

# SVILUPPI RECENTI DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO

*Umberto Fantigrossi*

## **Origine del principio e sua prima formulazione in termini generali.**

Sono diffuse le affermazioni che il principio di proporzionalità, nel diritto pubblico, sia un concetto di derivazione giurisprudenziale e che nasca nel diritto tedesco<sup>1</sup>.

Viene richiamato in proposito il caso *Kreuzberg* del 1882, nell'ambito del quale una Corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare, nel quale si vendeva alcool, privo di licenza, senza che l'autorità avesse valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minor gravità.

Già in questa prima formulazione si coglie il nucleo centrale del principio, in base al quale la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio dei compiti attribuitigli dalla legge, è tenuta ad adottare la soluzione idonea e necessaria, comportante il minor sacrificio possibile per le posizioni dei privati coinvolti.

La giurisprudenza amministrativa italiana di oltre un secolo successiva sviluppa lo stesso concetto affermando che il provvedimento deve essere *idoneo*, vale a dire adeguato all'obiettivo da perseguire, e *necessario*, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile<sup>2</sup>.

In realtà va fatto rilevare che già la dottrina italiana a cavallo tra l'ottocento ed i primi decenni del novecento aveva posto il principio in questione tra le *basi direttrici*<sup>3</sup> del diritto amministrativo, come regolatore delle ipotesi in cui la norma positiva e la sua corretta interpretazione non fossero sufficienti ad identificare una regola di condotta ove si tratti di imporre, nel pubblico interesse, un sacrificio agli interessi del privato. In questi casi, secondo il primo teorico italiano della materia, Gian Domenico Romagnosi, "*la regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*"<sup>4</sup>.

Oltre un secolo dopo scriveva Cino Vitta che: “...in diritto privato suol prevalere presso di noi l’opinione che esclude l’applicazione dell’equità; di fronte a facoltà riconosciute dalla legge all’individuo non si ritiene che possa imporsi limite per via di equità...”, ...”ben diversa è la soluzione nel diritto pubblico”. ”In questo è pienamente riconosciuto che la a.p. può usare delle proprie facoltà soltanto nell’interesse pubblico e col minimo sacrificio dei singoli, onde tutto ciò che compia senza necessità per essa e con danno dei terzi, merita censura”<sup>5</sup>.

Un altro amministrativista italiano del secolo scorso, Renato Alessi, richiamava la necessità di una garanzia la quale “valga a tutelare indirettamente gli interessi degli individui privati contro un’azione amministrativa per essi gravosa oltre quanto sarebbe strettamente richiesto dall’interesse pubblico...”<sup>6</sup>.

Questa originaria intuizione – che peraltro non appare giusto ridurre ad enunciato meramente “inconsapevole”<sup>7</sup> - è stata poi a lungo quiescente, fino a quando, a partire dagli anni settanta, il principio trova affermazione e sviluppo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee e parallelamente inizia un percorso di influenza e reciproco avvicinamento tra il diritto comunitario e gli ordinamenti nazionali.

Tale sviluppo sarà peraltro qui di seguito illustrato con riferimento al solo campo del diritto amministrativo, non senza ricordare che il principio di proporzionalità trova applicazione in molti altri ambiti disciplinari, primo fra tutti quello del diritto costituzionale<sup>8</sup>.

## **L’applicazione del principio in ambito comunitario e la sua legificazione nel diritto italiano.**

Il principio di proporzionalità in ambito comunitario postula che le Autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, né con atti normativi, né con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l’Autorità medesima è tenuta a perseguire.

La giurisprudenza dei giudici comunitari l’ha, infatti, considerato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale<sup>9</sup>: ne deriva, quindi, una sua sovraordinazione rispetto alle norme di diritto comunitario di rango primario.

