

IRENE ROMANO

Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli'  
[ireneromano1990@gmail.com](mailto:ireneromano1990@gmail.com)

**SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'APPLICAZIONE DEL  
PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ AI TEMPI DEL  
COVID-19: CONSIDERAZIONI A MARGINE DEI DECRETI  
CAUTELARI DEL TAR CAMPANIA AVENTI AD OGGETTO  
LA SOSPENSIONE DELLE ATTIVITÀ EDUCATIVE E  
DIDATTICHE IN PRESENZA AD OPERA  
DELL'ORDINANZA DEL PRESIDENTE DELLA GIUNTA  
REGIONALE N. 79/2020**

**POINTS FOR REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE  
PROPORTIONALITY PRINCIPLE DURING COVID-19: MARGINAL  
CONSIDERATIONS REGARDING THE PRECAUTIONARY DECREES  
OF THE CAMPANIA REGIONAL ADMINISTRATIVE COURT ON  
THE SUSPENSION OF EDUCATIONAL AND TEACHING ACTIVITIES  
IN PERSON THROUGH ORDINANCE NO. 79/2020 OF THE  
PRESIDENT OF THE CAMPANIA REGION**

SINTESI

I decreti presidenziali del TAR Campania-Napoli, sez. V, nn. 1921 e 1922 del 2020 inducono a sviluppare qualche breve considerazione al fine di mettere in luce l'utilizzo sovente ondivago del principio di proporzionalità da parte del giudice amministrativo e la possibilità, invece, mediante una corretta applicazione di esso, di esercitare, nel pieno rispetto dei confini definiti dal principio di separazione dei poteri, un utile sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

ABSTRACT

Presidential decrees no. 1921 and no. 1922, 2020 of Section V of the Campania-Naples Regional Administrative Court lead to some brief considerations highlighting the use of the proportionality principle by administrative courts and the possibility, through its correct application, of carrying out a useful review of the operations of administrative authorities in full compliance with the boundaries defined by the principle of separation of powers.

PAROLE CHIAVE: Proporzionalità, ragionevolezza, sindacato giurisdizionale, ordinanze d'urgenza, potere amministrativo.

KEYWORDS: Proportionality, reasonableness, judicial review, emergency ordinances, public power.

INDICE: 1. Premessa – 2. L'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania e il suo scrutinio in sede cautelare da parte del TAR – 3. Il principio

di proporzionalità allo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza – 4. Rilievi critici sull'iter argomentativo del TAR Campania relativamente all'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza

## **1. Premessa**

La pandemia da Covid-19 ed i conseguenti provvedimenti adottati per contrastarne la diffusione hanno stimolato accesi dibattiti su alcuni fra i più tradizionali paradigmi concettuali e le più consolidate categorie del diritto.

In particolare, i provvedimenti adottati nella fase emergenziale in atto hanno stimolato la riflessione della dottrina principalmente sul sistema delle fonti e della sua tenuta, per effetto dei provvedimenti a tutela della salute dei cittadini assunti dal Governo, dai Presidenti delle Regioni e dai Sindaci, sia sotto il profilo del riparto di attribuzioni fra Stato e autonomie territoriali, sia sotto quello del rispetto del principio di legalità, in presenza del larghissimo ricorso ad ordinanze di necessità ed urgenza.

Il caso della ordinanza della Regione Campania inerente alla sospensione delle attività educative e didattiche in presenza costituisce l'occasione per riflettere altresì sull'applicazione giurisprudenziale dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, di cui, invero, la dottrina si occupa da tempo.

Nelle brevi notazioni che seguono, dopo aver illustrato il contenuto dell'ordinanza regionale impugnata e le motivazioni rese dal giudice amministrativo in sede cautelare, si richiama brevemente lo stato dell'arte nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza relativamente al principio di proporzionalità, per rassegnare alcune brevi considerazioni conclusive in merito al percorso argomentativo seguito dal giudice amministrativo.

## **2. L'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania e il suo scrutinio in sede cautelare da parte del TAR**

Con l'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 – avente ad oggetto l'adozione di «*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» – il Presidente della Giunta regionale della Campania adotta diverse misure, ben più restrittive rispetto a quelle stabilite a livello nazionale<sup>1</sup>, ispirate dalla esigenza «*di contenere la diffusione del virus*». Fra queste, preso atto del «*lieve aumento*» dei «*focolai in cui la trasmissione potrebbe essere avvenuta in ambito intrascolastico*», accertato nel Report di monitoraggio elaborato dal Ministero della Salute<sup>2</sup>, viene

<sup>1</sup> Il riferimento è alle misure contenute nel d.p.c.m. del 13 ottobre 2020.

<sup>2</sup> Si tratta del Report definitivo di Monitoraggio Fase 2 – Report settimanale Report 21/Report completo. Dati relativi alla settimana 28 settembre – 4 ottobre 2020 (aggiornati al 6 ottobre 2020), elaborato dal Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità, Cabina di Regia, ai sensi del d.m. Salute 30 aprile 2020.

imposta la sospensione «*in tutte le scuole dell'infanzia [...] [del]l'attività didattica ed educativa, incompatibile con lo svolgimento da remoto» e «nelle scuole primarie e secondarie [...] [del]le attività didattiche ed educative in presenza»*, a decorrere dal 16 ottobre e fino al 30 ottobre 2020.

Limitatamente a tali prescrizioni, con due distinti ricorsi il provvedimento in parola viene impugnato innanzi al TAR Campania-Napoli onde ottenerne la caducazione, previa sospensione cautelare degli effetti.

Più nel dettaglio, i ricorrenti, in qualità di genitori e nell'interesse dei figli minori, allegano l'emergenza, nelle more del tempo necessario per giungere alla trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, di un danno grave e irreparabile costituito, da un lato, dalla impossibilità di attendere alle proprie attività professionali attesa la necessità di prestare assistenza ai propri figli in regime di sospensione dell'attività didattica, nonché, dall'altro, dalla compromissione del diritto alla istruzione dei figli stessi.

Ai fini della decisione sulle summenzionate istanze, il Presidente della V sezione del TAR napoletano, con i decreti monocratici nn. 1914 e 1915 del 17 ottobre 2020, ordina alla Regione Campania di depositare la nota dell'Unità di crisi regionale richiamata nell'ordinanza impugnata, dalla quale dovrebbero potersi desumere gli elementi sulla cui base l'Amministrazione è pervenuta «*alla valutazione di idoneità, proporzionalità e indispensabilità della grave misura imposta [...] indubbiamente incidente, come rilevato dai ricorrenti, sui diritti delle persone (al lavoro e all'istruzione) e tuttavia valutati recessivi rispetto al diritto alla salute in tesi messo in pericolo dall'esercizio dei primi»*, nonché tutti gli atti istruttori sui quali la determinazione si fonda, «*ivi compresi quelli relativi alla, pure allegata, incompleta dotazione dei presidi scolastici deputati al distanziamento interpersonale, nonché ogni altro elemento utile ai fini della decisione [...] entro le ore 10 del 19 ottobre 2020»*.

Ottemperate tempestivamente tali incombenze istruttorie dall'Amministrazione regionale, il TAR rigetta le istanze cautelari.

Nell'argomentazione del giudice, un peso significativo appare essere assegnato al rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'Autorità amministrativa procedente<sup>3</sup>.

Ed invero, pur senza dichiarare espressamente di fare ricorso al principio in parola, il TAR sin dall'inizio del proprio *iter* argomentativo ne richiama alcune componenti, evidenziando come la Regione abbia dato conto della «*idoneità della misura adottata»*, ravvisandola nella «*correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza)*, nonché della *diffusività esponenziale del contagio medesimo»* e della «*proporzionalità della stessa»*, attesa la «*progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura,*

<sup>3</sup> Il TAR, inoltre, dà conto del fatto che le misure disposte con la impugnata ordinanza n. 79/2020 sono state nelle more revocate, quanto alla sospensione delle attività didattiche in presenza per la scuola dell'infanzia (fascia 0-6 anni), e confermate, per quanto di interesse, quanto al resto, dalla sopravvenuta ordinanza n. 80 del 16 ottobre 2020, rimettendo alla valutazione del Collegio la questione della improcedibilità del ricorso in relazione a tali aspetti.

