la produzione delle norme spetta al legislatore, l’individuazione dei principî spetta all’interprete, perché attraverso lo *ius non scriptum* si attribuisce completezza all’ordinamento giuridico e pienezza di tutela ad interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nel testo normativo scritto (Sacco).

Non a caso, l’attività nomofilattica delle magistrature superiori si realizza proprio nell’enunciazione di “principî di diritto”: così, l’art. 374, comma 4, c.p.c., l’art. 99, comma 4, c.p.a., e l’art. 117 c.g.c., rispettivamente per quanto riguarda le Sezioni unite della Corte di Cassazione, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti.

Altra tesi (Betti) riserva al legislatore l’identificazione quanto meno dei c.d. principî programmatici, ossia di quelli che contengono regole di azione vincolanti.

I principî di matrice giurisprudenziale possono, a loro volta, distinguersi in: principî dettati dalla Corte costituzionale, aventi funzione ordinante; principî dettati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, aventi funzione armonizzante; principî dettati dalle magistrature superiori, aventi funzione nomofilattica (Alpa).

I principî della Corte costituzionale, siccome espressivi della carta fondamentale e dunque fondativi dell'intero ordinamento, costituiscono un parametro imperativo per il legislatore e per il giudice, che ad essi si devono necessariamente uniformare (Calvano).

E lo stesso dicasi per i principî della Corte di giustizia, i quali servono a garantire che il diritto pattizio europeo venga interpretato ed applicato uniformemente in ogni paese membro; poiché dette decisioni sono equiparate a fonti del diritto unionale, ciò vale anche per i principî che esse recano (Mengozzi).

A noi interessa, invece, l'azione nomofilattica delle magistrature superiori, che assicura la conformità delle decisioni impugnate alle norme ed ai principî generali dell'ordinamento da esse stesse esplicitati (Taruffo). In tal modo, il controllo sui principî, pur non formando un precedente vincolante, acquista di fatto una forza espansiva sull'operato degli altri giudici.

Nell'individuare i principî del diritto amministrativo, il giudice amministrativo vanta una tradizione molto più profonda e radicata rispetto agli altri giudici.

Questo per due ordini di ragioni: una sostanziale ed una processuale.

Quella sostanziale riguarda il fatto che la discrezionalità amministrativa trova intrinseca disciplina non soltanto in norme specifiche, ma anche in principî generali, primi tra tutti l'imparzialità e la buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (Giannini).

Sotto l'aspetto processuale, va poi notato che, a partire dall'istituzione della IV^a Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato sull'eccesso di potere, quale vizio tipico del provvedimento, ha "legittimato" il giudice a ricercare tutta una serie di figure sintomatiche, fondate sull'applicazione di norme non scritte o di principî generali.

Si è quindi sviluppata una giurisprudenza diffusa, di primo grado e di appello, volta ad accertare se vi sia stato un "cattivo uso" della discrezionalità amministrativa, configurabile, insieme, come forma di controllo dell'attività di diritto pubblico e come strumento di tutela degli interessi coinvolti.

Volendo sintetizzare, mentre la violazione della legge si traduce nella trasgressione di una norma puntuale di condotta, l'eccesso di potere si traduce nella trasgressione di un precetto generico che, sul piano giudiziario, si dimostra col ricorso alle figure sintomatiche del vizio stesso.

Dette figure, lungi dall'essere tassative, costituiscono un catalogo aperto, la cui implementazione è demandata al libero apprezzamento del giudice, che le individua seguendo l'evoluzione dell'ordinamento giuridico e della società (Cardi-Cognetti).

Così facendo, la giurisprudenza ha finito per plasmare sempre nuovi principî, dando uno sviluppo ermeneutico coerente ed organico alle innumerevoli clausole

generali presenti nel sistema (Romano Tassone), dalle quali poter ricavare “i principî che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 3 del 1961).