Sono, pertanto, concretamente soggette all’osservanza del principio di proporzionalità:

- a) le misure di carattere normativo e di natura amministrativa adottate da organi comunitari, in particolare dalla Commissione<sup>10</sup>;
- b) le misure normative o amministrative adottate dagli Stati membri in esecuzione degli obblighi comunitari<sup>11</sup>;

c) le disposizioni che disciplinano eventuali ipotesi di deroga a favore degli Stati membri, in relazione a libertà fondamentali previste dal Trattato<sup>12</sup>.

Nello specifico settore della concorrenza, la Corte di Giustizia ha utilizzato il principio di proporzionalità per sindacare la possibile deroga a favore delle imprese pubbliche rispetto alle regole del libero mercato, ex art. 86 del Trattato. Per la Corte di Giustizia CE la deroga è legittima solo qualora “*quel comportamento, nella sua specifica manifestazione in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l’unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell’ente*”<sup>13</sup>.

Va ricordato poi il fondamentale passaggio rappresentato dal Trattato stesso che ha codificato il principio in esame all’art. 5, comma 3, ove si stabilisce che “*l’azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato*”.

Poiché oggi i principi dell’ordinamento comunitario sono stati espressamente inseriti dal legislatore nazionale tra i principi generali dell’attività amministrativa (dall’art.1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 come modificata dalla legge n. 15 del 2005), non v’è dubbio che si siano poste le basi per un penetrante sindacato da parte dei giudici amministrativi, sotto il profilo della stretta legalità, sul rispetto del canone della proporzionalità nell’agire delle pubbliche amministrazioni.

## **Utilizzo del principio nella recente giurisprudenza.**

Oggi quindi, in ragione delle più recenti riforme amministrative cui si è fatto cenno, ricade sul giudice nazionale – sia amministrativo che ordinario – il compito di valutare la conformità dell’azione amministrativa al canone della proporzionalità.

L’impatto del principio di proporzionalità comunitario è, a ben guardare, ben più ampio al punto che, a livello degli ordinamenti nazionali riveste ormai - a partire dalla fine degli anni ’90 - il rango di “*principio generale*” anche con riguardo alle materie non strettamente di rilevanza comunitaria (c.d. *spill over effect*)<sup>14</sup>.

Il che rappresenta una conseguenza inevitabile dell’applicazione del principio di eguaglianza, che osta all’applicazione di parametri diversi a situazioni analoghe<sup>15</sup> (ad es. materie afferenti a settori analoghi d’intervento, l’uno di competenza comunitaria l’altro di competenza nazionale). E questa sarebbe la situazione nel caso in cui l’unica differenza fra due fattispecie fosse che, nell’un caso, si tratti di un provvedimento nazionale che pone in esecuzione obblighi comunitari, mentre nell’altro caso di un provvedimento di diritto puramente interno.

Una prima applicazione del principio è stata svolta dal Consiglio di Stato nel noto caso *Sea-Aeroporti di Milano*<sup>16</sup> che ha comportato l'esperimento, sulla base della c.d. teoria dei tre gradini (*idoneità, necessità e adeguatezza*), di una verifica circa la misura del limite della partecipazione pubblica al capitale di una società derivata da un'operazione di privatizzazione, rispetto al conseguimento degli scopi della privatizzazione stessa.

Pur avendo affermato che la determinazione di detto limite non può che sfuggire ad un controllo giurisdizionale trattandosi, nel merito, di una scelta di politica economica, la sentenza non si sottrae alla verifica di proporzionalità, giungendo ad un riscontro di non insignificanza e di non irragionevolezza della misura della quota complessivamente pari al 5% del capitale, in rapporto all'azionariato diffuso costituito dalla quota del 41% già collocata sul mercato e alla partecipazione alle trattative di altre imprese pubbliche nel rispetto del limite.

Va ricordato che in base alla tecnica dei tre gradini, l'*idoneità* implica la valutazione del rapporto tra il mezzo impiegato ed il fine che si intende perseguire, la *necessarietà* comporta l'obbligo di scelta della soluzione implicante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi confliggenti, l'*adeguatezza* si pone come vincolo quantitativo relativo alla soluzione adottata e si erge a misuratore del grado di soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela.

