

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO DELL'ECONOMIA  
XXXII CICLO

TESI DI DOTTORATO IN  
**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Settore scientifico-disciplinare IUS/10

**Il sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa  
e l'applicazione del test di ragionevolezza da parte del Consiglio di Stato  
in prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi**

Tutor  
Ch.ma Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

Candidato  
Filippo Borriello  
Matr. DR992599

Coordinatore  
Ch.mo Prof. Massimo Iovane

Anno Accademico 2018/2019

**UNIVERSITY OF NAPLES  
FEDERICO II**



**DEPARTMENT OF LAW**

PhD Program in Economic Law  
Cycle 32°

PhD Thesis in  
**ADMINISTRATIVE LAW**  
Scientific Disciplinary Sector IUS/10

**Judicial review of administrative discretion  
and use of reasonableness test by the Council of State.  
A comparative study between Italy and The Netherlands**

Tutor  
Prof. Renata Spagnuolo Vigorita

Candidate  
Filippo Borriello  
DR992599

Coordinator  
Prof. Massimo Iovane

Academic Year 2018/2019

**Il sindacato giurisdizionale della discrezionalità  
amministrativa e l'applicazione del test di  
ragionevolezza da parte del Consiglio di Stato in  
prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi**

**Judicial review of administrative discretion  
and use of reasonableness test by the Council of State.  
A comparative study between  
Italy and The Netherlands**

## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Adm. Law Rev.	Administrative law review
Anglo-Am. L. Rev.	Anglo-American law review
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
Camb. Law J.	Cambridge Law Journal
Dig. Disc. civ.	Digesto delle discipline civilistiche
Dig. Disc. pubbl.	Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. amm.	Diritto amministrativo
Dir. ec.	Il diritto dell'economia
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Diz. dir. pubbl.	Dizionario di diritto pubblico
ECR	European Court Record
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur. Treccani	Enciclopedia giuridica Treccani
Eur. Pub. L.	European Public Law
Eur. Rev. Priv. Law	European review of private law
Foro amm.	Foro amministrativo
Foro it.	Foro italiano
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ. Mass.	Giustizia civile - Massimario annotato della Cassazione
Gst.	Gemeentestem
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Italian J. Pub. L.	Italian Journal of public law
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
Law Soc. Rev.	Law and society review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Neth. Adm. Law Libr.	Netherlands administrative law library
Neth. Int. Law Rev.	Netherlands international law review
Nov. dig. it.	Nuovo digesto italiano
Noviss. dig. it.	Novissimo digesto italiano
Pol. dir.	Politica del diritto
Pres.	President
Quad. cost.	Quaderni costituzionali

## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

Racc.	Raccolta della Corte di Giustizia UE
Rass. dir. pubbl.	Rassegna di diritto pubblico
Rass. dir. pubbl. eur.	Rassegna di diritto pubblico europeo
Rb	Rechtbank
Resp. civ. e previd.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. eur. adm. law	Review of european administrative law
Rev. fr. adm. publ.	Revue française d'administration publique
Riv. dir. pubbl.	Rivista di diritto pubblico
Riv. it. dir. pubbl. com.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto processuale civile
Riv. trim. dir. pubbl.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Rivista AIC	Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti
tB/S	Ten Berge/Stroink
Transylv. rev. adm. sci.	Transylvanian review of administrative sciences
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago law review
Urb. e app.	Urbanistica e appalti
Utrecht L. Rev.	Utrecht law review

## INDICE

pag.

ABSTRACT.....	X
---------------	---

### INTRODUZIONE

1. - Ambito della ricerca .....	1
2. - Struttura della trattazione .....	3
3. - Obiettivi dell'indagine e profili metodologici.....	4

### CAPITOLO I

#### **IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**

1. L'attività amministrativa. Profili introduttivi.....	6
1.1. L'attività amministrativa discrezionale .....	8
1.2. L'attività amministrativa vincolata.....	11
1.3. La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata ai fini del riparto di giurisdizione.....	15
2. La nozione di discrezionalità amministrativa. Profili storici .....	18
2.1. La nascita della discrezionalità amministrativa in Francia.....	18
2.2. Le origini del dibattito sulla discrezionalità in Italia.....	21
2.3. Le teorie sulla discrezionalità nel diritto pubblico tedesco. Il potere discrezionale come attività volitiva o intellettuale .....	24
2.4. La tesi di Giannini e la polemica con Mortati .....	25
2.5. La procedimentalizzazione della funzione amministrativa come limite alla discrezionalità.....	29
3. La discrezionalità tecnica.....	33
4. Ragionevolezza è proporzionalità ?.....	43
4.1. I vari profili del principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo italiano .....	53
4.2. La ragionevolezza nel procedimento amministrativo.....	54
4.3. La ragionevolezza come standard di sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa.....	56
4.4. Luci ed ombre della giurisprudenza italiana sulla distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità.....	62

## INDICE

5. Le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale. La consumazione della discrezionalità .....63
6. Il sindacato giurisdizionale sugli atti di macro-organizzazione .....65

## CAPITOLO II

### IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO OLANDESE

1. Attualità del tema ed interessi in gioco. Il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo ..... 68
2. Il sistema di tutela avverso gli atti amministrativi illegittimi predisposto dall'ordinamento giuridico olandese..... 69
  - 2.1. Le origini del dibattito ..... 69
  - 2.2. Il passaggio da una tutela prevalentemente giustiziale ad una tutela prevalentemente giurisdizionale. La nascita della giurisdizione amministrativa ..... 72
  - 2.3. Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo ..... 73
  - 2.4. Lo sviluppo del diritto amministrativo e le riforme della giustizia amministrativa dalla seconda guerra mondiale agli anni Novanta ..... 74
    - 2.4.1. L'istituzione del Tribunale del Commercio e dell'Industria ..... 75
    - 2.4.2. L'istituzione del ricorso alla Corona ..... 76
    - 2.4.3. L'istituzione della Sezione giurisdizionale amministrativa del Consiglio di Stato ..... 79
  - 2.5. Le grandi riforme degli anni Novanta ..... 81
  - 2.6. La situazione attuale ..... 84
3. La distinzione tra poteri amministrativi discrezionali e vincolati ..... 85
4. Modelli di controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi. Il caso del modello olandese ..... 93
5. Fasi storiche e tecniche di sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi discrezionali nei Paesi Bassi ..... 101
  - 5.1. Il sindacato giurisdizionale nella prima metà del XX secolo ..... 103
  - 5.2. Il caso *Zandvoortse woonruimtevoording* ..... 103
  - 5.3. Il caso *Doetinchem* ..... 108
    - 5.3.1. Il precedente inglese. Il caso *Wednesbury*..... 113
  - 5.4. Il sindacato giurisdizionale dopo il caso *Doetinchem* e fino al 1976 ..... 116
  - 5.5. Il sindacato giurisdizionale dal 1976 al 1994 ..... 117
    - 5.5.1. Il caso *Normaal* ..... 119



## INDICE

5.6. Il sindacato giurisdizionale dopo l'entrata in vigore del GALA .....	123
5.6.1. Dallo standard di ragionevolezza al principio di proporzionalità .....	126
5.6.2. Il caso <i>Maxis and Praxis</i> .....	130
5.6.3. Proporzionalità e sanzioni .....	138
5.6.4. I poteri di risoluzione giurisdizionale definitiva della controversia .....	139
5.7. Le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale .....	144

### CAPITOLO III

#### **IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NEL DIRITTO EUROPEO. PROFILI DI DIRITTO COMPARATO**

1. - L'influenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul diritto amministrativo italiano e olandese, con particolare riferimento alla proporzionalità e alla ragionevolezza quali criteri di sindacato della discrezionalità amministrativa.....	160
2. - Conclusioni.....	168
BIBLIOGRAFIA .....	170
TAVOLA DEI CASI CITATI .....	198
APPENDICE .....	202

## ABSTRACT

The difference between reasonableness and proportionality is full of lights and shadows. This PhD thesis examines these two principles of very particular relevance for the judicial review of administrative discretion, from the point of view of the Italian and Dutch administrative doctrine and jurisprudence.

On the level of Italian administrative law, part of the national doctrine considers reasonableness a principle different from proportionality and endowed with its own autonomy with respect to the latter, reconnecting to each of them specific fields of action and peculiarities. The fields of action of the two principles on topic refers to different phases of the administrative decision making process.

In particular, reasonableness concerns the administrative proceeding, especially the preliminary phase; proportionality concerns the administrative measure, as a concrete balancing of interests at stake. The principle of reasonableness operates a weighting of interests inspired by the criterion of logic and congruity of the choice made by the public authority; it is conducted on an objective basis and it is independent of assessments regarding the person who suffers the administrative decision.

On the other hand, the principle of proportionality implies a more complex evaluation, based on a three-stage scheme, testing for adequacy, necessity and proportionality *stricto sensu*; it directly compares the costs suffered by private interest and the pursued public interest.

Proportionality is the principle on the basis of which a public authority, in the decision making process, must take the most appropriate and adequate measure with the least sacrifice for the opposite interest. In other words, proportionality concerns the quantitative balancing and the correct measure of the exercised administrative power. Instead, reasonableness concerns the qualitative balancing of interests; it involves the plausibility of the effects and has a limited range because it excludes only decisions so unreasonable that no reasonable man could ever have come to it.

In the Italian administrative law, the origin of these two principles is also different. Originated in the German legal system and integrated into the EU legal

## ABSTRACT

order through the case law of the European Court of Justice, the general principle of proportionality became a source of inspiration for the national judge; however, Italian administrative law borrowed the concept of reasonableness from national constitutional law.

In constitutional law, reasonableness is indeed a standard for reviewing laws. Reasonableness is classified by Italian scholars in the group of typical unexpressed principles. These principles are not laid down in an explicit constitutional or legislative provision but were elaborated and developed by the doctrine and/or jurisprudence. Indeed, reasonableness is (not a written constitutional principle but) a principle of a constitutional nature; it means that the principle of reasonableness cannot be derogated by an act of Parliament. Non by chance, reasonableness is also defined as an “absolute principle”, that is without exceptions.

In detail, in Italian administrative law, the principle of reasonableness is a corollary of three constitutional principles – namely, equality, impartiality and good administration – and indirectly recognised by the Italian Administrative Procedure Act.

Since the origins of Italian administrative law, general principles of law have represented an important feature in its development. Despite the lack of rules on the binding value of the precedent (*stare decisis*), Italian administrative courts have played and still play an important role in the development of these principles and in bringing them to life; the same applies to the principle of reasonableness.

That said, specific attention will be paid to the many faces and functions of reasonableness, in administrative proceeding as well as in judicial review of discretion, and its connection with the idea of proportionality.

In the second chapter, the same topics will be analyzed also in the Dutch legal order. The relationship between Dutch administrative law and Italian administrative law has been little or nothing investigated by scholars. Italian and Dutch administrative law are generally not taken into account as comparison terms by traditional studies. Wrongly. In fact, Italian and Dutch administrative law has numerous profiles and elements of interest for legal comparison.

## ABSTRACT

This second part of research has aims at the study of the judicial review of administrative discretion in the Dutch administrative law, before and after the General Administrative Law Act; their analysis in comparative perspective with the Italian legal system, that is the verification of contaminations, transplants, cross-fertilization, exports to/from other legal systems of civil law or common law; the verification of the possibility of bringing some Dutch administrative institutions back to common and pre-defined models.

The second chapter focuses on the analysis of the judicial review of discretionary administrative powers by the Council of State in The Netherlands. In particular, it analyzes how the Council of State carries out the test of reasonableness; it compares the limits of the substantive judicial review in Italy and in The Netherlands and the width of the scope of discretion of administrative powers; it investigates if there is a relationship between the reasonableness test and the prescriptive content of the administrative procedure rules. Indeed, the legislation frequently does not prescribe in precise terms how the administrative authority should give substance to these general rules. Consequently, the legislation confers a wide scope of discretion on public authorities in some respects. Therefore, the second chapter deepens if the Dutch administrative judge tends to concentrate its review of the order on the more procedural standards the administrative authority had to observe.

Finally, this will be followed in more detail by a discussion of the principles of proportionality and reasonableness on the EU level, about what do they protect and how these principles have influenced the administrative (case) law in Italy and in The Netherlands.

## INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Ambito della ricerca – 2. Struttura della trattazione – 3. Obiettivi dell'indagine e profili metodologici.

### 1. Ambito della ricerca.

Questa tesi raccoglie l'invito, contenuto nelle conclusioni di uno degli ultimi contributi sul tema, a continuare gli esercizi di comparazione, dal momento che «l'apparente analogia di risultati del sindacato giurisdizionale negli ordinamenti considerati merita di essere verificata e, comunque, approfondita, tenendo conto della diversità delle tecniche di sindacato, anche sotto il profilo processuale, necessaria conseguenza dei contesti istituzionali differenti, come sono del resto, le lingue e i linguaggi giuridici usati, ed altresì della diversa storia degli organi giurisdizionali e degli apparati amministrativi interessati»<sup>1</sup>.

Nell'ottantesimo anniversario della pubblicazione di alcune delle pagine<sup>2</sup>, a mio avviso, ancora oggi attuali, più interessanti e ricche di stimoli per il giovane giurista che si addentri nella selva – ora oscura ora meno perigliosa all'ombra dei Maestri – del diritto amministrativo italiano, da cui prese vita la c.d. disputa sulla discrezionalità che vide contrapposti due scienziati del diritto, Massimo Severo Giannini e Costantino Mortati, è bello evidenziare, piuttosto che le differenze, un'osservazione, questa sì, comune a entrambi gli Autori e che costituisce il punto di partenza e allo stesso tempo la premessa della presente ricerca: l'importanza della

---

<sup>1</sup> D. SORACE, *Conclusioni: per continuare (gli esercizi di comparazione)*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, p. 266.

<sup>2</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, 1939, pp. 76-81.

nozione di discrezionalità amministrativa ai fini dell'indagine sui limiti del sindacato giurisdizionale<sup>3</sup>.

Quanto al primo dei termini di questa corrispondenza biunivoca di amorosi sensi, la discrezionalità, «è da tempo in atto, con effetti intuitivi sulle tematiche qui in esame, la revisione della relativa nozione nella consapevolezza che, quando le soluzioni non sono precisamente predeterminate dalla norma, non per questo difettano i criteri giuridici (principi, clausole generali) per sindacare la scelte nel loro contenuto intrinseco»<sup>4</sup>; d'altro canto, anche i confini e le caratteristiche del sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa – intesa in senso ampio – sono oggi esposti ad una generale riconsiderazione da parte non soltanto della dottrina ma dalla stessa giurisprudenza che, anche sotto l'influenza del diritto europeo ed in particolare secondo gli indirizzi impartiti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sembra tendere – non senza qualche decisione di segno contrario – ad implementare l'intensità del controllo sull'attività amministrativa. Infatti, alla luce delle più recenti pronunce, l'affinamento delle tecniche di scrutinio sembra consentire una progressiva estensione dell'area della legittimità ed una contestuale restrizione dei profili di merito delle decisioni insindacabili.

Queste tematiche – discrezionalità amministrativa, sindacato giudiziale, tecniche di controllo – investono l'essenza stessa del diritto pubblico – in verità, del diritto senz'altro – e sono considerate di fondamentale importanza nell'ordinamento giuridico italiano come in altri. Del resto, si tratta «di una materia particolarmente adatta ad essere oggetto di comparazioni, che possono variare sia per lo specifico obiettivo che per livello di analisi ma che sarebbero in ogni caso di grande utilità, in primo luogo, per una approfondita comprensione, al di là della prima vista, delle

---

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, op. cit., p. 10, osserva che «la nozione di potere discrezionale assume la sua maggior rilevanza pratica ove applicata a considerare il sindacato, il riesame, il giudizio in genere, avente per oggetto l'atto emanato in esercizio di potere discrezionale, e compiuto da agenti giuridici diversi da quelli che hanno emanato l'atto stesso». D'altra parte, C. MORTATI, *Potere discrezionale*, op. cit., p. 77, afferma che «il concetto di potere discrezionale è stato elaborato dalla dottrina soprattutto (...) allo scopo della delimitazione del sindacato dei giudici sugli atti appartenenti a quella funzione».

<sup>4</sup> F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 221.

effettive specificità dei diversi ordinamenti, ad iniziare da quello proprio di chi conduce l'esercizio comparativo»<sup>5</sup>.

## 2. Struttura della trattazione.

Il primo capitolo di questa tesi di dottorato ha ad oggetto l'approfondimento delle citate tematiche nel sistema giuridico italiano, con particolare attenzione all'analisi dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, quali diversi standard di controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, secondo le ricostruzioni interpretative elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. E tuttavia, come si avrà modo di verificare attraverso lo studio dei casi giurisprudenziali, la differenza tra ragionevolezza e proporzionalità è piena di luci ed ombre. Un'attenzione specifica sarà riservata ai vari profili e alle diverse funzioni svolte dalla ragionevolezza, sia nel procedimento amministrativo sia sotto il profilo processuale come criterio di controllo dell'azione amministrativa.

Il rapporto tra diritto amministrativo italiano ed olandese è stato poco o per nulla indagato dalla dottrina<sup>6</sup>. Lo stesso diritto amministrativo olandese fatica ad uscire dai confini nazionali e generalmente non è preso in considerazione dalla manualistica tradizionale come termine di comparazione. A torto. Infatti, il diritto amministrativo olandese presenta numerosi profili di interesse per la comparazione giuridica.

Il secondo capitolo del presente lavoro si pone, quindi, come obiettivo lo studio della nozione della discrezionalità e delle tecniche di sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo olandese, prima e dopo la codificazione avvenuta nel 1994 con l'adozione della legge generale sul diritto amministrativo sostanziale e

---

<sup>5</sup> D. SORACE, *Conclusioni*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>6</sup> Sul tema oggetto della presente tesi, quanto alla dottrina italiana, due riferimenti al diritto amministrativo olandese sono contenuti in L. BENVENUTI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 9, nt. 13-14. Alcuni di questi argomenti, limitatamente all'organizzazione della giustizia amministrativa dei Paesi Bassi, sono stati trattati in un Convegno dal titolo "La Giustizia Amministrativa in Europa. Inghilterra, Olanda, Paesi scandinavi e dell'Est europeo", organizzato dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa in Roma, 12 dicembre 2014, presso la sede del Consiglio di Stato (oggi in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

processuale; la loro analisi in prospettiva comparata con l'ordinamento giuridico italiano, ovvero la verifica di contaminazioni, trapianti, esportazioni in/da altri ordinamenti giuridici di *civil law* oppure di *common law*; la verifica della possibilità di ricondurre alcuni istituti amministrativi olandesi a modelli comuni e predefiniti; il ruolo nomopoietico della giurisprudenza olandese in materia e l'analisi dei principi generali di diritto amministrativo di origine pretoria in materia di sindacato dell'azione amministrativa elaborati dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo e la successiva interpretazione della stessa, anche con particolare riferimento all'obbligo di motivazione.

Il terzo capitolo, infine, prende in considerazione l'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, quali criteri di sindacato dell'attività discrezionale, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed indaga l'influenza, diretta, indiretta o reciproca, della giurisprudenza europea sui diritti amministrativi nazionali degli Stati membri considerati in prospettiva comparata.

### **3. Obiettivi dell'indagine e profili metodologici.**

La ricerca si pone come obiettivo lo studio del sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e le modalità di applicazione del test di ragionevolezza da parte del Consiglio di Stato in prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi, attraverso l'uso degli strumenti della comparazione giuridica sincronica e diacronica.

In dettaglio, la ricerca ha avuto ad oggetto i seguenti temi: in primo luogo, un'analisi comparata in merito ai caratteri tradizionali, i fondamenti normativi e le tendenze evolutive del sindacato giurisdizionale sull'esercizio di poteri discrezionali della pubblica amministrazione italiana ed olandese; lo studio delle modalità con cui nei due Paesi i massimi organi di giustizia amministrativa effettuano il test di ragionevolezza, per confrontare i limiti del *judicial review* "sostanziale" in Italia e nei Paesi Bassi e l'ampiezza della discrezionalità dei poteri amministrativi; lo studio dei modelli di tutela costitutiva, reintegratoria e risarcitoria riconosciuti ai privati avverso le decisioni discrezionali amministrative; la verifica dell'esistenza di una



relazione tra il test di ragionevolezza e il contenuto prescrittivo delle regole del procedimento amministrativo; un'analisi della legislazione, della dottrina e della giurisprudenza italiana ed olandese in tema di sindacato giurisdizionale delle decisioni amministrative oggetto di esercizio di poteri discrezionali.

Nella presente ricerca, che ha previsto il raffronto di istituti di diversi ordinamenti giuridici, al fine di individuarne somiglianze, differenze, relazioni, è stato utilizzato il metodo comparativo, garantendo l'oggettività, l'esattezza, la correttezza e la scientificità dei risultati. Nella prima fase della ricerca, è stato preferito l'esame storico, in una prospettiva diacronica e decostruttiva, ricorrendo per la maggior parte a fonti normative di diritto positivo, operando un confronto sistematico, una comparazione istituzionale e funzionale, in cui il singolo dato è stato scomposto nei suoi minimi termini; nella seconda fase, preso atto, dell'attuale ruolo creativo della giurisprudenza, protagonista nell'elaborazione del diritto, in particolare nella materia che ci occupa, è stato utilizzato largamente il metodo del caso concreto, in una prospettiva strutturalista e sincronica, facendo uso di numerose fonti giurisprudenziali; nella terza fase, in una prospettiva funzionale, sono stati ricondotti ad unità i risultati raggiunti. Del resto, la possibilità di adottare una pluralità di approcci, pur nello stesso lavoro di ricerca, senza incorrere in evidenti antinomie, è una conquista per lo studioso, di cui la dottrina più non dubita.

## CAPITOLO I

### IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: 1. L'attività amministrativa. Profili introduttivi – 1.1. L'attività amministrativa discrezionale – 1.2. L'attività amministrativa vincolata – 1.3. La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata ai fini del riparto di giurisdizione – 2. La nozione di discrezionalità amministrativa. Profili storici – 2.1 La nascita della discrezionalità amministrativa in Francia – 2.2. Le origini del dibattito sulla discrezionalità in Italia – 2.3. Le teorie sulla discrezionalità nel diritto pubblico tedesco. Il potere discrezionale come attività volitiva o intellettuale – 2.4. La tesi di Giannini e la polemica con Mortati – 2.5. La procedimentalizzazione della funzione amministrativa come limite della discrezionalità – 3. La discrezionalità tecnica – 4. Ragionevolezza è proporzionalità? – 4.1. I vari profili del principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo italiano – 4.2. La ragionevolezza nel procedimento amministrativo – 4.3. La ragionevolezza come standard di sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa – 4.4. Luci ed ombre della giurisprudenza italiana sulla distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità – 5. Le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale. La consumazione della discrezionalità – 6. Il sindacato giurisdizionale sugli atti di macro-organizzazione.

#### 1. L'attività amministrativa. Profili introduttivi.

Nell'ordinamento giuridico italiano come in altri ordinamenti europei<sup>7</sup>, l'attività amministrativa è subordinata al potere legislativo e al principio di legalità<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Sull'affermazione del principio di legalità in altri ordinamenti europei, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 13-16, nt. 18.

<sup>8</sup> Sul tema la letteratura è vastissima. Si citano alcuni scritti più significativi: F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), 1901, Milano, Vol. III, p. 1 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 272-274; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 203 ss.; R. ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 49 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 130 ss.; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 913 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 81-83, 1259-1261; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc.*

In altre parole, la pubblica amministrazione può esercitare unicamente i poteri che le sono attribuiti dal legislatore. Per questa ragione, il potere amministrativo non è mai libero ma discrezionale<sup>9</sup>. L'azione amministrativa è così sottoposta a limiti negativi e positivi<sup>10</sup>. Il limite negativo è, ovviamente, la liceità dei fini della funzione amministrativa. I limiti positivi, invece, sono posti dal legislatore in misura variabile a seconda dei fini pubblici (politici) che l'amministrazione è chiamata a perseguire.

È possibile classificare l'attività amministrativa sulla base di vari criteri. In particolare, a seconda del margine di apprezzamento di cui l'autorità dispone si distingue tra attività discrezionale<sup>11</sup> e attività vincolata<sup>12</sup>.

---

*Dir.*, 1973, XXIII, p. 658 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, p. 124 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 1355 ss.; A. ROMANO, *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, in *Foro amm.*, 11, 1981, p. 2162 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, p. 84 ss.; M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), Bologna 1994, p. 721 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 247 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, p. 91 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 12, p. 3303 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1, 1999, p. 111 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna. Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008.

<sup>9</sup> B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1998, ritiene che «il potere amministrativo è discrezionale e non libero perché, nel compimento della scelta, l'amministrazione deve perseguire l'interesse pubblico indicato dalla norma o desumibile dall'attribuzione dell'amministrazione e dalla competenza dell'ufficio».

<sup>10</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 22; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 210 ss.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa*, *op. cit.*, p. 386 ss.

<sup>11</sup> La letteratura sul tema della discrezionalità amministrativa è, ovviamente, vastissima. Per tutti, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, *op. cit.*, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 1964, XII, p. 65 ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Vol. I, Milano, 1983, p. 200 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 1, p. 371 ss.; E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei*

### 1.1. L'attività amministrativa discrezionale.

La discrezionalità è stata definita come «la facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato»<sup>13</sup> oppure come il potere della pubblica amministrazione di individuare, sulla base di una valutazione di opportunità, il modo migliore per perseguire l'interesse pubblico «con il minor sacrificio possibile per i privati»<sup>14</sup>.

Dalle citate definizioni si evincono le seguenti caratteristiche della nozione di discrezionalità: 1. l'amministrazione può avere una facoltà di scelta (diversamente, ricorre un'attività di tipo vincolato) relativamente all'*an* (se emanare o non emanare un certo provvedimento), al *quando* (quando emanare un provvedimento), al

---

*procedimenti amministrativi*, Vol. I, Perugia, 1983; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, p. 463 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, 11, p. 3171; G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1989, XI; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990; D. RESTA, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e gli interessi legittimi dei cittadini nella legge di riforma del procedimento amministrativo e nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Tar.*, 1992, II, 11, p. 411 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, p. 127 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un assaggio*, in *Amministrativ@mente*, 1, 2013; V. BRIGANTE, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, pp. 955-991.

<sup>12</sup> Sull'attività vincolata, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988 (ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1249); G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, *op. cit.*, p. 330 ss.; F.M. NICOSIA, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. V. 1 Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale*, Napoli, 1991; A. AZZENA, *Potere amministrativo e discrezionalità*, in *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), Bologna, II, 1993, p. 1196 s.; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, p. 287; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 5 aprile 2017.

<sup>13</sup> P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 19.

<sup>14</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, op. cit.*, pp. 613-614.

*quomodo* (in che modo esternare il provvedimento e quali elementi accidentali inserirvi) e al *quid* (quale deve essere contenuto del provvedimento); 2. la scelta deve avvenire tra più comportamenti giuridicamente leciti; 3. l'amministrazione deve soddisfare l'interesse pubblico stabilito dal legislatore, che rappresenta il limite supremo della discrezionalità amministrativa. Infatti, la pubblica amministrazione non può perseguire un interesse privato, se non in via indiretta o mediata; 4. il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato (principio di congruità tra i poteri ricevuti dal legislatore e obiettivi dell'azione amministrativa); 5. ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari, in modo che il fine primario venga conseguito con il minor sacrificio possibile degli interessi contrapposti (principio del minimo mezzo).

Secondo autorevole dottrina<sup>15</sup>, la discrezionalità può riguardare tre profili dell'azione amministrativa: in primo luogo, la possibilità di scelta può investire il presupposto dell'azione amministrativa quando esso non ha confini precisi. Si pensi, ad esempio, alla problematica individuazione e definizione dell'espressione "parte rilevante" del mercato nazionale contenuta nell'art. 2, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato emette una diffida nei confronti delle imprese che abbiano concluso un'intesa restrittiva della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante; in secondo luogo, la discrezionalità può derivare dal carattere indeterminato del concetto che indica l'interesse da tutelare. È il caso, ad esempio, della nozione di "sicurezza urbana" che, in caso di gravi pericoli, autorizza il Sindaco ad emettere provvedimenti contingibili e urgenti ai sensi dell'art. 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; in terzo luogo, la discrezionalità ricorre quando l'amministrazione è chiamata a garantire non un solo interesse pubblico ma più interessi pubblici e privati. Pertanto, sotto questo profilo, esercizio di discrezionalità significa che l'amministrazione, nell'ambito dello svolgimento della funzione (e quindi non necessariamente nel corso di un procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di un provvedimento finale

---

<sup>15</sup> G. CORSO, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Treccani*, 2014.

espresso) è chiamata ad effettuare una ponderazione e comparazione qualitativa e quantitativa degli interesse pubblici e privati che concorrono in una situazione concreta, secondo la ben nota definizione di Giannini<sup>16</sup>. A titolo esemplificativo, si consideri l'adozione del piano regolatore urbanistico da parte del Consiglio comunale, che è finalizzato a soddisfare una pluralità di interessi, talvolta confliggenti tra loro<sup>17</sup>. Ancora, si pensi alla scelta, per la realizzazione di un'opera pubblica, tra l'avvio di un procedimento espropriativo e l'acquisizione dell'area interessata dal progetto *iure privatorum*<sup>18</sup>. Talvolta, l'esistenza di un tale coacervo di

---

<sup>16</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 74; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 483, secondo cui la pubblica amministrazione, quando esercita un potere discrezionale, è tenuta a compiere una «ponderazione comparativa degli interessi secondari in ordine all'interesse primario». In termini analoghi, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, *op. cit.*, p. 1249, afferma che il potere amministrativo è intimamente connesso alla «funzione di comporre i conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti».

<sup>17</sup> L'esempio è riportato in M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 97, che metteva in evidenza la complessità della ponderazione degli interessi in sede di adozione di un piano regolatore: «pongasì il caso di un'amministrazione comunale che elabori un piano regolatore della città: l'interesse primario che esso cura è quello dell'urbanistica; nell'esercizio delle sue attribuzioni, essa studia il tracciato ideale di una grande strada, ma in fatto trova via via un cimitero, un palazzo storico, un ospedale, una fabbrica, oltre a tante abitazioni già esistenti; ecco vari interessi pubblici o privati (pietà, arte, sanità, industria, patrimoni privati) che possono indurre l'amministrazione a rinunciare al tracciato ideale o a modificarlo, oppure a risolvere radicalmente le difficoltà, ove lo permette l'interesse degli interessi che è quello finanziario»; analogamente, A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nell'amministrazione*, Padova, 1973, p. 108.

<sup>18</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1988, p. 372, ritiene che, nell'esempio indicato, «tra le due soluzioni, quella che comporta minori sacrifici per l'interesse confliggente è sicuramente la seconda. Pertanto, si dovrà, innanzitutto, tentare di seguire tale direzione, per quanto possibile e compatibile con le esigenze del pubblico interesse». Analogamente, in tema di acquisizione sanante, ai sensi dell'art. 42 bis del d.P.R. n. 327/2001, le uniche alternative possibili per l'amministrazione per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto sono rappresentate dalla restituzione del bene al legittimo proprietario o, in alternativa, dalla emanazione del provvedimento di acquisizione, con corresponsione di un importo superiore al valore venale (fermo restando il diritto al risarcimento del danno per il periodo di occupazione *sine titulo*). L'amministrazione - pur tenuta al ripristino della legalità - è titolare del potere discrezionale («valutati gli interessi in conflitto») di scegliere tra la restituzione del bene ovvero l'acquisizione dello stesso ai sensi dell'art. 42 bis. In altri termini, l'amministrazione è chiamata a valutare se, in relazione alle risorse economiche disponibili ed agli interessi da soddisfare, il terreno vada restituito, previa demolizione di quanto costruito, ovvero vada acquisito ai sensi dell'art. 42 bis. Tale potere è da considerarsi espressione del più generale potere di amministrazione attiva che compete agli enti pubblici, cui il giudice amministrativo

interessi può comportare alcune difficoltà nell'esercizio dell'azione amministrativa, per la cui semplificazione l'ordinamento ha predisposto strumenti come la conferenza dei servizi, in modo da riunire le varie parti di un procedimento (artt. da 14 a 14-quinquies, l. n. 241/1990). Non a caso, la discrezionalità è generalmente definita come momento di valutazione della miglior scelta possibile con il minor sacrificio per i soggetti che sono coinvolti, secondo il c.d. principio del minimo mezzo<sup>19</sup>. L'interesse pubblico costituisce certamente il criterio guida per l'attività dell'amministrazione che, tuttavia, non può non tenere in considerazione tutti gli altri interessi coinvolti, i quali, peraltro, non sempre sono già determinabili all'inizio del procedimento ma possono anche venire in rilievo nel corso dello stesso.

## 1.2. L'attività amministrativa vincolata.

Tanto premesso in ordine all'attività di natura discrezionale e all'esercizio del potere autoritativo della funzione pubblica attraverso la modalità classica con cui si esplica l'attività amministrativa<sup>20</sup>, bisogna ora prendere in considerazione l'attività amministrativa a carattere vincolato. Si tratta di un'attività in cui non si verifica un esercizio di discrezionalità, perché l'azione amministrativa in qualche modo è già

---

non può sostituirsi, salvo che nei casi di giurisdizione estesa al merito, di modo che la valutazione degli interessi in conflitto e la decisione di procedere all'acquisizione sanante afferisce necessariamente alla sfera di discrezionalità dell'amministrazione. Sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 11 ottobre 2017, n. 10207, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Calabria, sez. I, 4 giugno 2015, n. 517, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>19</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, 1, Milano, 2011, p. 1428. Sul punto, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 5 agosto 2009, n. 1990, in cui si legge che «la ponderazione comparativa di interessi esprime l'essenza dell'azione dei pubblici poteri e rappresenta l'*ubi consistam* di una nozione portante in diritto amministrativo, quale è quella di discrezionalità amministrativa pura. La scelta finale della p.a., pur sempre teleologicamente orientata, ossia volta a perseguire il soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, deve manifestarsi con minor sacrificio per il privato perché ciò è conforme al canone di ragionevolezza dell'azione amministrativa».