*su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario».*

Preso atto delle motivazioni offerte dalla Regione Campania, il giudice amministrativo, procedendo ad operare «*il doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare che ne occupa*», ritiene opportuno «*nelle more, doversi dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato; tenuto conto che tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, messo in pericolo dalla pure evidenziata scarsità delle risorse, da riguardare complessivamente su base regionale e non meramente locale, alla stregua dell'attuale riparto di competenze [...]*», escludendo la sussistenza dei presupposti di estrema gravità ed urgenza, che legittimerebbero il riconoscimento della tutela invocata, sulla scorta della considerazione che la lamentata compromissione degli altri diritti involti – segnatamente, al lavoro e alla istruzione – «*non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza, nonché della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori*».

Nondimeno, il giudice sottolinea la necessità di rimodulare la misura adottata dalla Regione all'esito del sopravvenuto d.p.c.m. del 18 ottobre, facendo osservare che le disposizioni ivi contenute, in vigore dal 21 ottobre, comporterebbero la dequotazione del pregiudizio lamentato nel ricorso. A far data da tale momento, infatti, trovando applicazione il d.p.c.m. statale, gli istituti scolastici potrebbero ricominciare le relative attività in presenza anche senza una espressa revoca da parte dell'Amministrazione regionale.

### **3. Il principio di proporzionalità allo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza**

In generale, può ritenersi sufficientemente pacifico che, sul piano del diritto, la proporzionalità viene in rilievo in relazione ad ogni attività implicante l'esercizio di un potere – pubblico certamente, ma anche privato – in quanto «*strumento di armonizzazione tra forze confliggenti e di moderazione del potere, volto al perseguimento della giustizia dell'azione*»<sup>4</sup>.

Più in particolare, nel diritto amministrativo, altrettanto può dirsi in merito all'affermazione che la stessa è utilizzata al fine di «*verificare quale sia, tra le alternative praticabili, quella che consenta di esplicitare la giusta misura del potere*»<sup>5</sup>.

Ed il principio di proporzionalità rappresenta, in effetti, uno dei temi più significativi fra quelli attualmente in discussione da parte della dottrina ammini-

<sup>4</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, p. 2.

<sup>5</sup> A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 5. Sul punto, cfr. anche ID., (voce) *Proporzionalità* in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 4643 ss., 4646, ove l'A. precisa che il principio di proporzionalità possiede un'area di estensione vastissima: esso, infatti, non vede la sua applicazione limitata solo alla verifica relativa al non corretto uso della potestà discrezionale, ma si estende a quelle attività in cui la discrezionalità manchi quasi del tutto e pure a quelle dalla struttura contenziosa e quasi-giudiziale.

strativistica<sup>6</sup>. Lo si evince dal numero sempre crescente di studi monografici che nel corso degli ultimi vent'anni si sono occupati di ricostruirne le origini e di chiarire i connotati che esso assume nell'ordinamento italiano, nonché dall'ampio spazio dedicatogli nell'ambito delle ricerche aventi ad oggetto la discrezionalità, l'eccesso di potere, i principi generali dell'azione amministrativa, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo e il rapporto fra legittimità e merito<sup>7</sup>.

I tanti contributi rivelano, tuttavia, una non insignificante incertezza definitoria, già dal lessico adoperato: la proporzionalità, infatti, appare variamente e indifferentemente indicata come 'principio', 'clausola generale', 'valore', 'ca-

<sup>6</sup> Cfr. A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2008, 14, p. 60, i quali utilizzano l'espressione «viral quality» per descrivere il fenomeno della diffusione dell'utilizzo della proporzionalità nei sistemi giuridici dei diversi Stati membri. Cfr., inoltre, L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in ID., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 203, secondo il quale il principio di proporzionalità rappresenta la «sintesi e il precipitato storico dei mutamenti attualmente in corso».

<sup>7</sup> Fra i primi Autori ad occuparsi del principio di proporzionalità, si v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 837 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1994, pp. 142 ss.; A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità: profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1995, pp. 329 ss.; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa* cit.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999. Dopo gli anni 2000, si v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000; D.U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 439 ss.; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità delle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, pp. 1544 ss.; A. SANDULLI, (voce) *Proporzionalità* cit.; D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, *Nota a Cons. Stato sez. V 14 aprile 2006, n. 2087*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, pp. 1107-1111; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, *Nota a Cons. Stato sez. VI 17 aprile 2007, n. 1736*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 3-4, pp. 1002-1012; D.U. GALETTA, (voce) *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Enc. Treccani online*, 2010; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2012; ID., *Il dialogo tra Corti in Europa e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Padova, Cedam, 2013, pp. 405-433; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, Franco Angeli, 2013; A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministratori*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2016, 3, pp. 697 ss.; L. LAMBERTI, *Attività amministrativa e principio di proporzionalità*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, t. I, pp. 535-561. Si segnala, inoltre, che la proporzionalità compare anche in due note a sentenza assai risalenti in tema di espropriazione per pubblica utilità: V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, in *Riv. giur. ed.*, 1958, pp. 626 ss. e ID., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, I, pp. 825 ss.

none', 'criterio guida', 'metro dell'azione', 'parametro', 'standard', 'paradigma di legittimità'<sup>8</sup>.

Tale incertezza sembra potersi ascrivere ad almeno quattro principali fattori.

Innanzitutto, deve considerarsi che la proporzionalità è riferibile ad attività demandate a diversi soggetti, quali il legislatore<sup>9</sup>, la P.A. e il giudice<sup>10</sup>, e che sotto questo profilo, è evidente che la proporzionalità sia destinata ad assumere un ruolo e (di conseguenza anche) una denominazione differenti, a seconda del contesto – legislativo, amministrativo o giurisdizionale – in cui viene calata, costituendo, rispettivamente: parametro, criterio, nella costruzione della norma giuridica; canone, criterio guida e metro dell'azione amministrativa; parametro e paradigma di legittimità per il sindacato giurisdizionale.

In secondo luogo, deve segnalarsi la scarsa precisione delle norme, che, senza mai definirla<sup>11</sup>, ne impongono il rispetto da parte della P.A., richiaman-

<sup>8</sup> Ed invero, talvolta sembra sfuggire proprio la distinzione a monte fra valori, regole e principi e fra questi ultimi, astrattamente considerati, e le loro modalità di applicazione e di misurazione sul piano concreto. Sul punto, si v. le chiarificatorie considerazioni di G. D'ALFONSO, *La proporzionalità e la ragionevolezza nella proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità* cit., pp. 245-283, 246-247, nt. 5, che, pur contestualizzate nel diritto civile, possono ritenersi riferibili al diritto in generale. La distinzione tra valori, regole e principi, nel diritto amministrativo, è fondamentale per comprendere il funzionamento del sistema, come spiega bene M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAIITA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012 pp. 1-39, 38. Tutt'altro che semplice è anche la distinzione fra principi, regole e clausole generali. Sul punto sembra di grande utilità il contributo di S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2<sup>a</sup>ed., Milano, Giuffrè, 2016, pp. 109 ss.

<sup>9</sup> È senza dubbio espressione del principio di proporzionalità rivolto all'attività del legislatore, ad esempio, il divieto di *gold plating*, di matrice europea, che preclude allo Stato membro di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, inerenti alla materia dei contratti pubblici (art. 1, co. 1, lett. a della legge 28 gennaio 2016, n. 11).

<sup>10</sup> Che anche la tutela processuale si ispiri alla proporzionalità emerge da una importante pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria – la sentenza del 22 dicembre 2017, n. 13 –, in cui viene riconosciuta la possibilità che esso, in sede Plenaria, moduli la portata temporale della propria sentenza, facendone decorrere gli effetti solo per il futuro, al ricorrere di alcune specifiche condizioni: la obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; la esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche (il *leading case* di tale orientamento – fondato anche sulla previsione di cui all'art. 1, c.p.a., per il quale «*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*» - è considerata la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755). La possibilità di modulare la portata temporale delle decisioni giurisdizionali è un principio affermato, inoltre, già ai massimi livelli dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e, seppure in maniera meno incisiva, anche dalla Corte costituzionale (si v. Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97; e Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10).

