

Il giudice amministrativo al cospetto dei poteri discrezionali dell'amministrazione (*)

di JULIEN MARTIN

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'esistenza di poteri discrezionali. — 3. La limitazione dei poteri discrezionali. — 4. Il controllo del potere discrezionale.

1. Introduzione.

Nella sua prefazione alla tesi di Jean-Claude Vénézia, pubblicata nel 1959, Jean Rivero sottolineava che: «*La question du pouvoir discrétionnaire est une de ces routes à grande circulation doctrinale*» (1). In effetti, benché nella prima metà del XX secolo lo studio afferente alla discrezionalità amministrativa abbia riscontrato grande interesse in dottrina (2), oggi sembra che le

(*) Il presente contributo è stato tradotto in italiano dalla dott.ssa Carla Cozzi.

(1) La frase virgolettata può essere liberamente tradotta con: «Le questioni legate all'uso della discrezionalità amministrativa costituiscono oggetto di un grande dibattito dottrinale». Cfr. J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, tesi di dottorato, Parigi, 1956.

(2) J.-M. BOCKEL, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1978, 355; R. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *Revue du droit public*, 1923, 363; R. BONNARD, *Le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité*, in *Revue du droit public*, 1944, 63; A. DE LAUBADÈRE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du CE français*, in *Mélanges M. Waline*, Parigi, 1974, 531; M. HAURIU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Parigi, 1933; L. MICHOD, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Revue générale d'administration*, settembre-dicembre 1914, 5; M. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Revue du droit public*, 1930, 197; J. KAHN, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, in *Cahiers de l'IFSA*, n. 16, 1978; J.-M. WOEHRLING, *Compétence liée et pouvoir discrétionnaire*, in *La Compétence, Travaux de l'Association française de droit administratif*, Parigi, 2008, 127.

acquisizioni relative all'uso di poteri discrezionali da parte delle amministrazioni si siano sedimentate, e questo ha affievolito l'attenzione degli studiosi sul punto. A riprova di ciò, dal 2016 nessuna pronuncia del Conseil d'État sul tema è stata pubblicata nelle raccolte giurisprudenziali; prima di tale data, invece, era significativa la presenza di decisioni attinenti all'uso della discrezionalità nell'ambito del diritto dell'immigrazione (3). Nelle raccolte giurisprudenziali del Conseil d'État esiste anche una sezione specificamente dedicata al tema della discrezionalità, che però non è aggiornata dal 1999 (4). Inoltre, la maggior parte delle pronunce incluse nella suddetta sezione ha avuto ad oggetto la constatazione dell'esistenza di un potere vincolato.

L'espressione «potere discrezionale» è mutuata dal lessico comune e significa che un soggetto «si affida alla discrezione di qualcun altro», ossia si rimette al suo giudizio. Essa tende a suggerire che qualsiasi potere discrezionale sia fonte di arbitrarietà. In realtà, nel lessico giuridico, il potere discrezionale si riferisce alla situazione in cui la norma che autorizza un soggetto ad intervenire gli concede una possibilità di determinarsi in una maniera, piuttosto che in un'altra, scegliendo tra varie soluzioni, tutte legittime.

Lo studio del potere discrezionale e di quello vincolato, argomento classico nella conoscenza del diritto amministrativo durante gli studi universitari presso le facoltà di giurisprudenza, viene dapprima effettuato nei capitoli dedicati all'atto amministrativo (5), eventualmente focalizzando l'attenzione sul potere di adottare

(3) Le ultime risalgono al 2016 e concernono il potere di regolarizzazione degli stranieri in situazione irregolare: Cons. Ét., 30 giugno 2016, n. 391489, *Benharrat*, in *Racueil Lebon*, Table 790, 905; in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2016, 1371; in *Dalloz*, 2017, 261, con commento di O. BOSKOVIC - S. CORNELOUP - F. JAULT-SESEKE - N. JOUBERT - K. PARROT; in *Juris Classeur Périodique Administration*, 2016, actualité 585, con commento di L. ERSTEIN.

(4) Sezione 01-05-01-02: «*actes législatifs et administratifs - validité des actes administratifs - motifs - pouvoirs et obligations de l'administration - pouvoir discrétionnaire*».