<sup>20</sup> In proposito, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p. 279, 289 e 302, ritiene che «allo schema dell'atto che si caratterizza in quanto atto di esercizio di un potere di supremazia appartiene propriamente la sola categoria degli atti discrezionali», «l'atto vincolato, invece, non è atto autoritativo in senso proprio» in quanto «vero potere di supremazia è solo quello discrezionale»; in maniera concorde A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata, op. cit.*, p. 51. Sul punto anche F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017, p. 65 ss.

predeterminata dalla legge, per cui l'amministrazione è chiamata semplicemente a verificare la rispondenza del caso di specie ai requisiti normativi, con esclusione di ogni possibilità di scelta<sup>21</sup>. In simili ipotesi, gli effetti giuridici che derivano dall'adozione di un atto vincolato sono prodotti secondo lo schema norma-fatto-effetto, invece di quello norma-potere-effetto che ricorre in caso di attività discrezionale<sup>22</sup>. Peraltro, una parte della dottrina<sup>23</sup> riteneva che all'attività vincolata

---

<sup>21</sup> Secondo A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, p. 71, nt. 118, «il *proprium* della vincolatezza consiste nel costituire l'effetto giuridico realizzando l'assetto di interessi *ex ante* prefigurato dal legislatore senza alcun contributo creativo»; F.M. NICOSIA, *Potere pubblico, op. cit.*, pp. 99-100, ritiene che si ha vincolatezza «allorché la norma abbia inteso prefigurare, in linea di principio, ogni ipotesi o situazione ad essa riconducibile» per cui «nell'attività vincolata si tratta di attribuire, mediante un procedimento logico-deduttivo, un significato, traendone conseguenze pratiche necessitate, a un testo normativo. A detto testo, infatti, è direttamente riconducibile l'esistenza (...) del vincolo, il contenuto del quale risulta interamente desumibile dal testo stesso»; secondo P. VIRGA, *Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1992, p. 21, si tratta di «atti vincolati nel senso che l'amministrazione è tenuta ad emanarli qualora risulti accertata la sussistenza dei presupposti a cui la legge subordina la loro emanazione». Analogamente, D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, p. 387, sostiene che «un atto dell'amministrazione può considerarsi vincolato quando si è in presenza di una fattispecie in relazione alla quale la legge stabilisce che, in presenza di un presupposto di fatto che l'amministrazione deve limitarsi ad accertare, senza operare scelte o valutazioni opinabili, l'amministrazione stessa può legittimamente prendere un solo provvedimento, predeterminato dalla legge, senza alcuna margine di scelta neanche relativamente all'an».

<sup>22</sup> La distinzione fra questi due diversi schemi è riportata in E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo*, Padova, 1978, p. 310 (già in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, I, Padova, 1972). Questa dicotomia deriva da tre meccanismi teorico-generalmente della produzione giuridica: norma-potere, potere-norma e norma-fatto. In proposito, E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, p. 159 ss., secondo cui una relazione circolare lega questi binomi, ed in particolare: la produzione dell'effetto per la ricorrenza del fatto prevista dalla norma (norma-fatto) è spiegata dalla produzione della norma da parte del potere (potere-norma), che a sua volta è spiegata dalla previsione del potere da parte di una norma (norma-potere). Sulla «trinità» di Capaccioli, F. MERUSI, *Dir. amm.*, 4, 2009, p. 873. In particolare, per quanto concerne lo schema norma-fatto-effetto, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1980, p. 267, «l'effetto giuridico, la situazione soggettiva è dalla legge ricollegata unicamente al verificarsi di un determinato fatto senza che sia necessaria l'intermediazione dell'esercizio di alcun potere sostanziale». D'altro canto, nello schema norma-potere-effetto, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, p. 341, evidenzia che «l'effetto non risale immediatamente alla legge, ma vi è l'intermediazione di un soggetto che pone in essere un atto, espressione di una scelta, mediante il quale si regola il fatto e si produce la vicenda giuridica». Sullo schema norma-potere-effetto, anche A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle*



non corrispondesse un esercizio di poteri autoritativi, arrivando addirittura a negare la natura provvedimentale degli atti vincolati<sup>24</sup>.

A titolo esemplificativo, il decreto di espulsione dello straniero che non sia in possesso del permesso di soggiorno o non ne abbia chiesto il rinnovo è atto vincolato ai sensi dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", mentre le valutazioni relative all'ordine pubblico, all'integrazione sociale e alle possibilità di lavoro dello straniero attengono al procedimento di concessione o di rinnovo del permesso, il cui controllo è demandato esclusivamente al giudice amministrativo, dinanzi al quale sia stato impugnato il diniego<sup>25</sup>. Sempre in materia di immigrazione, in presenza del parere negativo della

---

*tecniche di produzione degli effetti sostanziali*), in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 59, rileva che «la norma di legge generale e astratta non detta essa stessa la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni, non ricollega essa stessa direttamente ai fatti il sorgere di situazioni soggettive (di pretesa, facoltà, obbligo, soggezione) ma demanda (...) alla p.a. (potere amministrativo in senso proprio) la determinazione di tale disciplina».

<sup>23</sup> G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 376 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, *op. cit.*, p. 45 ss.

<sup>24</sup> G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, p. 116; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova, 1953, p. 45; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 248 ss.; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Milano, 1987, p. 87; d'altra parte, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 28 ss., afferma che non è possibile negare la pertinenza degli atti vincolati alla categoria del provvedimento amministrativo. Il legislatore ha risolto definitivamente la questione, dal momento che l'art. 21 octies l. n. 241/1990 esplicitamente ammette l'esistenza di provvedimenti amministrativi vincolati.

<sup>25</sup> Cassazione civile, sez. I, 5 dicembre 2001, n. 15414, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 2100. In proposito, L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, 2009, p. 144, osserva che «in virtù di quanto disposto dall'art. 5, comma 5, T.U., la decisione di rilasciare o meno il permesso è tendenzialmente vincolata per la questura, ad eccezione della valutazione della pericolosità del soggetto per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (ancorché si tratti di una discrezionalità interna alla fase istruttoria, che non investe in maniera specifica il momento deliberativo finale), e del diniego determinato da una segnalazione di inammissibilità Schengen. Un fattore di discrezionalità deve poi sicuramente rinvenirsi nel diniego di permesso di soggiorno richiesto per ricongiungimento familiare, in forza dell'art. 5, comma 5, che impone all'amministrazione di

commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, il diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari è atto vincolato, che prescinde dalla motivazione di detto parere<sup>26</sup>. In tema di assegnazione di incentivi alle imprese, il provvedimento di decadenza è un atto amministrativo vincolato, in quanto tale non sottoposto alla ponderazione di interessi tipica dei provvedimenti di annullamento d'ufficio<sup>27</sup>. Ancora, si pensi ad un ordine di demolizione, atto la cui adozione si ricollega alla sussistenza di determinati requisiti predeterminati dalla legge. L'ordine di demolizione, infatti, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato, che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può mai legittimare<sup>28</sup>. Nei casi menzionati, non è l'amministrazione a decidere come, se e con che grado garantire tutela ai soggetti coinvolti nel procedimento, in quanto la norma ha già predisposto nel dettaglio quali sono i requisiti per l'emanazione di un determinato provvedimento (diversamente da quanto avviene nel caso del decreto di espropriazione, per cui la norma che attribuisce il potere all'amministrazione non vincola in ogni aspetto l'azione amministrativa, lasciando all'amministrazione un margine di discrezionalità nella valutazione in concreto di quali interessi sacrificare, quali tutelare e in che misura rispetto ad altri. Pertanto, un atto si dice vincolato quando il suo "rilascio (...) dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti prescritti" dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale (art. 19, comma 4, l. n. 241/1990, nella sua originaria formulazione).

---

tenere anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine».

<sup>26</sup> T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 giugno 2019, n. 452, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>27</sup> Corte di Appello, Catanzaro, sez. II, 7 maggio 2019, n. 981; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 gennaio 2007, n. 345, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, sez. II, 19 giugno 2019, n. 4184, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La linea di demarcazione tra attività discrezionale e vincolata è, comunque, controversa, non soltanto in merito alla distinzione in sé considerata<sup>29</sup>, ma anche con riferimento al fatto che dietro una simile classificazione si cela, in realtà, una questione di ben più ampio respiro – e per vero di non facile ed immediata risoluzione – ovvero sia la delimitazione del *proprium* o del «critère»<sup>30</sup> del diritto amministrativo ed, in particolare, dell'attività amministrativa. Infatti, se in altri ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, come Francia e Germania, il carattere tipico dell'attività amministrativa è stato individuato ora nell'idea di supremazia<sup>31</sup> ora nell'idea di funzione<sup>32</sup>, il diritto amministrativo italiano sembra ruotare attorno ad un terzo polo, quello della discrezionalità ovvero della scelta, tanto che «la sensazione che ha l'osservatore contemporaneo dell'amministrazione è che il suo centro funzionale non sia nell'imporre, ma nello scegliere»<sup>33</sup>.

### **1.3. La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata ai fini del riparto di giurisdizione.**

---

<sup>29</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, op. cit.*, p. 53, ha addirittura messo in discussione la stessa configurabilità di un'attività realmente vincolata, affermando che la caratteristica di essere totalmente vincolata è una circostanza astratta, mai pienamente riscontrabile nella realtà. Anche secondo S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 444, l'attività amministrativa «è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati»; analogamente, G. CORSO, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Treccani*, 2014, ritiene che «la distinzione tra discrezionalità amministrativa e vincoli è, come è facile comprendere, una questione di grado: come non c'è un'attività (e un atto) totalmente discrezionale, cioè libera, così è difficile che un'attività (e un atto) siano totalmente vincolati»; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa, op. cit.*, p. 1998, evidenzia «la difficoltà di distinguere, in concreto, tra attività discrezionale e attività vincolata»; D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, p. 62, sottolinea che «è l'intera categoria (e il concetto stesso) di atto vincolato a risultare incerta e sfuggente»; con riferimento ai provvedimenti vincolati, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 1, 2004, p. 210, afferma che la relativa «nozione (...) non è per nulla pacifica».

<sup>30</sup> J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Rev. Dr. Publ.*, 1953, p. 279.

<sup>31</sup> G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 6.

<sup>32</sup> G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi, op. cit.*, p. 27.

<sup>33</sup> D. SORACE, *Promemoria per una nuova «voce» «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 758.

La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata è stata utilizzata dalla dottrina per individuare la posizione giuridica soggettiva quale criterio di determinazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>34</sup>. Questa ulteriore teoria si basa, quindi, sulla distinzione classica delle modalità con cui si esplica l'attività amministrativa, dal momento che, come oggi in modo univoco si riconosce in dottrina<sup>35</sup>, l'attività amministrativa normalmente è un'attività che prevede l'esercizio di discrezionalità. Secondo questa teoria, al potere discrezionale corrisponde l'interesse legittimo, al potere vincolato il diritto soggettivo. In altri termini, l'esercizio dell'attività discrezionale sarebbe espressione di un potere amministrativo e, in tal caso, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo; invece, nell'attività vincolata, in cui manca un esercizio vero e proprio di potere da parte dell'amministrazione, sussisterebbe la giurisdizione del giudice ordinario. La dottrina ha ritenuto tale prospettazione «insoddisfacente: si osserva, infatti, che anche a fronte di atti vincolati possono esservi interessi legittimi, specie quando il vincolo è posto non nell'interesse del privato, ma a tutela dell'interesse pubblico (ad es. l'interesse della collettività ad una corretta selezione dei candidati all'esercizio di una determinata professione, come nel caso esaminato da Ad. Plen. n. 18/1999)»<sup>36</sup>. Questo criterio utilizzato ai fini del riparto di giurisdizione, infatti, si espone ad alcune critiche. In primo luogo, «se è vero che non può esserci interesse legittimo senza potere amministrativo, non è sempre vero il contrario, come sta a dimostrare il diritto amministrativo speciale: si pensi, per esempio, al diritto dell'immigrazione, nel quale settore il legislatore ha

---

<sup>34</sup> Sui vari criteri e le relative critiche afferenti la distinzione delle posizioni giuridiche soggettive allo scopo di delimitare l'ambito della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019, pp. 38-40; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, pp. 73-75; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 111 s.; V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 6, 1998, p. 1943. In particolare sulla distinzione tra attività discrezionale e vincolata come criterio di riparto della giurisdizione, B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, *op. cit.*, pp. 2000-2001.

<sup>35</sup> Per tutti, B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, *op. cit.*, p. 2002, secondo cui «i provvedimenti sostanzialmente vincolati sono eccezioni».

<sup>36</sup> R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 152.

devoluto alla giurisdizione ordinaria controversie in cui entra sicuramente in gioco l'esercizio di poteri amministrativi anche a carattere discrezionale, poteri destinati ad impattare sulla libertà personale»<sup>37</sup>. In altri termini, non vi è piena corrispondenza tra attività vincolata e diritto soggettivo, in quanto secondo la giurisprudenza questa correlazione si verifica soltanto quando le norme che disciplinano compiutamente l'attività stessa sono finalizzate a garantire in via principale l'interesse privato e non quello pubblico<sup>38</sup>.

In secondo luogo, la teoria in argomento non tiene in debita considerazione la nozione di discrezionalità tecnica<sup>39</sup>, quella forma particolare di discrezionalità dell'amministrazione in cui non si manifesta una libertà per così dire assoluta di valutazione da parte della pubblica amministrazione che esercita una discrezionalità pura, ma in qualche modo essa risulta essere vincolata, dal momento che richiede l'applicazione di criteri di natura tecnica. Come regola di carattere assolutamente generale, è possibile fin da adesso anticipare che l'applicazione di criteri tecnici è riservata all'amministrazione e il giudice non può esercitare un sindacato sostitutivo nella valutazione tecnica del caso di specie in quanto deve limitarsi a scrutinare soltanto la legittimità del provvedimento; d'altro canto, si ammette un sindacato giurisdizionale esclusivamente in caso di difformità importanti ed irragionevolezza nella valutazione dell'amministrazione. In altri termini, la nozione di discrezionalità tecnica non troverebbe uno spazio adeguato nel riparto di giurisdizione come elaborato dalla teoria in commento.

In terzo luogo, la citata prospettazione sembra contrastare con l'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990, nella parte in cui si afferma che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli

---

<sup>37</sup> B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2, 2019, p. 275.

<sup>38</sup> Sul punto, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 28 febbraio 2018, n. 329, ha stabilito che «se è pur vero che l'interesse legittimo si correla, di norma, all'esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione, non è altrettanto vero che di fronte ad un provvedimento vincolato il privato vanta sempre diritti soggettivi, ben potendo sussistere posizioni di interesse legittimo in relazione a provvedimenti vincolati, a condizione che questi ultimi siano emanati in via primaria ed immediata per la cura degli interessi pubblici e non per la soddisfazione di aspettative dei privati».

<sup>39</sup> Su cui v. *infra* § 3.

atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Com'è evidente, la norma si riferisce alla giurisdizione al giudice amministrativo, pur trattandosi di attività vincolata. Pertanto, la teoria che distingue tra attività vincolata e attività discrezionale, attribuendo la prima alla giurisdizione del giudice ordinario, si mostra del tutto incompatibile con la citata disposizione legislativa.

## **2. La nozione di discrezionalità amministrativa. Profili storici.**

### **2.1 La nascita della discrezionalità amministrativa in Francia.**

La nozione di discrezionalità nasce nell'ordinamento giuridico francese agli inizi del diciannovesimo secolo, al fine di indicare l'area dell'attività amministrativa che non può essere oggetto del sindacato giurisdizionale, in ossequio al principio della separazione dei poteri<sup>40</sup>. Il giudice, infatti, doveva limitarsi a verificare la legittimità formale dell'agire amministrativo, essendo peraltro allo stesso precluso ogni intervento sostitutivo sulle valutazioni amministrative. Nel sistema francese, dato il carattere spiccatamente oggettivo del *contentieux administratif*, la *légalité* era l'unico parametro a disposizione del giudice per sindacare l'attività amministrativa. L'espressione "potere discrezionale", così come i termini "atto discrezionale" e "attività discrezionale", si diffondono e sono ricorrenti nella giurisprudenza<sup>41</sup> e nella

---

<sup>40</sup> F. MELLERAY, *Les origines du recours pour excès de pouvoir*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, pp. 21-30; B. SORDI, *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 31-40; W. GASPARRI, *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. TORRICELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 219-242; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 307; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e nel Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, p. 1 ss.; A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, quaderno di *Dir. proces. amm.*, 1995.

<sup>41</sup> Per una rassegna della giurisprudenza più risalente, H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Parigi, 1929.

dottrina<sup>42</sup> della prima metà dell'ottocento. Piuttosto che sull'inquadramento dei termini della questione in generale e degli elementi caratteristici della discrezionalità in particolare, tuttavia l'attenzione di questi autori era incentrata quasi del tutto sull'elaborazione della distinzione tra materie contenziose e non contenziose. Per le prime soltanto, relative ai diritti civili e politici dei cittadini, l'ordinamento apprestava tutela giurisdizionale; per le seconde, invece, afferenti agli interessi semplici o protetti, si prevedeva esclusivamente il rimedio giustiziale costituito dalla possibilità di esperire un ricorso amministrativo. La dottrina dell'epoca, inoltre, si sforzava di precisare la linea di demarcazione tra attività discrezionale e attività vincolata, anche se «mancava, peraltro, la capacità di ricavare, dal terreno arato e dissodato, i frutti di teoria generale, che inizieranno ad essere colti soltanto a partire dall'ultimo quarto dell'Ottocento»<sup>43</sup>. È solo in quel momento, infatti, che da una parte viene per la prima volta sottolineata l'esistenza nella discrezionalità di una sfera di disposizione essenzialmente libera attribuita all'autorità amministrativa; dall'altra, viene affermata la compatibilità dell'attribuzione discrezionale con l'esistenza di un dovere imposto all'agente di perseguire e servire l'interesse generale affidato alle sue cure<sup>44</sup>. Sino ad allora, il valore del principio di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione era stato oggetto di un'interpretazione alquanto restrittiva, nel senso «che il pieno rispetto di tale principio esigesse soltanto la predisposizione di un sistema di tutela giurisdizionale, ordinato a difesa dei diritti soggettivi, e, quindi, l'istituzione di un sindacato, limitato – in omaggio al principio della separazione dei poteri – al controllo dell'osservanza da parte dell'amministrazione delle norme regolative delle proprie attribuzioni, oltre

---

<sup>42</sup> L.-M. DE LA HAYE DE CORMENIN, *Droit administratif*, Parigi, 1840; D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière administrative*, Parigi, 1851; A.F.A. VIVIEN, *Etudes administratives*, Parigi, 1852.

<sup>43</sup> A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, 2009, p. 15.

<sup>44</sup> L.AUCOC, *Conferences sur l'administration et le droit administrative*, Parigi, 1869; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administratif*, Parigi, 1888; R. DARESTE, *La justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration*, Parigi, 1898.

che delle forme volta a volta previste come essenziali per la sua azione»<sup>45</sup>. La discrezionalità amministrativa, quindi, non era considerato un tema avente autonoma valenza scientifica ma era indagato soltanto in maniera strumentale alla questione del sindacato giurisdizionale degli atti autoritativi lesivi di una posizione di diritto soggettivo, atti che – per definizione – non potevano essere espressione di discrezionalità ma di un vincolo dell'amministrazione. Se, da un lato, imperava un tale orientamento, secondo cui i soli diritti soggettivi erano meritevoli di tutela giurisdizionale avverso l'amministrazione, dall'altro perdurava l'atteggiamento del giudice a limitarsi ad un controllo di mera legalità dell'azione amministrativa autoritativa.

Tuttavia, se – come si è visto – il sistema tradizionale francese era caratterizzato storicamente da una marcata impostazione oggettiva del contenzioso di annullamento, col passare del tempo (e comunque prima che ciò avvenisse in altri ordinamenti dell'Europa continentale) si avvertì l'esigenza di predisporre una tutela per il cittadino dal rischio dell'arbitrio dei pubblici poteri. Tale esigenza derivava dal fatto che il legislatore prevedeva sempre più aree d'intervento dell'autorità, contestualmente attribuendo all'amministrazione nuove ed incisive potestà discrezionali anche in materie tradizionalmente considerate di diritto soggettivo; la giurisprudenza sviluppò, quindi, nuove tecniche di sindacato che consentissero un controllo anche sulla correttezza dell'esercizio del potere discrezionale da parte degli organi amministrativi. In dettaglio, iniziò ad ammettersi, seppur in via eccezionale, la possibilità di un sindacato giudiziale della discrezionalità nel caso in cui un atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo risultasse emanato per scopi personali dell'agente ovvero per fini manifestamente non consentiti dalla norma attributiva del potere<sup>46</sup>. In tale momento storico, il giudice francese comunque riconobbe al *détournement de pouvoir*<sup>47</sup> un ambito di applicazione piuttosto ristretto, mostrando

---

<sup>45</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 67.

<sup>46</sup> M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.

<sup>47</sup> L'elaborazione originaria della nozione è contenuta in L.AUCOC, *Conferences sur l'administration*, op. cit., pp. 398-399; ID., *Le Conseil d'Etat et le recours pour excès de*



una rispettosa deferenza nei confronti dei corpi amministrativi ed anzi una manifesta riluttanza a «conoscere del fatto, anche solo dell'errore di fatto commesso dall'amministrazione nella individuazione dei presupposti della propria valutazione discrezionale»<sup>48</sup>.

Se la nascita della nozione di discrezionalità è indissolubilmente legata al principio di separazione dei poteri, successivamente gli studi della dottrina aventi ad oggetto il principio di legalità e il principio di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione sono stati forieri di una evoluzione della discrezionalità, che ha acquistato un nuovo e più complesso – per non dire tormentato – significato. Infatti, da una parte, nel rispetto del principio di legalità, bisognava evitare che il giudice si sostituisse all'amministrazione nel compimento delle scelte ad essa riservate; dall'altra, era necessario comunque predisporre un meccanismo di controllo sull'attività amministrativa, in modo da garantire tutela agli interessi dei cittadini ingiustamente sacrificati ovvero non soddisfatti dalle decisioni amministrative. La nozione di discrezionalità ha espresso, dunque, (quasi) fin dalle origini, questa continua tensione – e, per vero, tuttora ne è espressione – tanto che «ha costituito un autentico assillo per la cultura giuridica e i giudici»<sup>49</sup>.

## 2.2. Le origini del dibattito sulla discrezionalità in Italia.

Non diversamente da quanto testé descritto con riferimento all'ordinamento giuridico francese, anche «nella dottrina italiana il termine di discrezionalità e la problematica relativa non compaiono negli scritti dei primi autori (Romagnosi,

---

*pouvoir*, in *Revue des deux mondes*, XLVIII, 1878, pp. 5-31. E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction*, op. cit., p. 521 ss., utilizza per primo il concetto di deviazione dalla «*destination légale*». Il Consiglio di Stato francese accoglie per la prima volta il concetto di *détournement de pouvoir* nella sentenza 25 febbraio 1864, *Lesbats*, in *Rec. Lebon*, p. 209. Sul punto, J.-M. AUBY, *The abuse of power in French administrative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 18, 3, 1970, p. 550, «*the classic formulation of the theory of abuse of power did not appear until shortly afterward in the Lesbats case. In this case the Conseil annulled the order of a prefect who refused to give a parking permit in the railway station yard to a carrier, the prefect's objective being to enforce performance of a contract by which the railway company had guaranteed to another enterprise the exclusive parking privilege*».

<sup>48</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità*, op. cit., p. 68.

<sup>49</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 444.

Manna, Garelli, ecc.). Alcuni accenni all'esistenza della questione si trovano nei lavori preparatori della l. dell'89 sul Consiglio di Stato; la trattazione del tema appare piuttosto rudimentale»<sup>50</sup> ancora nella dottrina di fine secolo<sup>51</sup>, anche se ormai oggetto di numerosi studi.

Agli inizi del ventesimo secolo, Ranalletti afferma che la discrezionalità amministrativa sussiste quando le modalità o il contenuto dell'atto non sono determinati o lo sono soltanto attraverso il riferimento a elementi e condizioni accertabili con l'utilizzo di apprezzamenti soggettivi di pubblico interesse, escludendola invece quando tale accertamento sia strumentale esclusivamente ai fini dell'individuazione del presupposto di fatto per l'applicazione della norma regolante l'azione<sup>52</sup>.

Cammeo sottolinea la differenza tra la posizione giuridica soggettiva del privato, qualificato come suddito, e quella di supremazia dell'amministrazione, a cui la legge poteva conferire un potere discrezionale, descritto come un campo di attività libera per il conseguimento dell'interesse collettivo. L'Autore, quindi, afferma che la discrezionalità consiste nell'emanare atti «liberi»<sup>53</sup> dalla legge, ovvero è costituita da una sfera libera propria genericamente di ogni autorità amministrativa, in quanto agente giuridico. Gli atti discrezionali «sono governati da norme puramente formali sulla competenza e sul procedimento»<sup>54</sup>. Pertanto, «Cammeo, come già Ranalletti, allargano l'ambito del diritto obiettivo fino a comprendere tutte le attività dello Stato, assimilando la discrezionalità della attività amministrativa alla libertà dell'attività

---

<sup>50</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità*, op. cit., p. 90. Identica osservazione in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 20, nt. 11.

<sup>51</sup> G. DE GIOVANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1981; F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1882; P. DE MURTAS ZICHINA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892.

<sup>52</sup> O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1923, p. 112.

<sup>53</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1909, p. 70.

<sup>54</sup> F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, L (1898), pt. IV, col. 373.

privata»<sup>55</sup>; e tuttavia, come osservato da Giannini nel «respingere quelle dottrine [che] identificavano la discrezionalità amministrativa con l'autonomia privata»<sup>56</sup>, solo in parte «Federico Cammeo il grande»<sup>57</sup> può essere menzionato tra i sostenitori di tale equiparazione, «poiché intrinsecamente parlando discrezionalità amministrativa non significa facoltà assoluta degli organi o dei funzionari di agire secondo il loro arbitrio. Infatti nei rapporti interni fra organi e funzionari, e Stato, l'azione dei primi è vincolata dall'obbligo d'ufficio, morale e giuridico ad un tempo, di agire soltanto nell'interesse pubblico, tenendo conto che questo esige per il suo soddisfacimento il *minimo sacrificio dell'interesse privato*, secondo la legge edonistica del minimo mezzo»<sup>58</sup>. Già Cammeo, pertanto, individua alcuni parametri di limitazione della discrezionalità, quali il principio di legalità, la tipicità dell'azione amministrativa e ed il principio del minimo mezzo ovverosia, seppur *in nuce*, il principio di proporzionalità<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> G. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 134.

<sup>56</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 26, nt. 18.

<sup>57</sup> M.S. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 7.

<sup>58</sup> F. CAMMEO, *Commentario*, *op. cit.*, p. 130 (corsivo mio). Evidenzia «il contributo di Cammeo alla determinazione dei limiti della discrezionalità: così, la ricerca del temperamento di interessi e della adeguatezza del sacrificio imposto» anche G. MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 63. Analogamente, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale: la formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, p. 413, rileva che Cammeo «sottrae[va] i margini di libertà decisionale degli apparati alla pericolosa ipotesi della teoria della libertà dell'amministrazione (...) proponendo una lettura equilibrata dei rapporti tra norma e attività amministrativa che potenzia le possibilità del sindacato giurisdizionale sino al limite dell'esistenza di una norma parametro, sino al punto in cui il giudice può far valere nei confronti dell'attività amministrativa la doverosità dei vincoli normativi stabiliti dall'ordinamento».

<sup>59</sup> Sul punto, F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), III, 1901, p. 40, afferma «l'amministrazione dello Stato, col prendere provvedimenti, si comporta di fronte alle norme giuridiche come i privati, in quanto perseguono i loro interessi: cioè si serve di dette norme come di mezzi per i suoi scopi, rispettandole ed eseguendole in quanto sono un limite ad esso imposto».

### 2.3 Le teorie sulla discrezionalità nel diritto pubblico tedesco. Il potere discrezionale come attività volitiva o intellettuale.

Nello stesso periodo, vengono elaborate in Germania due celebri tesi sulla natura della discrezionalità amministrativa<sup>60</sup>. Se tali due teorie, quella volitiva e quella intellettuale, hanno un punto di contatto nell'affermare che la discrezionalità è libertà, esse divergono invece sotto diversi profili.

La prima teoria considera il potere discrezionale come attività volitiva, una scelta compiuta dall'agente tra più equivalenti, e descrive la discrezionalità come completamento di una norma imprecisa<sup>61</sup>; secondo questa tesi, soltanto quando l'agente pone in essere una data conseguenza giuridica, con ciò producendo un determinato effetto non previsto dall'ordinamento, sussiste la discrezionalità. In particolare, Laun ritiene ricorra un apprezzamento discrezionale soltanto in caso di possibilità per l'agente di assumere fra più scopi quello da porre a base della propria attività; una volta determinato lo scopo, la scelta del mezzo più idoneo al conseguimento dello stesso può essere sempre compiuta attraverso criteri – nella fattispecie, massime di esperienza – tali da non lasciare alcun margine a valutazioni di natura personale<sup>62</sup>. Secondo Laun, quindi, il potere discrezionale si estende alla

---

<sup>60</sup> M. STOLLEIS, *A history of public law in Germany, 1914-1945*, (trad. a cura di) T. DUNLOP, Oxford, 2004, p. 209, osserva che «*the foundations of the doctrine of discretion had been laid prior to the First World War by Tezner, Laun, and Walter Jellinek. Now there was a trend in the direction where commentators did not simply declare that administrative courts had no jurisdiction in the discretionary sphere, but pondered how far the oversight of discretion by administrative courts could go without violating the core area of the executive. It was easiest to expand the sphere of control where it involved – at least to all appearances – questions of pure interpretation, for example, with the so-called indefinite legal term*». Per un'analisi sulla evoluzione storica della nozione di discrezionalità amministrativa come problema del rapporto fondamentale tra Stato e diritto nell'ordinamento giuridico tedesco, H. EHMKE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Tubinga, 1960, (trad. it. E. ALTIERI, *Discrezionalità e concetto giuridico indeterminato nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011, pp. 17-40).

<sup>61</sup> Sul punto, E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 307 ss.

<sup>62</sup> R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Lipsia-Vienna, 1910, p. 69. *Contra*, A. CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Perugia, 1921, p. 462, il quale ritiene che sussista discrezionalità non solo quando l'amministrazione abbia il potere di determinare

scelta dei fini immediati dell'azione amministrativa ma non alla scelta dei mezzi; Bernatzik riconduce il potere discrezionale all'imperativo categorico rivolto al funzionario di agire nel modo più opportuno per l'interesse pubblico<sup>63</sup>; Lemayer ritiene che un potere abbia natura discrezionale soltanto quando, rispetto ad esso, non ricorrano contestualmente diritti di altri soggetti, con ciò affermando una incompatibilità tra discrezionalità e diritti soggettivi; Merkl contesta la possibilità di ritenere la discrezionalità un'autonoma categoria giuridica, in quanto nega che possa attribuirsi rilevanza giuridica ad un atto sulla base di un obbligo generico imposto all'agente di perseguire il pubblico interesse<sup>64</sup>; Tezner riconduce l'attività discrezionale a quella vincolata e, pertanto, nega l'autonomia di tale nozione ogniqualvolta essa venga ancorata ad una norma da cui si deduca l'obbligo di agire per il perseguimento di un interesse pubblico<sup>65</sup>.

La seconda teoria, invece, ritiene il potere discrezionale un'attività intellettuale consistente nel precisare concetti vaghi e indeterminati e definisce la discrezionalità come applicazione di norme non giuridiche<sup>66</sup>. Secondo Jellinek, la discrezionalità consiste nella delimitare concretamente un concetto imprecisato, un concetto cioè che non trova regole di completamento né di natura scientifica né di natura sociale ma necessita di regole pratiche di valore<sup>67</sup>.

#### **2.4. La tesi di Giannini e la polemica con Mortati.**

Sotto l'influsso dei citati orientamenti interpretativi elaborati dalla dottrina francese, Giannini sviluppa i concetti di "causa" e "motivi" degli atti amministrativi

---

l'interesse specifico da perseguire, ma anche quando, individuato l'interesse, l'agente possa decidere il contenuto dell'atto che concretamente realizza lo scopo.

<sup>63</sup> E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Vienna, 1886, p. 46.

<sup>64</sup> A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienna-Berlino, 1927, p. 150 ss.

<sup>65</sup> F. TEZNER, *Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Vienna, 1888, p. 12.

<sup>66</sup> G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, p. 89 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. D.I.*, V, Torino, 1968, p. 1102.