Con riguardo all'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, alcune altre ipotesi di utilizzo del principio di proporzionalità riguardano casi di limitazione al diritto di proprietà<sup>17</sup> e di irrogazione di sanzioni<sup>18</sup>.

Ma le pronunce più significative che applicano il nostro principio si rinvengono in materia ambientale e di tutela della concorrenza.

Così, nel primo dei due settori, il Consiglio di Stato<sup>19</sup> richiamando l'affermazione che il canone della proporzionalità "*è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti*", ha dichiarato illegittima la prescrizione in sede di autorizzazione ambientale relativa al monitoraggio dei reflui di uno stabilimento industriale effettuato attraverso controlli giornalieri, considerati eccessivamente gravosi rispetto al sistema dei controlli già previsti ed in atto e quindi "sproporzionati".

Nel settore ambientale un altro caso interessante ha riguardato l'annullamento del provvedimento con cui si imponeva, da parte del Ministero dell'Ambiente, la bonifica di un sito industriale inquinato, con rimozione totale dei rifiuti, senza una preventiva valutazione della sostenibilità economica dell'intervento e quindi della sua "proporzionalità" rispetto al bilancio dell'impresa<sup>20</sup>.

In particolare in questa stessa decisione, con specifico riferimento all'imposizione di una misura di messa in sicurezza d'emergenza, il ricorso ha censurato il fatto che nel verbale della C. di Servizi non vi fosse traccia, nemmeno embrionale, di una motivazione per imporre una misura emergenziale e che quindi tale misura risultasse in sostanza eccedente quanto effettivamente necessario rispetto alle risultanze del caso.

Il TAR milanese ha sottolineato in questa occasione come *“la scelta della migliore tra le possibili tipologie di intervento (...) applicabile in un determinato caso di inquinamento di un sito comporta il bilanciamento di vari interessi in presenza di numerose variabili, sia di ordine generale sia sito specifiche”*. In definitiva, quindi, il comportamento delle Amministrazioni coinvolte - che hanno imposto la soluzione più costosa, senza alcuna valutazione dell'impatto sui conti dell'impresa - è stato censurato sotto vari profili proprio con riferimento all'applicazione del principio di proporzionalità.

Come confermato in analoghe vertenze, il canone di proporzionalità *“deve trovare applicazione, pur con le necessarie cautele del caso, anche in situazioni di emergenza ambientale”*<sup>21</sup>, senza che la sola presenza di circostanze eccezionali giustifichi qualsiasi sacrificio imposto al privato.

Del resto ad un modello di decisione che prevede il bilanciamento prudente e proporzionato degli interessi in gioco rinvia lo stesso legislatore ambientale: infatti anche l'art. 242, comma 8, del nuovo T.U. ambientale<sup>22</sup> conferma la necessità di individuare le *“migliori tecniche di intervento a costi sopportabili”* e ciò comporta appunto che nell'individuazione della misura dell'intervento a tutela dell'ambiente non si possa pervenire senza tener conto dei costi complessivi delle operazioni di bonifica e ciò a maggior ragione quando questi ricadano su un'impresa in attività.

Un'impostazione di questo tipo ha trovato conferma in alcune altre decisioni in cui si è affermato che le caratteristiche di idoneità e necessità dell'azione amministrativa vanno sempre apprezzate quando si debbano contemperare l'esigenza di interventi di bonifica con la necessità di continuità dell'attività aziendale, in base al principio delle c.d. B.A.A.T. (*best available technologies*) che impone alla P.A. di scegliere la miglior tecnologia disponibile a costi sopportabili.

