**Il principio di legalità (Cortona, 17 ottobre 2019)**

**di Filippo Patroni Griffi**

SOMMARIO: **1. Una prima accezione del principio di legalità nel diritto amministrativo; 2. La giustiziabilità del potere; 3. Il rapporto tra legge e amministrazione nel suo divenire; 4.Politica e amministrazione; 5. Rapporti tra amministrazione e giudice: il concetto di discrezionalità amministrativa; 6. La “discrezionalità” del giudice dell’amministrazione.**

**1.Una prima accezione del principio di legalità nel diritto amministrativo**

Il principio di legalità significa genericamente che non si può fare ciò che la legge vieta e che si deve fare ciò che la legge impone.

Detta così sembra banale. In realtà le cose diventano più complicate quando ad un soggetto sono riconosciuti dei poteri.

A grandi poteri corrispondono grandi responsabilità per dirla con Ben Parker, lo zio di [Peter Parker](https://it.wikipedia.org/wiki/Peter_Parker) (alias l'[Uomo Ragno](https://it.wikipedia.org/wiki/Uomo_Ragno)). Noi più modestamente potremmo aggiungere: a grandi poteri devono corrispondere obiettivi giusti e limiti perché di essi non abbia ad abusarsi.

Nel nostro Stato tutti i cittadini sono uguali dinanzi alla legge. I grandi poteri sono riconosciuti solo alla Pubblica amministrazione: essa può espropriare, può arrestare, oppure può concedere benefici, può dare autorizzazioni, etc.  Lo può fare solo per un obiettivo giusto, in quanto di pubblico interesse, e nel rispetto del principio di legalità. Ma che significa concretamente?

Per comprenderlo veramente occorre fare un confronto storico con una realtà in cui il principio di legalità non esisteva: lo stato assoluto.

Nello stato assoluto il sovrano impone le regole ma è *legibus solutus*; applica le regole ma è anche giudice di questa applicazione. Il sovrano sovrasta i sudditi, e le regole non solo altro che espressione della sua volontà.

Nello Stato di diritto, che viene instaurato dopo la Rivoluzione francese in molti Stati Nazionali nel corso dell’Ottocento, il sovrano ammette di avere poteri che possono essere limitati, in primo luogo dal Parlamento nazionale, che fa leggi a cui deve sottostare anche il potere esecutivo, allora incarnato dal sovrano e dall’amministrazione del regno.

Questa idea di sovranità, e con essa di potere pubblico che deve osservare le leggi, si rafforza nelle Costituzioni liberali e democratiche. Nella Costituzione della nostra Repubblica, per esempio, è il popolo ad essere sovrano. Il popolo, a mezzo dei suoi rappresentanti eletti, impone dunque le regole. Già questo impedisce che vi sia un soggetto che sovrasta gli altri e che esso possa essere *legibus solutus*.

La sovranità popolare tuttavia non basta per dare vita al principio di legalità. Basti pensare ai regimi dittatoriali sorti in nome del popolo all’indomani di una rivoluzione. Imporre regole in nome del popolo, anziché in nome proprio come facevano i monarchi, non cambia le cose. Montesquieu ci ha insegnato che perché le cose possano cambiare dev’essere evitato che un soggetto si attribuisca da solo i poteri oppure giudichi da solo le sue azioni. E’ necessaria la divisione dei poteri: chi giudica deve essere diverso e autonomo da chi applica le leggi; chi applica le leggi dev’essere separato da chi le leggi le fa.

E’ nello stato moderno, di concezione montesqueiana, che nasce il principio di legalità. Esso è figlio dell’esigenza di controllare l’esercizio del potere e di far sì che lo stesso non diventi uno strumento di dominio. Il popolo sovrano, a mezzo dei suoi rappresentanti in parlamento, fa le leggi, attribuisce i poteri ad un corpo di funzionari, gli indica gli obiettivi da perseguire grazie a quei poteri, i limiti da osservare perché quei poteri non diventino arbitrio.

Il collante di tutta questa sequenza è il principio di legalità.  Esso impone che, non solo i soggetti privati osservino la legge, ma che ogni qual volta un corpo di funzionari, la cd Pubblica amministrazione, esercita un grande potere sovrastando i soggetti privati, ciò avvenga perché la legge, ossia il frutto della sovranità popolare, lo ha previsto e anzi, spesso, lo impone.