<sup>67</sup> G. JELLINEK, *Gesetz, gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung*, Tubinga, 1913.

autoritativi e riconduce la discrezionalità alla tematica del potere e dell'atto<sup>68</sup>. Infatti, da una parte, l'attività discrezionale è definita come quell'attività in cui viene esercitato un potere discrezionale; dall'altra, per potere discrezionale si intende quel potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare; dall'altra ancora, discrezionale è quell'atto in cui attività e potere non hanno più alcuna distinzione. L'Autore, soffermandosi sulle nozioni di interesse pubblico e fine relativo dell'azione, dimostra l'inerenza della discrezionalità al problema della scelta dei motivi da porre alla base della manifestazione di volontà e supera l'alternativa tra natura intellettuale o volitiva della discrezionalità, affermando che in essa sono presenti entrambi gli elementi del giudizio e della volontà, rispettivamente come fissazione del valore comparativo degli interessi e come scelta della soluzione imposta da tale valutazione. In altre parole, secondo Giannini, «a livello dogmatico la discrezionalità si delineava come quell'attività, ad un tempo intellettuale e volitiva, che consente al potere discrezionale di tradursi in un regolamento d'interessi avente efficacia giuridica esterna»<sup>69</sup>, dal momento che essa «è una necessità per l'attività amministrativa di cui forma l'intima sostanza»<sup>70</sup>. La determinazione del valore comparativo degli interessi, quale attività intellettuale, può essere disciplinata da regole non giuridiche, che emergono nei giudizi di merito; d'altro canto, l'atto discrezionale è un atto di volontà originaria<sup>71</sup>.

L'Autore, inoltre, critica sia la tesi volitiva sia quella intellettuale nella parte in cui qualificano l'attività discrezionale come libera, «mentre essa va solamente

---

<sup>68</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2000, p. 1045 ss.

<sup>69</sup> M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 37, 2008, p. 388.

<sup>70</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, op. cit., p. 166.

<sup>71</sup> Giannini, quindi, respinge secondo cui l'atto discrezionale è creazione o comando. *Contra*, C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, 1939, p. 79, secondo cui «la creatività, che è inerente al potere discrezionale, è attribuibile perciò non tanto alla produzione dell'effetto, quanto all'attività che la precede e la condiziona, e che si esplica nella scelta fra le varie norme che potrebbero applicarsi alla fattispecie da regolare».

qualificata come attività in cui si esercita un potere discrezionale»<sup>72</sup> e, come tale, è la più importante – non l'unica – delle forme di agire libero dell'amministrazione ma limitata positivamente.

Giannini descrive la discrezionalità come apprezzamento che consiste in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie. Questa intuizione di Giannini «ha avuto il merito di introdurre il pluralismo nel diritto amministrativo»<sup>73</sup>, grazie a cui è stata superata «l'ingenua nozione dell'interesse pubblico unitario»<sup>74</sup>. Secondo Giannini, infatti, l'interesse pubblico non ha un'esistenza isolata, in quanto la loro realizzazione comporta normalmente il conseguimento o il sacrificio di altri interessi pubblici o privati<sup>75</sup>. A meno che la norma non disponga diversamente, l'amministrazione nell'esercitare un potere discrezionale è chiamata a tenere in considerazione non soltanto l'interesse primario ma anche tutti gli altri interessi che l'ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela<sup>76</sup>.

In aperta polemica a tale orientamento, Mortati elabora una nozione di discrezionalità molto più ampia e ritiene che, nell'attribuzione di un potere discrezionale, vi sia sempre un rinvio a norme o a regole tratte dall'esperienza o dalle arti tecniche applicate<sup>77</sup>; l'Autore, in primo luogo, critica le tesi della scuola di

---

<sup>72</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, op. cit., p. 14.

<sup>73</sup> B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1996.

<sup>74</sup> S. CASSESE, *Le prime opere di Massimo Severo Giannini*, in M.S. GIANNINI, *Scritti*, I, Milano, 2000, p. XII.

<sup>75</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, op. cit., pp. 76-81.

<sup>76</sup> Sul punto, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, op. cit., p. 165, afferma che «la discrezionalità amministrativa si inserisce nel sistema dell'attività amministrativa; e poiché questa è volta alla cura di interessi assunti come fini dello Stato (interessi essenziali), essa consiste nel ponderare l'interesse essenziale al lume degli interessi secondari, che hanno rispetto al primo efficacia modificativa o impeditiva».

<sup>77</sup> C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana – Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 997 ss.; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X,

Vienna<sup>78</sup> in tema di discrezionalità amministrativa, in particolare la teoria della natura volitiva della discrezionalità, perché la determinazione dell'effetto deve essere in ogni caso preceduta da un momento intellettuale ovvero dalla ricerca della regola da cui esso possa dedursi, e l'attività esplicata è valida solo se si uniformi a questa regola; rigetta, in secondo luogo, la tesi secondo cui l'essenza dell'atto discrezionale è costituita dalla sua insindacabilità<sup>79</sup>, «poiché mentre, da una parte, questa può essere stabilita anche per atti vincolati, dall'altra non vi è incompatibilità logica ad ammettere il sindacato su un atto discrezionale ed anzi (...) esso è un effetto normale della rilevanza giuridica del medesimo»<sup>80</sup>.

Mortati, inoltre, identifica discrezionalità e sfera di attribuzione del potere ed afferma che la discrezionalità contiene sempre un rinvio a «norme sociali»<sup>81</sup> che emergono nella causa dell'atto. Secondo Mortati, la mancanza totale o parziale di una disciplina legale di un determinato potere – perciò detto discrezionale – non dipende dal disinteresse dell'ordinamento giuridico circa il modo del suo concretizzarsi ma è il segno dell'impossibilità di predeterminare in via generale e astratta le modalità di esercizio in concreto del potere stesso nonché l'opportunità di evitare la rigidità che deriverebbe da una tale predeterminazione, al fine di ottenere, per converso, la massima aderenza della regolamentazione giuridica ai rapporti concreti sottostanti. Anche Mortati evidenzia che il potere discrezionale, lungi dal rivestire carattere di arbitrio, deve soddisfare i motivi che hanno ispirato la concessione del potere, in quanto ogni conferimento di potere avviene per uno scopo ed è legato al raggiungimento di questo. Per l'Autore la discrezionalità può riguardare in primo luogo l'atto in tutti i suoi elementi o singole parti di esso, in particolare l'*an*, il *quando*, il *quid*; in secondo luogo, «secondochè nella legge di conferimento del potere, o altrove, vi sia o no, indicazione sul modo che il titolare di

---

Torino, 1939, pp. 76-81; G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Politica del Diritto*, Milano, 1989, p. 347 ss.

<sup>78</sup> Cfr., *supra*, nt. 21-26 e 28.

<sup>79</sup> E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 5.

<sup>80</sup> C. MORTATI, *Potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>81</sup> C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 44, nt. 50.



esso deve seguire nella determinazione della regola, cioè secondochè, espressamente o implicitamente, sia sancito l'obbligo per questi di desumere la regola stessa da determinate fonti sussidiarie»<sup>82</sup>. La norma attributiva del potere può determinare espressamente la modalità di esercizio dello stesso ovvero la regola o criterio di scelta rimessa all'agente; d'altro canto, la norma di conferimento del potere può invece contenere soltanto un generico rimando a regole di comportamento non giuridiche, quali la buona fede, l'equità, l'opportunità. Secondo Mortati, nello svolgimento dell'attività discrezionale bisogna fare riferimento al comportamento dell'uomo medio, da valutare in relazione alla natura della funzione a cui il potere è collegato e agli scopi da raggiungere attraverso l'esercizio dello stesso, piuttosto che al comportamento soggettivo della persona agente nel caso di specie.

## **2.5. La procedimentalizzazione della funzione amministrativa come limite all'esercizio della discrezionalità.**

Definita come sintesi di giudizio e volontà, caratterizzata dalla ponderazione dell'interesse pubblico primario con gli altri interessi secondari, pubblici e privati, rilevanti nella fattispecie, la discrezionalità era «destinata a svelare la sua vera identità esclusivamente nel corso del procedimento»<sup>83</sup>.

Un primo riferimento alla discrezionalità amministrativa nella l. n. 241/1990 è contenuto nell'art. 11, comma 1, rubricato “accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento”, secondo cui “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione precedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”. Tale norma «assoggetta ai

---

<sup>82</sup> C. MORTATI, *Potere discrezionale*, op. cit., p. 79.

<sup>83</sup> A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milano, 2008, p. 472.

controlli tipici delle scelte discrezionali l'atto con il quale l'amministrazione aderisce a un accordo con l'interessato»<sup>84</sup>.

Un secondo riferimento alla discrezionalità amministrativa nella l. n. 241/1990 può essere rinvenuto nell'art. 21-octies, comma 2. In particolare, in caso di provvedimenti latamente discrezionali, non può pretendersi lo svolgimento di una dialettica processuale sostitutiva di quella procedimentale negata – secondo lo schema: il privato osserva, l'amministrazione replica, il giudice decide – dal momento che la disposizione normativa citata, secondo cui “l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, rimanda a situazioni che, pur in un'area di discrezionalità, si prestino, con riguardo al caso concreto e all'istruttoria compiuta, ad una soluzione sostanzialmente obbligata<sup>85</sup> e, diversamente ragionando, il confronto meramente processuale da un lato e il vaglio giudiziario dall'altro, incrinerebbero la genuinità dell'azione amministrativa nonché il divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio dell'attività discrezionale<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, op. cit., p. 1997. Sul rapporto tra discrezionalità amministrativa e accordi, E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012; F. LIGUORI, *Liberalizzazione*, op. cit., p. 88, secondo cui l'art. 11 l. n. 241/1990 «opera un'equazione fra oggetto pubblico e discrezionalità parlando di accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento. Sono perciò autoritativi tutti gli atti che contengono scelte circa l'assetto degli interessi, e cioè tutti gli atti discrezionali, sempre che la legge non disponga diversamente attribuendo a fattispecie vincolate carattere provvedimentale riservato». Di diverso avviso, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 438, secondo cui l'equazione tra autoritatività e discrezionalità spezzerebbe l'unità dell'attività amministrativa escludendo dall'area dell'imperatività provvedimenti vincolati come quelli sanzionatori.

<sup>85</sup> Sul punto, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio: formalismo pratico, azione amministrativa ed legalità utile*, Torino, 2006, p. 308, sostiene che «il fatto di non disporre di una definizione della natura vincolata di un provvedimento costituisce il problema di fondo dell'art. 21-octies».

<sup>86</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 13 settembre 2017, n. 4360, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In proposito, D. SORACE, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 385 ss.; F. LIGUORI, *Liberalizzazione*, op. cit., p. 159, nt. 71, evidenzia che «il tema delle violazioni procedimentali (e delle relative conseguenze) è oggi connesso alle tematiche relative all'applicazione dell'art. 21-octies, introdotto nella l. 241 del 1990 dalla l. 15 del 2005. In particolare, non pochi elementi di complicazione sono introdotti dall'orientamento tendente ad affermare che il secondo alinea del secondo comma della norma citata (relativo al vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento) riguardi specificamente l'attività

Ancora, esemplificativa del complesso rapporto tra discrezionalità, sicurezza giuridica e garanzia della legalità (intesa come tutela delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino) è la vicenda normativa – con le relative questioni interpretative – che hanno riguardato il termine di diciotto mesi introdotto dal legislatore con la l. n. 7 agosto 2015, n. 124, all'art. 21-nonies della l. n. 241/1990, per l'esercizio del potere amministrativo di autoannullamento di provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici da parte della pubblica amministrazione.

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio postula l'apprezzamento di un presupposto – per così dire – “rigido” (l'illegittimità dell'atto da annullare) e di due ulteriori presupposti riferiti a concetti indeterminati, da apprezzare discrezionalmente dall'amministrazione (si tratta della ragionevolezza del termine di esercizio del potere di ritiro e dell'interesse pubblico alla rimozione, unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari<sup>87</sup>). In base all'orientamento in parola, il fondamento di tali ulteriori presupposti va individuato nella garanzia della tutela dell'affidamento dei destinatari circa la certezza e la stabilità degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento illegittimo, mediante una valutazione discrezionale volta alla ricerca del giusto equilibrio tra il ripristino della legalità violata e la conservazione dell'assetto regolativo impresso dal provvedimento viziato.

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 839/2016, ha ritenuto che la citata riforma dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990, introducendo il definito confine temporale di diciotto mesi, ha stabilito un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nell'ambito di una regolamentazione tesa alla tutela dei valori della trasparenza e della certezza, il legislatore con la novella del 2015 ha fissato termini decadenziali di nuova valenza, non più finalizzati a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico

---

discrezionale: cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 300; 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Dir. e Giust.*, 2006, 93».

<sup>87</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

nell'interesse dei cittadini, in modo da consolidare le situazioni giuridiche soggettive dei privati. Secondo la Commissione Speciale, infatti, il novellato art. 21-nonies della l. n. 241/1990 ha introdotto una nuova regola generale, una regola di certezza, afferente il rapporto tra il potere pubblico e i privati ovvero che sottende la relazione tra principio di legalità e legittimo affidamento (prevalente).

Nonostante gli inviti rivolti al legislatore dal Consiglio di Stato al fine di prevenire incertezze e contenzioso in sede applicativa della riforma Madia, relativamente ad alcune esigenze di raccordo con la l. n. 241/1990, di definizione del *dies a quo* per la decorrenza dei 18 mesi e l'ambito preciso di applicazione, il legislatore è rimasto (più o meno colpevolmente) inerte, lasciando con ciò (più o meno consapevolmente) spazio all'intervento suppletivo della giurisprudenza nella risoluzione delle predette questioni. Pertanto, il perimetro applicativo del termine di 18 mesi è stato in parte circoscritto (se non addirittura *riscritto*) ripetutamente dal giudice amministrativo, che in alcune importanti pronunce ha, da un lato, stabilito che l'articolo 21-nonies della l. n. 241/1990, come modificato dall'articolo 6 della l. n. 124/2015, non provvede che per il futuro, sicché dallo stesso non possono essere tratti elementi o spunti interpretativi ai fini della soluzione di questioni ricadenti sotto la disciplina del previgente quadro normativo<sup>88</sup>; dall'altro, ha ritenuto che, quando investe provvedimenti ampliativi conseguiti mediante falsa rappresentazione dei fatti da parte dell'interessato, il potere di autoannullamento dell'amministrazione può essere esercitato anche oltre il termine di 18 mesi, a prescindere dall'accertamento del falso da parte del giudice penale<sup>89</sup>; dall'altro ancora, il Consiglio di Stato ha stabilito in via interpretativa che in fase di prima applicazione della riforma, il termine generale dell'art. 21-nonies vale per tutti i provvedimenti, anche precedenti all'entrata in vigore della legge n. 124/2015, dovendosi ritenere priva di fondamento l'interpretazione – pure proposta – secondo cui vi è stata una “rimessione in termini”

---

<sup>88</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>89</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

dell'amministrazione per gli atti emanati prima di 18 mesi dall'entrata in vigore della riforma.

Si scopre un ordinamento manicheo, caratterizzato dalla contrapposizione tra [in]sicurezza giuridica e legittimo affidamento, esigenza di certezza del diritto e *creatività* giurisprudenziale, normativismo e decisionismo giurisprudenziale.

### 3. La discrezionalità tecnica.

Se le valutazioni amministrative consistono in un apprezzamento di interessi, le valutazioni tecniche comportano l'applicazione di conoscenze specialistiche. In altri termini, quando l'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'azione amministrativa necessita del ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico, la cui applicazione non garantisce un risultato univoco ed obiettivo, connotandosi per una soggettività dell'esito<sup>90</sup>, si parla di discrezionalità tecnica<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Sul punto, B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, op. cit., p. 2000, evidenzia come tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica vi sia «un aspetto comune, dato dall'esigenza che una scelta venga compiuta dall'amministrazione e dal fatto che spesso la soluzione prescelta è opinabile, perché le conoscenze specialistiche non consentono di individuare la migliore in modo oggettivo e indiscutibile».

<sup>91</sup> La letteratura in tema di discrezionalità tecnica è vastissima. Sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 6, 2016; A. DE CHIARA, *Funzione giustiziale delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e sindacato giurisdizionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1-2, 2015, pp. 93-154; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 133; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2008, p. 791; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, p. 1385; L. IEVA, *Potere tecnico-discrezionale della pubblica amministrazione e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi*, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2665 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2001, p. 80; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 252 ss.; D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 331; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 127; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 245; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 475; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

Pertanto, la discrezionalità tecnica non riguarda la comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari (come invece accade per la discrezionalità amministrativa), ma comporta la valutazione di fatti, mediante un giudizio da effettuarsi secondo regole tecnico-scientifiche caratterizzate da margini di opinabilità e non di certezza. In altre parole, la discrezionalità tecnica non comporta una valutazione riservata alla pubblica amministrazione sul piano degli interessi ma consiste nella ponderazione di fatti ad alto tasso tecnico. Quindi, da una parte, la discrezionalità amministrativa in senso stretto consta sia del momento del giudizio (in cui si acquisiscono e si esaminano i fatti) sia del momento della scelta (in cui si determina una sintesi di tutti gli interessi in gioco e si adotta la soluzione più opportuna); dall'altra, la discrezionalità tecnica consta solo del momento dell'analisi di fatti complessi e non anche della valutazione di interessi<sup>92</sup>.

In passato, tuttavia, l'accertamento del fatto produttivo di effetti giuridici descritto dalla norma attraverso elementi che rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controvertibili o non scientificamente verificabili ha dato luogo ad un articolato dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Mentre gli studiosi del diritto civile e penale non hanno mai dubitato del fatto che la "decodificazione" dei concetti giuridici indeterminati spettasse al giudice, cui è deputata la responsabilità istituzionale di estrapolare la norma dalla disposizione, nel diritto amministrativo si è per lungo tempo pensato ad essi come ad un ambito di valutazioni riservate alla pubblica amministrazione, non attingibile integralmente dal sindacato giurisdizionale, se non attraverso i dettami della discrezionalità tecnica. Nella sua primigenia formulazione, il principale corollario di tale concetto – che, peraltro, non ha mai raggiunto una definizione ed uno statuto univoco ed, anzi, ha dato luogo in passato a sofisticate categorizzazioni – era quello di delimitare il controllo giudiziale sulle valutazioni complesse all'interno di una prospettiva critica del tutto estrinseca ed esterna (c.d. sindacato *ab extra*) rispetto alla fattispecie concreta, sul presupposto che opinabilità ed opportunità fossero nozioni assimilabili.

---

<sup>92</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 1185.

Il fondamento di tale netta presa di posizione – senza alcun dubbio influenzata dalla primigenia struttura cassatoria del processo amministrativo che, contando su un ridottissimo ventaglio di strumenti istruttori, non poteva che incentrare l'indagine probatoria sulle sole modalità attraverso cui era stata compiuta l'istruttoria nel procedimento amministrativo – ha ricevuto nel corso degli anni varie giustificazioni teoriche. Uno dei primi studiosi ad aver affrontato la tematica in argomento è stato Ranelletti, secondo cui la discrezionalità tecnica costituisce il momento di esercizio della discrezionalità tecnica, diversa da quella amministrativa; in altri termini, per Ranelletti l'attività tecnica e quella amministrativa si distinguono sulla base del fatto che soltanto nella seconda si verifica una valutazione discrezionale – e, dunque, insindacabile – dell'interesse pubblico<sup>93</sup>.

Secondo Cammeo, la discrezionalità tecnica rappresenta una delle forme di accertamento del fatto più rilevanti per il diritto amministrativo, e concerne appunto la valutazione dei fatti complessi<sup>94</sup>. Presutti afferma che l'unica differenza riscontrabile tra discrezionalità amministrativa e tecnica sta in ciò, che – pur essendo entrambe relative alla valutazione dell'interesse pubblico – la prima non è soggetta

---

<sup>93</sup> O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1923, p. 112; ID., *Principi di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, p. 368; ID., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 360 ss., in cui l'Autore distingue chiaramente tra discrezionalità amministrativa e tecnica: la prima ha la propria ragion d'essere nella soddisfazione dei bisogni e degli interessi collettivi; la seconda, nella «risoluzione di problemi tecnici», con la specificazione che «nei problemi tecnici si considerano le questioni economiche, igieniche, sanitarie, di costruzione, pedagogiche e così via: e il criterio del decidere in essi, in base a cui, cioè, o secondo cui quei problemi devono essere risolti, gli atti o le opere compiute, è dato non dalle esigenze collettive da soddisfare, a cui in questo momento non si può avere riguardo, ma dalle norme tecniche di agricoltura, igiene, scienza delle costruzioni, pedagogia, ecc. da cui quella data materia è regolata». In termini analoghi, U. BORSI, *Corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Macerata, 1914, p. 20; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, p. 162, nt. 4; M. LA TORRE, *Le questioni fondamentali della Giustizia Amministrativa. Il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1927, pp. 34-35; A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova, 1927, pp. 45-47; G.M. DE FRANCESCO, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione e azione giudiziaria*, in *Foro di Lombardia*, I, 1931, pp. 516-526; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, pp. 97-98.

<sup>94</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, pp. 405-406.

ad alcuna norma, mentre la seconda è regolata da «norme imprecise»<sup>95</sup>. Cammeo e Presutti esprimono la tesi, invero minoritaria, della insindacabilità della discrezionalità tecnica, in quanto ritengono interdetto al giudice della mera legittimità un confronto tra atto e norma giuridica relativamente ai punti che danno luogo a discrezionalità tecnica.

Mortati addirittura nega la distinzione tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in quanto «la potestà discrezionale è nella sua essenza sempre unica e (...) i vari aspetti, con cui essa si presenta concretamente, possono variare fra loro nel grado, non nella qualità»<sup>96</sup>. Proprio su questo tema la polemica con Giannini diventa alquanto vibrante. In particolare, Giannini critica l'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, in quanto considera diverse tali due forme di discrezionalità. Infatti, secondo Giannini, «la discrezionalità tecnica va intesa non in relazione all'interesse pubblico, ma in relazione alle regole, agli insegnamenti delle discipline tecniche, mentre la discrezionalità in senso proprio va intesa in relazione al solo pubblico interesse»<sup>97</sup>; ne deriva che «nella discrezionalità tecnica, attraverso gli insegnamenti delle discipline tecniche, resta determinato con scientifica precisione il modo in cui l'autorità dovrebbe agire»<sup>98</sup>. La tesi di Giannini ha l'effetto di «ricondere qualsiasi apprezzamento tecnico nell'ambito della discrezionalità pura (e, pertanto, dell'insindacabilità), solo che intervenga nella fattispecie la valutazione dell'interesse pubblico»<sup>99</sup>.

Pertanto, in un primo momento, il carattere ancillare dell'apprezzamento tecnico rispetto alla valutazione sull'assetto di interessi pubblici era ricondotto al

---

<sup>95</sup> E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, LXII, 4, 1910, pp. 45-49. In termini analoghi, C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1933, pp. 271-274; R. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della Pubblica Amministrazione*, in *Foro amm.*, XI, 4, 1935, pp. 62-74.

<sup>96</sup> C. MORTATI, *Potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>97</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>98</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>99</sup> M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa*, *op. cit.*, p. 393.



merito<sup>100</sup> – come tale insindacabile<sup>101</sup> – la cui area veniva così estesa al di là delle scelte coinvolgenti la considerazione dell'interesse pubblico.

In un secondo momento, abbandonata l'area strettamente riservata ed insindacabile del merito amministrativo, la discrezionalità tecnica è stata assimilata alla discrezionalità amministrativa, e tale è rimasta per alcuni decenni. È stato, dunque, progressivamente ammesso un sindacato giurisdizionale esterno sulle valutazioni complesse, limitato all'ambito meramente estrinseco della logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative impugnate espressione di esercizio di discrezionalità tecnica e degli atti preparatori, scrutinio che è preordinato a rilevare unicamente i vizi di legittimità che si manifestavano attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali la manifesta<sup>102</sup> contraddittorietà motivazionale, la palese

---

<sup>100</sup> Com'è noto, il merito esprime la conformità della scelta discrezionale alle regole non giuridiche di buona amministrazione tese a guidare l'amministrazione verso la scelta più opportuna e conveniente, in grado cioè di soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico nella situazione concreta. Quindi, il merito attiene ai risultati dell'azione amministrativa ed è sottratto al sindacato del giudice amministrativo in virtù del principio della separazione dei poteri, con l'unica eccezione rappresentata dalle ipotesi tassativamente previste dall'art. 134 c.p.a., che elenca le materie di giurisdizione estesa al merito. Nel caso della giurisdizione di merito, quindi, si esercita un sindacato pieno sul corretto e congruo esercizio del potere amministrativo con riferimento non solo agli aspetti riguardanti la legittimità, ma anche alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate. In particolare, il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) la classificazione delle opere cinematografiche per la visione dei minori di cui al decreto legislativo attuativo della delega di cui all'articolo 33 della legge 14 novembre 2016, n. 220. Sul punto, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013. Sul rapporto tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito con particolare riferimento al sindacato pieno, F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018.

<sup>101</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 1933, in *Giur. it.*, LXXXV, 1933, pp. 54-55, con cui il giudice amministrativo riconosce l'insindacabilità di un atto che imponeva il vincolo di interesse artistico su determinati beni immobili, stabilendo che «la parte del provvedimento con la quale [...] si riconosce l'interesse artistico, che è autonomo e che di per sé, basterebbe a legittimare il provvedimento, sfugge a censura: ineccepibile nella sua ampiezza, è la motivazione tecnico-discrezionale dell'autorità amministrativa».

<sup>102</sup> Sul punto, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 1188, osserva che «tali deficienze, tuttavia, dovevano essere così evidenti da non richiedere

irragionevolezza del giudizio o erroneità dei suoi presupposti fattuali, senza poter ripetere le valutazioni tecnico-specialistiche compiute dall'amministrazione. Tale forma di scrutinio estrinseco della discrezionalità tecnica è stato giustificato dalla dottrina, in ciò confortata dalla giurisprudenza<sup>103</sup>, dapprima con l'esistenza nell'ordinamento giuridico, alla luce dei principi costituzionali, di una riserva in favore dell'amministrazione, in virtù della quale sono a quest'ultima attribuite sia le valutazioni amministrative sia quelle tecnico-discrezionali; poi, con la logica del sistema pubblico, secondo cui la scelta di valore insita nella valutazione tecnica complessa, proprio per la sua complessità e per gli interessi che coinvolge, deve essere riservata all'ente rappresentativo dell'insieme del corpo sociale più facilmente influenzabile e controllabile dai cittadini<sup>104</sup>; in seguito, tramite i meccanismi di produzione degli effetti giuridici sostanziali, ordinati – anche in caso di discrezionalità tecnica – lungo la sequenza norma-potere-effetto<sup>105</sup>.

La crescente insoddisfazione nei confronti della distanza venutasi così a creare tra il giudice ed i fatti controversi è alla base della successiva evoluzione, sia normativa<sup>106</sup> sia giurisprudenziale<sup>107</sup>, che ha notevolmente ristretto i margini operativi della discrezionalità tecnica.

---

approfondimenti istruttori incompatibili con la riserva alla P.A. della formulazione del giudizio tecnico».

<sup>103</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 30 dicembre 1938, in *Il Foro amministrativo*, XV, 1939, I, 1, c. 40; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 gennaio 1939, in *Il Foro amministrativo*, XV, 1939, I, 1, c. 44.

<sup>104</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p.217.

<sup>105</sup> Su cui v., *supra*, §, nt. 21.

<sup>106</sup> Sul sindacato della discrezionalità tecnica a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, p. 724 ss.; G. SAPORITO, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001, p. 945; A. CHIZZINI, *I poteri istruttori*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge 205/2000*, Torino, 2001, p. 255; A. ABBAMONTE, *La fase istruttoria*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2000; G. PERULLI, *Commento all'art. 16*, in V. ITALIA (coordinato da), *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, p. 313.

---

<sup>107</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con questa storica sentenza, il supremo consesso della giustizia amministrativa ha operato una «riconsiderazione» dell'argomento della insindacabilità della discrezionalità tecnica. Infatti, il Consiglio di Stato accoglie, «anche alla luce di autorevole dottrina», la tesi della distinzione tra merito amministrativo e discrezionalità tecnica. In particolare, quest'ultima ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, «deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta». Il Collegio precisa anche la differenza tra opportunità ed opinabilità. L'applicazione di una norma tecnica contenente concetti indeterminati può comportare valutazioni di fatti suscettibili di vario apprezzamento e, in quanto tali, opinabili, ma la questione di fatto «non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito». D'altra parte, la riserva di amministrazione riguarda il merito amministrativo – quale elemento specializzante della funzione – e non anche l'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità che, pertanto, può essere sottoposto a controllo da parte del giudice. Pertanto, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter logico* seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo». In altri termini, con la sentenza in argomento il Consiglio di Stato ha affermato la possibilità di un controllo giudiziale intrinseco sulla discrezionalità tecnica: il giudice, dunque, può conoscere direttamente e pienamente, anche attraverso una consulenza tecnica d'ufficio, i fatti che sono alla base del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione, al fine di valutare la sussistenza di una erroneità tecnica del giudizio. Sul punto, A. TRAVI, *nota a Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro it.*, 2001, III, 13, osserva che la pronuncia in commento rappresenta un «tentativo di superare i limiti di un controllo solo “estrinseco”»; P. FORTE, *Full jurisdiction, arte, cultura. Un discusso confine in movimento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 165, nt. 4. In termini, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che contiene una sorta di “decalogo” sui limiti che incontra il sindacato sulle valutazioni tecnico professionali. In tale occasione, il Collegio ha ulteriormente chiarito che «l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi (...) attiene sempre alla legittimità del provvedimento e, pertanto, non può essere sottratto al giudice, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del nuovo canone costituzionale della parità processuale tra le parti, come emerge dalla puntuale regola del giusto processo sancita dal novellato art. 111 della Costituzione». Sul punto, M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a.*, in *Urb. e app.*, 2001, p. 873, osserva che la sentenza in esame si ispira alla logica del “*remedies preceed rights*”, dal momento che mostra consapevolezza del fatto che il perfezionamento dello strumentario posto a disposizione del giudice incide (in senso ampliativo) anche sulla forma di sindacato esercitato; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, p. 1385, precisa che il sindacato ammesso in tale sede sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali è «solo quello di tipo (“intrinseco” ma) “debole” (ossia, lo si ripete, volto non a sovrapporre l'apprezzamento del giudice a quello dell'amministrazione, ma soltanto a mettere in evidenza gli errori da questa compiuti)».

La propensione del giudice amministrativo a spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento è indubbiamente riconducibile alla nuova configurazione dell’oggetto e della funzione del processo amministrativo, ispirato al canone della effettività della tutela enunciato fin dall’art. 1 del codice di rito<sup>108</sup>. Il nuovo codice di rito ha inteso superare in radice la realtà originaria del processo amministrativo<sup>109</sup> in cui la fase istruttoria verteva prettamente su prove precostituite – ovvero su documenti che non si formavano innanzi al giudice nel processo in contraddittorio tra le parti, ma prima del processo, nel momento stesso in cui il potere veniva tradotto in atto – dotando il giudice di tutti i mezzi di prova necessari a realizzare un sistema rimediabile “aperto” e conformato al bisogno differenziato di tutela dell’interesse evocato in giudizio.

Anche l’eccezione dell’esistenza nell’ordinamento di una riserva delle valutazioni tecnico-discrezionali a favore della competenza dell’amministrazione – che ancora si opponeva alla possibilità di esercitare un controllo giurisdizionale intrinseco – è stata superata grazie al menzionato insegnamento di Giannini. Se è vero che soltanto la discrezionalità amministrativa – e non anche la discrezionalità tecnica – comporta una valutazione dell’interesse pubblico<sup>110</sup>, considerato che la riserva a favore dell’amministrazione riguarda unicamente l’attività amministrativa che comporta l’apprezzamento del pubblico interesse, ne consegue che «il momento della “concretizzazione” tecnica dei concetti giuridici indeterminati, operata dall’Amministrazione con le sue competenze tecniche, deve essere pienamente

---

<sup>108</sup> Sul punto, Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si riconosce che «l’esigenza di concludere il processo mediante l’adozione di una sentenza che sia soddisfattiva della pretesa azionata rende sempre più penetrante il sindacato del giudice amministrativo sul potere pubblico»; d’altro canto, «ciò non implica, però, che il giudice amministrativo possa invadere sfere di attribuzioni spettanti alla pubblica amministrazione. In presenza di una attività discrezionale, la valutazione comparativa degli interessi pubblici primari, secondari e degli interessi privati spetta alla autorità pubblica e il giudice amministrativo, al di fuori del casi di giurisdizione estesa al merito, può svolgere il proprio controllo, oltre che in presenza di violazioni di legge, soltanto quando l’attività amministrativa deborda nell’eccesso di potere».

<sup>109</sup> A differenza del processo civile, in cui è da sempre consentito al giudice disporre la consulenza tecnica.

<sup>110</sup> Tesi, in realtà, già riportata in O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 359.

controllabile in sede giurisdizionale»<sup>111</sup>. Pertanto, la riserva di amministrazione contenuta nella Costituzione si applica soltanto alla discrezionalità amministrativa pura e non anche alla discrezionalità tecnica, che quindi deve essere pienamente sindacabile in sede giudiziale.

La giurisprudenza<sup>112</sup> ha accolto tale tesi dottrinale ed ha evidenziato la differenza tra la nozione di opportunità e quella di opinabilità: da una parte, l'opportunità consiste nella scelta tra più opzioni per la cura dell'interesse pubblico; dall'altra, l'opinabilità indica la soggettività di un giudizio tecnico che non concerne l'interesse pubblico ma il fatto.

Con specifico riferimento alla valutazione amministrativa complessa<sup>113</sup>, la giurisprudenza più recente ha superato alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato debole e forte ed ha, quindi, ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione<sup>114</sup>. Si è affermato, infatti, che l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'amministrazione ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo intrinseco, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, dovendosi piuttosto limitare a verificare se

---

<sup>111</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 1192.

<sup>112</sup> Tra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. IV, 6 febbraio 2017, n. 493.

<sup>113</sup> Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato accerti l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale.