<sup>11</sup> Tale dato non deve sorprendere: è raro, infatti, che una legge fornisca la definizione di un principio.

dola o in maniera indiretta, attraverso un mero rinvio alle fonti comunitarie<sup>12</sup>, o in maniera diretta, ma approssimativa, assieme agli altri principi sovranazionali, senza che le si attribuisca – almeno in apparenza – uno specifico valore, quasi come se fosse una clausola di stile<sup>13</sup>. In particolare, essa è solo indirettamente richiamata quale principio generale dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (come modificato dalla novella del 2005), che, nell'indicare i «criteri» che reggono l'attività amministrativa, menziona pure i «principi dell'ordinamento comunitario», fra i quali figura, appunto, anche quello di proporzionalità, che, attualmente codificato all'interno dei Trattati<sup>14</sup>, esisteva già da prima, introdotto dalla interpretazione 'creativa' della Corte di Giustizia delle Comunità europee<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Il riferimento è, anzitutto, all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale recita: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario»; ma anche dall'art. 3-bis del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ai sensi del quale «Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato».

<sup>13</sup> È la sensazione che emerge dal richiamo alla proporzionalità operato da diverse disposizioni contenute in alcuni testi normativi di settore come, ad esempio, il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale, all'art. 178, co. 3, la menziona espressamente fra i criteri a cui deve conformarsi l'attività di gestione dei rifiuti; la legge 11 novembre 2011, n. 180, che, all'art. 9, impone alla P.A., nei rapporti con le imprese, di comportarsi secondo il generale canone di buona fede, oltre che nel rispetto di una serie di principi fra cui quello di proporzionalità; nonché il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale la indica, ad esempio, tra i principi che governano l'affidamento di contratti pubblici esclusi (art. 4, co. 1) e l'aggiudicazione, la esecuzione di appalti e concessioni (art. 30, co. 1).

<sup>14</sup> Com'è noto, nel 1992, il Trattato di Maastricht ha inserito nel TCEE l'art. 3B, il quale, al co. 3, recita: «l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato», disposizione che, a sua volta, è rimasta inalterata nella versione consolidata del TCE (art. 5, co. 3). Successivamente, la proporzionalità ha trovato riconoscimento nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità annesso al Trattato di Amsterdam del 1997, ed è stata esplicitamente menzionata all'art. 5 del TUE, ove il co. 3 dell'art. 5 TCE è stato così riformulato: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità» (co. 4).

<sup>15</sup> Le prime tracce del riconoscimento del principio di proporzionalità comunitario si collegano nella sentenza resa nel caso *Fédération Charbonnière de Belgique*, del 1956, avente ad oggetto la legittimità di un provvedimento dell'Alta Autorità CECA che imponeva l'abbassamento dei listini dei prezzi del carbone ritenuto misura non necessaria sulla scorta della considerazione che l'Autorità avrebbe dovuto scegliere, tra i diversi mezzi disponibili ugualmente idonei a perseguire il fine prefissato, quello meno pregiudizievole per i cittadini comunitari. Pur senza evocare espressamente il principio di proporzionalità, la Corte dimostra di aver utilizzato l'impostazione e la logica sottese ad esso, in particolare quanto al *test* di idoneità e necessità. La pronuncia decisiva per il riconoscimento del principio di proporzionalità a livello comunitario, però, è quella relativa al caso *Internationale Handelsellschaft*, del 1970, riguardante la tutela dei diritti fondamentali, in cui, posta di fronte al dubbio inerente alla fonte giuridica del principio in parola, la Corte ne ha sostenuto il rango costituzionale (nella specie la Corte di Lussemburgo ha considerato che «il sistema delle licenze d'importazione e d'esportazione implicanti il deposito

In proposito, è diffusamente condivisa la ricostruzione secondo cui quest'ultima lo abbia mutuato dall'ordinamento tedesco<sup>16</sup> mediante il ben noto meccanismo secondo il quale, dopo aver individuato la *'better law'*, essa 'prende in prestito' i principi elaborati all'interno dei diritti nazionali, ridefinendoli e rimodellandoli (per poi restituirli agli ordinamenti d'origine – c.d. *'feed back effect'* – nonché a tutti gli altri ordinamenti degli Stati membri – c.d. *'spill over effect'*)<sup>17</sup>. Più nel dettaglio, secondo lo schema logico elaborato dal giudice tedesco, poi accolto da quello europeo, il sindacato di proporzionalità si articola in tre passaggi successivi (c.d. *'teoria dei tre gradini'*), volti a valutare, in primo luogo, la congruità del mezzo impiegato rispetto al perseguimento del fine pubblico prestabilito (idoneità); in secondo luogo, la inesistenza di alternative più miti di quella concretamente adottata (necessarietà); infine, la tollerabilità delle limitazioni che l'intervento pubblico comporta alla sfera giuridica dei destinatari (proporzionalità in senso stretto o adeguatezza).

Tuttavia, nell'ordinamento giuridico italiano, in giurisprudenza, la proporzionalità viene utilizzata, talora, in funzione strumentale, come 'mezzo' finalizzato all'attuazione di altri principi, siano essi previsti in Costituzione – come l'uguaglianza (art. 3), l'imparzialità e il buon andamento (art. 97), – o semplicemente presupposti come fonti di integrazione dell'ordinamento – come la buona fede e il legittimo affidamento –, o, ancora, considerati immanenti al sistema – come l'equità, tutti caratterizzati da una connaturata caratura relazionale<sup>18</sup>. Di qui il terzo fattore di incertezza: la definizione, l'essenza e la con-

---

*cauzionale costituisce uno strumento necessario e adeguato, ai sensi degli articoli 40, n. 3, e 43 del trattato CEE, allo scopo di consentire alle autorità competenti di determinare nel modo migliore i loro interventi sul mercato dei cereali*», così negando un contrasto fra il sistema delle licenze in parola e la tutela dei diritti fondamentali).

<sup>16</sup> In Germania, il principio di proporzionalità nacque e si sviluppò nell'ambito del diritto di polizia, fungendo da limite, per le autorità di pubblica sicurezza, al sacrificio della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario per la realizzazione dell'interesse pubblico. La prima applicazione di esso è comunemente considerata quella relativa al noto caso *Kreuzberg*, del 1882, in relazione al quale il *Preußisches Obergerverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo prussiano) sottopose ad un giudizio di necessità l'adozione, da parte dell'autorità di polizia, di un atto che imponeva la chiusura di uno spaccio, il cui titolare era stato sorpreso a vendere alcolici senza licenza. In seguito, il principio è stato utilizzato in maniera costante dalle Corti amministrative e dal *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale) nel sindacare il legittimo esercizio del potere, assumendo contorni sempre più nitidi fino ad acquisire l'attuale conformazione tridimensionale, che lo rende scomponibile in tre diversi elementi: la idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza).

<sup>17</sup> Si v., *ex multis*, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 3 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 175; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., pp. 37-39; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi*, cit., pp. 133 ss. Al riguardo, si esprime in maniera piuttosto critica S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità*, cit., pp. 38 ss., rilevando che, sebbene appaia incontestabile che il Giudice comunitario sia solito richiamare nelle proprie decisioni il modello tedesco, in realtà finisce poi per dare applicazione alla nozione di proporzionalità che più direttamente si desume dalle norme comunitarie, la quale si incentra, principalmente, su una valutazione di 'necessità' della misura adottata.

<sup>18</sup> La natura relazionale del principio di proporzionalità e le modalità attraverso le quali esso interagisce con altri principi ugualmente relazionali sono efficacemente evidenziate da V. FAN-

sistenza del principio di proporzionalità nonché le modalità con le quali esso interagisce con tali altri principi generali, sono quanto mai incerte proprio laddove essi si intrecciano nella risoluzione delle fattispecie concrete.

Infine, l'ultimo (ma non in ordine di importanza) profilo di incertezza, riguarda il rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza<sup>19</sup>.

Ed infatti, nella giurisprudenza amministrativa italiana, la proporzionalità, applicata come parametro di giudizio della legittimità dell'azione amministrativa, non di rado appare assimilata alla ragionevolezza, se non inglobata in essa, in quanto legata a doppio filo all'eccesso di potere e alle sue manifestazioni<sup>20</sup>. Non è infrequente, inoltre, che entrambe compaiono richiamate – talvolta in maniera consapevole, talaltra inconsapevolmente – a mo' di endiadi<sup>21</sup>.

TI, *op. ult. cit.*, pp. 146 ss. Cfr., inoltre, A. SANDULLI, (*voce*) *Proporzionalità*, cit., pp. 4648-4649, il quale ne mette in luce le diverse forme di applicazione.