La legge deve aver previsto il potere, non solo formalmente, ma anche nella sostanza, ossia deve aver previsto gli obiettivi pubblici, i presupposti e limiti.

Se così non fosse e se la pubblica amministrazione e i suoi funzionari potessero esercitare un potere oltre o al di fuori della legge, la sovranità popolare e la volontà espressa con la legge sarebbe tradita o comunque rischierebbe di essere tradita.

Il principio di legalità in uno stato repubblicano organizzato secondo il principio di divisione dei poteri necessità dunque che: 1. La legge preveda il potere attribuendolo ad un’amministrazione; 2. La legge preveda i casi le modalità e i limiti nei quali il potere può essere esercitato.

**2. La giustiziabilità del potere**

Col principio di divisione dei poteri, va affermandosi anche il principio secondo cui ogni potere pubblico amministrativo deve poter essere giudicato come legittimo o no da un giudice. In altre parole, negli Stati moderni non esistono aree “riservate” alla pubblica amministrazione, cioè non esistono aree dell’amministrazione sottratte alla verifica di legittimità di un giudice. A questo giudice può doversi rivolgere ogni cittadino che ritenga di aver subìto un danno per l’esercizio di un potere amministrativo. Questo danno però deve essere “ingiusto”, cioè deve essere conseguenza di un potere che sia stato esercitato illegittimamente.

Occorre comprendere che quando una pubblica amministrazione esercita un potere i cittadini non possono devono subirlo. Si chiama potere proprio perché l’amministrazione può usare strumenti in grado di vincere la resistenza del soggetto destinatario dell’azione, senza che quest’ultimo possa opporsi. Questo avviene perché l’amministrazione, quando agisce, lo fa nell’interesse pubblico, della collettività. E di fronte a questo interesse l’interesse individuale deve soccombere. Ma sempre? No. Solo nei casi e nei modi previsti dalla legge.

Chi è in grado di proteggere e tutelare il soggetto che subisce l’esercizio del potere? Il giudice amministrativo.

La prima cosa che fa il giudice quando giudica della legittimità dell’esercizio del potere è quella di verificare il rispetto del principio di legalità. Esiste una legge che dà base e sostanza al potere? I limiti e le modalità previste dalla legge sono stati rispettati? Sono queste le domande che il giudice amministrativo si pone. Così facendo, in ultima analisi, il giudice presidia il rispetto della sovranità popolare. Lo fa in assoluta indipendenza, interpretando la legge e imponendone la corretta applicazione, e se ritiene che il principio di legalità sia stato violato, annulla l’atto con il quale l’amministrazione ha esercitato il potere, vale a dire lo priva di ogni efficacia come se non fosse mai esistito.

Proviamo ad approfondire il tema del principio di legalità, analizzato come esso, in concreto, si atteggia nei due rapporti: legge/pubblica amministrazione e amministrazione/giudici.

**3. Il rapporto tra legge e amministrazione nel suo divenire**

In origine i rapporti tra legge e amministrazione erano schematici: la legge stabiliva i diritti dei privati che non potevano essere toccati dall’amministrazione, salvo che in casi espressamente previsti. A tutto il resto, a tutto quello che occorreva per amministrare una collettività (salute, sicurezza, commercio etc) pensava autonomamente l’amministrazione. Essa era cioè titolare di un potere “discrezionale”, cioè di valutazione e scelta tra possibili modi di realizzare quell’interesse. Ed anzi il fondamento del potere discrezionale dell’amministrazione era visto proprio nell’assenza di una legge che in qualche modo la vincolasse.

Tornando all’esempio dei supereroi, nel passato era come se la pubblica amministrazione fosse un supereroe che esiste a prescindere dalla legge, che vive di vita propria. La legge interviene solo a ridimensionarlo laddove ci sono diritti da proteggere.

Questo meccanismo in concreto era assai poco garantistico per i privati perché favoriva, o comunque non era in grado di contrastare l’abuso del potere e con esso il rispetto del principio di sovranità popolare.

Si fa avanti allora un’idea, che poi resterà il connotato di fondo del principio di legalità. Si afferma che l’amministrazione può agire solo sul presupposto dell’attribuzione del potere da parte della legge (legalità formale);

Dunque in questo caso il supereroe e suoi poteri non vive più di vita propria, non esiste a prescindere, ma è creato dalla legge, e dalla legge incaricato di raggiungere determinati obiettivi pubblici.

Grande passo avanti verso un sistema più garantista, ma non basta.