<sup>114</sup> Secondo P. FORTE, *Full jurisdiction*, op. cit., pp. 165-166, il fatto di «trovarci in un tempo in cui le conoscenze si accumulano a ritmi esponenziali, e le si usa sempre più intensamente, concorrendo alla centralità della tecnica dei giorni nostri» concorre «a spiegare anche perché la giurisprudenza contemporanea sia giunta a superare l'idea che un ambito di attività della pubblica amministrazione, quello dominato dalla necessità di utilizzo di conoscenze tecnico scientifiche, divenuta così cospicua e destinata ad incrementarsi, possa restare apoditticamente sottratto al vaglio del giudice, e ad affermare la possibilità di un sindacato giurisdizionale su quelle valutazioni, che oggi si ritengono pacificamente censurabili sotto il profilo dell'attendibilità».

siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto<sup>115</sup>. In altri termini, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative complesse è finalizzato a verificare se l'amministrazione ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali<sup>116</sup>. Tale sindacato è stato definito di «attendibilità tecnica e non sostitutivo»<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5562, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>116</sup> Sul punto, cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 ottobre 2019, n. 12042, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui esplicitamente si rileva che se in passato al Giudice Amministrativo era precluso qualsiasi apprezzamento su tali valutazioni, in quanto riservate all'amministrazione e incensurabili nel merito, nel corso degli anni, però, si è cominciato ad ammettere che anche le scelte di natura tecnico-scientifica potessero ritenersi viziate, se poste al di fuori di qualsiasi ambito di esattezza o attendibilità, ovvero ove non fossero stati rispettati parametri di univoca lettura, nonché orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata o di dottrina dominante in materia (cfr., in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888, *ivi*; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2014, n. 3357, *ivi*; Consiglio di Stato, sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138, *ivi*; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2008, n. 694, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 agosto 2016, n. 9086, *ivi*). Lo scrutinio del giudice amministrativo, tuttavia, deve limitarsi all'attendibilità delle valutazioni effettuate, con possibile eccesso di potere giurisdizionale qualora l'accertamento del giudice si estendesse all'opportunità o alla convenienza dell'atto o al merito di scelte tecniche opinabili, con oggettiva sostituzione della volontà dell'organo giudicante a quella dell'amministrazione competente in materia (come da consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, su cui cfr., *ex multis*, Cass. civ., SS.UU., 5 agosto 1994, n. 7261, in *Giust. civ. Mass.* 1994, 1063, secondo cui «con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, 3 comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti richiesti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto ovvero quando la finale decisione, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione»; d'altra parte, il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito «non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato, al limitato fine di stabilire se, nel concorso dei medesimi, la legge consenta all'Amministrazione di adottarlo»).

<sup>117</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo P. FORTE, *Full jurisdiction, op. cit.*, p. 165, l'attendibilità deve

In definitiva, la distinzione tra sindacato estrinseco e sindacato intrinseco attiene all'ampiezza del sindacato che può essere esercitato dal giudice: il sindacato estrinseco è limitato al controllo sull'adeguatezza dell'istruttoria, sulla corretta rappresentazione della realtà, sulla logicità e ragionevolezza del procedimento seguito dall'amministrazione; il sindacato intrinseco, invece, si estende all'attendibilità della valutazione tecnica complessa effettuata dalla pubblica amministrazione. D'altro canto, la distinzione – nell'ambito del controllo giudiziale intrinseco – tra sindacato debole o forte riguarda il tipo di provvedimento che il giudice può adottare: sindacato debole o non sostitutivo significa permettere al giudice di indagare la scelta dell'amministrazione attraverso uno scrutinio di ragionevolezza ma con il divieto di sostituire le valutazioni giudiziali a quelle dell'amministrazione, limitandosi ad annullare l'atto impugnato; sindacato forte o sostitutivo, invece, indica la possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione in presenza di una valutazione tecnica corretta ma opinabile, non coincidente con quella patrocinata dal proprio consulente tecnico d'ufficio, concedendo egli stesso al privato il bene della vita a cui aspira.

#### **4. Ragionevolezza è proporzionalità?**

Una parte della dottrina italiana considera il principio di ragionevolezza<sup>118</sup> diverso da quello di proporzionalità<sup>119</sup> e dotato di una propria autonomia scientifica e

---

essere intesa «come corretta scelta delle regole tecniche o scientifiche da impiegare ed esattezza del procedimento cognitivo ed applicativo seguito».

<sup>118</sup> Per una ricostruzione storica del concetto di ragionevolezza nel diritto amministrativo italiano,

<sup>119</sup> La letteratura sulla proporzionalità nel diritto amministrativo è vastissima. In particolare sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, M. D'ALBERTI, *Transformations of administrative law: Italy from a comparative perspective*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON, *Comparative Administrative Law*, Northampton, 2017; F. NICOTRA, *op. cit.*; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 389 ss; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Collana «Le Fonti del Diritto Italiano», Milano, 2010, p. 110 ss; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; A. SANDULLI, *Proporzionalità*,

funzionale rispetto a quest'ultimo, attribuendo a ciascuno di essi specifici campi di azione e peculiarità<sup>120</sup>. Conseguentemente, i campi di azione di questi due principi afferiscono a diverse fasi del processo decisionale amministrativo. In dettaglio, la ragionevolezza riguarda il procedimento amministrativo, in particolare la fase istruttoria; la proporzionalità, invece, concerne il provvedimento amministrativo, come concreto bilanciamento degli interessi in gioco<sup>121</sup>.

Lo standard di ragionevolezza comporta una ponderazione degli interessi ispirata ai criteri della logica e della congruità della scelta adottata dalla pubblica amministrazione ed è indipendente dalle valutazioni afferenti la parte che subisce una decisione amministrativa per cui la sua applicazione consiste in un test oggettivo, assumendo la posizione di un soggetto neutrale (“uomo ragionevole”).

D'altro canto, il principio di proporzionalità implica una valutazione più complessa, basata su uno schema composto da tre fasi, finalizzato alla verifica dell'adeguatezza (che richiede che un certo provvedimento sia adeguato al raggiungimento di un dato scopo), necessità (che implica che venga adottato il provvedimento meno gravoso per il soggetto che lo subisce) e la proporzionalità

---

in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. V, Milano, 2006, p. 4643 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

<sup>120</sup> Altra parte della dottrina ritiene che il principio di proporzionalità sia intimamente connesso al principio di ragionevolezza, in considerazione del loro rapporto di *species* a *genus*. Sul punto, P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993, p. 69 ss; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 1187 ss; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998, pp. 97-99.

<sup>121</sup> In proposito, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, p. 192, afferma che «la ragionevolezza del procedimento, e segnatamente dell'istruttoria procedimentale, misura la razionalità della procedura, e dunque il fatto che sia stata condotta facendosi ricorso a regole e a regolarità secondo logica e conoscenza (secondo scienza ed esperienza), nel quadro di un processo di formazione della conoscenza della realtà fattuale e della volontà caratterizzato da informazione e valutazione razionale, mentre la proporzionalità della statuizione finale, improntata al principio di adeguatezza, dà conto di come la cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge (o più esattamente, interpretato nel procedimento) venga concretamente soddisfatto con il minor sacrificio possibile degli interessi privati».



*stricto sensu*<sup>122</sup> (in virtù della quale non è possibile imporre oneri irragionevoli sugli interessi individuali sacrificati); la proporzionalità confronta direttamente i costi sostenuti dall'interesse privato e i vantaggi arrecati all'interesse pubblico perseguito.

Ancora, la proporzionalità è il principio sulla base del quale la pubblica amministrazione, nell'ambito del processo di formazione della volontà, deve scegliere la soluzione più appropriata e adeguata (tra tutte le opzioni disponibili) con il minimo sacrificio gli altri interessi pubblici e privati rilevanti nel caso di specie. In altre parole, la proporzionalità riguarda il bilanciamento quantitativo e la corretta misura del potere amministrativo esercitato. In questo modo, secondo la teoria il modello trifasico del test di proporzionalità, il provvedimento amministrativo deve contenere una decisione che comporti l'adozione di misure necessarie, appropriate ed adeguate al conseguimento dell'interesse pubblico, imponendo oneri ragionevoli ai destinatari del provvedimento.

La ragionevolezza, invece, riguarda il bilanciamento qualitativo degli interessi; essa implica la plausibilità degli effetti<sup>123</sup> e ha una portata limitata dal momento che esclude soltanto le decisioni così irragionevoli che nessun uomo ragionevole avrebbe mai potuto assumere. Naturalmente, il test di proporzionalità comporta un controllo giudiziario più intenso dell'azione amministrativa rispetto a quello della ragionevolezza<sup>124</sup>. Infatti, mentre la proporzionalità implica l'applicazione del test trifasico prima menzionato (teso alla verifica dell'adeguatezza, della necessità e della proporzionalità *strictu sensu* del provvedimento amministrativo); la ragionevolezza invece implica un «*must less structured test, one that is not only broader but also much vaguer*»<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Questa componente del test di proporzionalità è anche definita ragionevolezza. Cfr. J.E. VAN DEN BRINK, W. DEN OUDEN, S. PRECHAL, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, J.H. JANS, *General principles of law*, in J.H. JANS, S. PRECHAL, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN (a cura di), *Europeanisation of public law*, Groningen, 2015, p. 184.

<sup>123</sup> C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, p. 69.

<sup>124</sup> A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The European "nomofilachia"*, *op. cit.*, p. 222-223, sottolineano «*the vagueness of reasonableness*».

<sup>125</sup> G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, *op. cit.*, p. 304.

Nel diritto amministrativo italiano, anche l'origine di questi due principi è differente. Nato agli inizi del Ventesimo secolo<sup>126</sup> nell'ordinamento giuridico tedesco<sup>127</sup> e integrato nel sistema del diritto dell'Unione Europea attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>128</sup>, il principio generale di proporzionalità è diventato una fonte di ispirazione per i giudici degli stati membri<sup>129</sup>, spontaneamente e senza notevole resistenza<sup>130</sup>; anche il giudice amministrativo italiano ha spesso stabilito che il test di proporzionalità deve essere condotto secondo il modello trifasico<sup>131</sup>. Per vero, già la dottrina più risalente – in particolare Romagnosi<sup>132</sup> e Cammeo<sup>133</sup> – aveva messo in evidenza i vari profili di cui si compone il principio di

---

<sup>126</sup> Nel contesto specifico del *polizierecht*, F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354, ha utilizzato una felice espressione, secondo cui il principio di proporzionalità implica che la polizia non deve sparare agli uccelli con i cannoni. Sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa nel diritto di polizia, F. ROTA, *Full jurisdiction e diritto di polizia*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 285-296.

<sup>127</sup> Il principio di proporzionalità è stato sviluppato per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa tedesca. Sul punto, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 11 ss.; A. SANDULLI, *Proporzionalità*, *op. cit.*, p. 4644 ss.

<sup>128</sup> Fin dalla sua nascita e principalmente in materia di sanzioni, aiuti di Stato e deroghe alle regole di concorrenza. Sul punto, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique*, causa C-8/55, in *Racc.*, 291, il primo caso in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea applica il test di proporzionalità; 14 dicembre 1962, cause riunite C-5-11 e 13-15/62 *Società Industriale Acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 449; 19 marzo 1964, *Estelle Schmitz*, causa C-18/63, in *Racc.*, 85. Sul punto, E. BUOSO, *Il dialogo tra Corti in Europa e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, in AA.VV., *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità. Atti del 1 Convegno dei Colloquia dei ricercatori della scuola di giurisprudenza dell'Università di Padova*, Padova, 2013, pp. 405-433.

<sup>129</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 150.

<sup>130</sup> D. DE PRETIS, *Italian administrative law under the influence of european law*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2010, p. 13.

<sup>131</sup> Questo concetto è chiaramente espresso in: Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 1736/2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2087/2006, *ivi*; Consiglio di Stato, Sezione VI, 22 Marzo 2005, n. 1195, *ivi*; Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 6410/2004, *ivi*; Consiglio di Stato, Sezione VI, 1 Aprile 2000, n. 1885, *ivi*.

<sup>132</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, p. 15, secondo cui la regola direttrice dell'amministrazione consiste nella prevalenza della «cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera *necessità*» ovvero «col *minimo possibile sacrificio* della privata proprietà e libertà» (corsivo mio nella citazione).

<sup>133</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, p. 164, secondo cui l'esercizio dei poteri discrezionali nel campo del diritto pubblico deve essere improntato al

proporzionalità<sup>134</sup>; lo schema «a tre gradini»<sup>135</sup> della proporzionalità sembra già compiutamente delineato in Spagnuolo Vigorita. Infatti, in una nota ad una sentenza del Consiglio di Stato in tema di vincolo storico-artistico<sup>136</sup>, l'Autore – che riconduce la violazione del principio di proporzionalità all'ambito della legittimità e non del merito amministrativo – sottolinea come, con riferimento ad un ricorso con cui viene contestata un'ipotesi di eccesso di potere sotto il profilo della non rispondenza alla situazione di fatto, della eccessività rispetto al fine perseguito e della iniquità manifesta in relazione ad un precedente comportamento tenuto dall'amministrazione in un caso analogo, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa si sia limitato soltanto ad affermare l'infondatezza delle censure nel caso di specie, senza inficiare la validità ipotetica dei profili citati quali figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Secondo l'Autore, il Consiglio di Stato non ha «escluso in principio che tra le figure dell'eccesso di potere possa e debba rientrare pure quella che si sostanzia nel rilievo di un'assoluta sproporzione tra il vincolo contenuto nell'atto e le esigenze di pubblico interesse che vi possano dar causa»<sup>137</sup> e ciò dimostra che «il principio della conformità dell'azione pubblica al fine assegnatole (...) deve (...) valere pure sotto il profilo dell'*adeguatezza* e della *proporzionalità* dell'uno all'altro: profilo sui cui tratti più marcati non può pertanto rifiutare l'indagine il giudice di legittimità»<sup>138</sup>. In un'altra nota a sentenza del Consiglio di Stato in materia di espropriazione per motivi di pubblica utilità<sup>139</sup>, l'Autore attribuisce espressamente una portata generale al

---

«criterio generale di equità» che consiste nella «legge del *minimo mezzo*, raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini» (corsivo mio nella citazione).

<sup>134</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità*, op. cit., p. 10; ID, *Costruire lo Stato*, op. cit., p. 10, riconosce a Romagnosi di aver intuito la rilevanza del tema della giusta misura del potere amministrativo.

<sup>135</sup> D.U. GALETTA, (voce) *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2012.

<sup>136</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 1958, n. 384, in *Riv. giur. ed.*, 1, 1958, p. 626 s., con nota di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere e sproporzionata gravità dei vincoli*.

<sup>137</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, op. ult. cit., p. 628.

<sup>138</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, op. ult. cit. p. 630 (corsivo mio nella citazione).

<sup>139</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 1961, n. 417, in *Riv. giur. ed.*, 4, 1961, p. 825 ss., con nota di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Sulla necessaria proporzione tra area*

principio «per cui il sacrificio dei diritti individuali deve essere quantitativamente proporzionato alla più stretta e inderogabile *necessità pubblica*»<sup>140</sup>, limitando tuttavia, «a fronte del possibile imbarazzo che l'aspetto quantitativo di tale figura di eccesso di potere potrebbe causare alla distinzione tra legittimità e merito»<sup>141</sup>, il controllo giudiziale in sede di legittimità ai soli casi in cui la sproporzione fra l'utilità pubblica e la menomazione dei diritti dei privati sia «enorme e visibile»<sup>142</sup>.

D'altra parte, il principio di ragionevolezza, che è stato utilizzato principalmente dai sistemi di *common law*<sup>143</sup>, è stato in seguito applicato anche negli ordinamenti giuridici di *civil law*; per quanto concerne l'Italia, il diritto amministrativo ha mutuato il concetto di ragionevolezza dal diritto costituzionale<sup>144</sup>.

---

*espropriata e pubblica utilità*. I citati contributi di V. Spagnuolo Vigorita sono richiamati in G. MARTINICO, M. SIMONCINI, *An Italian perspective on the principle of proportionality*, in S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, *General principles of law: European and comparative perspective*, Londra, 2017, p. 223-224, rilevando che «*the connection between the accuracy of fact-findings and the proportionality of administrative decisions is shown by the origins of the principle in Italian administrative law. It took a while before the principle could be recognised as an autonomous ground of review. Originally, in Italy the principle emerged within the ultra vires review of administrative competences and was developed as a sub-set of the test of reasonableness. The early Italian scholarship on administrative law suggested that the function pursued by public administration should be accomplished with the minimum sacrifice of the private sphere: in the absence of clear-cut criteria about how to settle competing public and private interests and in the presence of a lacuna legis which could not be addressed differently, the public good should prevail over the private one to the minimum detriment of private property and liberty*». Sul punto anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 198, nt. 394.

<sup>140</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. ult. cit.* p. 827 (corsivo mio nella citazione).

<sup>141</sup> A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, p. 50.

<sup>142</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. ult. cit.* p. 830.

<sup>143</sup> Sul punto, H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 2000, p. 353 ss. Una delle prime sentenze in materia fu il *leading case* *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223. Secondo la Corte, l'intervento del giudice è consentito solo se una decisione è così irragionevole da risultare aberrante. La letteratura sul caso *Wednesbury* è molto vasta. Tra i più recenti, A.C.L. DAVIES, J.R. WILLIAMS, *Proportionality in English Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 75 ss; K. THOMPSON, *Administrative law in the United Kingdom*, in R. SEERDEN, *Comparative administrative Law. Administrative law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 247.

<sup>144</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano, diritto costituzionale e diritto amministrativo sono strettamente collegati (in quanto due partizioni del diritto pubblico) ma differenti.

Infatti, nel diritto costituzionale, la ragionevolezza è uno standard utilizzato per il controllo di legittimità costituzionale<sup>145</sup>. A titolo esemplificativo, questo uso della ragionevolezza è emerso in una recente sentenza<sup>146</sup> emanata dalla Corte Costituzionale<sup>147</sup>. Il decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, ha riordinato ed integrato la disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. In dettaglio, l'art. 14 del d.lgs n. 33/2013 stabilisce a carico di titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e di titolari di incarichi dirigenziali, precisi obblighi di pubblicazione afferenti la documentazione attestante compensi, rimborsi per l'espletamento degli incarichi nonché le dichiarazioni relative ai dati reddituali e patrimoniali degli stessi.

---

<sup>145</sup> Sull'applicazione del criterio di ragionevolezza nel giudizio di legittimità costituzionale I. RIVERA, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (FQC)*, 13 febbraio 2016; N. STAMILE, *Ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, n. 2/2015; M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Roma, 2013, pp. 7-17; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, 2013; A. MARRONE, *Constitutional adjudication and the principle of reasonableness*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 215-241; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; F. MODUGNO, *la ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milano, 1994, pp. 179-192; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Dir. Soc.*, 1975, p. 561 ss, currently in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 665 e segg; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1573 ss, currently in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 637 ss.

<sup>146</sup> Corte Costituzionale, 21 Febbraio 2019, n. 20, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sul punto, A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 27 Febbraio 2019.

<sup>147</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 134 della Costituzione italiana, la funzione più importante della Corte Costituzionale consiste nel giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni.

Successivamente, il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, recante “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell’art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, ha modificato il citato art. 14 del d.lgs. n. 33/2013, estendendo l’ambito soggettivo di applicazione dei menzionati obblighi di pubblicazione riferiti alla situazione patrimoniale a tutti i titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti, compresi quelli attribuiti discrezionalmente senza procedure pubbliche di selezione<sup>148</sup>. Pertanto, a seguito della modifica intervenuta, l’obbligo in parola si applicava a: titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale, regionale e locale; titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo, comunque denominati, salvo quelli attribuiti a titolo gratuito; titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferito, ivi inclusi quelli conferiti a discrezione degli organi di indirizzo politico senza ricorrere a procedure pubbliche di selezione. Questa categoria includeva anche posizioni dirigenziali come quelle di segretario generale, capo dipartimento, direttore generale e qualsiasi altra posizione di livello dirigenziale conferita a soggetti che non appartengono ai ruoli delle pubbliche amministrazioni (c.d. incarichi esterni).

I dipendenti pubblici, come sopra individuati e senza alcuna distinzione, erano quindi tenuti all’obbligo di pubblicare i seguenti documenti e informazioni relativi al proprio reddito e patrimonio sul sito internet istituzionale dell’amministrazione di appartenenza: a) compensi di qualsiasi natura connessi all’assunzione della carica, inclusi gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici; b) dati relativi all’assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti; c) eventuali altri incarichi con oneri a carico della finanza pubblica con l’indicazione dei compensi spettanti; d) copia dell’ultima dichiarazione dei redditi; e) una dichiarazione

---

<sup>148</sup> M. LUNARDELLI, *The reform of Legislative Decree no. 33/2013 in Italy: a double track for transparency*, in *Italian Journal of Public Law*, 9, 2017, pp. 143-188.

concernente i diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, le azioni di società, le quote di partecipazione a società, proprietà di società, l'esercizio di funzioni di amministratore o di sindaco di società (entro tre mesi dalla nomina e in seguito annualmente per comunicare eventuali variazioni).

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 ss.mm.ii., nella parte in cui obbliga - indistintamente - ciascun dipendente pubblico titolare di un incarico dirigenziale a divulgare i propri dati patrimoniali e reddituali, per violazione con le norme costituzionali in tema di diritto alla privacy e protezione dei dati personali nonché per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, così come interpretati alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia europea<sup>149</sup>.

Secondo la Corte, il legislatore avrebbe dovuto stabilire alcune eccezioni, in quanto una simile disposizione, che preveda la divulgazione per tutti i soggetti di una data categoria (nel caso di specie, compresi i titolari di incarichi dirigenziali affidati a discrezione degli organi politici, senza ricorrere a procedure di selezione pubblica) è certamente irragionevole, sproporzionata e non necessaria e comporta un onere eccessivo per i soggetti cui si rivolge. In altre parole, il Giudice delle leggi ha effettuato una ponderazione degli interessi, che ha coinvolto sia la proporzionalità sia la ragionevolezza come standard di legittimità costituzionale. Infatti, la Corte ha operato un bilanciamento tra l'interesse pubblico della trasparenza e della prevenzione della corruzione con i diritti di privacy e protezione dei dati personali. Inoltre, i giudici hanno stabilito che l'obbligo imposto era nei fatti eccessivamente oneroso e sproporzionato rispetto all'obiettivo di prevenzione della corruzione che era stato predefinito dal legislatore. Ai presenti fini, il punto focale di questa sentenza è il paragrafo 3 in base al quale lo scrutinio di ragionevolezza, come standard di legittimità costituzionale delle leggi, si avvale del test di proporzionalità. Pertanto,

---

<sup>149</sup> Cfr. punto 3.1 della sentenza. La Corte Costituzionale richiama il principio di proporzionalità espressamente utilizzato in Case C-465/00, C-138/01 and C-139/01 *Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm and Joseph Lauer mann v. Österreichischer Rundfunk*, [2003] European Court Reports (English Edn.) I-04989; Case C-92/09 and 93/09 *Volker and Markus Schecke and Eifert*, [2010] European Court Reports (English Edn.) I-11063.

secondo la prospettiva interpretativa adottata dalla Corte, ragionevolezza e proporzionalità sono due diversi standard di sindacato, ma il primo include il secondo; allo stesso tempo, la proporzionalità è considerata uno strumento per testare la ragionevolezza.

La dottrina italiana<sup>150</sup> pacificamente classifica la ragionevolezza nel novero dei principi impliciti. Questi principi non sono contenuti in una disposizione costituzionale o legislativa espressa ma sono stati elaborati e sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In effetti, la ragionevolezza è (non un principio costituzionale espresso ma) un principio non scritto di natura costituzionale; ciò significa, ad esempio, che il principio di ragionevolezza non può essere derogato da un atto del Parlamento. Non a caso, la ragionevolezza è stata anche definita come un «principio assoluto»<sup>151</sup>, ovverosia che non tollera eccezioni di sorta. In dettaglio, nel diritto amministrativo italiano, il principio di ragionevolezza è un corollario di tre principi costituzionali, e precisamente del principio di uguaglianza<sup>152</sup> contenuto nell'articolo 3 Cost., imparzialità e buona amministrazione<sup>153</sup>, di cui all'art. 97 Cost.

---

<sup>150</sup> F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 12 Settembre 2018, p. 3; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 3; R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 197.

<sup>151</sup> S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 248. Ciò costituisce una delle principali differenze con il principio di proporzionalità. Sul punto, F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2011, p. 1222, secondo cui «il principio di proporzionalità che deve disciplinare l'esercizio della discrezionalità amministrativa non è un principio assoluto, autosufficiente, ma un principio di relazione».

<sup>152</sup> F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, *op.cit.*, p. 8, collega la ragionevolezza al principio costituzionale di uguaglianza. Tale relazione è riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza 4 maggio 2009, n. 137, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>153</sup> F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 388, afferma che il principio di ragionevolezza assicura l'attuazione del precetto di buon andamento; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 135 e 152, rileva che il fondamento del principio di ragionevolezza degli atti amministrativi si basa sui valori dell'imparzialità (quale divieto di operare disparità di trattamento e quale obbligo di ponderare tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie) e del buon andamento (che viene in rilievo nella componente della ragionevolezza definita idoneità, laddove si verta sulla scelta dei mezzi più idonei al raggiungimento dello scopo). Sulla relazione tra ragionevolezza,



In proposito, la Corte costituzionale ha stabilito che il principio di ragionevolezza, ponendosi come limite all'esercizio della discrezionalità amministrativa, garantisce tutela ai soggetti la cui posizione giuridica soggettiva sia stata violata dalla legge, da un provvedimento amministrativo o, più in generale, dall'ordinamento giuridico<sup>154</sup>.

Inoltre, il principio di ragionevolezza è indirettamente riconosciuto dalla legge generale sul procedimento amministrativo italiano (l. n. 241/1990), che stabilisce, all'articolo 3, comma 1, che quasi<sup>155</sup> tutti i provvedimenti amministrativi devono essere motivati<sup>156</sup>. Infatti, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria; attraverso la motivazione, il giudice applica il test di ragionevolezza.

Sin dalle origini del diritto amministrativo italiano, i principi generali del diritto hanno rappresentato una caratteristica importante nel suo sviluppo. Nonostante la mancanza di regole sul valore vincolante del precedente (*stare decisis*), la giurisprudenza amministrativa italiana ha svolto e continua a svolgere un ruolo importante nell'elaborazione di questi principi; lo stesso è accaduto per il principio di ragionevolezza.

#### **4.1. I vari profili del principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo italiano.**

---

imparzialità e buona amministrazione, A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The European "nomofilachia" and the principle of proportionality*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, no. 28 E SI/2009, p. 223; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, *op. cit.*, p. 1251 ss.

<sup>154</sup> Corte Costituzionale, 4 Novembre 1999, n. 416, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sul punto, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in RENNA, S. FAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 171.

<sup>155</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. n. 241/1990, la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

<sup>156</sup> F. NICOTRA, *op. cit.*, p. 10.

La ragionevolezza è allo stesso tempo uno standard sostanziale e processuale<sup>157</sup>. È interessante notare la nuova e crescente attenzione mostrata dalla dottrina italiana sulla ragionevolezza come criterio di controllo giurisdizionale della discrezionalità amministrativa. Vi sono sostanzialmente tre ragioni per questo rinnovato interesse: in primo luogo, la crisi dello stato di diritto, che lascia un ampio margine di manovra alla pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri discrezionali; in secondo luogo, la necessità di un controllo giurisdizionale di tali poteri discrezionali, che si svolga anche tramite la verifica della ragionevolezza dell'azione amministrativa; infine, la necessità di rispettare il principio di separazione dei poteri.

Infatti, nell'ordinamento giuridico italiano, il potere amministrativo - che si manifesta (anche) attraverso l'adozione di atti amministrativi - è subordinato al potere legislativo e al principio di legalità<sup>158</sup>. In altre parole, la pubblica amministrazione può esercitare soltanto i poteri esplicitamente attribuiti dal legislatore<sup>159</sup>. Tuttavia, questa teoria di stampo positivista non riflette la realtà.

Infatti, sono numerosi i fattori di crisi della legislazione amministrativa e del principio di legalità amministrativa nell'ordinamento giuridico italiano: la stagnazione delle fonti interne; l'estraneità delle fonti esterne all'originario impianto costituzionale; la perdita di centralità del Parlamento; lo sviluppo di nuove fonti flessibili (circolari e linee guida elaborate dalle amministrazioni o dalle autorità indipendenti); l'eccessivo ricorso a strumenti di *soft law*; soprattutto, la supplenza giurisprudenziale, con una evidente estensione delle decisioni legislative

---

<sup>157</sup> M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, op. cit., p. 8, distingue tra ragionevolezza come principio dell'azione amministrativa (definito "ragionevolezza-standard") e ragionevolezza come criterio di controllo giurisdizionale (definito "ragionevolezza-parametro").

<sup>158</sup> In proposito, D. DE PRETIS, *Italian administrative law*, op. cit., p. 10, rileva che «*the subordination of the administration to the law is obviously in order to permit judicial review of administrative action and, as such, the justiciability of right and legitimate expectations of private parties affected by it. In this context, the notion of lawfulness of administrative action extends beyond simple compliance with the law, to include conformity of the administrative decisions to the criteria of logic, reasonableness, correspondence with the facts and substantial equity*».

<sup>159</sup> G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1956, p. 25.

giurisdizionali, l'espansione della creatività giurisprudenziale ed una crescente vocazione del giudice amministrativo, produttore di diritto, a ricorrere ad un sindacato di *full jurisdiction*. Registriamo, quindi, nel nostro sistema giuridico una tendenza sempre più forte a fondere (se non a confondere) il momento nomopoietico con quello nomotetico, ovvero il ruolo di colui che crea diritto attraverso l'interpretazione con quello di colui che crea diritto in quanto istituzionalmente deputato a farlo. In un tale contesto di crisi della *rule of law*, l'azione amministrativa diventa sempre più autonoma (nel vero senso etimologico della parola).

Pertanto, mentre il controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa sta diventando sempre più intenso, così «*the question becomes (more accurately, necessarily implies) the identification of parameters of judgment defined by their reasonableness and proportionality, insofar as reasonableness, according to Ledda's well-know definition<sup>160</sup>, pertains "to the world of values, and therefore to the fundamental need for justice"*»<sup>161</sup>.

#### **4.2. La ragionevolezza nel procedimento amministrativo.**

Il principio fondamentale di ragionevolezza condiziona il procedimento amministrativo. Si tratta di un principio assoluto dell'azione amministrativa, perché non tollera eccezioni da parte di altri principi. Innanzitutto, la ragionevolezza come principio dell'azione amministrativa implica una corrispondenza tra la scelta fatta e il canone di razionalità.

Inoltre, la ragionevolezza è un criterio che impone l'obbligo, da un lato, di ponderare tutti gli interessi<sup>162</sup> pubblici e privati; primari e secondari, caratteristica essenziale dell'esercizio di poteri discrezionali; dall'altro, di evitare il sacrificio di (alcuni di) tali interessi, a meno che ciò non sia strettamente necessario. Pertanto, la

---

<sup>160</sup> F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, p. 109.

<sup>161</sup> R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Public enemy: the effectiveness of administrative judicial protection*, in *Italian Journal of Public Law*, V. 3, 2, 2011, p. 245.

<sup>162</sup> Sotto questo profilo, è evidente che la ragionevolezza è un corollario del principio costituzionale di imparzialità, inteso in senso oggettivo (mentre l'imparzialità in senso soggettivo implica il divieto di disparità di trattamento).

ragionevolezza richiede che l'amministrazione effettui una valutazione comparativa completa di tutte le opzioni possibili, prima di adottare la decisione finale. Da questo punto di vista, «il principio di ragionevolezza trova espressione avanzata nel principio di proporzionalità»<sup>163</sup>.

Sempre con riferimento al procedimento amministrativo, la ragionevolezza è un criterio procedurale che consente di verificare la completezza dell'istruttoria, la corrispondenza tra le risultanze dell'istruttoria e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella ponderazione degli interessi in gioco e quindi la logica e la coerenza dell'intero processo decisionale<sup>164</sup>. In altre parole, la ragionevolezza indica «la plausibilità e giustificabilità della scelta operata dall'amministrazione, quindi è alla base di varie regole empiriche elaborate dai giudici e di varie figure di eccesso di potere (come l'illogicità); in termini specifici essa viene riferita al bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione, che deve tenere conto degli interessi rilevanti e non comportare il loro inutile sacrificio (Cons. St., Ad Plen., n. 3/1993; sul rapporto tra eguaglianza e ragionevolezza, Cons. St., V, n. 1514/1998)»<sup>165</sup>. Infine, la ragionevolezza è alla base di alcune disposizioni di legge sui termini di conclusione del procedimento<sup>166</sup>.

#### **4.3. La ragionevolezza come standard di sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa.**

La ragionevolezza è anche un parametro di controllo giurisdizionale della discrezionalità amministrativa. Infatti, la ragionevolezza è uno standard di condotta che l'autorità pubblica deve rispettare nello svolgimento dell'azione amministrativa. Secondo questo criterio, il provvedimento amministrativo non deve essere viziato da un difetto di logica o razionalità.

Per quanto concerne la relazione tra ragionevolezza e discrezionalità amministrativa, la prima è contenuto e limite della seconda allo stesso tempo.

---

<sup>163</sup> D. DE PRETIS, *Italian administrative law*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>164</sup> Sul punto, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, *op. cit.*, p. 1257.

<sup>165</sup> S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 248.

<sup>166</sup> Cfr. art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

L'essenza del potere discrezionale consiste nel rimettere alla pubblica amministrazione il bilanciamento degli interessi pubblici e privati<sup>167</sup>, dal momento che il legislatore non ha prestabilito l'interesse prevalente nel caso concreto; come pacificamente riconosciuto in dottrina e giurisprudenza, il sindacato del giudice amministrativo sugli atti discrezionali della pubblica amministrazione è consentito soltanto in caso di travisamenti di fatto, non plausibilità delle scelte decisionali, manifesta illogicità e manifesta irragionevolezza<sup>168</sup>, ovvero in caso di manifesta violazione degli standard di logica o coerenza<sup>169</sup>.