Ancora in materia ambientale, vengono ponderate le prescrizioni rivolte al privato dalla P.A. qualora possano rivelarsi eccessivamente onerose ed afflittive<sup>23</sup>: in base a ciò è stata ravvisata la violazione del principio di proporzionalità in un provvedimento della P.A. considerando le prescrizioni ivi contenute sia in relazione all'impianto di smaltimento sia con riguardo alla tipologia e quantità delle sostanze che possono essere trattate.

Altro settore in cui la giurisprudenza ha fatto ampio uso del nostro principio è quello della concorrenza. In tale ambito il Consiglio di Stato ha ribadito che il principio di proporzionalità è un principio generale del diritto comunitario, di cui le Istituzioni degli Stati membri devono tener conto nell'esercizio del loro potere discrezionale; che esso è applicabile non soltanto agli atti normativi ma anche a quelli amministrativi: in definitiva anche i provvedimenti incidenti sulla libertà di concorrenza dei cittadini devono essere idonei ed essenziali<sup>24</sup>.

Poiché quando le condotte anticoncorrenziali sono poste in essere da un soggetto pubblico che possa qualificarsi impresa in senso comunitario - ed in relazione ad esse vengono contestate violazioni alla normativa nazionale antitrust - il giudice competente in unico grado è la Corte d'appello<sup>25</sup>, è di interesse ai nostri fini richiamare anche la vicenda del complesso ed articolato contenzioso sviluppatosi in questo particolare ambito di giurisdizione, a partire dal 2005, in materia di riutilizzo a fini commerciali delle informazioni detenute dall'Agenzia del Territorio presso le conservatorie dei registri immobiliari<sup>26</sup>.

Nel corso di tale contenzioso particolarmente significative sono state le Ordinanze cautelari della Corte d'Appello di Milano<sup>27</sup> e di Torino<sup>28</sup> che hanno dichiarato l'incompatibilità comunitaria della nuova disciplina del riutilizzo introdotta dalla legge finanziaria del 2005 ed ordinato all'Agenzia del Territorio di astenersi dall'applicare il nuovo regime di convenzione<sup>29</sup> e una tassa di riutilizzo dei dati contrastante la normativa comunitaria di riferimento (2003/98/CEE) ed in grado di influenzare negativamente il mercato "a valle" del servizio pubblico.

Tali censure sono state ribadite dalla Corte milanese anche in sede di merito con una recente sentenza<sup>30</sup> che ha esplicitamente richiamato il mancato rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'Ente pubblico: *"una disciplina normativa della portata innovativa descritta in atti avrebbe l'effetto di introdurre limiti e barriere all'ingresso del mercato informativo, sviando a favore della P.A., che offre sul mercato analoghi servizi, parte rilevante della clientela, a cui la Società ricorrente si rivolge in conformità delle disposizioni statutarie". "In questo quadro, anche la conseguente fissazione delle tariffe di entità sproporzionata ed irragionevole costituirebbe una vera e propria barriera legale all'utilizzazione dei dati dei registri pubblici". "In assenza dei presupposti giustificativi della natura remunerativa dell'imposizione nel suo intero ammontare, i nuovi diritti, per la loro entità, potrebbero avere l'attitudine a produrre un effetto discorsivo della concorrenza". (...) Quindi "il comportamento della P.A., anche se formalmente vincolato, secondo regole di subordinazione gerarchica, può essere lesivo dell'interesse pubblico tutelato dalla legge nazionale antitrust e dalle norme comunitarie del Trattato CE"*.