(5) J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, *Droit administratif*, 29^a ed., Parigi, 2023, 309.

direttive o linee guida ⁽⁶⁾. Oggi, la maggior parte degli autori discute di discrezionalità anche in occasione dello studio delle tecniche di controllo giurisdizionale ⁽⁷⁾. Le due questioni sembrano, dunque, indubbiamente intrecciate. Era, quindi, logico affrontare lo studio di tali tematiche nel quadro più generale dei poteri del giudice amministrativo.

In particolare, tre aspetti hanno attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza a tal riguardo. Primariamente, occorre inquadrare i poteri discrezionali, distinguendoli segnatamente da quelli vincolati. Si è poi sviluppato, con recenti evoluzioni, un potere normativo di autolimitazione della discrezionalità. Infine, il tema più risalente ed ancora attuale è quello correlato all'intensità del controllo giurisdizionale: è tra le pieghe di tale controllo che si colgono tanto l'essenza, quanto le modalità di esercizio della discrezionalità.

2. L'esistenza di poteri discrezionali.

L'identificazione dei poteri discrezionali occupa la dottrina ormai da più di un secolo. Studi più recenti hanno permesso di arricchirne la comprensione con maggiore precisione.

In prima analisi, può dirsi che la discrezionalità sia meglio individuabile quando si proceda alla contestuale definizione della categoria dei poteri vincolati. Allo stesso modo, va ricordato che, inizialmente, la discrezionalità sembrava piuttosto circoscritta alla ampia possibilità di apprezzamento delle situazioni giuridiche e fattuali che fondano la decisione amministrativa. Oggi è certamente chiarito che la discrezionalità inerisce in senso ampio alla tipologia di misura da adottare.

Si discute spesso di potere discrezionale ponendolo in relazione al suo opposto, il potere vincolato. Tuttavia, esistono diverse situazioni intermedie tra i due estremi.

La discrezionalità è stata inquadrata come la risultante dell'as-

⁽⁶⁾ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo 1, Parigi, 2001, 519.

⁽⁷⁾ R. CHAPUS, cit., 1055; J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., 615.

senza ovvero dell'indeterminatezza delle norme che individuano le ragioni idonee a fondare una decisione, lasciando così all'autorità amministrativa un margine di libertà nell'apprezzamento dei fatti e nell'attuazione di prescrizioni generali ed astratte ⁽⁸⁾. Lo studio del potere discrezionale segue o precede sempre quello dell'attività vincolata ⁽⁹⁾. In base alla sentenza adottata da sezione semplice del Conseil d'État del 3 febbraio 1999, *Montaignac*, che riassume la giurisprudenza precedente, l'amministrazione esercitata, quindi e *a contrario*, un'attività vincolata quando è obbligata, in presenza di determinate circostanze fattuali, a prendere una determinata decisione senza dover effettuare una valutazione dei fatti ⁽¹⁰⁾.

Ma poiché è estremamente raro, se non impossibile, che la formulazione di una regola non lasci spazio ad alcuna interpretazione, amministrativa o giurisdizionale, la nozione di discrezionalità finirebbe per essere diluita all'estremo, divenendo quasi sinonimo di potere di apprezzamento o interpretativo, se venisse a ricomprendere non solo le ipotesi di assenza di «motivi legali» (cioè ragioni fattuali o giuridiche che giustificano l'adozione di un atto amministrativo) ma anche i casi in cui la formulazione di tali motivi legali determini un potere di valutazione dei fatti alla luce di «criteri legali» (ossia gli elementi precisi che devono sussistere per poter consentire l'adozione di un determinato provvedimento) ⁽¹¹⁾. Tra la discrezionalità, riservata alla situazione nella quale la norma attributiva del potere non definisca alcun criterio che guidi tale valutazione, e l'attività vincolata, in cui la norma stabilisce dei criteri abbastanza precisi tali da impedire l'esercizio di un potere di apprezzamento dei fatti, c'è quello che potrebbe essere qualificato come «potere d'apprezzamento condizionato»,

⁽⁸⁾ J.-P. DUBOIS, *Pouvoir discrétionnaire*, in *Répertoire Dalloz. Contentieux administratif*, luglio 2015, n. 13.

⁽⁹⁾ R. CHAPUS, cit., 1055.