Si rende ora necessario individuare le tecniche attraverso cui il giudice amministrativo esercita il proprio sindacato sull'attività amministrativa discrezionale, ricorrendo alla ragionevolezza come standard di controllo giurisdizionale.

---

<sup>167</sup> R. CARANTA, *On discretion*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND, *The coherence of EU Law. The search for unity in divergent concepts*, Oxford, 2008, p. 191, osserva che «the late 1930s to the early 1940s were the defining moment for scholarly discussions on discretion in Italy. Costantino Mortati adopted a somewhat wide notion of discretion. In his opinion, discretion was the room to manoeuvre which is left to the decision-maker through open-ended rules, that is rules referring to undetermined legal concepts (...). Massimo Severo Giannini claimed that discretion had to do with the choice between possibly conflicting public and private interests, ie policy choice». Sul punto, F.G. SCOCA, *La discrezionalità*, op.cit., p. 1045 ss.; G. AZZARITI, *Discrezionalità*, op. cit., p. 347 ss; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, op.cit.; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, op. cit., p. 76.

<sup>168</sup> Cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 gennaio 2018, n. 460, in cui il Collegio ha affermato la legittimità della scelta discrezionale compiuta dall'amministrazione di revocare una gara d'appalto in ragione sia del mutato contesto normativo sia del prospettato risparmio di spesa mediante un affidamento diretto. Nella sentenza in esame, come indicazione di carattere generale, si ribadisce che, da una parte, la motivazione del provvedimento di revoca ex art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 inerente profili di merito dell'azione amministrativa è sottratta al sindacato di legittimità; dall'altra, che il sindacato del giudice amministrativo sugli atti discrezionali dell'amministrazione è consentito solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza, non plausibilità delle scelte decisionali e travisamenti di fatto.

<sup>169</sup> In un certo numero di casi giurisprudenziali, la ragionevolezza è intesa come logica o coerenza. Sul punto, G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, op. cit., pp. 298-299. S. CIVITARESE MATTEUCCI, (voce) *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Enc. Treccani*, 2017, afferma che la ragionevolezza utilizzata come standard di controllo giurisdizionale della discrezionalità amministrativa si riempie in modo diverso dalla mera logica e riflette più da vicino un senso di giustizia o il concetto di proporzionalità.

Dalla seconda metà del secolo scorso, la dottrina<sup>170</sup> collega la manifesta illogicità del provvedimento amministrativo alla nozione di ragionevolezza. Di recente, inoltre, l'eccesso di potere è stato associato a (se non confuso con) una decisione illogica o manifestamente irragionevole<sup>171</sup>. Pertanto, in caso di violazione del principio di ragionevolezza, il provvedimento amministrativo si considera viziato da eccesso di potere<sup>172</sup>, con riferimento ad alcune figure sintomatiche<sup>173</sup>, elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa, ed in particolare: contrasto con gli standard di coerenza, logica e ragionevolezza delle scelte amministrative; ingiustificata disparità di trattamento (quando per identiche situazioni di fatto si adottino decisioni diverse, a meno che tale trattamento sia obiettivamente giustificato); illogicità o contraddittorietà o irragionevolezza della motivazione.

Nell'impostazione tradizionale, l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere era costituita dallo sviamento di potere<sup>174</sup>. Il ricorrente, per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, doveva dimostrare che la pubblica amministrazione avesse inteso perseguire un interesse diverso da quello predeterminato dalla legge. Nel corso degli anni, preso atto della difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica, «lo

---

<sup>170</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1950, p. 1 ss.

<sup>171</sup> Sul punto, R. CARANTA, B. MARCHETTI, *Judicial review of regulatory decisions in Italy; changing the formula and keeping the substance?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, pp. 151.

<sup>172</sup> F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 119 ss.

<sup>173</sup> F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, op. cit., p. 9.

<sup>174</sup> Come anticipato nei §§ 1-2, nel diritto amministrativo italiano, in origine l'eccesso di potere corrispondeva al *detournement de pouvoir* elaborato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, che consiste nell'uso perverso di poteri pubblici per raggiungere fini illegittimi; dunque, inizialmente l'eccesso di potere era - e in parte lo è ancora - una deviazione del potere, consistente nell'uso del potere per uno scopo diverso da quello contemplato dalla legge (più esattamente, quest'ultima definizione ora indica uno sviamento di potere, i.e. un uso improprio del potere, che è solo una delle tante figure sintomatiche di eccesso di potere elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana). Per un inquadramento storico di questo concetto, R. CARANTA, *On discretion*, op. cit., pp. 191-192; G. CORSO, *The principle of reasonableness in administrative law*, in AA.VV., *Reasonableness and interpretation*, 2003, p. 387 ss.; G. TREVES, *Judicial review in Italian administrative law*, in *The University of Chicago Law Review*, 26, 1959, pp. 432-433.

sviamento si rivela una veste troppo stretta, anche per effetto del progressivo pluralismo sociale e istituzionale»<sup>175</sup> e anche il venir meno della «visione monolitica dell'interesse pubblico»<sup>176</sup> è stato uno dei fattori che ha contribuito all'evoluzione dello sviamento di potere.

Successivamente, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali, a solo titolo esemplificativo, la motivazione insufficiente, l'errore di fatto, l'ingiustizia grave e manifesta, la contraddittorietà interna ed esterna, la violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa, il difetto di istruttoria (che ricorre sia quando l'amministrazione abbia ommesso del tutto di espletare un'attività di tipo istruttorio, sia quando l'istruttoria ci sia stata ma presenti gravi vizi, in quanto incompleta o poco approfondita). Le predette figure, inizialmente ritenute sintomatiche dello sviamento di potere, hanno acquisito, nella prassi giudiziaria, una loro autonomia essendo state ricondotte ai principi generali dell'azione amministrativa e, in particolare, al principio di ragionevolezza<sup>177</sup> o, secondo una diversa impostazione, al principio di proporzionalità. In questa prospettiva, tesa a rafforzare le forme di tutela, è sufficiente, in presenza di una specifica domanda, che ricorra una di esse affinché si possa annullare un provvedimento amministrativo senza che sia necessario

---

<sup>175</sup> C. MARZUOLI, (voce) *Eccesso di potere*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2016.

<sup>176</sup> M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa degli anni trenta*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni trenta*, Bologna, 1992, p. 41.

<sup>177</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si osserva che i poteri discrezionali «possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale soltanto quando viene dedotta, oltre alla violazione di una specifica disposizione di legge, la sussistenza di una figura sintomatica dell'eccesso di potere dalla quale risulti la violazione del principio di ragionevolezza»; in termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1667; Consiglio di Stato, sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 301, *ivi*, in cui si stabilisce che «gli atti amministrativi espressione di valutazioni tecniche sono suscettibili di sindacato giurisdizionale nei termini in cui l'amministrazione abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile. Il giudice amministrativo, infatti, non può sostituire – in rispetto al principio di separazione dei poteri – sue valutazioni tecniche a quelle effettuate in sede propria dall'autorità pubblica. È dunque necessario che gli interessati deducano l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere mediante le quali dimostrino che la determinazione amministrativa assunta si pone in effettivo contrasto con il suddetto principio».

effettuare un confronto tra l'interesse pubblico tipico e l'interesse concreto perseguito dall'amministrazione per dimostrare lo sviamento di potere e cioè che quest'ultima non abbia perseguito le finalità istituzionali che la legge gli impone di assicurare. In definitiva, le figure in esame sono divenute regole di condotta tipizzate a livello giurisprudenziale, secondo uno schema aperto che consente il continuo adattamento alle esigenze di tutela, la cui violazione determina l'illegittimità degli atti impugnati.

Lo strumento delle figure sintomatiche è utilizzabile anche quando il sindacato ha ad oggetto una attività amministrativa connotata da discrezionalità tecnica<sup>178</sup>. In questo caso, in ragione dell'esistenza di nozioni proprie del sapere specialistico, il giudice amministrativo, al fine di esercitare un controllo intrinseco, può avvalersi anche dell'ausilio di un verificatore o di un consulente tecnico d'ufficio<sup>179</sup>, secondo quanto previsto dagli artt. 66 e 67 c.p.a.

Il giudice invece non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabili di fatti (in caso di discrezionalità tecnica) né nel merito<sup>180</sup> dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa). In questo ambito si possono collocare anche quelle materie la cui valutazione, per ragioni diverse, viene riservata alla pubblica amministrazione. In particolare, per quanto rileva in questa sede, si pensi ai poteri negoziali esercitati dall'amministrazione – in relazione a determinati rapporti che rinviano a concetti giuridici indeterminati – che possono poi costituire il presupposto per l'esercizio di diversi poteri di natura amministrativa. In questo caso il sindacato del giudice amministrativo “sul presupposto” ha valenza incidentale ed è finalizzato a valutare se l'amministrazione ha, in ipotesi, «esercitato in maniera cattiva il potere

---

<sup>178</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>179</sup> Sulla consulenza tecnica d'ufficio e le differenze con la verifica, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, op. cit., p. 210. Sul punto anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 6, 2016, 5.

<sup>180</sup> Sul concetto di merito amministrativo, cfr., *supra*, § 3, nt. 90.



amministrativo»<sup>181</sup>. L'accertamento nel processo dell'eccesso di potere, nelle diverse manifestazioni indicate, spetta al giudice amministrativo mediante l'analisi dei fatti e della motivazione<sup>182</sup>, con la conseguenza che soltanto se tale figura non esiste la contestazione giudiziale si risolve in un non consentito sindacato sulle scelte riservate all'amministrazione.

In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa. Infatti, come stabilito di recente dal Consiglio di Stato<sup>183</sup>, il giudice amministrativo può scrutinare la discrezione tecnica<sup>184</sup> anche intrinsecamente (*id est*, facendo uso della stessa

---

<sup>181</sup> Cons. St., sez. VI, n. 4174/2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>182</sup> Cass. civ., SS.UU., 8 marzo 2012, n. 3622, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 288, secondo cui «per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto. Neppure quando perciò si tratti – come nella specie – di un atto a contenuto fortemente valutativo, cui certamente inerisce un ampio grado di discrezionalità anche tecnica, si può negare al giudice il potere – dovere di vagliarne la relativa motivazione, ai fini e nei limiti sopra accennati; e, se pure è vero che, in siffatte situazioni, esiste il rischio che detto giudice travalichi quei limiti e sostituisca indebitamente la propria valutazione a quella dell'amministrazione, per riscontrare un tale eccesso non basta certo soltanto il fatto che il giudice si sia soffermato a soppesare gli argomenti sui quali la motivazione dell'atto impugnato si articolava. Non gli sarebbe altrimenti possibile esprimere alcun giudizio sulla congruità e logicità di quella motivazione, che si perverrebbe così all'inammissibile risultato di rendere di fatto insindacabile»; il principio è contenuto anche nella giurisprudenza più risalente, Cass., 4 maggio 1960, n. 1006; Cass., SS.UU., 15 marzo 1972, n. 745, in *Foro it.* 1972, I, 2482; Cass. civ., SS.UU., 14 maggio 1987, n. 4442, in *Foro it.* 1988, I, 3400. Sul punto, I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, p. 173, afferma che «il Supremo Collegio ha, più volte, affermato l'assoggettabilità, ex art. 111, 8 comma, Cost., delle decisioni del Consiglio di Stato al controllo della Corte di Cassazione per quei vizi identificabili nell'eccesso di potere giurisdizionale e nel mancato rispetto dei cosiddetti "limiti esterni" che perimetrano la funzione giurisdizionale attribuita dall'ordinamento ai giudici amministrativi».

<sup>183</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 31 Luglio 2019, n. 5434, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>184</sup> Per un inquadramento storico della nozione di discrezionalità tecnica nel diritto amministrativo italiano e per l'analisi dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di sindacato delle valutazioni amministrative complesse, cfr. § 3.

conoscenza tecnica della scienza specialistica applicata dall'amministrazione, in particolare, per esempio, nel caso delle Autorità indipendenti<sup>185</sup>) ma non può andare oltre il controllo della logica e della ragionevolezza della decisione amministrativa, altrimenti violerebbe il principio di separazione di poteri.

#### **4.4. Luci ed ombre della giurisprudenza amministrativa italiana sulla distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità.**

Se la dottrina maggioritaria – come si è avuto modo di vedere nei paragrafi precedenti – concorda nel ritenere ragionevolezza e proporzionalità due diversi ed autonomi principi, nella giurisprudenza amministrativa italiana la menzionata distinzione è piena di luci e ombre; talvolta, infatti, questa differenza è così sfumata che i concetti di ragionevolezza e proporzionalità sembrano confondersi. In altre parole, in molte pronunce, la giurisprudenza amministrativa ha applicato i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, quali parametri di sindacato della discrezionalità, assegnare agli stessi una sostanziale distinzione di significato<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> La letteratura sull'argomento è vastissima. Per tutti, I. NASTI, *L'abuso di posizione dominante nel sistema delle comunicazioni elettroniche e il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità di settore*, in *Corr. giur.*, 9, 2017, p. 1246 s.; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 695; E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 617 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 181 ss; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 181 s.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, p. 469.

<sup>186</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Consiglio di Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, *ivi*. Sul punto, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, *op. cit.*, p. 100, nt. 47, osserva che nella giurisprudenza amministrativa i canoni di ragionevolezza e proporzionalità sono spesso adoperati in modo confuso; anche A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The European "nomofilachia"*, *op. cit.*, p. 222, nt. 33, affermano che «*only during the last years has Italian jurisprudence acquired the Community principle of proportionality even if sometimes it confuses this principle with the reasonableness one*»; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*, p. 168, afferma che il principio di proporzionalità è entrato nel linguaggio giurisprudenziale italiano, anche se non molto recentemente (precisamente con la sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 1992, n. 132, *ivi*), sovrapponendosi e intrecciandosi in modo approssimativo e confuso con il principio di ragionevolezza,

Un esempio di queste difficoltà ed incertezze riscontrate nell'interpretazione di tali standard di controllo giurisdizionale del potere discrezionale amministrativo è fornito da una controversia avente ad oggetto delle deroghe ad un provvedimento amministrativo che disponeva una zona a traffico limitato nel centro storico della città di Roma<sup>187</sup>. Nel caso in esame, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito che la ponderazione degli interessi contrapposti deve essere il risultato di una valutazione ragionevole, in base alla quale una pubblica amministrazione, nel prendere una decisione discrezionale, deve scegliere la soluzione più ragionevole (tra tutte le altre opzioni disponibili) con il minimo sacrificio per gli interessi secondari. Pertanto, come si può vedere, nel caso in esame il Supremo Consesso della giustizia amministrativa ha utilizzato la nozione di ragionevolezza con il significato che la dottrina in genere attribuisce alla proporzionalità<sup>188</sup>. Non si tratta di una questione meramente definitoria, dal momento che l'ampiezza del sindacato giurisdizionale esercitato dipende dal significato che si assegna al contenuto del test di ragionevolezza (o di proporzionalità). Infatti, come anticipato<sup>189</sup>, lo scrutinio di ragionevolezza risulta essere meno strutturato rispetto al test di proporzionalità e, in quanto tale, più ampio.

##### **5. Le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale. La consumazione della discrezionalità.**

Il Consiglio di Stato di recente ha stabilito<sup>190</sup> che può risultare una riduzione della discrezionalità amministrativa per effetto: 1. sul piano sostanziale, degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come

---

interpretato con un duplice significato, ovverosia come non contraddizione e adeguatezza tra mezzi e fini allo stesso tempo.

<sup>187</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 6 febbraio 1993, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>188</sup> In proposito, è davvero significativo che nella sentenza in commento il Consiglio di Stato non utilizzi mai il termine "proporzionalità".

<sup>189</sup> Cfr., *supra*, § 4, p. 45, nt. 125.

<sup>190</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta, anche se originariamente connotata in termini discrezionali<sup>191</sup>; 2. sul piano processuale, dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento sull'intera vicenda di potere (si pensi alle c.d. ordinanze propulsive o alla tecnica del *remand*). In questo caso, infatti, il giudice amministrativo non si sostituisce all'amministrazione ma, in ossequio al principio di riserva della funzione, lascia alla pubblica amministrazione il potere di riesercitare il potere amministrativo, tenendo conto tuttavia dei vincoli contenuti nella sentenza o nell'ordinanza.

La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire deliberatamente capzioso e contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza di esercizio dei pubblici poteri. In tale caso, infatti, resta precluso all'amministrazione di poter tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti del privato. In altre parole, la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni annullate integra una elusione (palese o occulta) del giudicato: in tal caso si ammette la possibilità per il giudice di sindacare anche su aspetti non pregiudicati dalla sentenza.

Sul punto, la sentenza in commento<sup>192</sup> rappresenta una vera e propria rivoluzione per la giurisprudenza italiana. Con tale decisione i giudici amministrativi hanno stabilito il principio secondo cui il susseguirsi di numerosi giudicati di annullamento ha l'effetto di "svuotare" l'amministrazione del proprio potere discrezionale. In tale ipotesi, il giudicato costituisce un vincolo operante come "fatto" all'esercizio della discrezionalità amministrativa. Nel caso di specie, il giudice amministrativo aveva annullato per ben tre volte il diniego di conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di

---

<sup>191</sup> Ciò si verifica in maniera analoga nell'ordinamento giuridico olandese, attraverso l'adozione di standard di condotta o linee guida autovincolanti sull'uso in concreto di poteri discrezionali. Sul punto, cfr. Cap. II, § 3.

<sup>192</sup> Cons. St., sez. VI, n. 1321/2019.

prima fascia. Come ripetutamente e costantemente affermato dalla giurisprudenza in materia di abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di prima fascia, il giudizio della Commissione costituisce tipica valutazione tecnico-discrezionale, sindacabile e dunque censurabile solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di legittimità, incongruenza, contraddittorietà e irragionevolezza<sup>193</sup>. Il Consiglio di Stato, quindi, con la sentenza in commento ha ritenuto che l'ambito di discrezionalità rimesso all'amministrazione si fosse progressivamente ridotto fino a svuotarsi del tutto ed ha conseguentemente ordinato – per la prima volta – al Ministero resistente di rilasciare l'abilitazione in favore della candidata. In altre parole, anche se in relazione ad un atto tipicamente discrezionale, il Consiglio di Stato si è sostituito all'amministrazione, disponendo l'adozione del provvedimento favorevole alla ricorrente.

#### **6. Il sindacato giurisdizionale sugli atti di macro-organizzazione.**

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>194</sup>, le scelte di macro-organizzazione – che, per loro natura, non richiedono una motivazione puntuale e specifica – non possono essere oggetto di un pregnante controllo giurisdizionale, dal momento che un simile sindacato si risolverebbe in un giudizio sovrappositorio del giudice su scelte ampiamente riservate alla sfera discrezionale dell'amministrazione. In proposito, è opportuno premettere che, secondo quanto stabilito dagli artt. 2 e 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, rubricato “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, la determinazione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici pubblici (con l'individuazione di quelli di maggiore rilevanza, dei modi di conferimento della relativa titolarità e di determinazione delle dotazioni organiche complessive) è rimessa – sulla base di “*principi generali*” fissati dalla legge – a ciascuna amministrazione pubblica, che vi

---

<sup>193</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5060, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 26 agosto 2019, n. 10591, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 aprile 2019, n. 4500, *ivi*.

<sup>194</sup> Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, 5143, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3728, *ivi*.

provvede mediante “*atti organizzativi*”, complessivamente ispirati a criteri di funzionalità, flessibilità, trasparenza ed imparzialità, idonei a tradurre e compendiare, in prospettiva programmatica, i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.) e a perseguire la complessiva efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa (art. 1 l. n. 241/1990).

Sebbene non sia revocabile in dubbio che siffatti atti organizzativi rientrino pienamente nel novero dei provvedimenti amministrativi e siano, in quanto tali, soggetti al relativo statuto (che ne impone la complessiva verifica di legittimità, la soggezione alle norme sulla competenza, il rispetto dei canoni di ragionevolezza, la garanzia di imparzialità e ne legittima il corrispondente controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, anche in punto di adeguatezza delle premesse istruttorie e di idoneità giustificativa sul piano motivazionale), è vero, tuttavia, che gli ampi margini del potere di autorganizzazione attribuito all’amministrazione postula ed impone, secondo un costante orientamento dottrinario e giurisprudenziale, il riconoscimento alla stessa di una lata discrezionalità programmatica.

La conclusione discende, del resto, dal rilievo che – pur essendo anche l’attività amministrativa organizzativa assoggettata al principio di legalità (contenuto nell’art. 97 Cost., nella parte in cui postula una base legale ad ogni attribuzione competenziale) – i relativi procedimenti (di matrice caratteristicamente infrastrutturale o interna o programmatica) non sono destinati ad incidere, se non in via mediata, sulle posizioni soggettive dei consociati, in quanto destinatari dell’azione amministrativa: a livello macro-organizzativo, l’amministrazione non entra in relazione diretta con i titolari di situazioni giuridiche soggettive, ma crea soltanto presupposti alla instaurazione di rapporti giuridicamente rilevanti con tali soggetti. Ne risulta corrispondentemente attutito (se pur non eliso, non trattandosi propriamente di autonomia) il profilo garantistico del momento giustificativo, che legittima – come tale – un sindacato limitato al travisamento del fatto o al manifesto eccesso di potere.

Nella adozione dei provvedimenti in questione, sussiste una discrezionalità che, per un verso – non strutturandosi in termini di confronto comparativo di

posizioni e di interessi pubblici e privati, nella logica della determinazione conclusiva dei procedimenti ad efficacia esterna – ridimensiona, pur senza elidere, l'intensità dell'onere motivazionale<sup>195</sup> e, per altro e consequenziale verso, limita il sindacato giurisdizionale ai casi di conclamata ed evidente abnormità.

Pertanto, le scelte organizzative possono essere scrutinate unicamente attraverso un sindacato estrinseco di legalità; soltanto in presenza di un'opzione organizzativa risultata arbitraria, irragionevole o sproporzionata, a seguito di confronto con i canoni di funzionalità e flessibilità stabiliti dall'art. 2 d.lgs. n. 165/2001, il giudice può censurare la decisione adottata dall'amministrazione.

---

<sup>195</sup> A livello di enti locali, i menzionati principi sono stati recepiti nel diritto positivo a partire dalla legge 15 maggio 1997, n. 127, recante “*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e controllo*”, che, nel modificare l'art. 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante “*Ordinamento delle autonomie locali*”, ha cambiato la competenza ad adottare il regolamento degli uffici e dei servizi, attribuendolo (unico, non a caso, fra tutti i regolamenti) alla Giunta, proprio per porre in evidenza che la organizzazione degli uffici degli enti locali è vicenda intrinsecamente collegata con il potere operativo. Successivamente, l'art. 48, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante “*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*”, ha confermato la competenza della Giunta in ordine all'adozione del regolamento in esame.

## CAPITOLO II

### IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO OLANDESE

SOMMARIO: 1. Attualità del tema ed interessi in gioco. Il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo – 2. Il sistema di tutela avverso gli atti amministrativi illegittimi predisposto dall'ordinamento giuridico olandese – 2.1. Le origini del dibattito – 2.2. Il passaggio da una tutela prevalentemente giustiziale ad una tutela prevalentemente giurisdizionale. La nascita della giurisdizione amministrativa – 2.3. Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo – 2.4. Lo sviluppo del diritto amministrativo e le riforme della giustizia amministrativa dalla seconda guerra mondiale agli anni Novanta – 2.4.1. L'istituzione del Tribunale del Commercio e dell'Industria – 2.4.2. L'istituzione del ricorso alla Corona – 2.4.3. L'istituzione della Sezione giurisdizionale amministrativa del Consiglio di Stato – 2.5. Le grandi riforme degli anni Novanta – 2.6. La situazione attuale – 3. La distinzione tra poteri amministrativi discrezionali e vincolati – 4. Modelli di controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi. Il caso del modello olandese – 5. Fasi storiche e tecniche di sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi discrezionali nei Paesi Bassi – 5.1. Il sindacato giurisdizionale nella prima metà del XX secolo – 5.2. Il caso *Zandvoortse woonruimtevoordering* – 5.3. Il caso *Doetinchem* – 5.3.1. Il precedente inglese. Il caso *Wednesbury* – 5.4. Il sindacato giurisdizionale dopo il caso *Doetinchem* e fino al 1976 – 5.5. Il sindacato giurisdizionale dal 1976 al 1994 – 5.5.1. Il caso *Normaal* – 5.6. Il sindacato giurisdizionale dopo l'entrata in vigore del GALA – 5.6.1. Dallo standard di ragionevolezza al principio di proporzionalità – 5.6.2. Il caso *Maxis and Praxis* – 5.6.3. Proporzionalità e sanzioni – 5.6.4. I poteri di risoluzione giurisdizionale definitiva della controversia – 5.7. Le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale.

#### **1. Attualità del tema ed interessi in gioco. Il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo.**

Questo capitolo ha ad oggetto il tema del sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi espressione di esercizio di poteri discrezionali da parte della pubblica amministrazione nei Paesi Bassi.

Nella dottrina olandese, il dibattito sull'intensità del sindacato giurisdizionale è quanto mai vivo ed attuale; la giurisprudenza olandese, allo stesso modo, oscilla tra diversi orientamenti.



Invero, già a metà degli anni Novanta, la dottrina<sup>196</sup> rappresentava la pubblica amministrazione come soffocata tra il potere legislativo e quello giudiziario.

Dopo quasi un quarto di secolo, l'attenzione si è spostata significativamente dalla (analisi delle funzioni e delle prerogative della) amministrazione al (ruolo e ai poteri del) giudice. Quest'ultimo, osserva la dottrina<sup>197</sup>, si trova stretto tra due fuochi: da una parte, qualora esercitasse un sindacato troppo intenso, potrebbe essere accusato di invadere la sfera di competenza della pubblica amministrazione e usurpare il potere esecutivo, con palese violazione del principio costituzionale della divisione dei poteri; dall'altra, ove adoperasse un controllo troppo limitato, potrebbe essere accusato di non garantire una protezione adeguata della situazione soggettiva lesa, in violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Pertanto, il giudice amministrativo olandese è continuamente alla ricerca di un giusto bilanciamento degli interessi in gioco.

In ogni caso, si evidenzia che il legislatore riveste un ruolo chiave nel determinare il rapporto tra potere giudiziario e pubblica amministrazione<sup>198</sup>. Infatti, è il legislatore che conferisce un determinato potere (talvolta, discrezionale) all'amministrazione e fissa lo scopo che quest'ultima deve perseguire mediante l'esercizio del potere stesso.

## **2. Il sistema di tutela avverso gli atti amministrativi illegittimi predisposto dall'ordinamento giuridico olandese.**

### **2.1. Le origini del dibattito.**

---

<sup>196</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 81.

<sup>197</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, pp. 23.

<sup>198</sup> In tal senso, T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 405; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review*, op. cit., p. 23; F.A.M. STROINK, *Judicial control*, op. cit., p. 99.

Agli inizi del XX secolo, la dottrina olandese diede vita ad un acceso dibattito volto ad individuare, tra il giudice e l'amministrazione, il soggetto che avrebbe potuto garantire la migliore tutela avverso gli atti amministrativi illegittimi. Bisogna anticipare fin d'ora che questo dibattito a tutt'oggi non si è ancora esaurito e non ha portato ad una scelta definitiva ed escludente tra tutela giustiziale e tutela giurisdizionale.

In dettaglio, una parte della dottrina<sup>199</sup> affermava l'inutilità di un controllo dell'azione amministrativa da parte di un giudice indipendente, propendendo per un sindacato giustiziale<sup>200</sup>. Secondo tale tesi, in virtù del consolidamento del regime democratico-parlamentare il controllo dell'attività amministrativa doveva essere svolto essenzialmente dall'amministrazione e non da un giudice togato nominato a vita; in ogni caso, il giudice non poteva esercitare un sindacato forte sugli atti discrezionali della pubblica amministrazione, in quanto privo della necessaria competenza; era evidente l'inefficacia di un sindacato giurisdizionale (basato sulla conformità alla legge) degli atti amministrativi espressione di esercizio di poteri discrezionali riconosciuti all'amministrazione, considerato che spesso tali poteri discrezionali erano molto ampi e la legge attributiva del potere era formulata in termini essenziali, senza porre limiti positivi all'esercizio del potere in concreto. Infatti, nella prima metà del XX secolo era stato adottato un gran numero di *administrative law statutes*. In considerazione di tale frenetica attività normativa, il legislatore aveva battuto in ritirata<sup>201</sup>, astenendosi dall'indicare criteri chiari e dettagliati che orientassero l'attività amministrativa. Spesso gli *statutes* contenevano norme generali ed astratte, per cui la determinazione in concreto del contenuto normativo – con particolare riferimento anche agli standard procedurali da seguire – era lasciato all'amministrazione. Data l'assenza negli *statutes* di chiari

---

<sup>199</sup> A.A.H. STRUYCKEN, *Administratie of rechter*, Arnhem 1910; STRUYCKEN A.A.H., *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, Leiden, 1912.

<sup>200</sup> Il sindacato giustiziale presuppone l'esperimento di un rimedio giustiziale, ossia di un ricorso promosso dinanzi all'autorità amministrativa, sia essa identica oppure differente (in tal caso, di pari grado o gerarchicamente sovraordinata) rispetto a quella che ha emanato l'atto impugnato.

<sup>201</sup> A.A.H. STRUYCKEN, *Administratie, op. cit.*, parla di “*withdrawal of the legislator*”.

criteri sostanziali per l'esercizio dell'attività amministrativa (soprattutto di quella discrezionale), il giudice olandese aveva ben poche armi a disposizione per sindacare l'operato dell'amministrazione, considerato anche che nella prima metà del XX secolo il giudice olandese poteva dichiarare l'illegittimità di un atto amministrativo soltanto alla stregua del vizio della violazione di legge. In altre parole, se il legislatore aveva battuto in ritirata, i giudici erano spuntati, così che il campo della discrezionalità era esclusivo appannaggio dell'amministrazione. D'altro canto, secondo la dottrina in argomento, un sindacato giurisdizionale "oltre la legge" avrebbe certamente violato il principio della separazione dei poteri dello Stato; pertanto, i provvedimenti amministrativi, dovevano essere sottoposti ad un controllo da parte della amministrazione stessa, attraverso il rimedio del ricorso amministrativo, anche gerarchico.

Altra parte della dottrina<sup>202</sup>, invece, riteneva che in uno stato di diritto gli atti amministrativi dovessero essere sottoposti al sindacato di un giudice terzo ed imparziale.

In questa prima fase, prevalse la dottrina favorevole ad un controllo meramente giustiziale dell'attività amministrativa.

Le ragioni della resistenza all'approvazione di una legge generale sul procedimento amministrativo e dell'opposizione ad un sindacato da parte del giudice sull'azione amministrativa possono essere spiegate in questi termini: in assenza di una codificazione generale del diritto amministrativo sostanziale e processuale, trovavano applicavano gli *statutes*; ogni *statute* prevedeva un rimedio amministrativo

---

<sup>202</sup> In particolare Jan Loeff, avvocato e politico che, in qualità di Ministro della Giustizia già nel 1905 presentò una proposta di legge afferente una codificazione generale del diritto amministrativo. La proposta non venne approvata proprio a causa delle resistenze opposte da quella parte della dottrina, *ex multis*, Antonius Alexis Hendrikus Struycken, che riteneva non opportuno procedere alla redazione di un codice di diritto amministrativo. Sul punto, J.A. LOEFF, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, Leiden, 1887; J.A. LOEFF, *Ontwerp voor een Wetboek van Administratieve Rechtsvordering*, 1906; J.A. LOEFF, *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, 31 *Themis*, no. 1, 1912, pp. 144-172. Sulla diafrasi tra Loeff e Struycken, VAN DEN BERGE, *The relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, p. 102 e segg.; R.J.N. SCHLÖSSELS, *Loeff versus Struycken: wie had gelijk?*, in R.J.B. SCHUTGENS, *Canon van het recht*, Nijmegen, 2010, pp. 69-74.

giustiziale e non giurisdizionale, dunque l'amministrazione deteneva un grande potere di regolamentazione, gestione e controllo della funzione amministrativa; l'approvazione di una legge generale del diritto amministrativo avrebbe potuto mettere in pericolo l'esistenza stessa degli *statutes* e di conseguenza minare indirettamente il sindacato (*rectius*, il potere di controllo e indirettamente il potere di regolamentazione e gestione) dell'amministrazione a tutto vantaggio di quello del giudice.

## **2.2. Il passaggio da una tutela prevalentemente giustiziale ad una tutela prevalentemente giurisdizionale. La nascita della giurisdizione amministrativa.**

Come anticipato, agli inizi del XX secolo la tutela predisposta dall'ordinamento giuridico olandese rispetto agli atti amministrativi era essenzialmente di natura giustiziale. Sotto questo profilo, l'esperienza olandese sembra essere molto vicina al modello inglese tradizionale o classico di giustizia amministrativa che «ha storicamente assegnato una grande importanza alle vie non giurisdizionali, o non pienamente giudiziali, per la determinazione degli equilibri fra poteri pubblici e interessi dei governati»<sup>203</sup>; vi era, in altri termini, una forte opposizione all'istituzione di tribunali amministrativi, in quanto si riteneva che la creazione di una speciale giurisdizione amministrativa avrebbe potuto ostacolare l'esercizio della funzione di regolamentazione e gestione da parte dell'amministrazione nonché la funzione di controllo dell'operato dell'esecutivo che, in quanto essenzialmente di natura giustiziale, continuava ad essere appannaggio dell'amministrazione<sup>204</sup>.