Il rispetto della legalità formale a ben vedere è ancora una garanzia insufficiente per i cittadini: fissato l’interesse pubblico da raggiungere, e assegnato al nostro supereroe i poteri necessari a raggiungerlo, resta ancora il rischio che l’amministrazione eserciti i poteri con modalità e tempi tali da creare abusi, ingiustizie.

Si fa avanti così l’idea di una legalità sostanziale, che non si accontenta di una legge attributiva del potere, ma richiede che la medesima legge ponga a quel potere dei limiti contenutistici e fissi dei paletti alle modalità di suo esercizio: non basta più la semplice base legale, ma occorre che il potere trovi posto in una norma che sia “accessibile, precisa e prevedibile” (CEDU), che renda cioè il potere prevedibile.

Il principio di legalità è alla base della “tipizzazione” del potere. Tipizzare il potere serve a controllarlo: se io non so come la legge vuole che il potere sia esercitato non potrò mai dire se è esercitato bene o male, legittimamente o illegittimamente. La legge è il parametro per valutare la legittimità del potere.

La legge ovviamente non può disciplinare tutto nel dettaglio. Occorrerebbero milioni di norme, e comunque, poiché le leggi sono sempre generali e astratte, non si riuscirebbe a gestire i casi con l’approfondimento e le valutazioni che in concreto essi richiedono, con il rischio di violare il principio di uguaglianza.

Occorre tenere a mente che la nostra Costituzione impone di trattare in modo uguale casi uguali, ma anche di differenziare il trattamento quando i casi non sono uguali. Dunque è necessario lasciare un margine di apprezzamento all’amministrazione: è necessario cioè che il nostro supereroe non sia un robot, ma che abbia una testa pensante e la facoltà di discernere e scegliere.

Questo margine è definito in diritto come discrezionalità amministrativa.

Il principio di legalità dunque prevede che la legge stabilisca la base del potere (legalità formale), i presupposti e le modalità del suo esercizio (legalità sostanziale), in modo tuttavia da non privare l’amministrazione di quel margine di autonomia necessario a valutare e adottare in concreto, nel rispetto del principio di imparzialità, la scelta più giusta.

Ovviamente, questo margine di autonomia non può essere privo di regole ed esente da controlli. Dal 1990 esiste una legge generale sul procedimento che stabilisce le regole procedurali che l’amministrazione deve seguire quanto agisce, in piena trasparenza e con la partecipazione dei privati interessati. Si afferma così un ulteriore aspetto del principio di legalità: la legalità garanzia o legalità procedimentale.

**4. Politica e amministrazione**

Ricapitolando, il legislatore fa le leggi, l’apparato amministrativo “amministra”. Questo significa che, in teoria, la politica (le leggi sono espressione di autonomia politica) dovrebbe individuare le esigenze e i bisogni da soddisfare, individuare gli interessi pubblici primari, mediare tra interessi contrapposti, fissare i fini e gli obiettivi del potere pubblica e le modalità di esercizio fare cioè quelle scelte che noi comunemente definiamo “politiche”. E l’amministrazione dovrebbe attuare, mettere in pratica quelle scelte.

Le cose nella realtà non sono sempre così nettamente separate. Spesso si sente parlare del rapporto tra politici e tecnici, e addirittura in alcuni casi di vero e proprio governo tecnico.

Politica e amministrazione, politici e burocrazia hanno bisogno gli uni degli altri. Questo rapporto è fisiologico e positivo: i dirigenti forniscono al politico il “sapere tecnico” per elaborare leggi e indirizzi politico-amministrativi, lasciando il potere di scelta al politico; poi attuano le leggi e gli indirizzi amministrativi con lealtà, assicurando quella continuità che il politico non può assicurare perché soggetto a lasciare il posto alla tornata elettorale.

Questa la fisiologia.

Alcune volte il rapporto è però viziato, e siamo nella patologia: ciò avviene quando l’uno vuol fare il mestiere dell’altro; quando il politico vuole ingerirsi nell’amministrazione quotidiana per applicare la legge fatta da lui stesso in modo non conforme al diritto; o quando il dirigente pretende di influenzare le scelte della politica a monte e, se non gli riesce, ne blocca o ritarda l’applicazione a valle.

La soluzione non può essere legare politico e burocrate: non con un patto secondo cui ciascuna delle due parti si accorda con l’altra (per esempio, via libera al politico nell’amministrazione in cambio di favori di carriera); e nemmeno con lo spoils system, cioè con un sistema di nomina e revoca dei dirigenti basato su un rapporto di “fiducia” tra gli uni e gli altri.