⁽¹⁰⁾ Cons. Ét., sect. III, 3 febbraio 1999, *Montaignac*, in *Recueil Lebon*, 7; in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1999, 567, con commento di F. RAYNAUD e P. FOMBEUR.

⁽¹¹⁾ J.-P. DUBOIS, cit., n. 15.

ossia una situazione in cui la norma pone dei criteri connotati da una certa ampiezza per attribuire all'autorità il potere di interpretarli nella loro applicazione a casi particolari ⁽¹²⁾.

Non può più dirsi che esista un atto amministrativo interamente discrezionale, che non imponga alcuna condizione all'amministrazione e che non sia, quindi, soggetto ad alcun controllo giurisdizionale ⁽¹³⁾. Dai primi anni del XX secolo, del resto, il Conseil d'État ha cessato di riconoscere l'esistenza di atti aventi tale fisionomia ⁽¹⁴⁾. In effetti, ogni provvedimento amministrativo è soggetto perlomeno a due condizioni, relative tanto all'autorità competente ad adottarlo, quanto al fine che deve essere perseguito, il quale deve necessariamente coincidere con un interesse pubblico. Peraltro, oltre che con riferimento alle ragioni fondanti l'azione, la discrezionalità si riscontra sia nella scelta sull'*an* dell'agire amministrativo, che nel *quomodo*, ossia nella tipologia di misura attuata.

In primo luogo, l'amministrazione può disporre di un potere discrezionale nel decidere se agire o, ancor più specificamente, se adottare un atto amministrativo ⁽¹⁵⁾. È il caso classico delle questioni disciplinari nel pubblico impiego, ambito in cui l'autorità pubblica ha il potere di decidere se infliggere o meno una sanzione, nelle ipotesi in cui il pubblico dipendente abbia agito con colpa. Ancorché la competenza a decidere se avviare un procedimento disciplinare spetti normalmente all'autorità amministrativa, il Conseil d'État ha affermato che non vi è alcun principio generale di diritto che impedisca ad una disposizione normativa di prevedere che, in determinati casi, le amministrazioni siano obbligate a dare inizio a procedimenti sanzionatori ⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, n. 16.

⁽¹³⁾ J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, *op. cit.*, n. 266.

⁽¹⁴⁾ Cons. Ét., 31 gennaio 1902, *Grazietti, Recueil Sirey*, 1903, III, 113, con nota di M. HAURIUO.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, n. 26.

⁽¹⁶⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 6 giugno 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves de l'école publique, Union nationale des lycéens*, n. 351582, in *Actualités Juridiques – Droit administratif*, 2014, 1478, con commento di A. BRETONNEAU e J. LESSI.

Inoltre, il potere discrezionale può, a sua volta, riguardare o le ragioni della decisione assunta dall'autorità in applicazione di una norma generale, o l'oggetto di tale decisione, ovvero entrambi gli elementi poc'anzi indicati (17). Questi differenti aspetti possono coesistere. Non importa che l'autorità sia tenuta ad agire, ovvero che possa scegliere tra l'adozione di una decisione o l'astensione, giacché in entrambi i casi la norma attributiva del potere può prevedere l'adozione di una sola decisione (come la nomina di un dipendente pubblico), o può consentire una scelta tra una pluralità di decisioni possibili, tassativamente indicate (come in materia di sanzioni disciplinari nel diritto del pubblico impiego), o può lasciare l'autorità libera di scegliere la soluzione più appropriata (questo è il caso dell'esercizio dei poteri di polizia da parte dell'autorità comunale) (18). Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, il giudice può stabilire una regola per controllare la scelta della soluzione prescelta. Ad esempio, il giudice amministrativo controlla la proporzionalità della misura di polizia adottata al fine di prevenire una turbativa dell'ordine pubblico (19).

Dunque, la discrezionalità può indifferentemente riguardare il potere d'agire, le sue ragioni, il suo scopo. Le norme e la giurisprudenza possono, quindi, non prevedere alcuna condizione o limitazione rispetto agli atti da adottarsi, così da lasciare all'autorità amministrativa un margine di discrezionalità, che essa avrà eventualmente la responsabilità di definire.