Ciononostante, nello stesso periodo, attraverso una legislazione settoriale iniziarono ad essere istituiti alcuni tribunali amministrativi speciali (non ordinari specializzati) aventi competenza limitata a determinate tipologie di atti ed in particolari materie indicate dalla legge. Ad esempio, nel 1902 venne creato il

---

<sup>203</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 80.

<sup>204</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 97.

tribunale per la previdenza sociale (*Social Security Tribunals, Raden van Beroep*) e nel 1935 il tribunale della funzione pubblica (*Civil Servants Tribunals, Ambtenarengerechten*).

L'ordinamento giudiziario amministrativo si presentava, pertanto, molto frammentato<sup>205</sup> e contraddistinto da un sistema labirintico<sup>206</sup> composto da numerosi tribunali amministrativi speciali competenti in primo grado per determinate materie. I privati potevano poi ricorrere, per esempio, al *Central Appeal Tribunal (Centrale Raad van Beroep, CRvB)*, quale giudice di secondo grado competente in materia di previdenza sociale e pubblico impiego, tuttora esistente quale più alta autorità giudiziaria per queste particolari materie.

### **2.3. Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.**

In questo frammentato sistema giudiziario, il giudice ordinario ha svolto un ruolo secondario e residuale. Infatti, agli inizi del XX secolo, la Corte Suprema (*Hoge Raad*) olandese stabilì che al giudice ordinario spettasse la cognizione di tutte quelle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di atti amministrativi illegittimi e per cui l'ordinamento non avesse specificamente predisposto un procedimento giurisdizionale dinanzi ad un giudice speciale connotato da adeguate garanzie per il ricorrente<sup>207</sup>. Infatti, qualora una legge di settore avesse previsto uno specifico

---

<sup>205</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 2, in cui si evidenzia che «*administrative law in the Netherlands has not had a long tradition of judicial review of administrative authorities. Traditionally, legal protection has been organized mainly within the administrative system. Administrative powers are created and regulated in separate statutes, which frequently create special legal procedures as well. This has given rise to a highly fragmented system of administrative procedures, somewhat like the English tribunal system*».

<sup>206</sup> A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 389, evidenziano «*the labyrinth of administrative courts*».

<sup>207</sup> HR, 31-12-1915, NJ 1916, p. 407, *Guldemon/ Noordwijkerhout*. Sul caso *Guldemon*, JURGENS G., VAN OMMEREN F., *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71(1), 2012, p. 182, secondo cui «*therefore the competence of the civil courts is described as "residual". The importance of the residual competence of the civil courts should not be underestimated: the civil courts can be addressed whenever there is no competence for the*

procedimento giurisdizionale speciale ed il cittadino avesse comunque adito il giudice ordinario, quest'ultimo avrebbe adottato una sentenza di inammissibilità per difetto di giurisdizione; qualora, invece, in assenza di una specifica disposizione normativa, non fosse stato possibile per il cittadino adire il giudice amministrativo, in tal caso la giurisdizione sarebbe spettata al giudice ordinario.

Il fondamento normativo di tale funzione suppletiva svolta dal giudice ordinario, secondo la Corte Suprema, era da rinvenirsi nell'art. 6:162 (1) del codice civile olandese<sup>208</sup>.

#### **2.4. Lo sviluppo del diritto amministrativo e le riforme della giustizia amministrativa dalla seconda guerra mondiale agli anni Novanta.**

---

*administrative courts. This is rooted in the Guldemond/Noordwijkerhout case, decided in 1915, which introduced private law remedies in cases concerning governmental actions. The legal basis for these remedies is often to be found in the doctrine of "wrongful acts". Although the provisions concerning "wrongful acts" can be found in the Civil Code, they also apply to public law bodies and thus provide the basis for a claim against public bodies outside the scope of administrative law»;* R.J.B. SCHUTGENS, *Het arrest Guldemond/Noordwijkerhout*, in *Ars Aequi*, 2009, pp. 772-775.

<sup>208</sup> L'art. 6:162 (1) del codice civile olandese corrisponde sostanzialmente all'art. 2043 del codice civile italiano e stabilisce che chi commette un atto illegittimo nei confronti di un terzo deve risarcire il danno che ne è derivato. Nel caso *Guldemond c. Noordwijkerhout*, la Corte Suprema olandese ha ritenuto di poter ascrivere nell'ambito dell'art. 6:162 (1) del codice civile olandese la condotta di una pubblica amministrazione (province, comuni, autorità delle acque pubbliche, etc.) che, seppure come persona giuridica di diritto pubblico, abbia adottato un atto illegittimo produttivo di danni per il terzo. Sulla (evoluzione della) nozione di atto illegittimo, anche HR, 31-01-1919, NJ 1919, p. 161, *Linderbaum c. Cohen*. In proposito, M. DE WERD, R. DE WINTER, *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 104, hanno evidenziato che con la sentenza in esame «*the Netherlands Supreme Court (...) dramatically extended the concept of 'unlawful act' in the Civil Code: all of a sudden it not only included violating a right or a statutory duty (as the text of the relevant provision suggested), but also any act or omission violating a rule of unwritten law 'pertaining to proper social conduct'*». Sul caso *Linderbaum v. Cohen*, anche VAN DEN BERGE, *The relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, p. 101, secondo cui nel caso in esame «*the Dutch Supreme Court decided that legal subjects in private law are not only bound by formal rules and abstract principles, but also by the 'relational' notion of an unwritten standard of due care with regard to other subjects, seen in the light of all relevant facts and circumstances of a particular case*»; P.J. VAN KOPPEN, *The Dutch Supreme Court and Parliament: political decisionmaking versus nonpolitical appointments*, in *Law and Society Review*, V. 24, n. 3, 1990, pp. 745-746.

#### 2.4.1. L'istituzione del Tribunale del Commercio e dell'Industria.

Al termine della seconda guerra mondiale, il diritto amministrativo olandese si è sviluppato molto velocemente<sup>209</sup>, così come negli altri paesi industrializzati.

Non a caso, infatti, proprio in quel periodo, venne istituito il Tribunale del Commercio e dell'Industria, anche noto come Alta Corte Amministrativa per il Commercio e l'Industria (*College van Beroep voor het bedrijfsleven* (CBB), *Trade and Industry Appeals Tribunal* o *Administrative High Court for Trade and Industry*), giudice amministrativo specializzato competente per le controversie in materia socioeconomica. Con successivi interventi legislativi<sup>210</sup> sono state ampliate le

---

<sup>209</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 81. Nei Paesi Bassi, importanti fattori di sviluppo del diritto amministrativo (e dell'azione amministrativa in particolare) sono stati: la democratizzazione della società; il suffragio universale maschile (1917) e femminile (1922); la conseguente espansione dell'intervento dello Stato nella regolazione delle condizioni lavorative ed in settori come l'edilizia popolare, la sanità e la previdenza sociale. Sullo sviluppo storico del diritto amministrativo olandese, T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, pp. 1-2.

<sup>210</sup> In primo luogo, il *Mededingingswet* (*Dutch Competition Act*), approvato il 22 maggio 1997, entrato in vigore il 1 gennaio 1998 e modificato il 5 giugno 2012 e da ultimo il 25 giugno 2014, ha previsto la competenza del Tribunale del Commercio e dell'Industria per le impugnazioni avverso gli atti dell'Autorità nazionale garante della concorrenza (*Netherlands Competition Authority*, NCA), sostituita nel 2012 dall'Autorità nazionale per i consumatori e i mercati (*Netherlands Authority for Consumers and Markets*, ACM). Quanto al controllo giurisdizionale dell'operato delle Autorità Amministrative Indipendenti, il CBB può esercitare un sindacato pieno, per esempio, in merito al calcolo delle sanzioni inflitte agli operatori economici. Come evidenziato da R. ELKERBOUT, *Netherlands*, in *The Public Competition Enforcement Review*, maggio 2013, Cap. 18, pp. 222, in numerosi casi il CBB si è pronunciato a favore delle imprese ricorrenti, annullando i provvedimenti con i quali la NCA aveva irrogato delle sanzioni per violazione del principio di parità di trattamento; in secondo luogo, anche il *Telecommunicatiewet* (*Dutch Telecommunications Act*) del 19 ottobre 1998, al Capitolo 17, rubricato "Ricorso", art. 17.1, ha stabilito la competenza del medesimo tribunale per le controversie in materia di telecomunicazioni. Sul controllo giurisdizionale degli atti delle Autorità amministrative indipendenti, S. LAVRIJSSEN, F. ÇAPKURT, *Who guards the guardians? Judicial oversight of the Authority Consumer and Market's Energy Regulations in the Netherlands*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 133-171; S. LAVRIJSSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and*

competenze di questo tribunale, che oggi si occupa anche delle controversie in materia di concorrenza e telecomunicazioni.

#### 2.4.2. L'istituzione del ricorso alla Corona.

Nel 1963, il *Wet beroep administratieve beschikkingen* (*Administrative Decisions Review Act*) stabilì la possibilità di ricorrere alla Corona contro tutte quelle decisioni adottate dal governo centrale per cui non fosse prevista dall'ordinamento una diversa tipologia di tutela.

Fino al 1 gennaio 1988 il ricorso alla Corona (*Kroonberoep*) è stato la principale forma di tutela predisposta dall'ordinamento giuridico olandese avverso determinati provvedimenti amministrativi, «*one of the pillars of the Dutch legal protection system*»<sup>211</sup>. Infatti, oltre un centinaio di *statutes* prevedevano la possibilità di ricorrere alla Corona quale unico rimedio di natura giustiziale.

In particolare, si trattava di una forma speciale di ricorso amministrativo<sup>212</sup> straordinario, che poteva essere esperito per l'impugnazione di tutti quei provvedimenti avverso cui l'ordinamento non aveva predisposto una diversa tipologia di tutela giurisdizionale, inclusi quelli in materia ambientale.

La Corona (*rectius*, i Ministri) era competente per la risoluzione delle controversie relative a decisioni assunte, per esempio, dai Consigli comunali o da altre pubbliche amministrazioni, nei casi stabiliti dalla legge (*rectius*, dagli *statutes*).

---

*economic regulation*, Groningen, 2009, pp. 173-201; S. LAVRIJSSEN, M. DE VISSER, *Independent Administrative Authorities and the standard of judicial review*, in *Utrecht Law Review*, 1, 2006, pp. III-135.

<sup>211</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 16.

<sup>212</sup> La tesi della natura amministrativa e non giurisdizionale del ricorso straordinario alla Corona è unanimemente accolta dalla dottrina olandese. Cfr., *ex multis*, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 25; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 84, nt. 11, che qualificano il ricorso straordinario alla Corona come «*administrative appeal*».



Numerose norme, infatti, prevedevano che un atto amministrativo potesse essere annullato soltanto dalla Corona se contrario alla legge oppure all'interesse pubblico.

Quanto al procedimento, la Corona, dopo aver condotto un'istruttoria con esame di tutti gli aspetti del caso, poteva modificare la decisione impugnata in base alle proprie valutazioni, una volta acquisito il parere obbligatorio e non vincolante della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato. Il procedimento si concludeva con l'adozione di un decreto reale, firmato dal Re e controfirmato dal Ministro competente.

La Corona aveva il potere di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, anche se ciò accadeva molto raramente. Infatti, nella quasi totalità dei casi il Ministro adottava una decisione conforme all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, al termine di una procedura quasi-giurisdizionale che assicurava al ricorrente le medesime tutele previste nei procedimenti giurisdizionali in senso stretto. La Corona poteva anche porre fine alla controversia modificando direttamente l'atto amministrativo impugnato secondo quanto stabilito con la propria decisione<sup>213</sup>, esercitando di fatto un sindacato forte.

Nel 1985 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza *Benthem c. Paesi Bassi*<sup>214</sup>, ha sancito che il ricorso alla Corona olandese in materia di permesso ambientale si poneva in contrasto con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Secondo la Corte, in materia di permessi ambientali, vengono in evidenza posizioni giuridiche soggettive rilevanti quali diritti secondo il significato

---

<sup>213</sup> Z.M. NEDJATIGIL, *Judicial control of administrative discretion: a comparative study*, § *The Netherlands*, 14 *Anglo-Am. Law Review*, 97, 1985, p. 114.

<sup>214</sup> ECtHR, 23 Ottobre 1985, *Albert Benthem c. Paesi Bassi*, ric. 8848/80, serie A, n. 97. Sul *Benthem case*, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 28, in cui si legge che «*the Benthem judgement profoundly changed legal protection against the government in the Netherlands*»; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; N. VERHEIJ, *Dutch administrative law after Benthem's Case*, in *Public Law*, 1990, pp. 23-29; P. VAN DIJK, *The Benthem Case and its aftermath in the Netherlands*, in *Netherlands International Law Review*, 34(1), 5-24, 1987.

di cui all'art. 6, comma 1, CEDU sul diritto ad un equo processo<sup>215</sup>, per la tutela dei quali l'ordinamento giuridico nazionale deve approntare adeguate tutele di carattere

---

<sup>215</sup> Tale norma dispone che “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile (...)”. In proposito, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, p. 63, precisa che «l'espressione “diritti di carattere civile” del citato articolo 6 non possiede in inglese – *civil rights* – il significato che si registra nel Continente, dove vigono dei codici civili e dove normalmente è inteso come un riferimento agli “affari” di diritto civile; in Gran Bretagna *civil rights* sono sostanzialmente taluni diritti emergenti nel diritto amministrativo (...). Di conseguenza, la Corte europea dei diritti umani – cui spetta di vigilare sulla corretta applicazione della Convenzione – non ha incontrato difficoltà ad estendere le garanzie della Convenzione a queste materie». In proposito, la Corte EDU nella sentenza in commento ha dato una propria interpretazione del concetto di “diritti e obbligazioni di carattere civile”; in particolare, la Corte ha riconosciuto (§ 34-35) che «la nozione di diritti e di obbligazioni di carattere civile non può interpretarsi con un mero rinvio al diritto interno; l'art. 6 non considera unicamente i processi di diritto privato in senso classico e poco importano tanto la natura della legge come quella dell'autorità competente: conta solo il carattere del diritto in questione. Il Tribunale non crede necessario dare una definizione astratta della nozione, poiché è sufficiente applicare i principi. L'assegnazione della autorizzazione figurava tra le condizioni di esercizio di una parte dell'attività professionale del signor Benthem (ricorrente). Questa attività era intimamente associata al diritto di utilizzare i suoi beni in conformità con la legge e riveste un carattere patrimoniale». In altri termini, la Corte EDU ha ritenuto, come sottolineato in M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2006, p. 447, «che procedimenti soggetti al “diritto pubblico” in diritto interno rientrassero nell'ambito di operatività dell'art. 6 sotto il suo profilo “civile” quando l'esito era determinante per diritti ed obblighi di natura privata: in particolare, per citare qualche esempio, in materia di (...) concessione di autorizzazioni amministrative relative alle condizioni di esercizio di attività professionali», come nel caso in esame. Sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi, L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Osservatorio costituzionale, 2014; S. MIRATE, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in Resp. civ. e previd., 2011, p. 554; M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2010, p. 1127 e segg.; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 27 e segg.; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in Dir. proc. amm., 2009, p. 1338 e segg.; F.J. RODRIGUEZ PONTÓN, *Las articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005; P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003, p. 753 e segg.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Law Journ.*, 2003, p. 244 e segg.;

giurisdizionale, in modo da garantire un giusto processo davanti ad un giudice indipendente, terzo e imparziale<sup>216</sup>.

In considerazione della decisione adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel *Bentham case*, nel 1988 entrò in vigore l'*Interim Crown Disputes Act (Tijdelijke Wet Kroongeschillen)* che sancì la competenza della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato per la maggior parte delle controversie precedentemente devolute alla Corona. Nel 1994, la legge generale sul procedimento e processo amministrativo olandese (*General Administrative Law Act, GALA*) abolì definitivamente il ricorso alla Corona.

#### **2.4.3. L'istituzione della Sezione giurisdizionale amministrativa del Consiglio di Stato.**

Come si è avuto modo di anticipare<sup>217</sup>, almeno fino al 1976, nei Paesi Bassi non esisteva uno specifico tribunale amministrativo né un insieme di tribunali aventi giurisdizione generale in materia di diritto amministrativo ma vi erano numerosi organi amministrativi, ciascuno con una propria limitata giurisdizione prevista dallo statuto istitutivo. Pertanto, il sistema giudiziario era caratterizzato da una pluralità di *reviews* specifici, essendo basato sulla previsione di *statutory remedies*, stabiliti dalle

---

S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, p. 239 e segg..

<sup>216</sup> Sul punto, M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012, pp. 133-134, in cui si legge che «gli organi decidenti devono presentare sufficienti garanzie di indipendenza rispetto alle autorità pubbliche parti della controversia. La Corte europea ha, in proposito, specificato soprattutto con il caso *Bentham*, che, ai fini del rispetto del diritto ad un processo equo occorre non soltanto che l'organo decisionale sia competente ad adottare una decisione definitiva nel merito della controversia, ma anche che lo stesso presenti taluni «caratteri comuni fondamentali, i più importanti dei quali sono l'indipendenza e l'imparzialità, nonché l'esistenza di garanzie del procedimento giudiziario». Essa ha, pertanto, dichiarato la contrarietà rispetto a simile diritto dei procedimenti condotti avanti ad organi decisionali di natura governativa, in quanto tali responsabili politicamente dinanzi al Parlamento, soprattutto se gerarchicamente sovraordinati ad una autorità pubblica parte della controversia e/o ad altra autorità pubblica intervenuta nel procedimento in funzione consultiva». Nel caso di specie, infatti, la revoca dell'autorizzazione era stata adottata dalla Corona, su proposta del Ministero della salute e dell'ambiente, su istanza dell'Ispettorato regionale di sanità, il quale dipendeva gerarchicamente da quest'ultimo.

<sup>217</sup> Cfr., *supra*, § 2.3.

singole leggi che istituivano le varie amministrazioni. Ogni azione amministrativa aveva, quindi, uno specifico rimedio processuale previsto dalla legge. Come conseguenza, il sistema giudiziario si presentava molto frammentato.

Nel 1976, il *Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen* (*Wet Arob, Administrative Decisions Appeals Act*, noto anche come *Judicial Review of Administrative Action Act* o *Administrative Jurisdiction Administrative Decisions Act* o *Act governing administrative individual decisions*) attribuì anche una funzione giurisdizionale al Consiglio di Stato, che divenne quindi tribunale amministrativo con competenza generale a decidere in maniera definitiva sulle controversie tra le autorità statali e i privati. Al tempo stesso, tale competenza si presentava come residuale (o anche complementare), in quanto il cittadino poteva adire il Consiglio di Stato, soltanto ove non fosse specificamente prevista ad opera di una legge di settore la competenza di un tribunale amministrativo speciale ovvero della Corona. In tal caso, il Consiglio di Stato quale organo di ultima (*recte*, unica) istanza era competente a giudicare in merito ad ogni genere di controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un atto amministrativo, adottato cioè da un'amministrazione sia municipale sia provinciale sia di livello centrale ovvero ministeriale e che non potesse essere considerato come un accordo di diritto privato. Come il *Wet beroep administratieve beschikkingen* del 1963, anche il *Wet Arob* riguardava esclusivamente provvedimenti amministrativi individuali (*beschikkingen*). Nella citata legge erano elencati anche i motivi per cui era possibile esperire ricorso: una decisione amministrativa poteva essere annullata in caso di eccesso di potere, abuso di potere, manifesta irragionevolezza, violazione del principio di buona amministrazione<sup>218</sup>. La dottrina elaborò quali figure sintomatiche della violazione del

---

<sup>218</sup> Sulla relazione tra sindacato giurisdizionale debole e principio di buona amministrazione, L. PRAKKE, *Marginale toetsing*, in *Toetsing in het publiekrecht*, Assen 1972. Quanto alla funzione del principio di buona amministrazione, R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 136, afferma che «*the principle of due care (...) refers to careful preparation of the decision*».

principio di buona amministrazione l'ingiustizia manifesta, il difetto di motivazione e la disparità di trattamento<sup>219</sup>.

A seguito della sentenza Corte EDU Bentem c. Paesi Bassi del 1985, venne adottato nel 1988 l'*Interim Crown Disputes Act (Tijdelijke Wet Kroongeschillen)* che ampliò l'ambito delle materie rimesse alla competenza della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, a cui venne attribuita la maggior parte delle controversie precedentemente devolute alla Corona.

Una tale premessa sul sistema giudiziario olandese era necessaria per il prosieguo della trattazione e di grande importanza per l'oggetto della ricerca. Infatti, come hanno sottolineato i grandi maestri del diritto amministrativo italiano, la nozione di discrezionalità amministrativa assume rilevanza pratica nel contesto del sindacato giurisdizionale piuttosto che del controllo giustiziale esercitato dagli stessi organi che hanno emesso l'atto contestato. Non a caso, le tecniche di scrutinio cambiano a seconda del sistema giudiziario in cui sono applicate, «essendo tale giudizio atteggiato in molto differenti modi nei vari diritti positivi, in relazione specie alle attribuzioni funzionali dei corpi amministrativi o giudiziari<sup>220</sup>.

## **2.5. Le grandi riforme degli anni Novanta.**

Nel corso degli anni Novanta, il diritto amministrativo olandese è stato oggetto di alcune importanti riforme. In primo luogo, è stata effettuata una riorganizzazione complessiva del potere giudiziario con l'obiettivo di integrare alcuni tribunali amministrativi nel sistema di Corti distrettuali e, quindi, istituire un tribunale con giurisdizione generale in materia di diritto amministrativo, in aggiunta ai tribunali ordinari con competenza in materia civile e penale. Infatti, nel 1992 le materie di competenza di due tribunali amministrativi speciali, ovverosia il tribunale per la previdenza sociale (*Social Security Tribunals, Raden van Beroep*) e il tribunale della funzione pubblica (*Civil Servants Tribunals, Ambtenarengerechten*) vennero

---

<sup>219</sup> Z.M. NEDJATIGIL, *Judicial control of administrative discretion: a comparative study*, § *The Netherlands*, 14 *Anglo-Am. Law Review*, 97, 1985, pp. 113-114 e p. 124, nt. 96.

<sup>220</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 10.

assegnate ai tribunali distrettuali; nel 1994 alla Sezione amministrativa dei tribunali distrettuali fu attribuita una competenza generale in materia di diritto amministrativo di prima istanza. In altri termini, i tribunali olandesi distrettuali furono chiamati a decidere quei casi che precedentemente erano invece rimessi al Consiglio di Stato quale giudice di primo e unico grado.

Ancora, nel 1994 è entrata in vigore la legge generale olandese sul procedimento e processo amministrativo (*Algemene wet bestuursrecht, Awb* o *General Administrative Law Act, GALA*). Come riportato nel memorandum esplicativo del GALA, la funzione del *judicial review* consiste nel garantire tutela agli interessi dei privati<sup>221</sup>. Pertanto, con l'entrata in vigore del GALA, nei Paesi Bassi il precedente sistema di giustizia amministrativa in senso oggettivo è stato sostituito da un sistema di giustizia amministrativa in senso soggettivo<sup>222</sup>. Tuttavia, la

---

<sup>221</sup> MvT Tweede Tranche AwB, PG AwB II, p. 170 e segg. Sul punto, JURGENS G., VAN OMMEREN F., *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71(1), 2012, p. 189, sottolineano che «*from a Dutch perspective, two purposes of the judicial review of administrative actions can be broadly distinguished. First, judicial review could enhance the quality of administrative decision-making (thus a review serves the promotion of "good administration"). Secondly, the function of judicial review could be to guard the rights of the individual against the abuse of official power. After a decades-long debate, the Dutch legislator cut the knot: judicial review by the administrative courts is supposed to serve as the protection of citizens, not the improvement of governmental quality (although, of course, this can be seen as a by-product). This choice affects the nature of the judicial procedure. Due to the residual competence of the civil courts, the main purpose of the jurisdiction of the administrative courts is not to provide judicial protection as such, but has to be found in the special features of the administrative procedure. The competence of the administrative courts serves the aggrieved citizen by providing an informal and less expensive avenue for judicial protection. These features are held to be important in cases in which administrative authorities are able to do things which no one else would be able to do: to determine someone's legal position by a unilateral decision*».

<sup>222</sup> Sulla distinzione tra giustizia amministrativa in senso oggettivo e soggettivo, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 294, secondo cui «è tradizione della giustizia amministrativa di presentare una duplice funzione: da un lato, la più tipica e risalente, di tutela oggettiva, di verifica cioè della *legalité* dell'azione amministrativa; dall'altro di tutela soggettiva, ossia di protezione delle posizioni dei singoli. Questa seconda funzione è andata sempre più accentuandosi, quanto più ciascun ordinamento ha posto al centro del suo sistema di giustizia l'individuo e la tutela dei suoi diritti». Sul punto, anche G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Cap. 2 *La giurisdizione amministrativa*, § 3 *La giurisdizione amministrativa quale giurisdizione di diritto oggettivo o di diritto soggettivo*, Milano, 2019, p. 39 e segg.

dottrina<sup>223</sup> ha evidenziato che, anche dopo l'entrata in vigore del GALA, permangono nel diritto amministrativo olandese delle tracce del (precedente) modello di giustizia a tutela oggettiva. Soltanto in questo modo può trovare spiegazione, per fare un esempio, la portata così ampia della nozione di "parte interessata" contenuta nell'art. 1.2 (1) GALA, in modo da evitare eccessive limitazioni ai giudici nell'esercitare uno scrutinio di legittimità dell'azione amministrativa.

Con l'entrata in vigore del GALA, le due Sezioni che componevano il Consiglio di Stato (da una parte, *Judicial Division, Afdeling rechtspraak*; dall'altra, *Division for Disputes of Administration, Afdeling voor de geschillen van bestuur*) furono integrate in un'unica Sezione (*Administrative Jurisdiction Division, Afdeling bestuursrechtspraak*), quale giudice di appello avverso le decisioni adottate dalle Corti Distrettuali.

Infine, sempre nell'ambito di una generale riorganizzazione del sistema giudiziario olandese, il GALA abolì definitivamente l'istituto del ricorso alla Corona,

---

<sup>223</sup> A.J. BOK, *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjectif? A survey including French and German Law*, in F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial lawmaking and administrative law*, Antwerpen-Oxford, 2005; secondo R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, § 5.3.3.4. *Recours Subjectif and/or Objectif*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 159, se è vero che «in the Explanatory Memorandum to the Awb, it is observed that the legal protection of the right of the individual is paramount (recours subjectif, n.d.a.) (...) however, also in the new legislation of administrative procedure, the administrative decision is the central focus (recours objectif, n.d.a.)»; sul punto, concorda anche VAN DEN BERGE, *The relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, pp. 100-101, secondo cui «originally directed at safeguarding the abstract legal order against unlawful infringements, judicial review of government decisions traditionally followed the logic of the 'recours objectif', typically directed at safeguarding the 'legalité abstraite' of government decisions erga omnes. Driven by the centrifugal forces of the ongoing 'horizontalization' and 'fragmentation' of the public sphere, the General Administrative Law Act (GALA) of 1994 replaced legality erga omnes with the 'recours subjectif' as its main orientation, geared towards the 'protection des droits individuels des particuliers' rather than towards abstract legality. Notwithstanding some significant modifications, however, the GALA left administrative law's underlying structure untouched, adhering to the ex tunc legality test of government decisions as its unaltered 'objective' skeleton».

che pure aveva rappresentato un ostacolo ad un pieno e definitivo sviluppo della giustizia amministrativa in senso stretto.

## **2.6. La situazione attuale.**

L'ordinamento giudiziario olandese è oggi costituito da un sistema complesso. Innanzitutto, bisogna considerare che la decisione di creare un giudice speciale con competenza generalizzata a (quasi) tutti i tipi di atti amministrativi è stata presa – come anticipato nel paragrafo § 2.5 – solo di recente, pertanto il ricorso amministrativo giustiziale resta ancora oggi un'importante forma di tutela giuridica. Si tratta di un sistema di *objections* previsto dall'art. 7:1 del GALA, che costituisce una pietra angolare di tutela giuridica nell'ordinamento olandese.

I tribunali amministrativi distrettuali sono competenti, come giudici di prime cure, esclusivamente quando sia impugnata una decisione amministrativa. Secondo il combinato disposto dell'art. 1:3 (1) e (2) GALA, per decisione amministrativa (*beschikking, administrative decisions*) si intende un atto scritto emanato da un'autorità amministrativa, costituente diritto pubblico e non dotato di efficacia generale, incluso il rifiuto di una sua applicazione. Si tratta, in definitiva, di un atto amministrativo individuale o particolare, che cioè si rivolge ad uno o più destinatari determinati.

Al giudice ordinario è attribuita una competenza soltanto residuale, limitata ai casi in cui la legge espressamente escluda la competenza del giudice amministrativo. Si pensi, ad esempio, a quanto disposto dal GALA all'art. 8:3, lett. a), secondo cui è esclusa la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo avverso provvedimenti che contengano disposizioni con forza vincolante generale oppure regole di condotta. Quanto ai giudici di appello, attualmente nei Paesi Bassi esistono tre tribunali speciali che sono competenti in materia di diritto amministrativo: a. *Central Council of Appeal*, con sede in Utrecht, che si occupa degli appelli avverso le sentenze emesse dalle Corti distrettuali in materia di diritto della previdenza sociale e pubblico



impiego<sup>224</sup>; b. *Trade and Industry Appeals Tribunal (College van Beroep voor het bedrijfsleven, CBb)*, con sede in L'Aja, competente per esempio in diritto della concorrenza; c. *Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (Raad van State)*, con sede in L'Aja, è il giudice di secondo grado della giustizia amministrativa olandese, ossia il giudice d'appello avverso le decisioni adottate dalle Corti distrettuali competenti in prima istanza in materia di diritto amministrativo. Tale Sezione ha competenza generale per gli appelli in tutti i casi per cui non sia specificamente prevista dalla legge la competenza di un diverso tribunale (per esempio, in materia di diritto dell'immigrazione e diritto finanziario); inoltre, fino al 1 ottobre 2010, data di entrata in vigore della legge olandese in materia ambientale (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht, WABO*), la Sezione era giudice di primo ed ultimo grado in materia di diritto dell'ambiente e pianificazione urbanistica; attualmente, in alcuni casi, in via eccezionale, il Consiglio di Stato è ancora giudice di prima e unica istanza<sup>225</sup>.

### 3. La distinzione tra poteri amministrativi discrezionali e vincolati.

Come accade nell'ordinamento giuridico italiano<sup>226</sup>, anche il diritto amministrativo olandese distingue tra atti (*rectius*, poteri<sup>227</sup>) discrezionali<sup>228</sup> e vincolati.

---

<sup>224</sup> Prima che le materie di competenza dei due tribunali amministrativi speciali per la previdenza sociale (*Social Security Tribunals, Raden van Beroep*) e per i dipendenti pubblici (*Civil Servants Tribunals, Ambtenarengerechten*) fossero assegnate ai tribunali distrettuali, l'impugnazione avverso le decisioni emesse da tali Corti doveva essere proposta al Consiglio Centrale di Appello (*Central Council of Appeal, Centrale Raad van Beroep, CRvB*).

<sup>225</sup> Per esempio, in materia elettorale e di istruzione.

<sup>226</sup> Sul punto, cfr. Cap. I, § 1.1-1.2.

<sup>227</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 124.

<sup>228</sup> Sul concetto di discrezionalità nel diritto amministrativo olandese, v., *ex multis*, R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, *op. cit.*, p. 124; O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 170; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R.

In dettaglio, l'attribuzione di un potere discrezionale alla pubblica amministrazione da parte del legislatore è facilmente riconoscibile dal disposto letterale della norma, che prevede una formulazione in termini di possibilità (cd. *can-provision* o *may-provision*<sup>229</sup>, *kan*) ovvero un ventaglio di scelte in capo all'amministrazione. Infatti, nei Paesi Bassi come in Italia<sup>230</sup>, l'attribuzione di un potere amministrativo discrezionale è subordinata ad una decisione di politica legislativa, quindi alla volontà del legislatore ed al principio di legalità.

Si considerino due esempi di disposizioni normative contenute nella già citata<sup>231</sup> legge olandese in materia ambientale<sup>232</sup> (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht*, WABO). Il primo, il potere del Sindaco o dell'Assessore di concedere un permesso di costruire in deroga al piano regolatore generale comunale ha natura discrezionale; il secondo, una richiesta di permesso di costruire può essere rigettata in caso di prevalente interesse ambientale.

Due elementi essenziali connotano questo tipo di norme attributive di discrezionalità amministrativa: innanzitutto, l'obbligo per l'amministrazione procedente di comparare gli interessi in gioco; poi, la circostanza che nel caso in

---

BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 82 e pp. 85-86.

<sup>229</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 27, evidenziano che «*article 5 part 1 of the Act on Public Demonstrations provides that a mayor may prohibit a demonstration. The word "may" suggests discretionary power, yet this discretion is limited. He is not allowed to prohibit a demonstration because of its subject matter. This power may not affect the core of the right to public demonstration. Hence, the mayor may only apply his power to protect health, to avoid traffic problems, and to combat or prevent disorder (article 2 of the Act on Public Demonstration). Thus, the mayor has a discretionary power restricted by the purpose of the legislature*».

<sup>230</sup> Cfr., *supra*, cap. I.

<sup>231</sup> Cfr., *supra*, § 2.7.