E si passa così alla seconda questione problematica:

**5. Rapporti tra amministrazione e giudice: il concetto di discrezionalità amministrativa**

Da quanto detto fin qui emerge un’esigenza: la necessità di verificare che il potere amministrativo si svolga in conformità alla legge. E questo controllo è affidato al giudice.

Qui occorre fare una precisazione: non stiamo parlando del controllo affidato al giudice penale quando si sospetta che sia stato commesso un reato. E nemmeno di quello affidato al giudice contabile nelle ipotesi in cui un amministratore pubblico abbia causato un danno economico alla PA.

Stiamo parlando della tutela che viene assicurata al cittadino, a un’impresa, a un ente quando questi ritenga di aver subìto un danno a causa del cattivo, illegittimo esercizio di un potere pubblico. E questa tutela è affidata normalmente al giudice amministrativo.

Qui apriamo una piccola parentesi sul sistema di giustizia amministrativa nel nostro Paese. In astratto ci sono, grosso modo, due sistemi: un giudice unico (sia per i rapporti tra privati, sia per i rapporti tra privato e pa) o due giudici distinti.

In Italia, nel 1865, fu fatta la scelta del giudice unico. Poco dopo, nel 1889, si ritornò alla doppia giurisdizione

Il ritorno in Italia alla doppia giurisdizione fu dovuto a fatti più storici che teorici: esasperata attenzione alla divisione dei poteri che rendeva non funzionante la giurisdizione unica, la timidezza della magistratura ordinaria (appartenente alla classe agraria e piccolo borghese) nel sindacare il potere, il forte prestigio del CdS. Sicché il giudice che dava all’epoca minori garanzie di indipendenza, quello amministrativo, si rivelò nei fatti piuttosto spregiudicato nel verificare la conformità dell’azione amministrativa alla legge e addirittura nel creare degli interessi tutelabili davanti al giudice anche se la legge non ne prevedeva espressamente la tutela (per esempio, per coloro che partecipavano a un concorso pubblico, o per coloro che chiedevano un’autorizzazione di polizia per esercitare l’attività di commercio di alimenti e bevande).

Il controllo che oggi opera il giudice riguarda la conformità dell’esercizio del potere amministrativo alle leggi: Il giudice cioè verifica se le leggi che danno fondamento al potere, che ne disciplinano presupposti e modalità di esercizio sono state rispettate oppure violate. Questa verifica è relativamente semplice. “Relativamente” perché oggi le leggi sono innumerevoli, confuse e spesso imprecise. Qualche volta il giudice deve capire se un fatto che si verifica, se una lite tra un’amministrazione e un privato va risolta in base a una legge o un’altra legge.

C’è tuttavia un’altra verifica che il giudice deve fare. Questa un po’ più complessa e riguarda la discrezionalità amministrativa, ossia quei margini di autonomia che la legge lascia all’amministrazione.

In questo caso non ci sono regole scritte, e tuttavia rimane l’esigenza di verificare che l’amministrazione non abusi o non sbagli. Il giudice amministrativo in questo caso fa un controllo che potremmo definire di “ragionevolezza”. Non giunge cioè a dire, al posto dell’amministrazione, cosa occorre fare nel caso concreto, ma, per rispettare quei margini di autonomia che la legge gli ha lasciato, si limita a controllare se ciò che l’amministrazione ha deciso è ragionevole.

Per tornare all’esempio più volte fatto, il giudice non tratta l’amministrazione come un robot (capace di rispondere solo si/no) ma lo tratta comunque come un supereroe pensante e agente a fin di bene. Sicché quando l’amministrazione compie una scelta che, pur a fronte di altre scelte possibili, appare comunque ragionevole, il giudice rispetta il margine di autonomia dell’amministrazione. Diversamente, quando la scelta è irragionevole l’annulla.

In altri termini, il giudice si pone come il garante del rapporto tra legge e amministrazione e quindi come custode del principio di legalità applicato ai rapporti tra potere pubblico e privati.

**6. La “discrezionalità” del giudice dell’amministrazione**

Come si è appena visto, la discrezionalità della pa “chiama”, al momento della contestazione in giudizio della sua attività, la “discrezionalità” del giudice. Che è molto diversa dalla prima. Non si tratta di un potere di scelta su come attuare la legge, ma di un potere di verificare che l’attuazione della legge da parte della PA sia avvenuta correttamente.