3. La limitazione dei poteri discrezionali.

La discrezionalità è, poi, solitamente inquadrata in termini di autolimitate per mezzo di *direttive* e *linee guida* (20).

(17) J.-P. DUBOIS, cit., n. 17.

(18) J.-P. DUBOIS, cit., n. 27.

(19) Cons. Ét., 19 maggio 1933, *Benjamin*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ - B. GENEVOIS - M. LONG, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 24 ed., Parigi, 2023.

(20) J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., n. 429 ; P. GONOD, *Chapitre V : L'administration et l'élaboration des normes*, in *Traité de droit administratif*, F. MELLERAY - P. YOLKA - P. GONOD, *Tome I*, Parigi, 2011, 550.

Le direttive appaiono, al tempo stesso, sia come un mezzo per compensare la mancanza di potere normativo della maggior parte delle autorità amministrative, sia come un modo per fornire un quadro all'esercizio della discrezionalità, al fine di conferirle un certo grado di prevedibilità.

Prima dell'introduzione di queste direttive, il Conseil d'État aveva già riconosciuto che una circolare del *Ministre de la défense nationale* potesse precisare i principi ai quali l'autorità procedente avrebbe inteso ispirarsi nell'esame dei singoli casi di promozione discrezionale degli ufficiali, ma a condizione che non si fosse considerata vincolata dalle indicazioni contenute in tali circolari e che ogni situazione particolare fosse oggetto di un esame specifico (21). Il giudice ha, poi, legittimato e definito i poteri delle amministrazioni di autovincolarsi con direttive e linee guida in occasione della celebre decisione della sezione dell'11 dicembre 1970, *Crédit Foncier de France* (22). Una direttiva non può creare nuove condizioni non previste da leggi o da regolamenti (23). E se, da una parte, il suo destinatario deve rispettarla, dall'altra deve anche procedere ad un esame specifico di ogni situazione (24) per derogare, se del caso, alle regole e prescrizioni generali in funzione delle particolarità del caso concreto o di una ragione di interesse generale (25).

Oramai, nel rispetto di una raccomandazione del Conseil

(21) Cons. Ét., sect., 13 luglio 1962, *Arnaud*, in *Recueil Lebon*, 474; in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1962, 545, con commento di J.M. GALABERT - M. GENTOT.

(22) Cons. Ét., sect., 11 dicembre 1970, *Crédit Foncier de France*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ - B. GENEVOIS - M. LONG, cit., n. 75.

(23) Cons. Ét., 1 ottobre 1993, *Messageur et Assoc. « École de la Croix »*, in *Recueil Lebon*, 254.

(24) Cons. Ét., sect., 29 giugno 1973, *Société Géa*, in *Recueil Lebon*, 453; in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1973, 587, con commento di M. FRANC - R. BOYON, e nota di C.L. VIER; in *Revue du droit public*, 1974, 547, con nota di M. WALINE, in *Dalloz*, 1974, 141, con nota di M. DURUPTY.

(25) Cons. Ét., 27 ottobre 1972, *Ministre de la santé publique c/ Demoiselle Ecarlat*, in *Recueil Lebon*, 682, in *Revue de droit sanitaire et social*, 1972, 542, con nota di F. MODERNE.

d'État espressa nello studio su *Le droit souple* ⁽²⁶⁾, onde evitare ogni confusione con le direttive emanate dall'Unione europea, la parola «direttiva» è sostituita dall'espressione «linee guida» ⁽²⁷⁾. Per la loro adozione, il Conseil d'État, in una sentenza a sezione semplice del 4 febbraio 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz* ha stabilito che, nel caso in cui una disposizione preveda la concessione di un vantaggio senza aver definito l'insieme delle condizioni che consentono di determinare a chi assegnarlo tra gli aventi diritto, l'autorità competente può disciplinare la propria azione, al fine di garantirne la coerenza e imparzialità; tanto può essere fatto anche quando non si disponga di potestà regolamentare in materia. L'amministrazione precedente può fare ciò attraverso la formulazione di linee guida che, pur non ponendo nuove condizioni, indichino i criteri che consentono l'attuazione della disposizione in parola. Tutto questo a patto che siano adeguatamente valorizzabili le ragioni di interesse generale che portino a scelte derogatorie, effettuate all'esito della valutazione concreta delle peculiarità di ciascuna situazione vagliata. In tal caso, l'avente diritto a richiedere il provvedimento ampliativo può invocare, dinanzi al giudice amministrativo, l'applicazione di tali linee guida, ove pubblicate.