<sup>232</sup> Sul sindacato giurisdizionale nel diritto dell'ambiente olandese, J. DE POORTER, *A future perspective on judicial review of general binding regulations in the Netherlands: towards a substantive three-step proportionality test?*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 83-102; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Judicial review in Dutch environmental law: general observations*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 103-120; B.J. VAN ETTEKOVEN, *Judicial review in Dutch environmental law; from the judge's perspective*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 121-132.

esame più di una decisione è possibile, e comunque tutte giuridicamente lecite. Infatti, la decisione finale adottata dall'amministrazione può variare a seconda della valutazione in concreto effettuata in merito al bilanciamento degli interessi e del risultato di tale attività ermeneutica.

Anche nei Paesi Bassi un limite negativo generale si impone all'attività amministrativa – come a quella dei privati – costituito dalla liceità dei fini. In questo caso, l'amministrazione dovrà effettuare un bilanciamento tra l'interesse del richiedente e potenziale destinatario del provvedimento autorizzatorio, l'interesse pubblico costituito dalla tutela del bene ambiente ed eventuali interessi di terzi.

È pur sempre il legislatore che predetermina ed individua previamente attraverso la legge quali interessi l'amministrazione deve prendere in considerazione e valutare; tuttavia, la circostanza per cui tutti questi interessi possono essere bilanciati in vario modo da parte dell'amministrazione può condurre a molteplici e diverse decisioni finali.

La dottrina<sup>233</sup> olandese distingue due tipologie di discrezionalità amministrativa: la discrezionalità politica (*discretion in policy* o *interpretation freedom, beleidsvrijheid*) e la discrezionalità valutativa (*discretion in assessment, beoordelingsvrijheid*<sup>234</sup>). La prima ricorre quando il legislatore non ha stabilito il tipo di decisione che l'amministrazione deve adottare al ricorrere dei presupposti legali e delle condizioni per l'esercizio del potere. Pertanto, l'esercizio di tale tipologia di discrezionalità implica la necessità per l'Amministrazione di effettuare un

---

<sup>233</sup> O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, § 4 *Judicial review of discretionary powers and competences liées*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 170. Accoglie questa distinzione anche S. LAVRIJSSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 178. La medesima classificazione è riportata in F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 85-86, in cui si elabora anche una terza tipologia di discrezionalità, definita «*beoordelingsruimte (scope of interpretation)*».

<sup>234</sup> Questo termine è stato coniato da W. DUK ed è stato utilizzato per la prima volta in W. DUK, *Inleiding tot het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn, 1988, pp. 34-35.

bilanciamento degli interessi in gioco al fine di adottare la decisione finale; la seconda, invece, indica il potere dell'amministrazione di valutare se nel caso di specie ricorrano i presupposti di fatto previsti dalla legge per l'esercizio del potere. L'uso di tale tipologia di discrezionalità non comporta una ponderazione degli interessi ma consente all'amministrazione di interpretare termini e concetti giuridici dal contenuto vago o indeterminato<sup>235</sup> ed applicarli alle circostanze di fatto nel caso di specie.

In caso di attività amministrativa vincolata, invece, è possibile soltanto una decisione. Esempio classico citato nella manualistica olandese è, in materia di sussidi agli studenti, una norma che disponga di accordare un sovvenzionamento al ricorrere di determinate condizioni; altro esempio di attività vincolata è contenuto nella già citata<sup>236</sup> legge olandese in materia ambientale (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht*, WABO), secondo cui ha natura vincolata il potere del Sindaco o dell'Assessore di concedere un permesso di costruire conforme al piano regolatore generale comunale.

La distinzione tra poteri discrezionali e vincolati rileva ai fini della determinazione dell'intensità di sindacato giurisdizionale consentito. Infatti, in caso di decisione vincolata, il giudice olandese esercita un sindacato pieno; invece, in caso di decisione di natura discrezionale, in linea di principio, il giudice olandese deve rispettare lo spazio di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione dal legislatore<sup>237</sup>, limitandosi ad un sindacato marginale, incentrato sulla

---

<sup>235</sup> Sui termini giuridici dal contenuto vago o indeterminato nel diritto amministrativo olandese, A. KLAP, *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle, 1994. In proposito, S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 179, nt. 18, sottolinea che «*in practice it is not always easy to establish whether the powers concerned leave discretion in assessment or whether the administrative authorities concerned should interpret vague legal norms. In the latter case the courts can fully review the interpretation of the law, whether in the former case they will review marginally the assessment of the facts in the light of the law*».

<sup>236</sup> Cfr., *supra*, § 2.7.

<sup>237</sup> Sul punto, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, rilevano che «*a basic concern for the judicial control of administrative*

(ir)ragionevolezza della decisione finale adottata dall'amministrazione. In altri termini, quanto al rapporto tra giudice ed amministrazione con particolare riguardo al sindacato giurisdizionale dell'attività amministrativa discrezionale, secondo la dottrina<sup>238</sup>, in accordo ad un principio di carattere generale il giudice deve rispettare il risultato del bilanciamento degli interessi effettuato dall'amministrazione e non deve sostituire la propria valutazione a quella operata dall'amministrazione. Questa posizione di rispetto, quasi di deferenza<sup>239</sup>, che i tribunali devono mantenere nei confronti dello spazio di manovra riservato dal legislatore all'amministrazione, è unanimemente ricondotto dalla dottrina<sup>240</sup> al principio costituzionale della divisione dei poteri dello Stato o *trias politica*<sup>241</sup>. In particolare, con il termine “deferenza” si vuole indicare quell'atteggiamento delle Corti olandesi che osservano grande moderazione nel sindacare l'operato della pubblica amministrazione. Una parte della dottrina<sup>242</sup> valuta favorevolmente questo orientamento giurisprudenziale, che è stato qualificato come “moderato”.

Invero, come la stessa dottrina<sup>243</sup> ha evidenziato, al giudice è consentito esercitare uno scrutinio pieno soltanto ove vengano in rilievo violazioni di garanzie

---

*action is that it should not interfere with the discretionary powers of the administrative powers of the administration».*

<sup>238</sup> T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 405.

<sup>239</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, pp. 23-35.

<sup>240</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in the Netherlands*, *op. cit.*; T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice*, *op. cit.*; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration*, *op.cit.*; B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 111.

<sup>241</sup> Sul principio della divisione dei poteri o *trias politica*, F.A.M. STROINK, E. VAN LINDEN, *Judicial Lawmaking and administrative law, Part II Separation of powers/trias politica*, Antwerpen/Oxford, 2005.

<sup>242</sup> F.A.M. STROINK, nota a ABRvS, 9-05-1996, JB 1996/158, *Maxis and Praxis*. Sul punto v. *infra* §5.6.2.

<sup>243</sup> O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, § 4 *Judicial review of discretionary powers and competences liées*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 170.

procedimentali, focalizzando il proprio sindacato sul rispetto del diritto al contraddittorio, dell'obbligo di motivazione, della correttezza formale dell'istruttoria e, più in generale, del principio del giusto procedimento.

D'altro canto, come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo di questo capitolo, l'amministrazione non gode mai di una discrezionalità comunque assoluta, tale da sconfinare nel puro arbitrio. In proposito, i tribunali hanno elaborato una serie di criteri e standard tesi ad accertare il corretto uso della discrezionalità concessa dal legislatore all'amministrazione in determinate materie, limitandone quindi, di fatto, l'esercizio.

Talvolta, in verità, è la stessa pubblica amministrazione olandese che limita il proprio potere discrezionale attraverso l'adozione di regole autovincolanti sull'uso della discrezionalità amministrativa (*self-binding policy rules*), definite dalla dottrina come pseudo-legislazione<sup>244</sup>. Tali regole possono essere adottate sia dall'amministrazione centrale (si pensi, per esempio, alle istruzioni ministeriali agli ispettori del fisco) sia da quelle locali o di settore (per esempio per il rilascio di autorizzazioni); stabiliscono in che modo verrà esercitato il potere discrezionale (così da evitarne l'arbitrio) in un caso standard e possono anche essere utilizzate per precisare termini giuridici dal contenuto vago o comunque non perfettamente predeterminato.

La possibilità per una pubblica amministrazione di dotarsi di *policy rules* è oggi esplicitamente prevista in via generale dalla legge olandese sul procedimento e processo amministrativo del 1994 (*General Administrative Law Act*). In dettaglio, l'art. 4:81 (1) GALA prevede che l'amministrazione possa adottare una *policy rule* in merito ad un potere di cui sia titolare o che ad essa sia stato conferito o che essa abbia delegato; l'art. 4:81 (2) GALA dispone che al di fuori dei casi indicati al (1)

---

<sup>244</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in the Netherlands*, op. cit., p. 126. W. VOERMANS, *Constitutional law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 348, evidenzia che «*policy rules differ from legislative or generally binding rules in that the former are not founded on an express legislative power but are adopted and followed by an administrative authority in the exercise of its discretionary powers. It follows from the general principles of law that the authority concerned is bound by these rules*».

l'amministrazione possa emanare una *policy rule* soltanto ove ciò sia espressamente previsto da specifici *statutes*. Pertanto, è molto raro che non siano state adottate regole di condotta, in quanto ogni volta che ad un organo amministrativo è attribuito un dato potere, tale potere implica anche la capacità di stabilire regole di condotta; sussistono soltanto alcune limitazioni, per esempio qualora un certo ente pubblico volesse stabilire delle regole di condotta per un altro ente pubblico.

In passato, «*the precise status of policy rules was rather unclear*»<sup>245</sup>; formalmente, tali regole di condotta avevano efficacia meramente interna e non sempre venivano pubblicate su una fonte ufficiale. La pubblica amministrazione riteneva che i privati non potessero far valere in giudizio diritti e pretese sulla base di regole di condotta dalla stessa adottate, data la loro efficacia meramente interna; tuttavia, i giudici iniziarono a stabilire in numerose pronunce che dalle regole di condotta derivavano effetti giuridici anche (indirettamente) per i privati. La motivazione di tali sentenze era fondata sulla necessità di garantire la posizione del privato che aveva maturato un legittimo affidamento su un dato comportamento tenuto dall'amministrazione. In particolare, secondo i giudici era meritevole di tutela il legittimo affidamento che il privato aveva riposto nel contenuto di una determinata regola di condotta, in quanto oggetto di pubblicazione ufficiale o comunque resa nota. Esemplificativa di questo orientamento giurisprudenziale è la sentenza Pres. Rb. Almelo, 30 January 1995, n. 95/136. Il caso era stato il seguente. Il Sindaco del Comune di Enschede aveva emesso un'ordinanza di chiusura di un *coffeeshop*, in quanto l'attività commerciale si svolgeva in contrasto con le disposizioni in materia di vendita di droghe leggere. Infatti, in quel *coffeeshop* si vendevano droghe anche ai minori di diciotto anni. Il titolare dell'attività commerciale impugnò il provvedimento di chiusura, affermando che un agente di polizia gli aveva garantito che l'amministrazione non avrebbe chiuso il locale qualora la vendita degli stupefacenti fosse stata effettuata a soggetti (non ancora diciottenni ma) ormai prossimi al raggiungimento del diciottesimo anno d'età. Nel caso di specie, la Corte

---

<sup>245</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 30.

distrettuale ritenne che una tale promessa ben poteva limitare (come, di fatto, aveva limitato) il potere discrezionale del Sindaco. In altri termini, secondo i giudici, una promessa fatta da un agente di polizia deputato al controllo sui criteri di tolleranza in nome del Sindaco (l'autorità amministrativa competente in materia) vincola l'operato del Sindaco stesso. Era stato, quindi, in tal modo garantito il principio del legittimo affidamento.

A seguito dell'entrata in vigore del GALA e in considerazione della portata vincolante attribuita alle *policy rules*, queste ultime sono soggette, anche per ragioni di trasparenza, ad un obbligo di pubblicazione ufficiale previsto dall'art. 3:42 GALA.

Quanto al contenuto e alle funzioni delle *policy rules*, l'art. 1:3 (4) GALA stabilisce che per *policy rules* si intendono quelle regole adottate da una pubblica amministrazione in merito alle concrete modalità di bilanciamento degli interessi, valutazione dei presupposti di fatto e interpretazione di altre norme giuridiche in ordine all'esercizio di un potere amministrativo di natura discrezionale.

L'amministrazione può, altresì, decidere di seguire delle linee guida nell'esercitare un potere discrezionale (*standard courses of conduct*). La differenza tra le regole di condotta (*self-binding policy rules*) e gli standard di condotta (*standard courses of conduct*) sta in ciò: pur svolgendo la stessa funzione in termini di portata giuridica, mentre le regole di condotta sono stabilite in un apposito ed espresso atto regolamentare, gli standard di condotta possono semplicemente considerarsi come il prodotto di una serie di decisioni (analoghe) in singoli casi; in altre parole, gli standard di condotta non sono contenuti in regolamenti all'uopo adottati dall'amministrazione ma si evincono dalle stesse decisioni assunte dall'amministrazione o, verosimilmente, dalla ripetitività costante di una determinata scelta nella valutazione di situazioni analoghe.

Come anticipato all'inizio di questo paragrafo, nel diritto amministrativo olandese, il concetto di discrezionalità può indicare anche lo spazio riservato all'amministrazione procedente per la valutazione dei fatti rilevanti nel caso di specie, per la qualificazione degli stessi secondo la normativa di riferimento e per l'applicazione della norma al fatto (*beoordelingsvrijheid* o *beoordelingsruimte*).



Si pensi al disposto dell'art. 31, comma 1, lett. c), della legge olandese sulla somministrazione di alimenti e bevande (*Drank- en Horecawet*, DHw), secondo cui “il permesso per la somministrazione di alimenti e bevande deve essere ritirato dal Sindaco se [...] sono avvenuti fatti nello stabilimento interessato che giustifichino il timore che la validità del permesso possa mettere in pericolo l'ordine pubblico, la sicurezza o la moralità”. Secondo questa disposizione, la pubblica amministrazione deve valutare se il mantenimento dell'autorizzazione rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza o la moralità e, se del caso, adottare un provvedimento di revoca. Prima di procedere al bilanciamento dei prefati interessi, tuttavia, l'amministrazione dovrà effettuare una valutazione dei fatti eventualmente avvenuti nell'esercizio dell'attività di somministrazione da parte del titolare dell'autorizzazione in ordine alla loro rilevanza per la norma di riferimento. In tal caso, può sin da ora anticiparsi che il grado di intensità del controllo (nella specie *legality test*) esercitato dai giudici dipende da un gran numero di fattori quali «*the nature of the notions and the legislator's intentions which can be inferred from, for instance, the objective or subjective language used*»<sup>246</sup>.

#### **4. Modelli di controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi. Il caso del modello olandese.**

Quanto al rapporto tra potere giudiziario e pubblica amministrazione, già a metà degli anni Novanta la dottrina<sup>247</sup> olandese distingueva in prospettiva comparata due diversi modelli di sindacato giurisdizionale: da una parte, il modello classico o tradizionale di matrice anglosassone<sup>248</sup>, caratterizzato da un perfetto bilanciamento

---

<sup>246</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 86.

<sup>247</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>248</sup> Sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa in Gran Bretagna, P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, pp. 115-151; A.C.L. DAVIES, J.R. WILLIAMS, *Proportionality in English law*, § 4.2.1 *Judicial review*,

ed una netta distinzione delle funzioni tra pubblica amministrazione e potere giudiziario. Secondo questo modello, il giudice deve limitarsi ad un sindacato marginale sull'attività amministrativa; dall'altra, il modello moderno di stampo francese<sup>249</sup>, in cui i tribunali esercitano un controllo più intenso sull'operato del potere esecutivo ed un riesame dei provvedimenti impugnati, quasi come un organo amministrativo di secondo livello. Le varianti continentali di questo secondo modello

---

in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 74 e segg.; K. THOMPSON, *Administrative Law in the United Kingdom*, § 5 *Judicial review*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, pp. 88-90; S. MIRATE, *Traditional model vs dialogue model in UK Legal System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 63-92; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, § 2 *Methods of judicial control. England and Wales*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 86-92; S.A. DE SMITH, H. WOOLF, J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, Londra, 1998; P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 80-87; M.P. CHITI (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990.

<sup>249</sup> Sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa in Francia, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Cap. II *La Francia*, Bologna, 2019; W. GASPARRI, *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, pp. 219-242; Y. SANCHEZ, *Proportionality in French administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, pp. 43-72; J.B. AUBY, L. CLUZEL-METAYER, L. XENOU, *Administrative Law in France*, § 5 *Administrative Litigation. Protection of the Citizens against the Administration*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, pp. 28-39; A. SIMONATI, *Administrative law and the dialogue model in France. The administrative Courts contribution*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 63-92; A.J. BOK, *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjective? A survey including French and German Law*, in F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial lawmaking and administrative law*, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 154-162; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, § 2 *Methods of judicial control. France*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 92-94.

si sono sviluppate secondo tendenze ora più estremistiche (Germania<sup>250</sup>) ora più moderate (Italia<sup>251</sup>, Paesi Bassi), conservando numerose analogie e presentando (inevitabili) differenze rispetto al modello originario<sup>252</sup>. Infatti, la nozione di stato di diritto e l'architettura politico-costituzionale dei vari ordinamenti giuridici influenzano le caratteristiche preponderanti dei due modelli, esaltando ora la sovranità del Parlamento, ora le peculiari (talvolta, speciali) prerogative del potere esecutivo, ora l'indipendenza del potere giudiziario (evidenziandone, dunque, la funzione di tutela per il cittadino avverso l'arbitrio dell'amministrazione) e dando, perciò, luogo a numerose ed importanti varianti.

In ogni caso, l'uno e l'altro modello (e le derivate varianti) pongono una problematica di fondo: da un lato, uno scrutinio giurisdizionale più intenso può essere valutato in termini positivi per il cittadino ricorrente destinatario di un provvedimento amministrativo viziato, in quanto indice di una tutela effettiva e piena riconosciuta in concreto dall'ordinamento giuridico; dall'altro, tuttavia, una

---

<sup>250</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 308, afferma che «a partire della metà del Novecento, i giudici tedeschi mettono a punto le tecniche di sindacato sul potere discrezionale probabilmente più incisive nel panorama europeo». Sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa in Germania, M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, pp. 153-205; N. MARSCH, V. TÜNSMEYER, *The principle of proportionality in German administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, pp. 13-42; H. PÜNDER, A. KLAFKI, *Administrative Law in Germany*, § 5.4 *The Administration's freedom of manoeuvre and intensity of judicial review*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, pp. 88-90; M. POTO, *Judicial review of administrative action: procedure vs. substance. Germany*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 93-124; A.J. BOK, *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjective? A survey including French and German Law*, in F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial lawmaking and administrative law*, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 162-169; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, § 2 *Methods of judicial control. Germany*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 94-95.

<sup>251</sup> Sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa in Italia, v. *supra* Cap. I.

<sup>252</sup> Sul punto, v. *infra* Cap. III.

progressiva e continua erosione da parte del potere giudiziario dello spazio riservato dal legislatore alla pubblica amministrazione potrebbe arrecare una lesione all'ordinamento democratico e al sistema di contrappesi costituzionali tra i poteri dello Stato.

In tempi più recenti, invece, la dottrina<sup>253</sup> ha proposto una diversa classificazione dei sistemi di *judicial review*, distinguendo piuttosto tra modello tradizionale e modello partecipativo.

È singolare che, secondo questa distinzione, per modello classico o tradizionale debba intendersi non quello anglosassone bensì quello continentale, a differenza di quanto era stato precedentemente affermato dalla dottrina<sup>254</sup>. In particolare, il modello tradizionale di *judicial review*, le cui premesse storiche si rinvencono nella Rivoluzione francese del 1789, tiene in maggiore considerazione le norme procedimentali e sulla forma degli atti, se posto a confronto con il modello partecipativo. Inoltre, secondo il modello tradizionale: gli organi politici, in primo luogo il Parlamento (*rectius*, il legislatore), definiscono a monte la pluralità di interessi (spesso, contrapposti) in gioco e, talvolta, il risultato di tale ponderazione, individuando anche il prevalente interesse pubblico; le amministrazioni possono adottare regolamenti per disciplinare l'esercizio del potere in concreto; il giudice può sindacare l'attività amministrativa sotto il profilo della conformità alla legge, ovvero controllare il rispetto da parte della pubblica amministrazione dei vincoli sanciti dal legislatore come limiti all'esercizio del potere; generalmente, al fine di limitare il rischio di arbitrio da parte dell'amministrazione, il legislatore emana delle leggi recanti regole procedimentali e sulla forma degli atti che l'amministrazione deve rispettare nell'esercizio di poteri discrezionali; il giudice concorre allo sviluppo di tali norme procedimentali, come per il diritto al contraddittorio oppure l'obbligo di

---

<sup>253</sup> R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Introduction*, § 2 *Two models: top-down v. bottom-up*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 3-7.

<sup>254</sup> Era così per F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 81-99.

motivazione, spesso anche di elaborazione pretoria; talvolta, il giudice può spingersi addirittura ad una revisione sostanziale del provvedimento impugnato, all'esito dell'applicazione del test di proporzionalità: il giudice verifica se nel caso di specie effettivamente il legislatore abbia conferito all'amministrazione un potere discrezionale e, in assenza di discrezionalità (*id est*, in caso di attività vincolata), può sostituirsi all'amministrazione nell'adozione del provvedimento finale.

Il modello partecipativo di *judicial review*, invece, si caratterizza per il ruolo più marginale svolto dal giudice rispetto al modello classico. In dettaglio, secondo il modello partecipativo: soltanto eccezionalmente gli organi politici, ed il Parlamento in particolare, individuano a monte anche l'interesse prevalente; piuttosto, la decisione finale è generalmente condivisa e ritenuta accettabile da tutte le parti interessate, che giungono ad una soluzione di compromesso attraverso la partecipazione procedimentale (si pensi ai procedimenti in materia ambientale); le amministrazioni tendono ad emanare regolamenti (non tanto) per disciplinare (la forma degli atti ma soprattutto) le modalità di partecipazione al procedimento decisionale di tutti i portatori di interessi, secondo una relazione non gerarchica ma paritaria delle parti del procedimento amministrativo; il giudice esercita il proprio sindacato sulla corretta instaurazione del contraddittorio procedimentale tra tutte le parti interessate ma non si spinge ad un controllo sostanziale sulla decisione finale.

In considerazione delle caratteristiche descritte, il modello tradizionale è definito come di tipo «*top-down*»<sup>255</sup> o gerarchico; quello partecipativo, «*bottom-up*»<sup>256</sup> o non gerarchico.

Tuttavia, la stessa dottrina<sup>257</sup> evidenzia come i contorni della dicotomia tra i due descritti modelli di *judicial review* siano in realtà molto più sfumati e meno netti di quanto non sembri ad una prima analisi. Infatti, da una parte, nel modello

---

<sup>255</sup> R. CARANTA, A. GERBRANDY, *op. ult. cit.*, p. 3. Espressioni analoghe sono utilizzate in N.K. KOMESAR, W.E. WAGNER, *The administrative process from the bottom up: reflections on the role, if any, for judicial review*, in *Administrative Law Review*, V. 69, 2017, pp. 891-949; VAN DEN BERGE, *The relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, p. 103.

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> *Ivi*, p. 7.

partecipativo il sindacato giurisdizionale, non potendo estendersi alla sostanza della decisione amministrativa, finisce per concentrarsi sul rispetto, da parte dell'amministrazione, delle norme procedurali, ed in particolare delle garanzie partecipative a tutela dell'integrità e completezza del contraddittorio; dall'altra, nel modello tradizionale, e soprattutto nelle varianti derivate, il giudice non sempre esercita un sindacato pieno ma, talvolta, si limita ad un sindacato debole. In quest'ultimo caso, il giudice tende a controllare il rispetto delle norme procedurali e non entra nel merito della decisione amministrativa da un punto di vista sostanziale.

Le due diverse classificazioni dei modelli di *judicial review* proposte dalla dottrina (sia quella più risalente nel tempo sia quella più recente) possono coesistere e sono tuttora valide, considerato che esaltano rispettivamente caratteristiche differenti dell'uno e dell'altro sistema di sindacato giurisdizionale.

In accordo alla dicotomia dei modelli di *judicial review* suggerita dalla dottrina più risalente, il sistema olandese di controllo giurisdizionale può essere ricondotto al modello moderno, di stampo francese, di cui costituisce una variante. Tuttavia, in una prospettiva diacronica, ripercorrendo le varie tappe storiche che hanno contrassegnato lo sviluppo del *judicial review* nei Paesi Bassi, è possibile notare come, alle origini dell'istituto, il modello di sindacato giurisdizionale olandese fosse tutt'altro che (oppure, comunque, non soltanto) riconducibile a quello francese ma anzi somigliasse, per certi aspetti, a quello anglosassone. Infatti, il modello olandese di partenza sembra mutuare da quello classico, proprio dei Paesi di *common law*, non soltanto le premesse originarie in tema di prevalenza della tutela giustiziale rispetto a quella giurisdizionale<sup>258</sup>, rispetto della *rule of law*<sup>259</sup> e sovranità del Parlamento (a favore, quindi, della insindacabilità dell'operato dell'amministrazione

---

<sup>258</sup> Come si è avuto modo di anticipare, agli inizi del XX secolo la tutela predisposta dall'ordinamento giuridico olandese rispetto agli atti della pubblica amministrazione era essenzialmente di natura giustiziale. Pertanto, sotto questo aspetto, l'esperienza olandese sembra essere molto vicina al modello di giustizia amministrativa dei Paesi di *common law*, che storicamente attribuiscono grande rilevanza alle vie non giurisdizionali, o non pienamente giudiziali. Sul punto, v. supra, § 2.3.

<sup>259</sup> L.L. JAFFE, E.G. HENDERSON, *Judicial review and the rule of law: historical origins*, Londra 1956.

svolto nel perimetro riservato al potere esecutivo da quello legislativo) ma anche e soprattutto quanto ai (primissimi) esiti dello scrutinio giurisdizionale, che sembrano avere, come si avrà modo di evidenziare di qui a breve<sup>260</sup>, quali autorevoli esempi proprio dei precedenti di diritto inglese.

È questa la ragione per cui è possibile affermare che il modello olandese costituisce un “caso”, in quanto, originariamente (anche se solo in parte) ispiratosi al modello classico di *common law*<sup>261</sup>, si è poi evoluto secondo il modello francese di *civil law*, sviluppando delle caratteristiche proprie ed originali. Tuttavia, non può non riconoscersi oggi una certa tendenza verso una omogeneizzazione dei modelli di *judicial review*<sup>262</sup>.

Anche accogliendo la classificazione dei modelli di sindacato giurisdizionale elaborata dalla dottrina più recente, è stato parimenti osservato che il sistema olandese di *judicial review* presenta caratteristiche peculiari sia del modello tradizionale sia del modello partecipativo<sup>263</sup>. Elementi distintivi dell'uno e dell'altro modello sono rinvenibili direttamente nell'art. 8:69 del GALA, da cui si evince che, da un lato, le parti svolgono un ruolo fondamentale nel processo amministrativo olandese; dall'altro, anche il giudice è chiamato in via suppletiva a svolgere una funzione attiva a supporto delle parti. Infatti, la norma in argomento dispone che (1)

---

<sup>260</sup> Sul punto, v. *infra* § 5.3.

<sup>261</sup> G. JURGENS, F. VAN OMMEREN, *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71(1), 2012, pp. 172-199.

<sup>262</sup> M. ELIANTONIO, *Judicial review in an integrated Administration: the case of composite procedures*, in *Review of European Administrative Law*, V. 7, n. 2, 2014, pp. 65-102; J.B. AUBY, *About Europeanization of domestic judicial review*, in *Review of European Administrative Law* 7, 19, 2014; P. BOYMANS, M. ELIANTONIO, *Europeanization of legal principles? the influence of the CJEU'S case law on the principle of legitimate expectations in The Netherlands and the United Kingdom*, in *European Public Law*, V. 19, n. 4, 2013, pp. 715-738; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, pp. 325 e segg.; C. HILSON, *The europeanization of English administrative law: judicial review and convergence*, in *European Public Law*, V. 9, n. 1, 2003, pp. 125-145; J. SCHWARZE, *The convergence of the administrative laws of the EU Member States*, in *European Public Law*, V. 4, n. 2, 1998, pp. 191-210.

<sup>263</sup> O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional variations in the Dutch Administrative judicial system*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, p. 165.

il giudice adotta la sentenza sulla base di quanto allegato nell'atto di ricorso, dei documenti depositati in giudizio, delle risultanze dell'istruttoria e delle udienze; (2) il giudice è libero di individuare ed applicare le norme di diritto che meglio considera adattabili al caso concreto, completando *ex officio* la qualificazione giuridica del fatto che egli ritiene corretta, in via suppletiva rispetto alle norme poste dalle parti a fondamento della propria pretesa giuridica; (3) il giudice può *ex officio* completare in via suppletiva la ricostruzione dei fatti di causa allegati dalle parti. Pertanto, da un lato, le parti individuano l'oggetto del giudizio, svolgendo una funzione propulsiva importantissima nel processo amministrativo olandese; dall'altro, il giudice è chiamato a svolgere un ruolo attivo e ad interpretare estensivamente il contenuto dell'atto di ricorso e dei motivi posti a fondamento dell'azione impugnatoria; tuttavia, al giudice non è comunque consentito introdurre nel processo *ex officio* nuovi motivi di ricorso, ad eccezione di un numero davvero ristretto di casi. In dettaglio, al giudice è permesso esclusivamente di rilevare *ex officio* la violazione di un numero ristretto di norme di natura processuale, come, per esempio, le norme sulla ripartizione della competenza tra i vari tribunali amministrativi.

Inoltre, la possibilità di rinvenire nel sistema olandese di *judicial review* caratteristiche peculiari sia del modello tradizionale sia del modello partecipativo è direttamente correlata alla descritta<sup>264</sup> distinzione tra poteri vincolati e poteri discrezionali e, nell'ambito dei secondi, tra discrezionalità politica (*discretion in policy, beleidsvrijheid*) e discrezionalità valutativa (*discretion in assessment, beoordelingsvrijheid*). Infatti, ove il provvedimento amministrativo impugnato sia espressione di una decisione di natura vincolata, il giudice nell'esercitare il proprio sindacato applicherà il modello tradizionale, ovvero valuterà la legittimità del provvedimento in esame ed il rispetto da parte dell'amministrazione dei limiti normativamente previsti per l'esercizio del potere nel caso di specie; invece, ove il provvedimento amministrativo impugnato sia espressione di una decisione di carattere discrezionale, lo scrutinio del giudice seguirà il modello partecipativo, in quanto non si spingerà ad un controllo sostanziale sulla decisione finale, fermo

---

<sup>264</sup> Cfr., *supra*, § 3.



restando il rispetto, da parte dell'amministrazione, delle norme procedimentali, ed in particolare delle garanzie partecipative a tutela dell'integrità e completezza del contraddittorio<sup>265</sup>.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo di questo capitolo<sup>266</sup>, le due regole auree dell'intangibilità sostanziale del provvedimento impugnato e dell'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'adozione della decisione finale sono state scalfite a partire dall'entrata in vigore del GALA e comunque in particolare nell'ultimo decennio ad opera del diritto vivente, che ha dimostrato sotto questo profilo un crescente attivismo.

## **5. Fasi storiche e tecniche di sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi discrezionali nei Paesi Bassi.**

Gli strumenti a disposizione del giudice olandese per esercitare un controllo sugli atti amministrativi espressione di discrezionalità sono stati elaborati, in primo luogo, dalla giurisprudenza verso gli anni Cinquanta del secolo scorso. Infatti, i tribunali (inizialmente, soltanto quelli ordinari; poi, soprattutto quelli amministrativi) hanno recepito le indicazioni e le sollecitazioni derivanti da una parte della dottrina, invero dapprima minoritaria, all'esito di un dibattito sorto al principio del secolo scorso e durato circa cinquant'anni; soltanto successivamente, a distanza di quasi un secolo dall'inizio del dibattito della dottrina sul tema, i criteri di *judicial review* sono stati recepiti dal legislatore nel *General Administrative Law Act* del 1994.

---

<sup>265</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 6, sottolineano che «*the great emphasis on administrative procedure is reinforced by the tendency of Dutch administrative courts to defer to the administrative authority's exercise of discretionary powers, which allows the courts to carry out the "test of reasonableness" (i.e. judicial review limited to whether administrative powers have been exercised reasonably) (...). Where the court carries out the test of reasonableness, it tends to concentrate its review of the order on the more procedural standards the administrative authority had to observe*».

<sup>266</sup> Cfr., *infra*, § 5.7.

A metà degli anni Novanta, la dottrina<sup>267</sup> distingueva tre fasi nella storia del *judicial review* degli atti amministrativi discrezionali nei Paesi Bassi, ed in particolare: la prima fase, relativa al periodo compreso tra la fine della seconda guerra mondiale e il 1976, anno di entrata in vigore del *Wet Arob (Judicial Review of Administrative Action Act)*; la seconda fase, tra il 1976 e il 1994, anno di entrata in vigore del GALA; la terza ed ultima fase, a partire dal 1994.

La dottrina<sup>268</sup> più recente, invece, divide la storia del *judicial review* in due fasi, utilizzando come linea di demarcazione l'entrata in vigore del GALA nel 1994. Tale distinzione si basa sull'idea secondo cui la codificazione del diritto amministrativo ha cambiato il significato del principio di proporzionalità.