<sup>19</sup> Tra gli Autori che si sono espressi sul controverso rapporto fra proporzionalità e ragionevolezza, propendono per la coincidenza G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 566; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993; M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2000, 4, pp. 567 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011. Ne sostengono la distinzione, invece, G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 421 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit.

<sup>20</sup> Più precisamente, la sua violazione da parte della P.A. nell'adozione della decisione è stata ricondotta, nel corso del tempo, al c.d. 'sviamento di potere'; alla totale assenza o insufficienza della motivazione; alle figure sintomatiche connesse alla logicità e ragionevolezza della motivazione – quali la illogicità, la contraddittorietà e la incongruità di questa –; ad altre manifestazioni inerenti alla logicità e alla ragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità – come l'eccesso di potere per travisamento di fatti, per difetto di istruttoria, per violazione di norme interne, per disparità di trattamento, per ingiustizia manifesta e per contraddittorietà fra provvedimenti.

<sup>21</sup> In alcune sentenze, peraltro, la proporzionalità e la ragionevolezza non sono neppure indicate come principi, ma come 'criteri'. Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3723, ove si afferma che «ove non fosse ammessa la facoltà di costituire servitù strettamente interdipendenti con l'esercizio in concreto del servizio di interesse generale si dovrebbe ricorrere allo strumento ordinario dell'esproprio del diritto di proprietà con un effetto ben più incisivo delle posizioni private coinvolte dall'espletamento del servizio di interesse generale». La considerazione che appare al Collegio decisiva è però quella che, nella specie, il potere amministrativo è ritenuta «da esercitare secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza sindacabili in sede giurisdizionale, ma necessariamente strutturato in modo da consentire la scelta discrezionale delle modalità concrete di esercizio della servitù per garantire il minor sacrificio possibile al privato interessato rispetto al beneficio assicurato al gestore del servizio pubblico ovvero al privato che realizza ed esercita impianti di pubblica utilità, in relazione alla estrema varietà e diversità delle tipologie degli impianti di produzione di energia (ma anche per quel che la legge prevede con riguardo alle opere attinenti ai settori dei trasporti, delle telecomunicazioni e della gestione dell'acqua)».

Se è innegabile che si possa ritenere esistente una forte contiguità fra i due principi, tuttavia, come meglio si evidenzierà a breve, il parametro della ragionevolezza, ai fini della valutazione della legittimità dell'azione amministrativa, rischia di assumere connotazioni, per un verso, assai più ampie nonché, per altro verso, più indefinite, rispetto a quello di proporzionalità così come ricostruito nella giurisprudenza europea, ed il sindacato esercitato mediante la sua applicazione dal giudice amministrativo appare caratterizzarsi per una maggiore soggettività di valutazione, con risultati che appaiono talora 'timidi' e talaltra incisivi e penetranti, ma in qualche caso arbitrari.

Invero, il principio di proporzionalità viene dalla giurisprudenza amministrativa sovente richiamato e dettagliatamente illustrato nelle sue articolazioni, tuttavia, non sempre facendone, poi, conseguentemente applicazione in maniera altrettanto puntuale. Nelle decisioni in cui pure si evoca la proporzionalità, intatti, non sempre si ricorre a parametri di giudizio riconducibili in maniera netta a quelli propri del controllo trifasico di matrice tedesca ed europea. Più in particolare, oltre ai casi in cui alla enunciazione del principio segue la concreta applicazione del relativo controllo in tutte e tre le sue componenti (idoneità, necessità e adeguatezza)<sup>22</sup>, si registrano: arresti in cui il controllo si articola in alcune soltanto di esse (idoneità o idoneità e necessità)<sup>23</sup>; casi nei quali può dirsi completamente assente una valutazione articolata nei tre *step*<sup>24</sup>; deci-

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. TAR Lombardia-Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356, il quale annulla per violazione del principio di proporzionalità il provvedimento di diniego relativo ad una richiesta di autorizzazione agronomica per l'utilizzo di reflui zootecnici e alcune disposizioni contenute nelle norme tecniche di attuazione allegate al piano regolatore (in base alle quali il diniego era stato emesso), che vietavano in maniera assoluta ed inderogabile, su tutto il territorio comunale, allevamenti suinicoli ad esclusione di quelli a stretto uso familiare, ritenendo che tale misura *«pur idonea a risolvere in radice ogni interferenza tra allevamenti ed aree residenziali, risulta chiaramente porre un inutile e gravoso limite al diritto di proprietà ed alla libertà di iniziativa economica della ricorrente, un vincolo che, eccedendo lo scopo della tutela della salubrità dell'ambiente, non è necessario e risulta sproporzionato»*.

<sup>23</sup> Paradigmatiche sono le pronunce del Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2010, n. 2264, e ID, 5 marzo 2010, n. 1275. Nella prima, l'operato della P.A. viene giustificato facendo applicazione soltanto del primo gradino del controllo di proporzionalità: il giudice amministrativo, infatti, rileva che *«l'amministrazione comunale ha in concreto valutato le circostanze ed ha provveduto in modo non illogico, arbitrario o irragionevole, effettuando la scelta della barriera antirumore, che ben può essere ritenuta idonea a contemperare i vari interessi e a mitigare le problematiche ambientali»*, così lasciando l'impressione, peraltro, che la proporzionalità non venga utilizzata quale un principio autonomo, ma a mo' di *test* nel sindacato sulla ragionevolezza. Nella seconda pronuncia, invece, il Supremo Consesso amministrativo puntualizza che il giusto contemperamento di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti dall'azione amministrativa, *«trona il suo punto di incontro mediante la scelta della soluzione più idonea al raggiungimento dell'interesse pubblico, che è primario, sacrificando l'interesse privato, che è secondario e recessivo, ma nella misura strettamente utile e necessaria alla cura del primo, non in quella ritenuta soggettivamente ed unilateralmente più comoda o percorribile dalla P.A.»*.

<sup>24</sup> Nei casi in parola, la misura prescelta dalla P.A. viene stigmatizzata genericamente in quanto adottata a prescindere dalla ricerca di soluzioni alternative e meno pregiudizievoli, come emerge, ad esempio, dalla pronuncia del TAR Puglia-Lecce, 7 luglio 2010, n. 1698, afferente alla decisione di collocare un impianto di depurazione della fognatura nei pressi dei terreni di proprietà del ricorrente, in cui si legge che *«Solo laddove sia stata accertata la impercorribilità, attraverso adeguata istruttoria sul piano tecnico, di una scelta alternativa, la decisione potrà risultare immune da censure di irrazionalità»*. L'articolazione trifasica che dovrebbe caratterizzare l'applicazione del princi-

sioni in cui la proporzionalità appare menzionata in meri *obiter dicta*, rivestendo un ruolo sostanzialmente ininfluenza ai fini della risoluzione della controversia<sup>25</sup>; e, infine, casi in cui la verifica sulla proporzionalità si confonde con quella sul buon andamento<sup>26</sup> o, ancora più spesso, con quella sulla ragionevolezza<sup>27</sup>.

Il rapporto fra proporzionalità e ragionevolezza, d'altro canto, è oggetto di discussione nella dottrina amministrativistica sin da epoca molto risalente, essendo fortemente avvertito il bisogno che l'azione dei soggetti pubblici sia conforme ai criteri di razionalità e logica, quali strumenti idonei a presidiare il rispetto del principio di buon andamento (inteso come massima soddisfazione dell'interesse pubblico specifico primario col minor sacrificio possibile degli interessi secondari, pubblici e privati)<sup>28</sup>.

pio di proporzionalità, poi, non si rinviene quasi mai nelle pronunce che annullano i provvedimenti che impongono divieti assoluti e generalizzati, come dimostrano gli arresti del TAR Lazio-Roma, sez. II, 4 febbraio 2019, n. 1366, inerente alle restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività commerciali di media grandezza, e del Cons. Stato, sez. VI, 05 agosto 2005, n. 4159, relativo alla installazione delle stazioni radio. In entrambe le fattispecie, infatti, viene censurata la decisione di imporre divieti assoluti e generalizzati su tutto il territorio per difetto di proporzionalità e di motivazione, tuttavia, non solo non viene data una spiegazione di 'sproporzione' che consenta di sostenere che il provvedimento non fosse semplicemente irragionevole, ma, a ben vedere, appare decisivo che a sostegno di tali determinazioni la P.A. non abbia fornito alcuna motivazione, sicché, addirittura, non sembra peregrino affermare che il richiamo alla proporzionalità non sia del tutto pertinente.