Il Conseil d'État ha anche ammesso dei ricorsi per eccesso di potere contro degli atti assimilabili alla *soft law*, benché non parrebbero possedere i requisiti delle decisioni amministrative tradizionalmente ritenute impugnabili innanzi al giudice amministrativo ⁽²⁸⁾. Inoltre, le linee guida sono state considerate come

⁽²⁶⁾ Cons. Ét., *Le droit souple*, 2013, 141.

⁽²⁷⁾ Cons. Ét., 19 settembre 2014, *Jousselin*, in *Recueil Lebon*, 272; in *Actualité juridique*, 2014, 2262, concl. G. Dumortier; Cons. Ét., sect. 4 febbraio 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, 471, concl. B. Bourgeois-Machureau; *Actualité juridique - Droit administratif*, 2015, 443, con commento di J. LESSI e L. DUTHEILLET DE LAMOTHE; *Droit administratif*, giugno 2015, n. 38, 26, con nota di G. EVEILLARD.

⁽²⁸⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 21 marzo 2016, *Sté Fairvesta international GmbH*, et *Sté Numéricable*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ - B. GENEVOIS - M. LONG, cit., n. 111.

aventi, per loro natura, effetti significativi sulle situazioni giuridiche dei cittadini e, per questo, suscettibili di essere sottoposte allo scrutinio del giudice per eccesso di potere, secondo quanto stabilito nella pronuncia *Gisti*, adottata da una sezione semplice del Conseil d'État del 12 giugno 2020 ⁽²⁹⁾.

Il giudice amministrativo francese ha, quindi, recentemente rafforzato il suo controllo sui poteri d'autovincolo della discrezionalità attuati per mezzo di linee guida. Queste ultime possono essere contestate a mezzo di un ricorso, il quale potrà trovare accoglimento ove le linee guida stabiliscano una regola adottata da una amministrazione incompetente, ovvero tutte le volte in cui esse interpretino il diritto positivo, offrendo un'esegesi che ne disconosca il significato e la portata, ponendosi in contrasto con una norma giuridica adottata con atto avente forza superiore nella scala della gerarchia delle fonti. Il ruolo del giudice è, quindi, ancora una volta centrale in questo ambito.

4. Il controllo del potere discrezionale.

Paradossalmente, la qualificazione della discrezionalità implica allo stesso tempo un controllo giurisdizionale meno intenso, quando si tenga conto della libertà di valutazione dei fatti, ed uno più rigido, laddove si prendano in considerazione talune irregolarità formali e procedurali.

Il potere discrezionale è certamente caratterizzato da uno scrutinio sui vizi formali, relativi alla competenza e alla procedura, ovvero su quelli inerenti alla violazione di legge. Tuttavia, esso è sempre più soggetto ad un vaglio dell'errore manifesto, condotto con riferimento alla qualificazione giuridica dei fatti.

Su questa scia, inoltre, il potere discrezionale è correlato a questa particolare modalità di «controllo minimo» ⁽³⁰⁾ o «limi-

⁽²⁹⁾ Cons. Ét., sect., 12 giugno 2020, *Gisti*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS - M. LONG, cit., n. 116.

⁽³⁰⁾ J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., n. 555, 608.

tato»⁽³¹⁾. Anche quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, la decisione che assume non deve basarsi su fatti materialmente inesatti, su un errore di diritto, su un errore manifesto di valutazione, o essere viziata da sviamento di potere⁽³²⁾. Il giudice amministrativo può, quindi, controllare le ragioni giuridiche o fattuali che fondano la decisione, anche quando egli si limiti a censurare unicamente gli errori manifesti commessi dall'amministrazione. Il giudice annullerà il provvedimento qualora appaia evidente che la qualificazione dei fatti sia chiaramente errata, tanto che anche un soggetto privo di competenze tecniche sarebbe in grado di contestarla⁽³³⁾. Tuttavia, occorre evidenziare che il controllo limitato o minimo non è appannaggio dei soli poteri discrezionali: il giudice ne fa applicazione anche allorché la norma attributiva del potere abbia enunciato dei criteri di apprezzamento dei fatti, in ragione della circostanza che l'impiego di tali criteri richiederebbe una competenza «tecnica», che egli non possiede.