Tanto è avvenuto, inizialmente, con l’individuazione delle figure sintomatiche, tra cui spiccano il travisamento dei fatti, la contraddittorietà del provvedimento o tra provvedimenti, la disparità di trattamento, il difetto di istruttoria, l’illogicità, l’insufficienza o la perplessità motivazionale, l’irragionevolezza, l’ingiustizia manifesta, il contrasto immotivato con una direttiva o con la prassi.

Tali figure sono divenute altrettanti indici di illegittimità dell’atto oggetto di sindacato, in applicazione dei canoni generali di buon andamento e di effettività della tutela giurisdizionale, secondo cui non è concepibile un potere discrezionale illimitato, di modo che, se il diritto positivo tace, i limiti sono stabiliti dall’interprete (Angeletti).

In una seconda fase poi, con un processo ascensionale, si è risaliti dai vizi ai principî. Il giudice amministrativo si è affrancato dalla mediazione delle figure sintomatiche ed ha preso in esame direttamente la conformità del provvedimento censurato al principio di diritto.

Si può ben dire che, partendo dall’enucleazione delle figure sintomatiche dell’eccesso di potere, il giudice amministrativo ha contribuito in modo determinante a definire i principî del diritto amministrativo che, da una enucleazione teorica di matrice dottrinale si sono tradotti in definizioni cogenti di matrice giurisprudenziale, fissando così uno dei caratteri di fondo del sistema nazionale di diritto amministrativo, in seguito non più modificato (Contessa).

In quest’azione ricostruttiva, anche i diritti fondamentali sono assurti al rango di principî generali, sotto forma di valori della persona che limitano e conformano l’azione pubblica.

Si sono quindi affermati i convincimenti, da un lato, della primazia dei diritti rispetto al potere (Silvestri) e, dall’altro, della circolazione dei principî, dall’apparato concettuale e dalle tecniche di ragionamento del giudice interno a quello del giudice dell’Unione europea (Alpa): si pensi al recepimento, avvenuto anzitutto per via giurisdizionale, dei principî europei di proporzionalità, contraddittorio, sussidiarietà, precauzione e non discriminazione.

Dunque, alla fine di questo percorso, l’interpretazione sistematica delle norme ha materializzato i principî, quali «valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme”» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 13 del 2013).

Tra i principî del diritto amministrativo, i più noti sono certamente quelli di legalità, imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità,

partecipazione, motivazione del provvedimento, pubblicità dei documenti amministrativi, non aggravamento del procedimento, economicità, efficienza ed efficacia del provvedimento, risultato dell'azione amministrativa, buona fede e correttezza, libera concorrenza, trasparenza.

L'impostazione "creativa" o "creazionista" della funzione giudiziaria nasce ovviamente molto prima che la giurisprudenza amministrativa ne abbia fatto uso.

Essa affonda le radici nella teoria secondo cui legislazione e giurisdizione si distinguono solo per la quantità e non per la qualità del potere esercitato, posto che la scelta che il giudice fa, tra le plurime interpretazioni tutte equivalenti tra loro, costituisce un vero e proprio atto «di politica del diritto» (Kelsen).

In tal modo, il "diritto giudiziario" rappresenta una fonte di produzione normativa alternativa e di fatto sovordinata a quella ordinaria (Galgano F.) ed il giudice è legittimato ad incarnare questo ruolo, in quanto «organo della coscienza sociale, grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto» (Grossi).

Quest'impianto, tuttavia, non è andato esente da critiche.

Sul piano epistemologico, si è sottolineato come l'eccessivo potere interpretativo del giudice conduca ad un basso livello di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti (Alexander-Kress), dando luogo alla proliferazione delle interpretazioni della legge, tutte legittimamente plausibili, che favorisce la crisi di certezza del diritto moderno (Zaccaria G.).

Sul piano sostanziale, si è affermato come l'abuso dei principî da parte dell'interprete, in particolare del giudice, e comunque l'uso poco sorvegliato degli stessi, leda l'ambito dell'autonomia dei privati e del potere pubblico, apportando limiti che il legislatore non ha previsto e che neppure il testo costituzionale consente di introdurre (Cataudella).