<sup>25</sup> Ciò sembra ricavarsi, ad esempio, dalla pronuncia del TAR Sardegna-Cagliari, sez. II, 16 ottobre 2018, n. 875, la quale annulla l'ordinanza di demolizione, principalmente, per difetto di istruttoria e di motivazione e, solo in ultima battuta, perché essa è, fra l'altro, anche sproporzionata.

<sup>26</sup> Tra le varie, si cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2019, n. 7057, il quale, evidenziando la necessità di valutare l'opportunità di ricorrere alla demolizione comparando l'interesse pubblico al recupero dello *status quo ante* con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del privato che aveva confidato nell'esercizio legittimo del potere amministrativo, in ossequio al principio di proporzionalità «che impone all'Amministrazione il perseguimento del pubblico interesse col minor sacrificio possibile dell'interesse privato», sembra affermare una sostanziale coincidenza fra il contenuto dei principi di buon andamento e di proporzionalità.

<sup>27</sup> In generale, tale confusione si rinviene in quasi tutte le pronunce in cui il giudice amministrativo, dichiarando di avvalersi del paradigma della proporzionalità, arretra il proprio giudizio al primo *step*, vale a dire quello implicante una valutazione sulla idoneità della misura adottata dalla P.A. Il difficile discernimento fra idoneità e ragionevolezza, in particolare, è ben evidente nella pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4648, relativa alla scelta dell'amministrazione comunale di dotarsi di un Piano per gli insediamenti produttivi. In tale occasione, infatti, il Supremo Consesso amministrativo, nel rilevare la incapacità delle censure mosse dal privato a provare «l'arbitrarietà e l'irragionevolezza» della scelta urbanistica, ritenendo invece che emergesse in maniera evidente «la caratteristica vocazione produttiva della zona in un contesto omogeneo e contermini di attività produttive dedicate con riguardo alla vicinanza del Paese e della grande viabilità», sembra compiere una valutazione in termini di idoneità, utilizzando quest'ultima ai fini di una verifica sulla ragionevolezza/non arbitrarietà della decisione amministrativa.

<sup>28</sup> È il caso di ricordare che i prodromi del principio di proporzionalità sono comunemente individuati negli scritti di G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, da Cesare Orena nella stamperia Malatesta, 1814, pp. 16 ss., contributo successivamente confluito nei *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, Guasti, 1835, in cui si legge che la quale la regola direttrice dell'amministrazione pubblica, nel caso del conflitto degli

I principi di proporzionalità e ragionevolezza, dunque, nascono dalla medesima esigenza che il bene comune sia perseguito ‘razionalmente’: una volta, cioè, che la norma attributiva di potere abbia fissato in astratto l’interesse pubblico specifico, la P.A. deve raggiungerlo sul piano concreto in maniera non arbitraria. È necessario, in altre parole, che il passaggio dall’astratto dell’attribuzione del potere al concreto dell’atto amministrativo avvenga *«in maniera logica e razionale»*<sup>29</sup>.

Se, però, è difficilmente revocabile in dubbio che la proporzionalità, in quanto concetto *«correlato»* ad un fine (il perseguimento dell’interesse pubblico specifico), rappresenti una delle manifestazioni della razionalità nell’esercizio del potere<sup>30</sup>, è, invece, controverso se essa costituisca – come propugnato da una certa dottrina – una possibile ‘faccia’ del principio di ragionevolezza, oppure si definisca autonomamente rispetto a questo.

Per il vero, proporzionalità e ragionevolezza presentano non pochi punti di contatto. Entrambe, infatti: vengono tradizionalmente ricondotte ad un superiore (benché inespresso) principio di giustizia sostanziale; sono considerate dai più clausole generali dell’azione amministrativa; e trovano, infine, secondo una diffusa opinione, i propri riferimenti costituzionali nelle stesse norme contenute negli artt. 3 e 97, le quali esprimono, rispettivamente, i principi di uguaglianza e di imparzialità e buon andamento dell’Amministrazione.

In dottrina, tuttavia, prevale l’orientamento rivolto a distinguere i principi/clausole generali di proporzionalità e di ragionevolezza, che tendono ad es-

interessi del privato con quelli del pubblico, *«si è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità»*, vale a dire *«far prevalere la cosa la cosa pubblica alla privata col minor possibile sacrificio della privata proprietà e libertà»*, specificando, inoltre, che *«la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l’effetto, ma il semplice mezzo»*. È discusso se Romagnosi ignorasse o meno che tale regola era già stata affermata, poco tempo prima, nel *Polizeistaat* tedesco, ma resta significativo che già in epoca post-rivoluzionaria era fortemente avvertita la necessità di salvaguardare i valori fondamentali della sfera individuale (libertà personale e proprietà privata) dai possibili abusi dell’autorità.

<sup>29</sup> F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità*, cit., p. 9.

<sup>30</sup> F. MERUSI, *op. ult. cit.*, pp. 44-45, il quale, dopo aver evidenziato che la proporzionalità non coincide con un fine, ma rappresenta un concetto ‘correlato’ ad un fine, spiega che a tale correlazione viene rapportata la razionalità: è la correlazione, infatti, *«che viene misurata razionalmente e che fa del principio di proporzionalità una particolare e qualificata manifestazione della razionalità necessaria per esercitare un potere discrezionale»*. Circa il rapporto fra proporzionalità, ragionevolezza e razionalità, cfr. anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti alla Conferenza trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, 24-26 ottobre 2013*, la quale rimarca la differenza *«qualitativa che contraddistingue i giudizi di ragionevolezza e proporzionalità da quelli di razionalità intesa come coerenza e non contraddizione dell’ordinamento, che pure sono presenti nella giurisprudenza costituzionale»*. In particolare, l’A. chiarisce che *«Razionale e ragionevole sono due aggettivi che esprimono, entrambi, conformità a ragione; tuttavia non si tratta di termini equivalenti e interscambiabili, perché [...] presuppongono una diversa idea di ragione [...]». Tuttavia, affermare che il principio di ragionevolezza non appartiene alla razionalità logico-formale di tipo deduttivo non equivale a degradarlo ad una forma di “pensiero debole”. Al contrario, il ragionevole esprime una ragione potenziata e più adeguata all’ambito dei comportamenti umani che essa è chiamata a conoscere attraverso il diritto. Il controllo di ragionevolezza esige una ragione concreta, “situata”, che conosce l’ordinamento nella sua vitale commistione con l’esperienza giuridica»* (pp. 15-16).

sere considerati diversi e non sovrapponibili, sia nel momento in cui il potere di scelta viene esercitato dalla P.A., sia in occasione del successivo ed eventuale controllo giurisdizionale, rivelandosi essenziale ai fini della individuazione del «limite di demarcazione fra libertà e vincolo nell'applicazione della regola astratta al caso concreto»<sup>31</sup>.

In proposito si è osservato che, del resto, già a monte, delle due nozioni di base, ragione e proporzione, l'una non implica necessariamente l'altra, poiché «da una parte la ragione può dettare scelte che potrebbero anche risultare non proporzionate; dall'altra la proporzione può comportare scelte che potrebbero anche risultare non ragionevoli»<sup>32</sup>. La ragionevolezza, infatti, implica un giudizio sulla plausibilità degli effetti della misura prescelta ed ha un ambito di applicazione piuttosto circoscritto, in quanto «esclude la possibilità di adozione di un provvedimento il cui contenuto superi i valori del buon senso e dell'astratta razionalità: da ciò deriva che, ove il giudice accerti in giudizio il vizio di irragionevolezza, la P.A. procedente ben potrà adottare il medesimo provvedimento, previa correzione o integrazione della motivazione»<sup>33</sup>. La proporzionalità, invece, mira ad una soluzione «che raggiunga il maggior risultato della somma algebrica di costi e benefici per tutti i soggetti coinvolti nella valutazione»<sup>34</sup>. Diversamente da quanto affermato in ordine alla ragionevolezza, qualora il giudice accerti la sproporzione della decisione adottata, dovrà considerarsi definitivamente precluso alla P.A. il reimpiego del mezzo scelto in precedenza<sup>35</sup>.