Il giudice civile quando decide a chi dare ragione esamina il caso, lo riconduce a una “fattispecie” prevista dalla legge e quindi, nell’applicare quello che la legge dice, decide la causa. Applica un metodo sillogistico.

Il giudice amministrativo fa questo solo in alcuni casi, in cui i privati si lamentano della violazione di una norma.

Spesso, com’anzi visto, adopera una tecnica di giudizio detta per “clausole generali” (la ragionevolezza è una clausola generale, ed anzi la matrice di tutte le clausole generali), la quale ovviamente è molto legata all’opinione che il giudice si fa sulla correttezza dell’azione amministrativa e quindi rischia di aumentare l’imprevedibilità della decisione e la “incalcolabilità” delle situazioni giuridiche.

Ci sono rimedi a questa “fisiologica” incertezza del giudizio?

Una giurisprudenza per princìpi, se costante e affidata a una ristretta cerchia di giudici attenua questo pericolo e anzi può avere un vantaggio; fornire una guida alla PA su come agire in consimili casi futuri.

In questo è molto importante la funzione che svolgono le cd. Corti superiori, cioè, nel nostro ordinamento, la Corte di cassazione (per i giudizi civili e penali) e il Consiglio di Stato. Questi organismi si dicono superiori perché dicono l’ultima parola, che non può essere contestata, nell’interpretazione della legge e nella decisione delle cause. E’ importante che l’interpretazione delle norme, l’orientamento, le opinioni di queste Corti siano sufficientemente stabili nel tempo, perché altrimenti le amministrazioni, e gli stessi cittadini, non riescono più a regolarsi nei loro comportamenti, perché non capiscono più se un comportamento è illegittimo o legittimo.

E sono state emanate norme processuali per assicurare questa stabilità che rafforza la “prevedibilità” delle decisioni dei giudici.

C’è addirittura una tendenza negli ultimi tempi che vorrebbe introdurre, nelle amministrazioni come nelle decisioni dei giudici, degli elementi di assoluta certezza, grazie a delle formule matematiche, gli algoritmi.

Qualche volta queste formule sono già utilizzate nell’amministrazione (per esempio per stabilire una graduatoria degli insegnanti scolastici ai fini dei loro trasferimenti a domanda su scala nazionale; oppure, di algoritmi si servono le assicurazioni per stabilire i danni da risarcire). Ma in qualche Paese si sta facendo avanti l’idea di una “giustizia predittiva” o, più apertamente, di una giustizia “robotica”, che decida le cause sulla base di algoritmi elaborati sulla base di elementi inseriti dal giudice o addirittura da funzionari della giustizia (per esempio, come sono stati decisi precedenti casi simili, quali sono le norme che regolano la materia, ecc).

Se in qualche caso l’algoritmo può essere utile per snellire e rendere anche più imparziale l’azione dell’amministrazione (purché sia assicurato il controllo del giudice sulla formazione dell’algoritmo e sui dati inseriti), la giustizia affidata al robot mi sembra un qualcosa di inadeguato ad assicurare il controllo effettivo del potere, che può essere esercitato solo da un giudice che sappia guardare in concreto la vicenda amministrativa sottoposta al suo giudizio e interpretare la norma con riferimento specifico al caso concreto.

Occorre però che alla saggezza dei giudici si aggiunga:

Il miglioramento della qualità della legislazione, per esempio attraverso la sistemazione in codici, in modo che il rispetto del principio di legalità sia reso più evidente;

Il miglioramento della qualità, cioè della preparazione tecnica, di tutti gli attori (legislatore, amministratori e giudici). Occorre cioè studiare di più;

La capacità e responsabilità della politica di mediare e di risolvere a livello legislativo i conflitti sociali e disponibilità di politica e burocrazia di accettare il sindacato giurisdizionale;

Queste sono le “nuove frontiere” (ahimé mobili) dell’attuale e sempre mutevole rapporto tra legge amministrazione e giudice, con un’unica certezza che deve fare da guida: la legalità deve costituire l’obiettivo, anch’esso mobile in rapporto ai tempi, e il modo di essere della vita di una comunità.

La legalità infatti serve a porre le regole che sono alla base di una comunità. A questo servono il diritto e i giuristi. E le regole attengono alla “carne viva” di una comunità (Grossi). Se le regole vengono violate, la comunità allora, possiamo dire, ne esce “scarnificata”.