La circostanza poi che l’Agenzia del Territorio sia un Ente pubblico non comporta, sempre secondo questa decisione, la sottrazione della medesima dalle regole della concorrenza: ...“*in tema di concorrenza le disposizioni contenute negli artt. da 1 a 7 della L. 287/1990, si applicano sia alle imprese private sia alle imprese pubbliche, ai sensi dell’art. 8 della legge 287 citata. L’esclusione dell’applicazione delle norme contenute nella stessa legge – e, quindi, anche dell’art. 3 sull’abuso di posizione dominante – per le imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, sussiste solo per quanto strettamente connesso all’adempimento degli specifici compiti loro affidati (Cfr. Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2007 n. 11312)...”.*

Del resto proprio il comma 2 dell’art. 86 del Trattato Ce estende anche alle imprese pubbliche le regole del mercato concorrenziale, “*nei limiti in cui l’applicazione di tale norme non osti all’adempimento... della specifica missione loro affidata*” - il che è stato interpretato dalla Corte di Giustizia CE nel senso che la deroga in questione si basa sul riscontro che “*quel comportamento, nella sua specifica manifestazione in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l’unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell’ente*”<sup>31</sup>.

In conclusione, l’attività d’impresa è salvaguardata dai principi comunitari e costituzionali di libertà economica e di libera concorrenza che i soggetti pubblici non possono impedire o inutilmente<sup>32</sup> comprimere se non nei casi previsti dalla legge e comunque sempre nel rispetto del canone generale di proporzionalità.

## **Conclusioni (provvisorie) in attesa di ulteriori sviluppi.**

Circa un decennio fa la dottrina<sup>33</sup> aveva ipotizzato che il principio di proporzionalità, lungi dal rappresentare una mera componente riconducibile al più generale principio di ragionevolezza, fosse invece destinato a sostituire quest’ultimo, come parametro di sindacato sull’azione amministrativa, potendo rappresentare, con il suo ancoraggio al meccanismo puntuale dei tre gradini progressivi di esame, una valida alternativa all’impiego di una clausola ritenuta vaga e dai contenuti troppo incerti.

In questo modo si riteneva che il nuovo meccanismo di controllo avrebbe sostituito, in larga parte, il tradizionale sindacato sull’eccesso di potere.

In realtà l’esame che è stato qui condotto ha dimostrato che questa importante direttrice di crescita del nostro sistema di giustizia amministrativa muove ancora oggi i primi passi, in particolare per una connaturata prudenza del giudice amministrativo nel bilanciare

l'applicazione del principio di proporzionalità con l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione in molti settori<sup>34</sup> e ciò nonostante l'intervenuta legificazione del principio di cui si è detto.

La dimostrazione che c'è ancora scarsa dimestichezza in Italia con questo principio e con le sue potenzialità in ordine alla più ampia tutela giurisdizionale dei cittadini, a fronte delle decisioni autoritative delle pubbliche amministrazioni, lo fornisce il caso dell'impugnazione in sede di giurisdizione amministrativa dell'esito negativo delle prove concorsuali per l'accesso alla professione di avvocato.

Anche a fronte di bocciature "seriali" di compiti scritti apparentemente pienamente corretti<sup>35</sup> non si è avuta fino ad oggi la possibilità di invocare un controllo giurisdizionale adeguato, avendo il giudice amministrativo, nella maggioranza dei casi, ritenuto di non poter sindacare anche le bocciature apparentemente inspiegabili, dovendosi arrestare sulla soglia del voto negativo espresso con valore numerico e ritenendo che, superando tale soglia, si verrebbe ad invadere la sfera delle valutazioni considerate "*di merito*" e totalmente riservate all'Ente pubblico. In sostanza in questi casi il giudice amministrativo per lo più riconosce che "*l'obbligo di motivazione è assolto con la mera attribuzione del voto numerico*" senza che il giudice stesso si ritenga legittimato ad "*entrare nel merito*" della correzione e della circostanza che il voto appaia più meno giustificato o meglio "*proporzionato*" al contenuto dell'elaborato oggetto di valutazione<sup>36</sup>.

Solo in rare circostanze è risultato accolto, per vizio di motivazione, il ricorso presentato dal concorrente estromesso<sup>37</sup>.