Più radicalmente, si è denunciata la «crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell'equilibrio dei rapporti tra i poteri» (Ferrajoli), stigmatizzandosi che «il diritto vivente, prodotto dalla giurisprudenza, sembra aver espropriato quello vigente, prodotto dal legislatore» (Saitta F.).

Ancora, si è notato come l'equiordinazione ai fini penali della violazione dei precetti non scritti rispetto alla violazione della legge stia all'origine della «sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva")». I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")» (C. cost., sent. n. 8 del 2022, sul reato di abuso d'ufficio).

Pertanto, è stata sostenuta l'utilità di una legislazione per principî, allo scopo di limitare il rischio derivante dalla figura del giudice-legislatore (Mengoni), che si pone

al di sopra delle regole, attingendo sostanze normative dal dialogo diretto con la società e la propria legittimazione a decidere direttamente dal popolo (Portaluri).

Il tutto nella consapevolezza che tale tecnica va utilizzata con prudenza, onde scongiurare il rischio opposto, cioè l'indebita ingerenza del legislatore nelle funzioni proprie della magistratura (Rescigno P.).

Ciò nondimeno, ed in conclusione, appare evidente a chi scrive come, nel campo del diritto amministrativo, una legislazione per principi non possa realizzare l'aspirazione a raggiungere improbabili certezze sul piano applicativo.

E questo per almeno un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché la predeterminazione completa dei principi di un settore è un'opera pressoché impossibile, in quanto la configurazione di essi segue la natura polimorfa e cangiante delle modalità attraverso cui l'attività dei soggetti pubblici si esplica nel concreto.

Si pensi che l'iniziale testo dell'art. 1 della legge n. 240 del 1990 enucleava tre soli principi generali dell'azione amministrativa, mentre oggi, con le novelle del 2005, 2009 e 2012, siamo arrivati ad otto. E lo stesso dicasi per i contratti pubblici, il cui nuovo codice enumera ben undici principi nei suoi primi articoli.

In secondo luogo, perché, anche una volta messo per iscritto, il principio resta pur sempre ed in gran parte un precetto indeterminato, cosicché lo spazio dell'esegesi rimane intatto ed ineliminabile (Marzuoli) ed anzi alla positivizzazione segue, in realtà, la dilatazione dei confini dell'interprete (Sala).

In terzo ed ultimo luogo, perché la legificazione di un principio non fondamentale (privo, cioè, di copertura costituzionale od unionale) ne svilisce il valore, facendo venire meno quella primazia rispetto alle norme ordinarie di legge, che prima era in qualche modo "garantita" dalla ripetuta applicazione giudiziaria.

Nel diritto amministrativo, questa dequotazione si intuisce plasticamente dalla lettura dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, dove i medesimi precetti sono indifferentemente qualificati al titolo ed ai commi 1-ter e 2-bis come "principi generali" ed al comma 1 come semplici "criteri" dell'azione amministrativa (Figorilli-Fantini).

D'altronde, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi del c.c., il principio fattosi legge può essere implicitamente abrogato da una fonte successiva di pari grado, anche non qualificata come principio.

Insomma, la legificazione di un principio, pur se effettuata allo scopo di indicarne la superiorità assiologica, finisce per operare esclusivamente sul piano dell'orientamento ermeneutico, di modo che il principio stesso sarà vincolante per l'interprete nei soli casi di incertezza sulla portata derogatoria della norma incompatibile successiva.

Come infatti affermato dalla Suprema Corte per quanto attiene ai principi dello Statuto del contribuente, a dover essere risolto dall'interprete nel senso più conforme ai principi statuari, è «il dubbio interpretativo o applicativo sul significato e sulla

portata di qualsiasi disposizione tributaria, che attenga ad ambiti materiali disciplinati dalla legge n. 212 del 2000» (Cass. civ., n. 19377 del 2011).

Nicola Durante

Pres. Sez. T.A.R. Salerno

Pubblicato il 7 ottobre 2023