In base a tale lettura, dunque, il principio di proporzionalità costituisce non un corollario del principio di ragionevolezza, ma «un concetto autonomo, teso al conseguimento della moderazione della misura del potere amministrativo»<sup>36</sup>.

Insomma, proporzionalità e ragionevolezza presentano certamente degli elementi di assonanza, condividendo anche – secondo l'opinione dei più – la medesima natura di clausole generali, ossia (secondo una generalissima acce-

<sup>31</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 206. Per le diverse ricostruzioni dottrinali sul rapporto fra i principi in parola, si v. *retro*, nt. 19.

<sup>32</sup> S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 208, il quale, sembrando discorrere di proporzionalità in termini più 'umanistici' che strettamente 'giuridici', osserva che mentre la ragionevolezza costituisce «un valore umano da valutare anche col supporto della proporzione», la proporzionalità «non è altro che un metodo di misurazione pura, applicabile ad un qualunque oggetto di indagine, il cui funzionamento dipende asetticamente dal modo col quale quel medesimo oggetto di indagine viene programmato e, conseguentemente, decodificato in base a quelle stesse coordinate assunte» (p. 210). Conseguentemente, la proporzionalità, in base all'assunzione di *standard*, diviene metodo di misurazione pura anche della ragionevolezza, «ma non si identifica tout court con essa né a maggior ragione con i suoi standard che pure utilizza»; solo a misurazione avvenuta, poi, potrà constatarsi che entrambe «si integrano e combaciano nel caso specifico, ma [...] non sempre ciò avviene necessariamente» (pp. 211-212). Emerge così anche come la proporzionalità e la ragionevolezza, a dispetto di quanto sostenuto da una certa dottrina, non rappresentano *standard*, ma clausole generali determinabili in base a *standard*: «mentre la ragione detta culturalmente i parametri applicativi di ogni regola astratta, la proporzione utilizza tecnicamente quei parametri per misurare in modo lineare e neutrale le distanze fra i rispettivi destinatari di ogni regola stessa» (p. 211).

<sup>33</sup> V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., p. 120.

<sup>34</sup> V. FANTI, *op. ult. cit.*, p. 120.

<sup>35</sup> V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, pp. 717 ss., 725.

<sup>36</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 323.

zione) di enunciati contrassegnati da una (fisiologica) indeterminatezza che rende necessaria un'attività integrativa dell'interprete, ma tali elementi non sembrano essere sufficienti per aderire alla tesi che costruisce il rapporto fra esse in termini di genere a specie o di perfetta coincidenza. Pertanto, pur senza misconoscere i tratti comuni ai due principi, i quali consentono entrambi di operare una verifica 'sostanziale' improntata a canoni di logicità e congruità, in dottrina si pone in risalto come attraverso il *test* trifasico del controllo di proporzionalità sia possibile raggiungere non semplicemente una decisione ragionevole, ma «la più ragionevole possibile in relazione agli interessi dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa»<sup>37</sup>.

L'esame della giurisprudenza, invece, rivela la sussistenza di un quadro concettuale disorientante, da cui è complicato indurre un significato della nozione di proporzionalità sufficientemente preciso. Ad eccezione di alcune decisioni, infatti, la proporzionalità quasi mai appare corrispondente alla ricostruzione concettuale messa a fuoco in dottrina nonché dalla giurisprudenza dell'Unione europea.

Per il vero, il giudice amministrativo tende non solo ad omettere di specificare il contenuto dei parametri che utilizza, ma è ondivago nella scelta dei termini atti ad indicarli: la proporzionalità e la ragionevolezza, infatti, appaiono utilizzate non sempre in maniera del tutto propria, a prescindere dal fatto che siano richiamate insieme o singolarmente.

Talune sentenze suggeriscono l'idea che la giurisprudenza stenti a riconoscere una piena autonomia al principio di proporzionalità, che sembra piut-

<sup>37</sup> V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo*, cit., p. 717. A sostegno della ricostruzione che distingue fra i summenzionati principi, la dottrina è solita citare la sentenza del TAR Campania-Salerno, sez. II, 16 aprile 2010, n. 3933, per il quale la differenza fra la ragionevolezza e la proporzionalità starebbe in ciò: la prima atterrebbe al «bilanciamento qualitativo» degli interessi in gioco, riferendosi all'esercizio del potere in sé considerato (volto a stabilire, cioè, se sia possibile adottare un determinato provvedimento); la seconda, invece, «presupponendo già una scelta qualitativamente ragionevole», ne sarebbe «parametro di legittimità sotto il profilo quantitativo, riferendosi alla necessità che la scelta sia concretamente posta in essere con l'esercizio di una quantità di potere che sia idonea al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per il contrapposto interesse privato che ne è inciso». Diversamente dalla proporzionalità, inoltre, la ragionevolezza sarebbe un principio assoluto e inderogabile, ossia non bilanciabile con altri principi, il quale esprime il canone secondo cui sono vietate le decisioni arbitrarie o irragionevoli. Tuttavia, come osservato da V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in *Federalismi.it*, 2020, 5, pp. 34 ss., 53, è difficile immaginare che un valore possa essere «interamente realizzabile nella sua astratta, ideale configurazione, quasi fosse l'unico valore da considerare in senso assoluto e lo si potesse, dunque, perseguire nel suo massimo grado». Ogni valore, infatti, «può essere perseguito in concreto solo nel giusto temperamento con esigenze diverse ed a volte contrapposte, ma non per questo meno meritevoli di tutela». Nella ricerca del punto di equilibrio fra più esigenze contrapposte, ma ugualmente tutelate, alla P.A. – salvo che non sia la legge ad indicare, in modo vincolato, la soluzione da preferire – si prospetta una vasta gamma di soluzioni possibili: proprio in ciò sta l'essenza della discrezionalità, l'esercizio della quale non può che avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità. Soltanto l'applicazione di esso, infatti, permette alla P.A. di giungere alla soluzione meno pregiudizievole per gli altri interessi (o valori) concretamente in gioco e al giudice di verificare che il sacrificio sia tollerabile.

tosto il risultato dell'importazione di una versione del principio di ragionevolezza: così, segnatamente, appaiono quegli arresti in cui i giudici compiono una valutazione in termini di idoneità ai fini di una verifica sulla ragionevolezza/non arbitrarietà della decisione amministrativa<sup>38</sup>. Nelle decisioni in parola, infatti, la proporzionalità, sebbene utilizzata limitatamente al suo primo 'gradino', si configura più che altro come uno 'strumento' della ragionevolezza: essa, cioè, non rilevarebbe in quanto principio a sé, ma a mo' di *test* nel sindacato sulla ragionevolezza.

A ben vedere, distinguere fra *idoneità* e *ragionevolezza* è tutt'altro che agevole: la ragionevolezza, infatti, serve a giustificare le scelte assunte dalla P.A. secondo un criterio di *congruità* cui appare ispirata anche la verifica sulla idoneità della misura adottata rispetto allo scopo individuato dalla norma attributiva di potere.

Nondimeno, se anche una sovrapposizione fra le due categorie c'è, essa non necessariamente sconfessa la tesi per la quale la proporzionalità e la ragionevolezza costituiscono principi distinti. Ed invero, si potrebbe sostenere che dei tre parametri che compongono il principio di proporzionalità, soltanto uno, il primo (la idoneità), presenta un contenuto assimilabile alla ragionevolezza: esso, a ben vedere, diversamente dagli altri (la necessità e l'adeguatezza), non implica una idea di misurazione 'quantitativa', valutando, non dissimilmente dalla ragionevolezza, la generica plausibilità e giustificabilità della decisione assunta. In quest'ottica, la proporzionalità verrebbe in evidenza come uno 'stadio avanzato' della ben più generale ragionevolezza, con la quale presenterebbe un nucleo comune: la verifica sulla idoneità/congruità dello strumento scelto dalla P.A. rispetto al fine da perseguire.

Secondo una parte della dottrina, in realtà, la ragionevolezza arriverebbe a comprendere anche il secondo parametro, quello cioè della necessità, cui la proporzionalità aggiungerebbe le ulteriori valutazioni sull'adeguatezza. In questo senso si è argomentato che mentre il controllo inerente alla mera ragionevolezza consente di prendere in considerazione soltanto il provvedimento in sé sulla scorta della congruità della motivazione, la proporzionalità, introducendo un meccanismo di ponderazione degli interessi, obbliga altresì al minor sacrificio possibile degli interessi secondari concorrenti con quello pubblico primario alla cui soddisfazione mira il provvedimento<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Fra le varie, cfr. Cons. Stato, n. 2264/2010 cit., in cui si legge che «l'amministrazione comunale ha in concreto valutato le circostanze ed ha provveduto in modo non illogico, arbitrario o irragionevole, effettuando la scelta della barriera antirumore, che ben può essere ritenuta idonea a contemperare i vari interessi e a mitigare le problematiche ambientali».