Sul problema è intervenuta di recente una coraggiosa Ordinanza del TAR di Trento<sup>38</sup> che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità delle norme in materia di concorso d'avvocato, per contrasto con gli artt. 24, 1 e 2 comma, 111, 1 e 2 comma, 113, 1 comma e 117, 1 comma, della Costituzione, "*nella parte in cui non prevedono l'obbligo di giustificare e/o motivare il voto verbalizzato in termini alfanumerici in occasione delle operazioni di valutazione delle prove scritte*".

Per quanto qui interessa il Tribunale trentino ha osservato che: "*la materia dei giudizi nei concorsi e nelle prove di abilitazione, non pare, anzitutto rettamente ascrivibile all'area della discrezionalità amministrativa nel pregnante significato suo proprio, quale ponderata scelta alternativa del mezzo maggiormente soddisfattivo dell'interesse pubblico ma, avendo detti giudizi ad oggetto la sufficienza o l'insufficienza delle ridette prove scritte (...) essi coinvolgono concetti giuridici a contenuto indeterminato che, ancorchè riassunti nell'imprecisa ed ambigua formula della "discrezionalità tecnica" (...) ben sarebbero passibili di un riscontro di piena*



*cognizione, non potendo essere diversamente giustiziabile la pretesa dei candidati opposta a quella, peraltro totalmente immotivata, delle Commissioni esaminatrici”.*

In sostanza nell’ordinanza di rimessione alla Corte si censura che non richiedendo altra motivazione che quella “insindacabile” del voto alfanumerico si lederebbe il principio di effettività della tutela giurisdizionale, impedendosi altresì la trasparenza dell’operato delle commissioni e la verifica del rispetto, da parte di queste ultime, dei criteri di valutazione indicati dalla legge.

C’è da chiedersi, peraltro, se ad un diverso - e più immediato - esito si sarebbe potuti pervenire in questo giudizio, se il ricorrente avesse prospettato al giudice amministrativo la questione sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità, per il tramite del vizio di violazione di legge (art.1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 come modificata dalla legge n. 15 del 2005), a fronte della palese mancanza di *proporzionalità* di una votazione negativa rispetto ad elaborati dal contenuto *prima face* corretto<sup>39</sup>.

Si è persa quindi, ad avviso di chi scrive, un’ottima occasione per utilizzare il nostro principio come la modalità più avanzata di valutazione della discrezionalità amministrativa, come sarebbe stato certamente possibile, anche in un caso come quello da ultimo esaminato, senza per questo travalicare, per le ragioni dette, il confine del “merito”.

Si deve quindi confidare che in futuro un più diffusa conoscenza delle potenzialità di questo strumento conduca a quei risultati di più ampia giustiziabilità dell’azione amministrativa che senz’altro corrispondono allo spirito del tempo.