L'evoluzione del controllo giurisdizionale è, quindi, caratterizzata da un crescente spostamento da un controllo che esclude qualsiasi apprezzamento della qualificazione giuridica dei fatti ad un controllo dell'errore manifesto di valutazione di questa stessa qualificazione effettuata dall'amministrazione. Il controllo dell'errore manifesto è stato, ad esempio, esteso a settori nei quali, fino ad oggi, si è ritenuto che le amministrazioni esercitassero poteri caratterizzati da ampia discrezionalità. Tra questi, le funzioni c.d. di «alta polizia»⁽³⁴⁾, in quanto riferite all'indicazione

⁽³¹⁾ J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., n. 568, 618.

⁽³²⁾ Cons. Ét., sect., 25 aprile 1980, *Institut technique de Dunkerque*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1980, 591, concl. Théry.

⁽³³⁾ Cons. Ét., 29 marzo 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1968, 341; 6 novembre 1970, *Guyé*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1971, 54, Cons. Ét., 6 febbraio 2004, *Association « La raison du plus faible »*, in *Recueil Lebon*, 27; Cons. Ét., sect., 10 marzo 2006, *M. Carre-Pierrat*, in *Revue du droit public*, 2007, 605, con commento di C. GUETTIER.

⁽³⁴⁾ Cons. Ét., 2 novembre 1973, *Librairie François Maspero*, in *Journal des Coursiers et des Pratiques*, II, 1974, 11742, concl. G. Braibant, con nota di R. DRAGO, 3 febbraio 1975, *Pardov*, per una decisione di espulsione di uno straniero, *Recueil Lebon*, 83, Cons. Ét., 19 febbraio 1975, *Fouéré*, per un diniego di passaporto, in *Actualité juridique*

delle linee strategiche per la garanzia dell'ordine pubblico.

Caratteristica è anche l'evoluzione della giurisprudenza in merito alla corrispondenza tra la gravità di una sanzione disciplinare e la gravità dell'infrazione commessa. Inizialmente, il Conseil d'État si limitava a verificare l'esistenza materiale dei fatti su cui si basava la sanzione, in quanto la incisività del provvedimento affittivo era considerata questione afferente al merito⁽³⁵⁾. Successivamente, il giudice amministrativo è passato ad effettuare il controllo in materia di errore manifesto⁽³⁶⁾. Infine, ha deciso di applicare il controllo «normale» in questo settore, estendo il suo vaglio pure alla qualificazione giuridica dei fatti⁽³⁷⁾.

Esistono anche differenze nel grado di controllo esercitato sui poteri vincolati e sui poteri discrezionali, anche se alcune di tali differenze tendono ad affievolirsi.

Fino a poco tempo fa, la cosiddetta «sostituzione dei motivi» (che permette al giudice di correggere gli errori di qualificazione giuridica dei fatti o gli errori manifesti di valutazione) era possibile solo quando l'autorità amministrativa adottava una decisione dal contenuto vincolato⁽³⁸⁾. Al contrario, tale sostituzione sembrava essere esclusa quando l'amministrazione avesse esercitato poteri discrezionali; ciò in quanto si riteneva che, così operando, il giudice avrebbe sostituito la propria valutazione a quella dell'amministrazione. Nel 2004, il Conseil d'État è tornato sui propri precedenti orientamenti e ha ritenuto possibile che, quando l'amministrazione abbia basato la sua decisione su motivi (tanto giuridici, quanto fattuali) che si rivelino erronei, l'ente intimato possa invocare davanti al giudice argomentazioni ulteriori, comunque in grado di giustificare giuridicamente il provvedimento

– *Droit administratif*, 1975, 143.

⁽³⁵⁾ Cons. Ét., sect., 9 giugno 1978, in *Recueil Lebon*, 245.

⁽³⁶⁾ Cons. Ét., sect., 22 giugno 2007, *Arfi*, in *Recueil Lebon*, 263, concl. M. Guyomar.