<sup>39</sup> Cfr. V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, p. 537 ss. Per una lettura ancora diversa, si v. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza*, cit., pp. 939 ss., secondo cui la ragionevolezza esige il bilanciamento degli interessi da parte della P.A. precedente, mentre la proporzionalità valuta in un secondo momento la misura del provvedimento. Sul punto, inoltre, E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi*, cit., p. 235, sottolinea anche che, sia che si voglia aderire alla tesi per cui la ragionevolezza si sovrappone alla sola idoneità, sia che si voglia ritenere che essa si estenda a comprendere anche la necessità, l'ordine temporale delle verifiche di ragionevolezza e di proporzionalità

Ad ogni modo, ciò che, in realtà, sembra dirimente ai fini della distinzione fra i principi in parola è che rispetto alla ragionevolezza, la proporzionalità esige anche la necessaria ricerca di soluzioni alternative e meno gravose, solo per il tramite delle quali è possibile trovare la soluzione meno pregiudizievole per il privato<sup>40</sup>.

Tale assunto sembra peraltro trovare conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di accesso agli atti amministrativi. Partendo dal considerare che «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango», nel caso specifico del conflitto fra il diritto di accesso e quello alla riservatezza posto da una norma che imponeva la pubblicazione di una massa significativa di dati personali dei dirigenti (l'art. 14, co. 1-bis, lett. f, d.lgs. n. 33/2013), il Giudice delle leggi ha ritenuto che quest'ultima non superasse il *test* di proporzionalità giacché alla compressione del diritto alla protezione dei dati personali non corrispondeva un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione<sup>41</sup>.

Se, per un verso, la proporzionalità rischia di confondersi concettualmente con la ragionevolezza, per altro verso, di essa viene dai più offerta una definizione sostanzialmente identica rispetto a quella generalmente condivisa di buon andamento, inteso come il principio costituzionale (art. 97 Cost.) in forza del quale la P.A. è tenuta a «raggiungere il risultato prefissato dalla legge con il minor dispendio di energie possibile, e perciò di realizzare il massimo dell'interesse pubblico specifico con il minor pregiudizio di tutti gli altri interessi coinvolti nell'azione amministrativa»<sup>42</sup>.

Nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa, infatti, ricorre con una frequenza significativa l'affermazione per cui il principio di proporzionalità «impone alla P.A. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvol-

---

dovrebbe restare inalterato: la collocazione della verifica avente ad oggetto la ragionevolezza della decisione amministrativa, infatti, si inserirebbe comunque in un momento antecedente rispetto a quella avente ad oggetto la sua proporzionalità, e ciò sia nella fase, sostanziale, della traduzione del potere in provvedimento, che in quella, successiva, eventuale e processuale, del controllo giurisdizionale.

<sup>40</sup> Appare esemplificativa la pronuncia del TAR Lazio-Latina, sez. I, 11 marzo 2019, n. 176, che annulla una delibera comunale che vietava in modo assoluto l'ingresso agli animali sulle spiagge. In tale occasione il giudice afferma che «l'amministrazione avrebbe dovuto valutare la possibilità di perseguire le finalità pubbliche del decoro, dell'igiene e della sicurezza mediante regole alternative al divieto assoluto di frequentazione delle spiagge, ad esempio valutando se limitare l'accesso in determinati orari, o individuare aree adibite anche all'accesso degli animali, con l'individuazione delle aree viceversa interdette al loro accesso».

<sup>41</sup> Corte cost., 23/01/2019, n. 20.

<sup>42</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 409.

*ti nell'azione amministrativa al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi»<sup>43</sup>.*

Peraltro, giacché entrambi esigono che la P.A. operi un equo contemperamento degli interessi in gioco in vista dell'adozione del provvedimento finale, non è raro che il giudice amministrativo, pur richiamando il principio di proporzionalità – solo o insieme a quello di ragionevolezza –, in realtà intenda denunciare la violazione del principio di buon andamento, così consentendo di formulare l'ipotesi che la proporzionalità costituisca non già un principio autonomo, quanto una declinazione di quest'ultimo<sup>44</sup>.

Che il principio di proporzionalità sia ricavabile in sede ermeneutica dalla interpretazione dell'art. 97 – oltre che, in parte, dell'art. 3 Cost. – è opinione largamente diffusa anche in dottrina<sup>45</sup>.

Ciò che ai presenti fini interessa evidenziare è che l'affermazione della coincidenza in parola, lungi dall'essere il risultato di un mero esercizio teorico, è ricca di conseguenze pratiche. Se, infatti, la proporzionalità può dirsi 'contenuta' nel buon andamento, infatti, essa può dirsi esistere da tempo nel diritto amministrativo italiano, oltre che costituzionalizzata nell'art. 97, e la possibilità di un sindacato giurisdizionale sulle sue violazioni trova un solido fondamento normativo nella stessa Carta fondamentale dalla quale è possibile derivare anche il principio di separazione dei poteri che tende a delimitare gli ambiti delle rispettive attribuzioni, amministrativa e giurisdizionale.

Come si proverà ad evidenziare a breve, nel quadro dei principi che 'orientano' l'azione amministrativa la proporzionalità può rappresentare senza dubbio una «chiave di volta» che, se correttamente utilizzata, attraverso il procedimento trifasico che caratterizza tanto l'iter motivazionale dell'esercizio del potere quanto il relativo sindacato del giudice, consente, da un lato, a quest'ultimo, specie in mancanza di più evidenti vizi consistenti in specifiche violazioni di legge o in evidente sviamento di potere, di esercitare una tutela effettiva, fino al suo limite estremo ma senza travalicarlo, e, dall'altro, alla P.A. di approdare a decisioni che siano quanto più possibile idonee, necessarie e proporzionate<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> TAR Lombardia-Milano, 5 giugno 2013, n. 1448; TAR Abruzzo-Pescara, sez. I, 15 luglio 2014, n. 351; TAR Campania-Salerno, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 3249; TAR Campania-Napoli 12 giugno 2014, n. 3249; TAR Campania-Salerno, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 152.

<sup>44</sup> Si v., ad esempio, TAR Campania-Salerno, sez. I, 20 gennaio 2003, n. 40.

<sup>45</sup> Si v. C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 49 ss., 66; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 39 ss., 48; M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 106.

<sup>46</sup> L. LAMBERTI, *Attività amministrativa e principio di proporzionalità* cit., pp. 535-561, 560.

#### **4. Rilievi critici sull'iter argomentativo del TAR Campania relativamente all'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza**

Nelle decisioni del TAR Campania in esame viene in rilievo, anzitutto, la scarsa linearità del percorso argomentativo sviluppato dal giudice, il quale appare un po' ondivago.

In un primo momento, infatti, il giudice amministrativo napoletano sembra ritenere di poter fondare il rigetto delle istanze sulla mancanza del *fumus boni iuris* – laddove afferma che «alla stregua della delibazione consentita nella presente fase cautelare, la Regione Campania sembra aver esaurientemente documentato l'istruttoria sulla base della quale ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva» –, salvo, poi, argomentare (in maniera un po' ultronea laddove con la precedente affermazione avesse inteso esprimere, ai sensi dell'art. 55, co. 9, c.p.a. una «ragionevole previsione» negativa «sull'esito del ricorso») sull'assenza del *periculum in mora*, asserendo che «sulla base del doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare che ne occupa e della verifica rigorosa dei presupposti di “estrema gravità e urgenza” nelle more della trattazione collegiale dell'istanza cautelare, da porre a fondamento dell'eventuale concessione della invocata tutela, sembra, nelle more, doversi dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato; tenuto conto che tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario». Ed altrettanto sul piano della «valutazione del pregiudizio allegato» (art. 55, co. 9, c.p.a.) appare sviluppare la considerazione relativa alla «non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori».