## Note

- <sup>1</sup> In questi termini v. Galetta, D.U., *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, 11 ss.; Sandulli, A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di Cassese, S., Milano, Giuffrè, 2006, Vol. V, 4643 ss.
- <sup>2</sup> Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n. 5/2007, 1093 e ss.
- <sup>3</sup> L'espressione è usata da Romagnosi, G.D., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, ristampa ISAP per il XXV della fondazione, Milano, 1985.
- <sup>4</sup> Romagnosi, G.D., op.cit., p. 16. L'autore prosegue affermando che: "Senza di questa regola limitatrice e regolatrice non si trova più punto d'appoggio, né confine onde arrestare l'arbitrario e fissare qualche regola alla pubblica amministrazione: nella stessa guisa, che rotto il principio dell'equità, ossia dell'eguaglianza dei diritti civili, nei quali in sostanza consiste la giustizia, convien cadere nell'estremo opposto del diritto del più forte, che è un assurdo in termini, vale a dire nel solo esercizio arbitrario della forza". Un'impostazione non dissimile la si ritrova nell'affermazione del concetto di autolimitazione dello Stato sviluppato dal V.E. Orlando nel suo "Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo italiano", Vol. I, Lodi, 1897, p. 159 ss., là dove si afferma che: "non c'è diritto senza limite" e che lo Stato "deve far sentire il suo intervento solo in quei rapporti in cui esso è necessario o almeno più utile, lasciando nel resto che i suoi sudditi si determinino ed agiscano seguendo gli impulsi della propria volontà."
- <sup>5</sup> Vitta. C., *Diritto amministrativo*, Utet, Torino, 1937, p.78.
- <sup>6</sup> Alessi. R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, II Ed. , Milano, Giuffrè, 1958, p. 181.
- <sup>7</sup> Come invece afferma Sandulli, A., op. cit., p. 4644.
- <sup>8</sup> Ad esempio di esso ha fatto uso la Corte Costituzionale al fine di valutare la legittimità dell'assunzione a livello statale di funzioni regionali in applicazione dell'art. 118, primo comma, cost.: Sentenza n. 303 del 2003.
- <sup>9</sup> Corte Giust., 26 novembre 1985, in causa 182/84, Miro, in *Raccolta*, 1985 3731 e ss., punto 14.
- <sup>10</sup> Corte Giust., 13 novembre 1990, Fedesa, C-331/88, in *Raccolta* p. I 4023 ss., punto 13 e 5 maggio 1998, Regno Unito c. Commissione, C – 180/96, in *Raccolta* p. I-2265 ss., punto 96.
- <sup>11</sup> Corte di Giustizia, 10 marzo 2005, Tempelman e.a.c. Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees, C -96/2003 e C- 97/2003; conclusioni dell'Avv. Tizzano nel caso ABNA Ltd e al. C. Secretary of State for Health e al., C 453/03, C-11/04 e C-12/04.
- <sup>12</sup> Osservazioni dell'Avv. generale Tesauro nella causa C-68/89, Commissione c. Paesi Bassi, in *Raccolta*, 1991, I-2637 ss.
- <sup>13</sup> Corte Giust., 30 aprile 1974 n. 155/73 in *Foro Ita*, 1974, Iv, 249; idem, 20 marzo 1985 n. 41/83, ivi, 1986, IV, 4; idem, 19 marzo 1991 n. 202/88.
- <sup>14</sup> Con riferimento a recenti fattispecie senza alcuna rilevanza comunitaria diretta in cui il giudice nazionale procede ad un esame della proporzionalità delle misure controverse cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, n. 6095/04 e 6096/04 (impugnazione di delibere dell'AEEG); Tar Puglia, Lecce, sez. II, n. 2216/04 (impugnazione del bando di gara per concessione di appalto di gestione di tributi comunali) e n. 7629/04 (impugnazione del bando di gara per concessione di appalto di lavori per manutenzione fognatura); Tar Sicilia, Palermo, n. 2590/04 (impugnazione di provvedimento di diniego di nulla osta paesaggistico per realizzazione di piscina); Tar Veneto, Venezia, sez. III, n. 850/05, n. 851/05 e n. 852/05 (impugnazione di ordinanze del Sindaco che limitano la circolazione stradale e degli atti che stabiliscono le modalità per ottenere la deroga) tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- <sup>15</sup> D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pag. 223 e ss.
- <sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 1885/2000, in *Riv.it.dir.pubb.com.*, 2000, p. 439 ss., con nota di Galetta, D.U., Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio

pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Sull'impiego della teoria dei tre gradini v. Tar Abruzzo, Pescara, n. 641/2004 e TAR Veneto, Sez. III, n. 1836/2003.

<sup>17</sup> Cons. St., sez. IV, n. 4381/04.

<sup>18</sup> Cons. St., sez. IV, n. 1195/05: ...“La proporzione in relazione all'entità della sanzione disciplinare è tipica valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, di per sé insindacabile dal giudice amministrativo, tranne nei casi in cui appaia manifestamente anomala o sproporzionata o particolarmente severa in quanto determinata nel massimo consentito...”