⁽³⁷⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 13 novembre 2013, *Dahan c/ Min. des affaires étrangères*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2013, 2432, con commento di A. BRETONNEAU e J. LESSI.

⁽³⁸⁾ Cons. Ét., 8 giugno 1934, *Augier*, in *Dalloz*, III, 1934, 31 concl. L. Josse.

stesso ⁽³⁹⁾.

In caso di poteri vincolati, il giudice amministrativo considera infondati i mezzi di gravame sottoposti al suo vaglio, ad eccezione di quelli che sono volti a contestare l'esistenza delle funzioni vincolate esercitate dall'amministrazione ⁽⁴⁰⁾. L'esistenza di un vizio di forma o di procedura, ad esempio, non potrà essere utilmente invocata dal ricorrente contro il provvedimento dal contenuto integralmente prestabilito dalla norma. Al contrario, i vizi formali e procedurali saranno accolti nel caso di poteri discrezionali o «condizionati». Tuttavia, è importante ricordare che i vizi di forma e di procedura non comportano necessariamente l'annullamento dell'atto. Infatti, mentre gli atti amministrativi devono essere adottati nella forma e secondo le procedure previste dalle leggi e dai regolamenti, un vizio che riguardi lo svolgimento di un procedimento amministrativo cosiddetto «*préalable*» ⁽⁴¹⁾, può rendere illegittimo il provvedimento adottato solo se dai documenti del fascicolo risulta che la sussistenza del vizio sia stata in grado di incidere specificamente sul contenuto del provvedimento o abbia privato gli interessati di una garanzia ⁽⁴²⁾. Quanto detto vale sia per le procedure *préalable* attivate facoltativamente, quanto per quelle il cui avvio sia obbligatorio.

Il giudice è, dunque, onnipresente in questo settore. Può, quindi, definire alcuni concetti, come quello di potere vincolato e, allo stesso tempo, definire l'esercizio di un potere discrezionale, attraverso l'emanazione di una regola giurisprudenziale che ne limiti l'esercizio per via di un controllo di proporzionalità.

Il creazionismo giurisprudenziale del giudice amministrativo ha, pertanto, offerto all'amministrazione la possibilità di limitare

⁽³⁹⁾ Cons. Ét., sect., 6 febbraio 2004, *Mme Hallal*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2004, 436, con commento di F. DONNAT e D. CASAS.

⁽⁴⁰⁾ Cons. Ét., sect., 3 febbraio 1999, *Montaignac*, cit.

⁽⁴¹⁾ Con un po' di approssimazione, si possono equiparare le «*procédures administratives préalables*» a procedimenti di secondo grado in cui un'amministrazione, anche su ricorso, sia chiamata a vagliare una richiesta di riesame.

⁽⁴²⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 23 dicembre 2011, *Danthony*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2012, 195, commentata da X. DOMINO - A. BRETONNEAU.

l'esercizio del suo potere discrezionale. Con questi orientamenti giurisprudenziali, recentemente ribaditi, il giudice ha reso più penetrante il suo controllo sulle linee guida, consentendone l'impugnativa. Pertanto, è da tempo che egli ammette lo scrutinio sugli atti discrezionali, anche quando il suo controllo si accresca facendo leva sul vaglio dell'errore manifesto di apprezzamento, ovvero della qualificazione giuridica dei fatti. Gli ambiti classici di espressione del potere discrezionale, come le nomine, le sanzioni disciplinari o le misure di polizia, non sfuggono dunque più al controllo del giudice amministrativo.

ABSTRACT: Il saggio ripercorre le tesi di dottrina e giurisprudenza sull'esercizio dei poteri discrezionali e vincolati delle amministrazioni, esaminandone la natura, le limitazioni e soffermandosi sul controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo. In merito a tale ultimo aspetto, si evidenzia come il giudice amministrativo francese ha reso ben più penetrante il suo scrutinio sugli atti discrezionali, consentendone l'annullamento.

ABSTRACT: *The essay reviews the theories of doctrine and jurisprudence on the exercise of discretionary and binding powers by public administrations, examining their nature, limitations, and focusing on judicial review by administrative courts. Regarding this latter aspect, it highlights how the French administrative judge has made their scrutiny of discretionary acts significantly more thorough, allowing for their annulment.*