Più dubbia, invece, appare la valenza – sul piano del *fumus* o del *periculum* – di ulteriori affermazioni dell'iter argomentativo, secondo le quali «la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza», e «la espressa temporaneità della misura e il manifestato proposito [...] di modulazione della stessa, all'esito del sopravvenuto DPCM 18 ottobre 2020 - le cui disposizioni, per quanto rileva (art. 1, comma 1, lettera d), n. 6), in materia di attività didattiche), si applicano a far data dal 21 ottobre 2020 -, valgono a dequotare il pregiudizio nelle more lamentato». Invero, sebbene sembri che il giudice intenda spenderle piuttosto nell'ambito della valutazione del *periculum*, esse appaiono rilevanti quanto ad una valutazione, sotto il profilo del *fumus*, della proporzionalità delle misure adottate dalla Regione.

Se è chiaro, infatti, il rilievo, nell'ambito dell'apprezzamento del pregiudizio allegato nella fase cautelare, del delicato problema di bilanciamento degli opposti interessi cui si richiama espressamente lo stesso TAR, sembra altrettanto indiscutibile che tale bilanciamento non possa prescindere da una valutazione di proporzionalità delle misure contenute nel provvedimento impugnato avverso il quale si chiede tutela anche, ed innanzitutto, in via cautelare. E, pur prescindendo dal problema della sua valenza, nell'ambito della fase cautelare, sul piano del *fumus* e/o su quello del *periculum*, è proprio sulla modalità di effet-

tuare tale valutazione di proporzionalità che la motivazione dei provvedimenti monocratici in commento desta le maggiori perplessità.

È evidente, infatti, che una delle componenti del *test* di proporzionalità – quella della *idoneità* – è evocata allorché il giudice afferma che, mediante l'esauriente documentazione dell'istruttoria sulla base della quale è pervenuta ad emanare il provvedimento impugnato, la Regione abbia dato «*conto, in particolare, quanto alla idoneità della misura adottata, della correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo*». Ed è altrettanto evidente che un'altra componente – quella della *proporzionalità* in senso stretto (che costituisce il terzo 'gradino' del *test* trifasico) – venga, a sua volta, evocata nell'affermazione che l'Ente territoriale abbia dato conto, «*quanto alla proporzionalità della stessa [cioè della misura adottata], della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario*».

Ma sembra del pari evidente che, in tal modo, la proporzionalità, pur evocata, non venga adeguatamente valutata mediante una puntuale e corretta applicazione del relativo *test* trifasico, finendo la relativa valutazione per assumere un contenuto analogo a quello della ragionevolezza. Ed invero, mentre, come già riferito, la valutazione sulla idoneità, in quanto volta a stabilire soltanto la congruenza dell'intervento posto in essere dalla P.A. rispetto all'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere, è quella che 'fisiologicamente' più si sovrappone al sindacato sulla ragionevolezza dell'azione, lo stesso non dovrebbe valere quanto alla valutazione sulla proporzionalità in senso stretto. Del resto, è proprio quest'ultimo il parametro di più complicata applicazione in sede processuale, giacché, introducendo un meccanismo di bilanciamento 'quantitativo' fra gli interessi in gioco, apre alla possibilità, per il giudice, di esercitare un sindacato particolarmente incisivo, che rischia di invadere la sfera del 'merito amministrativo' riservata dall'ordinamento alla P.A.

È il caso di puntualizzare che il rischio in parola è avvertito particolarmente con riguardo al sindacato sull'esercizio del potere normativo *extra ordinem*<sup>47</sup>, di cui l'ordinanza regionale impugnata costituisce esercizio<sup>48</sup>. D'altro can-

<sup>47</sup> È ormai da qualche decennio che il tema del potere contingibile e urgente della P.A. è al centro della riflessione degli studiosi del diritto amministrativo; ciò, principalmente, per effetto del suo utilizzo in continua crescita a causa, da un lato, delle molteplici calamità naturali che hanno colpito il Paese, e, da un altro, di diverse situazioni emergenziali che hanno richiesto interventi rapidi ed incisivi. Benché a tutt'oggi una grandissima attualità, il tema del potere *extra ordinem* è parecchio risalente, affondando le sue radici nella teoria del rapporto tra stato di diritto e potere amministrativo. Fra i molti autorevoli contributi, si v. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, vol. XXVIII, 1948, pp. 389 ss.; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, pp. 863 ss.; G.U. RESCIGNO, (voce) *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. dig. it.*, vol. XII, 1965, pp. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, (voce) *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, pp. 970 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990; F. MIGLIARESE, (voce) *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur.*

to, le ordinanze contingibili ed urgenti devono far fronte a situazioni di pericolo utilizzando, ove possibile, misure che salvaguardino l'interesse pubblico con il minor sacrificio di quello privato, risultando illegittime se adottino misure sproporzionate, ossia qualora impongano un sacrificio degli interessi secondari eccessivo rispetto alla salvaguardia di quello pubblico specifico, raggiungibile con misure alternative.

Nel caso di specie il TAR adotta un approccio decisamente timido ed approssimativo. Partendo dalla valutazione inerente alla idoneità della misura prescelta dall'Amministrazione regionale, il giudice amministrativo opera – ripercorrendo l'iter argomentativo ricavabile dagli atti istruttori depositati dalla P.A. – una valutazione di tipo qualitativo, relativa alla «*correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica [...] nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo*». Passando, poi, subito a seguire, ad esaminare la decisione amministrativa sotto il profilo della proporzionalità in senso stretto, anziché formulare una comparazione degli interessi in conflitto in termini quantitativi – come tale *step* richiederebbe –, ritiene la misura proporzionata, attesa la «*progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario*», così esprimendo nuovamente un giudizio di tipo qualitativo che in nulla pare differenziarsi da quello volto ad indagarne la idoneità/ragionevolezza.

Sembra che si riproponga, dunque, la confusa assimilazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza largamente rilevata in giurisprudenza, che svisciva la peculiare dimensione procedurale che dovrebbe connotare la verifica giurisdizionale (come originariamente elaborata dai giudici tedeschi), lasciando pressoché inesplorati gli aspetti relativi all'impatto dell'esercizio del potere sui

Treccani, vol. XXII, 1990; F. SAIITA, (voce) *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, 1990; B. CAVALLO, (voce) *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, pp. 434 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 3, pp. 2185 ss. Più di recente, invece, si v. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, pp. 345 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2, pp. 317 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2010, pp. 336 ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione – Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; A. DE SIANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza quali atti amministrativi capaci di regolare la vita associata. Il caso delle ordinanze che dispongono agevolazioni a favore di imprese e cittadini colpiti da calamità naturali*, in *Giust.Amm.it*, 2015, 9, pp. 29 ss.

<sup>48</sup> In passato, invece, tale problema non era particolarmente avvertito in ragione del fatto che le summenzionate ordinanze rientravano nella giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Nella giurisprudenza più risalente cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1996, n. 220, per il quale esse «*possono essere pienamente sindacate dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza ed all'attendibilità dell'attività istruttoria ovvero alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate*».

suoi destinatari, la cui valutazione richiede che l'operato della P.A. passi anche attraverso lo scrutinio della necessità e dell'adeguatezza della soluzione adottata. È proprio lo scrutinio in parola, infatti, ad assegnare al controllo di proporzionalità quella caratura 'valoriale' di cui è privo il sindacato sulla ragionevolezza, il quale si caratterizza, al contrario, per la sua 'neutralità'.

Rispetto a quest'ultima, la proporzionalità possiede sicuramente una forza maggiore, incidendo in modo assai più pregnante sia sull'azione amministrativa che sul sindacato giurisdizionale.

Per concludere, pare potersi affermare che nella fattispecie in commento il giudice abbia rinunciato a cogliere appieno le potenzialità applicative del principio di proporzionalità e l'apporto, assolutamente innovativo, che ad esso è stato fornito dall'articolazione trifasica di derivazione europea. Quest'ultima, infatti, se esattamente rispettata, si sostanzia in una guida metodologica fondamentale sia per la P.A. che per il giudice, in grado, da un lato, di contribuire a rendere l'azione amministrativa più razionale ed efficiente, nonché, dall'altro, di rafforzare gli argini eretti a contrastare il pericolo di un'indebita invasione del merito amministrativo da parte della funzione giurisdizionale, senza però depotenziarne il sindacato, ma consentendo, anzi, di esercitarlo oltre quanto sarebbe possibile facendo ricorso al canone della mera ragionevolezza.