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. V, Sentenza 16 aprile 2006 n. 2087, con nota di Galetta, D.U., in *Giornale di dir. amm.*, n. 10/2006, 1106 e ss.;

<sup>20</sup> TAR Milano, Sez.II, Sent. n. 5289/2007.

<sup>21</sup> Tar Puglia, Lecce, Sent. 2247/2007.

<sup>22</sup> Approvato con il D.L.vo 3 aprile 2006 n. 152.

<sup>23</sup> Cons. St., sez. V., n. 2087/2006.

<sup>24</sup> Così Cons. St., sez. IV, sent. n. 2670/01; Cons. St., sez. IV, sent. n. 5714/02.

<sup>25</sup> Ex art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, che così dispone: “Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione di disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio”. Circa l'ampiezza di questa competenza si veda Corte di Cass., S.U. , 4 febbraio 2005 n. 2207.

<sup>26</sup> Su tale vicenda sia consentito rinviare a Fantigrossi, U., *I dati pubblici tra Stato e mercato, in Amministrare*, n. 1/2, gennaio-agosto 2005, 277 e ss.

<sup>27</sup> In *Giur. ita*, 2006, 541, con nota di Mezzetti, C.E.

<sup>28</sup> In *Foro ita*, 2005, I, 2515 e ss. La Corte d'appello di Torino si è poi parzialmente contraddetta in una successiva analogha vertenza: Ord. 15 marzo 2007, in *Fisco*, 2007, 3157 e ss. Su entrambe le ordinanze v. Camilli, E.L., *Il contributo de giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza del 2006*, in *Concorrenza e mercato*, n. 15/2007, Milano, 81 e ss.

<sup>29</sup> Censurato anche dal Giudice amministrativo (Tar Lazio, Sez. II, n. 4339/2006; Cons. Stato, Sez. IV, Ordinanza n. 4525/2005 e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Segnalazione AS/321 del 27 gennaio 2006).

<sup>30</sup> Corte d'appello di Milano, Sez. I civile, n. 222/2008, cons. estensore Baldo Marescotti.

<sup>31</sup> Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1974 n. 155/73 in *Foro Ita*, 1974, Iv, 249; idem, 20 marzo 1985 n. 41/83, ivi, 1986, IV, 4; idem, 19 marzo 1991 n. 202/88, e Corte d'appello di Roma, Ordinanza 9-12 dicembre 1993, in Tavassi M., Scuffi M., *Diritto processuale e antitrust*, Milano, 1998, pag. 529.

<sup>32</sup> Si veda in particolare la previsione dell'art.8 della Direttiva 2003/98/CE, in base alla quale: “Gli enti pubblici possono autorizzare il riutilizzo incondizionato di documenti o imporre condizioni, ove opportuno attraverso una licenza, che trattino le questioni pertinenti. Tali condizioni non limitano in maniera inutile le possibilità di riutilizzo dei documenti e non sono sfruttate per limitare la concorrenza.”

<sup>33</sup> Galetta, D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, op.cit., p. 253-254.

<sup>34</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 5714/02.

<sup>35</sup> Correttezza ricavabile sulla base di un riscontro di alcuni elementi obiettivi come il richiamo a dati normativi pertinenti e a decisioni giurisprudenziali in termini, oltrechè eventualmente dalla corrispondenza della soluzione data al tema proposto rispetto a quelle diffuse, successivamente alle prove, dalla pubblicistica specializzata.

<sup>36</sup> Cfr. TAR Milano, Sez. feriale, Ord. 1307/2007; conformi: Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. n. 543/2008 e 689/2008.

<sup>37</sup> Cfr. Tar Toscana n. 777/2006 con ammissione provvisoria del candidato alle prove orali; TAR Toscana n. 841 e 842/2006 con ricorso degli scritti ad opera di altra Commissione.

<sup>38</sup> TAR del Trentino-Alto Adige, Sede di Trento, n. 31/2008 del 5 maggio 2008.

<sup>39</sup> Nel senso già indicato nella precedente nota 34.