Si ritiene di accogliere in parte una tale impostazione, non soltanto perché è possibile valutare un maggior arco temporale *ex post* (dal 1995 ai giorni nostri), ma anche in considerazione del fatto che si ritiene fruttuoso per la ricerca approfondire un segmento di storia del *judicial review ex ante* (la prima metà del Novecento) che può utilmente aiutare a comprendere le premesse delle decisioni adottate in materia dai tribunali olandesi al termine della seconda guerra mondiale; si ritiene opportuno, altresì, evidenziare non soltanto le diverse fasi dello sviluppo del *judicial review* ma anche le tappe che per la loro importanza ne hanno caratterizzato (*rectius*, cambiato) la storia. Pertanto, in accordo ad una tale impostazione metodologica, secondo una prospettiva diacronica, si ritiene di dover procedere ad analizzare il tema attraverso la seguente partizione: il sindacato giurisdizionale nella prima metà del XX secolo; il caso *Zandvoortse woonruimtevoording*; il caso *Doetinchem*; il sindacato giurisdizionale dopo il caso *Doetinchem* e fino al 1976; il sindacato giurisdizionale dal 1976 al 1994, con particolare attenzione al caso *Normaal*; il sindacato giurisdizionale dopo l'entrata in vigore del GALA, con l'analisi del caso *Maxis and Praxis* e della giurisprudenza successiva; infine, le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale.

---

<sup>267</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>268</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 109.

### 5.1. Il sindacato giurisdizionale nella prima metà del XX secolo.

A partire dagli inizi del XX secolo e fino al 1949, era dibattuta in dottrina la possibilità per il giudice di esercitare un sindacato sugli atti amministrativi discrezionali; era, altresì, controverso con quale intensità il giudice potesse effettuare un tale controllo. Il dibattito ricalcava quello riportato in merito al sistema di tutela avverso gli atti amministrativi illegittimi ritenuto più adeguato a rispondere alle esigenze di tutela dei cittadini, in considerazione del proliferare di *administrative law statutes* attributivi di poteri (per lo più) discrezionali alla pubblica amministrazione<sup>269</sup>. In dettaglio, una parte della dottrina, invero maggioritaria, riteneva che al giudice non fosse consentito sindacare le decisioni adottate dall'amministrazione che fossero espressione di discrezionalità, viste le diverse posizioni costituzionali occupate dal giudice e dall'amministrazione; per la restante parte minoritaria della dottrina, invece, il giudice doveva svolgere un ruolo importante nel riesaminare l'attività amministrativa discrezionale, proprio per la posizione di indipendenza e terzietà rispetto all'amministrazione.

Per tutta la prima metà del XX secolo, i giudici olandesi non si spinsero mai ad interferire con l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Del resto, considerato il contenuto degli *statutes*, spesso privi di precisi e concreti criteri di orientamento per l'operato dell'amministrazione<sup>270</sup>, al giudice olandese restavano pochi strumenti per esercitare un controllo sulla discrezionalità amministrativa. Rispettoso oltremodo del principio della separazione dei poteri, confinato a poter rilevare unicamente il vizio della violazione di legge ed in assenza di chiari parametri negli *statutes* che regolassero l'azione amministrativa, al giudice olandese non restava che tenere un atteggiamento di deferenza nei confronti dell'amministrazione, senza invaderne lo spazio riservato alla discrezionalità.

### 5.2. Il caso *Zandvoortse woonruimtevoording*.

---

<sup>269</sup> V. *supra* §§ 2 – 2.2.

<sup>270</sup> V. *supra* § 2.1.

A seguito della liberazione dall'occupazione tedesca nel 1945, i Paesi Bassi dovettero affrontare una grande emergenza abitativa. Per fare fronte a tale problematica, il governo olandese decise di procedere ad una redistribuzione coattiva degli spazi abitativi e, a tal fine, nel 1947 adottò il *Woonruimtetwet (Housing Act o Act on Living Accomodation)*. L'obiettivo dichiarato di tale legge era migliorare la corretta distribuzione degli alloggi. Per raggiungere lo scopo normativo, si attribuiva al Sindaco il potere di natura discrezionale di requisire in uso spazi abitativi dai proprietari, assegnandoli ad altre persone.

Secondo quanto stabilito dall'*Act on Living Accomodation*, nel 1947 il Sindaco di Zandvoort, rinomata località balneare olandese, aveva emanato un provvedimento di requisizione in uso dell'abitazione e del cottage di villeggiatura di proprietà del signor Van Spiegel, sostenendo che il canone di locazione richiesto fosse troppo elevato. Il Sindaco intendeva concedere in uso l'immobile al signor Douma, un poliziotto appena assunto nel Comune. Conseguentemente, il signor Van Spiegel non avrebbe potuto guadagnare un maggior canone di locazione, pari al valore di mercato. Il proprietario, quindi, propose ricorso al giudice ordinario per l'annullamento del provvedimento sindacale di requisizione, asserendo che la decisione amministrativa era stata adottata (non arbitrariamente<sup>271</sup> ma) per un fine diverso da quello normativamente previsto.

Il tribunale accolse il ricorso avente ad oggetto la restituzione del cottage di villeggiatura ma rigettò quello afferente l'altra abitazione requisita; il signor Van Spiegel impugnò la sentenza dinanzi alla Corte di Appello, che annullò la decisione del giudice di prime cure in parte qua era sfavorevole all'appellante. Il Sindaco decise di presentare ricorso alla Corte Suprema avverso la sentenza della Corte d'Appello.

Con la sentenza 14 gennaio 1949, NJ 1949/557 (con nota di D.J. Veegens), ARB 1949, 751, la Corte Suprema olandese ha ritenuto il provvedimento sindacale viziato da eccesso di potere, nella forma della figura sintomatica dello sviamento di

---

<sup>271</sup> Sarà questa, invece, la doglianza prospettata dal ricorrente nel caso *Doetinchem*. V. *infra* § 5.3.

potere. Secondo tale standard, applicato per la prima volta dalla Corte nel caso di specie, è vietato all'amministrazione esercitare un potere discrezionale per un fine diverso da quello per cui è stato previsto dal legislatore. Sul punto, la dottrina<sup>272</sup> ritiene che i giudici olandesi abbiano accolto l'insegnamento del Consiglio di Stato francese in merito al *détournement de pouvoir*<sup>273</sup>, espressione che – non a caso – ricorre più volte nel testo della sentenza in esame.

In dettaglio, la questione giuridica sottesa al caso di specie portato all'attenzione della Suprema Corte era se il Sindaco avesse abusato o meno del potere discrezionale di requisizione in uso di beni immobili attribuitogli dall'*Housing Act*; in altre parole, la Corte era chiamata a valutare se il Sindaco avesse esercitato il potere assegnatogli dalla legge per perseguire il fine normativo, cioè una più

---

<sup>272</sup> C.J.H. BRUNNER, *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977, p. 741.

<sup>273</sup> Sulla nozione di *détournement de pouvoir* nel diritto amministrativo francese, L.N. BROWN, J.S. BELL, *French administrative law*, Oxford 1993, pp. 229-235; M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 306; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, p. 365, evidenzia che «l'eccesso di potere si ricollega al periodo rivoluzionario in Francia, ed all'istituzione del Tribunale supremo di Cassazione, una delle cui funzioni era quella di impedire ogni sconfinamento del potere giudiziario ai danni di quello legislativo ed esecutivo, periodo in cui dominava ancora assoluta la concezione politica di Montesquieu, ispirata alla rigorosa separazione dei tre poteri dello Stato; si cominciò appunto allora a parlare di 'Excès de pouvoir' nel senso etimologico di 'sconfinamento', di 'usurpazione di funzioni estranee' da parte dell'autorità giudiziaria. Più tardi la nozione di eccesso di potere passò dal campo giudiziario a quello amministrativo, mantenendo da principio anche in questo campo un significato analogo a quello assunto nel campo giudiziario». Sulla genesi della figura dello sviamento di potere nel diritto amministrativo francese si sofferma anche A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976, p. 30 e segg., il quale rileva che il Consiglio di Stato francese «estese la propria competenza a ipotesi che sembravano non configurare un'illegittimità. Questo avveniva nelle ipotesi in cui l'amministrazione, nell'esercizio di un proprio potere discrezionale, aveva dato origine ad atti che, mentre apparivano formalmente legittimi, cioè conformi alle espresse prescrizioni di legge, erano invece in realtà contrari al suo spirito, ovvero, ai fini che questa si proponeva di raggiungere. Tale ipotesi, data l'idea allora prevalente, secondo la quale la discrezionalità veniva configurata come un apprezzamento del tutto svincolato da qualsiasi disciplina normativa ed il potere discrezionale era ritenuto perciò insindacabile, non avrebbe potuto considerarsi specie di illegittimità; in conseguenza gli atti affetti da vizi siffatti avrebbero dovuto sfuggire al controllo del giudice di legittimità. Tuttavia, il Consiglio di Stato francese ritenne egualmente di poter far rientrare nella propria competenza a statuire sovranamente sulle domande di annullamento per eccesso di potere queste ipotesi, che esso considerò, peraltro, come autonome rispetto alle altre 'ouvertures' di ricorso, indicandole come 'détournement de puouvoir'».

efficiente distribuzione degli alloggi, oppure per un fine diverso. All'esito di tale verifica, la Corte affermò l'illegittimità del provvedimento sindacale impugnato. Infatti, secondo i giudici, la motivazione dichiaratamente posta a fondamento del provvedimento sindacale di requisizione, ovverosia l'eccessivo importo del canone di locazione, era del tutto inconferente ed incoerente rispetto all'obiettivo che la norma attributiva del potere si prefiggeva.

Secondo la Corte, dunque, la decisione adottata dal Sindaco di Zandvoort nei confronti del signor Van Spiegel en non trovava alcun fondamento giuridico nell'*Housing Act* ed risultava viziata da sviamento di potere, in quanto il Sindaco aveva utilizzato il potere riconosciutogli dalla legge per un fine diverso da quello che la stessa intendeva perseguire. In dettaglio, secondo i giudici era evidente che il Sindaco, nel requisire il cottage estivo del signor Van Spiegel en, aveva in concreto perseguito l'obiettivo di fornire un alloggio al neodipendente pubblico ad un modico canone di locazione e non certo di raggiungere una equa redistribuzione degli spazi abitativi.

Pertanto, con la sentenza in esame per la prima volta la Suprema Corte ha riconosciuto il potere dei giudici olandesi di verificare la sussistenza di un tale tipo di illegittimità, riconducibile al vizio dell'eccesso di potere e diverso dalla violazione di legge. Infatti, prima del caso *Zandvoortse woonruimtevoording* il giudice olandese poteva rilevare soltanto il vizio della violazione di legge. Tale limitazione era spiegabile alla luce del fatto che fino alla fine del XIX secolo le autorità amministrative non godevano di tanti e tali poteri discrezionali da rendere necessario un meccanismo di tutela specifico e ulteriore rispetto al vizio di legittimità tradizionale costituito dalla violazione di legge; soltanto a seguito dell'adozione – avvenuta a partire dagli inizi e per tutta la prima metà del XX secolo – di un gran numero di *administrative law statutes* attributivi di ampi (e per certi versi illimitati) poteri discrezionali, si avvertì la necessità di sviluppare tecniche di garanzia dei privati rispetto alle decisioni amministrative che consentissero un sindacato diverso dalla violazione di legge e incentrato sull'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Una parte della dottrina<sup>274</sup> ritiene che il principio di *défense de détournement de pouvoir*, derivi dal principio di legalità; altra parte della dottrina<sup>275</sup>, invece, afferma che il principio in parola discenda dal *principle of specificity*, comunque strettamente connesso al principio di legalità.

In ogni caso, il principio si sviluppa secondo quattro possibili direttrici. Il primo aspetto concerne l'esercizio del potere contro (*against*) l'obiettivo per cui è stato attribuito, per esempio quando viene concessa un'autorizzazione ambientale esclusivamente sulla base di valutazioni economiche e non anche di tutela dell'ambiente; il secondo afferisce all'uso del potere per un fine illecito (*incorrect*), per esempio quando viene concesso un'autorizzazione in cambio di denaro<sup>276</sup>; il terzo riguarda l'esercizio del potere in maniera adeguata (*appropriate*), come quando un'autorizzazione ambientale viene concessa con la previsione di alcune condizioni al fine di prevenire lo sversamento illecito di rifiuti; il quarto è relativo all'esercizio del potere coerentemente (*consistently*) allo scopo normativo, come stabilire delle condizioni a tutela dell'ambiente per la concessione di un'autorizzazione ambientale<sup>277</sup>.

Il *General Administrative Law Act* del 1994 codificherà sia il principio di *défense de détournement de pouvoir* sia il principio di specificità: il primo, all'art. 3:3, ove si afferma il divieto per l'amministrazione di utilizzare un potere per un fine diverso da quello per cui è stato conferito, *rectius* l'obbligo per l'amministrazione di esercitare il potere attribuito dalla legge in conformità con lo scopo della stessa<sup>278</sup>; il

---

<sup>274</sup> G.H. ADDINK, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford 2019, pp. 102.

<sup>275</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 137, secondo cui il legislatore non deve limitarsi a conferire un potere all'amministrazione (principio di legalità) ma deve anche specificare i limiti di tale potere (principio di specificità). Pertanto, il principio di specificità non sarebbe tanto un principio generale di diritto amministrativo quanto di diritto costituzionale, perché afferente allo stato di diritto.

<sup>276</sup> M. STOUTEN, *De witwasmeldplicht*, Den Haag, 2012.

<sup>277</sup> G.H. ADDINK, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Oxford 1999.

<sup>278</sup> Sul punto, J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, pp. 41-42, evidenziano che «*there is little case law on the prohibition against the abuse of power. It is often difficult to prove that a power was used for another*

secondo, all'art. 3:4 (1), secondo cui, quando adotta una decisione, l'amministrazione deve comparare tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, ovvero limitandosi a quelli specificamente rilevanti per il singolo *statute* attributivo del potere esercitato<sup>279</sup>.

### 5.3. Il caso *Doetinchem*.

È soltanto con la sentenza resa nel caso *Doetinchem*<sup>280</sup>, sempre nel 1949, che la Corte Suprema olandese ha avuto l'opportunità di fare chiarezza in merito alla possibilità per il giudice di esercitare un sindacato sugli atti amministrativi discrezionali e di precisare l'intensità di tale controllo, applicando il test di ragionevolezza (*rectius*, il test della non manifesta irragionevolezza).

Come si è avuto modo di anticipare nel paragrafo precedente, al termine della seconda guerra mondiale, i Paesi Bassi si trovarono di fronte un grave problema di carenza di alloggi. Con il *Woonruimtetwet (Housing Act o Act on Living Accomodation)* del 1947 si tentò di dare una risposta concreta a tali difficoltà, attribuendo alle amministrazioni locali il potere (discrezionale) di requisire in uso un'abitazione o parte di essa e successivamente riallocarla ad altre persone. Infatti, l'obiettivo normativo dichiarato era quello di ridistribuire in modo efficiente lo spazio abitativo esistente e, quindi, superare la carenza di alloggi. In dettaglio, l'art. 32 dello *statute* espressamente stabiliva che il provvedimento con cui l'amministrazione requisiva un'abitazione era considerato come finalizzato a realizzare un'opportuna ed efficiente redistribuzione degli alloggi e che nessuna prova del contrario era ammissibile in tribunale. Si trattava, con tutta evidenza, di una norma *judge proof* ovvero di una norma che non soltanto attribuiva all'amministrazione un potere discrezionale ma ammantava anche il concreto

---

*goal than that which the legislature had intended. The official reasons for a decision do not show the real motivation».*

<sup>279</sup> Secondo J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey*, op. cit., p. 42, «Section 3:4, part 1 of the AWB prescribes that in making a decision, the administration always has to weigh interests, in so far as no limitation is placed on this duty by a statutory regulation or by the nature of the power to be exercised».

<sup>280</sup> HR, 25-02-1949, NJ 1949/558 (*Doetinchem housing requisition*).



esercizio di tale potere con una invincibile ed insindacabile presunzione di efficienza dell'operato dell'amministrazione da parte del giudice. In altre parole, con una tale previsione normativa, il decisore politico aveva adottato una precisa scelta di campo: il legislatore<sup>281</sup> voleva evitare che i tribunali interferissero nelle concrete modalità di esercizio del potere da parte delle amministrazioni locali di requisire gli immobili.

Sulla base di tale legislazione emergenziale tesa a risolvere la pressante problematica della carenza di alloggi, il Comune di Doetinchem adottò dei provvedimenti di requisizione in uso di beni immobili. L'amministrazione requisì anche una parte di una grande abitazione, occupata da una coppia sposata con disturbi mentali. I coniugi impugnarono il provvedimento di requisizione, adducendo come motivo di ricorso la propria malattia mentale. In dettaglio, la difesa dei ricorrenti evidenziò, con il supporto di una perizia psichiatrica, che le condizioni di salute mentale dei coniugi erano molto instabili; che vivere con altre persone nella stessa casa avrebbe costituito sicura fonte di danno per la loro salute ed anche potenzialmente per i nuovi occupanti; che, quindi, sarebbero stati certamente costretti a trasferirsi in un'altra abitazione; che, a tutela delle loro condizioni di salute, era importante poter restare insieme in quella casa; che i coniugi avevano il diritto di continuare a vivere in quell'abitazione e che l'impugnato provvedimento di requisizione di parte della loro casa aveva violato tale diritto.

L'amministrazione si costituì in giudizio, eccependo in primo luogo che la legge speciale in argomento, al fine di rispondere ad una grave necessità pubblica, aveva conferito all'amministrazione pieni poteri di natura discrezionale in ordine all'individuazione dei beni immobili da requisire; in secondo luogo, che la decisione adottata era stata pienamente efficiente e rispondente allo scopo prefissato dalla legge.

---

<sup>281</sup> Nei Paesi Bassi come in Italia, l'attribuzione di poteri discrezionali alla pubblica amministrazione è subordinata ad una decisione di politica legislativa, quindi ad una scelta del legislatore ed al principio di legalità. Sull'incidenza delle scelte di politica normativa in merito al rapporto tra pubblica amministrazione e potere giudiziario, v. *supra* cap. I, §.

I coniugi replicarono che nel caso di specie, in considerazione della particolare situazione di svantaggio in cui si trovavano, la decisione dell'amministrazione aveva avuto effetti del tutto sproporzionati al fine normativo.

Il tribunale locale accolse il ricorso, ritenendo che il provvedimento di requisizione impugnato fosse viziato da sviamento di potere.

L'amministrazione comunale impugnò la sentenza dinanzi la Corte Suprema. Secondo il Comune di Doetinchem, il giudice di prime cure aveva invaso lo spazio di discrezionalità riservato all'amministrazione.

La Corte Suprema ribaltò la sentenza di primo grado, affermando la legittimità del provvedimento impugnato. Infatti, per i giudici olandesi nel caso di specie non era stato violato il divieto di arbitrarietà; né era possibile, secondo la Corte, ritenere che l'amministrazione fosse incorsa in sviamento di potere, in quanto, diversamente dal precedente caso *Zandvoortse woonruimtevoording*<sup>282</sup>, il provvedimento in concreto adottato dall'amministrazione aveva effettivamente avuto come obiettivo la requisizione di spazi utili alla risoluzione della problematica della mancanza di alloggi ad uso abitativo e, pertanto, era perfettamente in linea con lo scopo stabilito dalla legge attributiva del potere.

In particolare, nella sentenza Doetinchem la Corte afferma la necessità di sottoporre il provvedimento impugnato ad un *arbitrary-or-capricious test* o *reasonableness test*. Secondo tale criterio, che nella dottrina olandese è indicato anche come “divieto di arbitrarietà”<sup>283</sup>, il giudice è chiamato a valutare se

---

<sup>282</sup> Cfr. HR, 14-01-1949, NJ 1949/557 con nota di VEEGENS, ARB 1949, 751. V. *supra* Cap. II, § 5.2.

<sup>283</sup> Il criterio è indicato come “*prohibition against arbitrariness*” in T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 27. L'espressione “*the prohibition of arbitrariness*” è, invece, utilizzata in B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, § 5.2.1 *Control of administrative action in the first half of the twentieth century*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 111; in T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 406; R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its*

l'impugnata decisione asseritamente arbitraria sia in realtà non manifestamente irragionevole<sup>284</sup>. In dettaglio, la formula del test applicato dalla Corte è la seguente: “il giudice deve valutare se sia possibile affermare che la decisione contestata, adottata dall'amministrazione a seguito del bilanciamento degli interessi coinvolti, sia non manifestamente irragionevole”<sup>285</sup>. Sul punto, la dottrina<sup>286</sup> ha rilevato che dalla sentenza in commento deriva che soltanto il totale disprezzo degli interessi privati, ovvero sia la loro completa pretermissione in sede di bilanciamento, giustifica la qualificazione della decisione amministrativa come arbitraria.

Secondo quanto statuito dalla Corte nel caso di specie, il giudice deve rispettare lo spazio di discrezionalità amministrativa in termini di processo decisionale e valutazioni politiche e intervenire soltanto in presenza di un atto amministrativo arbitrario. In altre parole, non è consentito al giudice valutare se l'amministrazione in un determinato caso abbia correttamente o meno bilanciato l'interesse pubblico (nella fattispecie, una più efficiente allocazione degli alloggi) con quello privato (del proprietario a permanere nella propria abitazione), se non in caso di una decisione dal contenuto manifestamente arbitrario; e ciò in quanto la determinazione del peso specifico di ogni interesse, sia esso pubblico o privato, è

---

*Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 137. H. ADDINK, *Good governance: concept and context*, Oxford 2019, p. 103, parla invece di “*prohibition on arbitrariness*”. F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 82, cita il criterio come “*prohibition against unreasonableness*”.

<sup>284</sup> Sul rapporto tra divieto di arbitarietà e non manifesta irragionevolezza, B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 113, osserva che «*in the Dutch literature, the formula that an administrative act constitutes tort when the administrative body could not reasonably have reached the contested decision is often paraphrased by saying that (the outcome of) administrative decisions may not be manifestly unreasonable. If a decision is manifestly unreasonable, the 'prohibition of arbitrariness' is being violated*».

<sup>285</sup> In seguito, tale formula sarà espressamente codificata in alcuni *statutes*, che verranno poi abrogati con l'entrata in vigore del GALA nel 1994. Sul punto v. *infra* § 5.4.

<sup>286</sup> C.J.H. BRUNNER, *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977, p. 742.

compito rimesso all'amministrazione. Si trattava, in definitiva, di un sindacato giurisdizionale di tipo debole<sup>287</sup>.

Nella sentenza in commento, la Corte si preoccupa anche di indicare il criterio per individuare un atto arbitrario: un atto è arbitrario non quando sia il giudice a ritenere la decisione irragionevole o sproporzionata ma quando un uomo ragionevole non avrebbe mai preso una decisione del genere.

Una parte della dottrina<sup>288</sup> ritiene che i giudici olandesi abbiano accolto l'insegnamento del Consiglio di Stato francese in merito alla nozione di *abus de pouvoir*<sup>289</sup>, espressione che ricorre più volte in lingua francese nel testo della sentenza in esame.

Il criterio adoperato dalla Corte per individuare un atto arbitrario costituisce un'applicazione della dottrina del *reasonable man*<sup>290</sup> mutuata dagli ordinamenti di *common law*, «in altre parole del parametro civilistico che negli ordinamenti di civil law sarebbe indicato come buon padre di famiglia»<sup>291</sup>. Infatti, una parte della dottrina<sup>292</sup> ritiene che la Corte Suprema olandese per la sentenza Doetinchem si sia

---

<sup>287</sup> In tal senso, T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV., *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 406, qualificano il sindacato giurisdizionale ammesso dalla sentenza Doetinchem come «marginal». Anche secondo F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 82, la Corte Suprema olandese applica al caso di specie uno standard piuttosto debole.

<sup>288</sup> C.J.H. BRUNNER, *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977, p. 741.

<sup>289</sup> Sulla nozione di *abus de pouvoir* nel diritto amministrativo francese, L.N. BROWN, J.S. BELL, *French administrative law*, Oxford 1998.

<sup>290</sup> Sullo standard del *reasonable man* nel diritto inglese, A. RIPSTEIN, *Reasonable Person in Private Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (a cura di), *Reasonableness and Law*, 2009, p. 255.

<sup>291</sup> S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, 2012, p. 42.

<sup>292</sup> Ritengono che la sentenza *Wednesbury* abbia influenzato la sentenza *Doetinchem*, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 27; B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, § 5.2.1 *Control of administrative action in the first half of the twentieth century*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the*

piuttosto ispirata alla sentenza emessa nel 1948 dai giudici inglesi nel caso *Wednesbury*<sup>293</sup>.

### 5.3.1. Il precedente inglese. Il caso *Wednesbury*.

Fino alla fine degli anni Quaranta del secolo scorso, le corti inglesi si sono limitate ad esercitare un sindacato invero modesto sull'attività amministrativa, conservando un atteggiamento timido e deferente nei confronti dell'amministrazione<sup>294</sup>.

---

*Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 111. Evidenzia le strette analogie che ricorrono tra la sentenza *Wednesbury* e la sentenza *Doetinchem*, pur senza affermare esplicitamente che la prima costituisca il precedente per la seconda ma limitandosi a rilevare che sono state adottate a breve distanza l'una dall'altra, anche F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 91.

<sup>293</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ. 1, [1948] 1 K.B. 223, *Court of Appeal (England and Wales)*. Sul caso *Wednesbury*, G.H. ADDINK, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford 2019, p. 102; P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, § 4 *Il controllo di ragionevolezza: dalla Wednesbury unreasonableness all'irrationality. Il timido affacciarsi della proporzionalità*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, pp. 126-132; K. THOMPSON, *Administrative law in the United Kingdom*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative Law. Administrative law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 247; A.C.L. DAVIES, J.R. WILLIAMS, *Proportionality in English Law*, § 4.2.2 *The Wednesbury test and its progeny*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 75 e segg.; G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 297-298; M. BOBEK, *Reasonableness in administrative law: a comparative reflection on functional equivalence*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, p. 314; D.J. GALLICAN, *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, § 6.42 *Reasonableness and unreasonableness*, Oxford, 2011, p. 321; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 90; G.L. PEIRIS, *Wednesbury unreasonableness: the expanding canvas*, in *Cambridge Law Journal*, 1987, p. 53; J.L. JOWELL, A. LESTER, *Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law*, in *Public Law*, 1987, p. 368.

<sup>294</sup> *R. v. Minister of Health, ex parte Yaffe*, [1931] A.C. 494; *R. v. Hendon District Council, ex parte Chorley*, [1933] 2 K.B. 696; *R. v. Minister of Transport, ex parte Grey Coaches*, [1933] 77 S.J. 301; *R. v. Ministero of Transport, ex parte Upminster Services Ltd*, [1934] 1 K.B. 277; *Errington v. Minister of Health*, [1935] 1 K.B. 249; *Sheffield Burgesses v. Minister of Health*, [1935] 52 T.L.R. 171; *Cooper v. Wilson*, [1937] 2 K.B. 309; *R. v.*

Solo a partire dal *Wednesbury case* del 1948 il giudice inglese si è aperto al sindacato sulla ragionevolezza. Il caso era il seguente. Secondo quanto stabilito dal *Cinematograph Act* del 1909, i cinema potevano essere aperti dal lunedì al sabato ma non anche di domenica; in base ad un apposito regolamento, poi, era possibile richiedere all'autorità locale competente in materia di ottenere un'autorizzazione con cui si consentisse l'apertura domenicale. Successivamente, con il *Sunday Entertainments Act* del 1932 fu generalmente consentita l'apertura domenicale dei cinema, fatte salve le condizioni ritenute opportune dall'autorità locale competente, decise a maggioranza dei membri del consiglio. Nel 1947, l'*Associated Provincial Picture Houses* ottenne una licenza dalla *Wednesbury Corporation* per gestire un cinematografo nello Staffordshire, a condizione che nessun bambino di età inferiore a quindici anni, accompagnato da un adulto o meno, fosse ammesso di domenica.

L'*Associated Provincial Picture Houses* impugnò il provvedimento, ritenendolo affetto da eccesso di potere.

Con la sentenza *Wednesbury*, i giudici non ritennero viziato da irragionevolezza il divieto di ammissione dei ragazzi di età inferiore ai quindici anni imposto dall'autorità locale come condizione per il rilascio di un'autorizzazione all'apertura domenicale di un cinematografo.

La ragionevolezza si presenta «come un principio di antica memoria nel diritto amministrativo inglese rinnovato però nel secondo dopoguerra»<sup>295</sup> con la sentenza in esame, impiegato quale tecnica di controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa.

Quanto al grado di intensità del controllo giudiziale nel merito delle decisioni amministrative, il *Wednesbury Unreasonableness standard of review* si caratterizza per essere, invero, «piuttosto basso»<sup>296</sup> o «epidermico»<sup>297</sup>. Infatti, secondo lo standard

---

*Boycott, ex parte Keasley*, [1939] 2 K.B. 651; *White and Collins v. Minister of Health*, [1939] 2 K.B. 838.

<sup>295</sup> S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, 2012, p. 42.

<sup>296</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007, p. 310.

<sup>297</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 90.

della manifesta irragionevolezza, applicato nel caso *Wednesbury*, una Corte può annullare una decisione amministrativa solo quando quest'ultima è talmente irragionevole<sup>298</sup> che nessun uomo ragionevole avrebbe potuto assumerla oppure, secondo una più recente formulazione, «*so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it*»<sup>299</sup>. In proposito, è stato rilevato che «secondo il cosiddetto *Wednesbury test*, una determinazione pubblica è irragionevole quando contiene qualcosa di così assurdo che nessuno penserebbe mai che possa rientrare nei poteri di una pubblica autorità»<sup>300</sup>.

Altri, ancora, hanno evidenziato che secondo il modulo di scrutinio rappresentato dal *Wednesbury test* «un provvedimento può essere censurato in sede giudiziale solo se “è talmente irragionevole che nessuna autorità pubblica ragionevole avrebbe potuto adottarlo”. Se fosse inteso rigidamente, il *Wednesbury test* sarebbe tale da restringere in misura eccessiva il sindacato giurisdizionale sugli atti del potere pubblico; per questo nella prassi la *rule of reason* è stata applicata in modo da consentire forme di bilanciamento ben più articolate di quelle che avrebbe autorizzato la formula coniata da Lord Green nel caso *Wednesbury*. Così, nelle questioni aventi ad oggetto misure incidenti sui diritti fondamentali, si esige la sussistenza di un interesse statale “*compelling*” che giustifichi il sacrificio del diritto

---

<sup>298</sup> Peraltro, come evidenziato proprio in relazione alla sentenza *Wednesbury* in G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano 2010, p. 367, «la stessa irragionevolezza, ove portata a livelli estremi, può sfociare nella mala fede». In merito al rapporto tra irragionevolezza e malafede, la medesima sentenza *Wednesbury* riporta l'esempio di un'insegnante licenziata per il colore dei capelli, ipotesi che sarebbe “*so unreasonable might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into another*”.

<sup>299</sup> Lord Diplock, in *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374, 410.

<sup>300</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, § 1.1 *La ragionevolezza nella tradizione anglosassone*, Roma 2013, p. 3.

e il test di razionalità presenta aspetti di contiguità rispetto al canone di proporzionalità»<sup>301</sup>.

#### 5.4. Il sindacato giurisdizionale dopo il caso *Doetinchem* e fino al 1976.

Fino al 1976, anno dell'entrata in vigore del *Wet Arob*, la legge istitutiva della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, i tribunali ordinari olandesi hanno svolto un ruolo da protagonisti nell'assicurare tutela giurisdizionale ai privati avverso gli atti amministrativi illegittimi, data la mancanza di un tribunale amministrativo con competenza generale nel sistema giudiziario.

In dettaglio, in questo periodo immediatamente successivo all'emanazione della sentenza *Doetinchem* e sulla base delle indicazioni ivi contenute, i giudici olandesi ordinari hanno esercitato un sindacato debole<sup>302</sup> sugli atti amministrativi,

---

<sup>301</sup> S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, V. 2, Milano 2006, p. 226. Sul punto, bisogna tuttavia precisare che il principio di proporzionalità, impiegato quando si controverte sulla tutela di diritti umani di derivazione convenzionale (S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 9), non trova applicazione al di fuori di tale ambito, mentre la manifesta irragionevolezza continua a essere la sola tecnica a disposizione per il controllo della discrezionalità. In proposito si registra il tentativo, al momento non riuscito, di una parte della dottrina (G. ANTHONY, *Article 6 ECHR, Civil Rights, and the Enduring Role of the Common Law*, in *Eur. Pub. Law*, 19, 2013, p. 75 e segg.; J. GOODWIN, *The last defence of Wednesbury*, in *Public Law*, 2012, p. 445 e segg.) di far evolvere i tradizionali rimedi di *common law* nei confronti del potere amministrativo verso lo standard previsto per i diritti umani nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sulle differenze tra il test di irragionevolezza e il test di proporzionalità nel diritto inglese, v. P. CRAIG, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. ELLIS (a cura di), Oxford-Portland, 1999, p. 85 e segg..

<sup>302</sup> In tal senso, T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 406. La reazione dei tribunali olandesi alla sentenza *Doetinchem* è la stessa dei tribunali inglesi alla sentenza *Wednesbury*. Anche questi ultimi, infatti, perseverano ad esercitare uno scrutinio debole sugli atti amministrativi discrezionali. Sul sindacato giurisdizionale dei poteri amministrativi discrezionali nel diritto inglese nel periodo immediatamente successivo alla sentenza *Wednesbury*, P. MARTINO, *Centri e periferie del potere nel Regno Unito. Le nuove dimensioni di un antico confronto*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 215, il quale rileva in tema di edilizia popolare che «l'*Housing Act* 1936 inseriva nel quadro della discrezionalità delle autorità locali il «*general management, regulation and control*» del *public housing* senza apporre un chiaro limite procedurale o sostanziale al loro operato né le Corti sembravano inclini a sottoporre i provvedimenti delle autorità locali nel settore



limitandosi a verificare se nel caso in esame l'amministrazione avesse adottato una scelta discrezionale legalmente accettabile a seguito della comparazione degli interessi rilevanti oppure avesse correttamente interpretato concetti vaghi o indefiniti<sup>303</sup>.

Invero, già prima dell'entrata in vigore del *Wet Arob* nel 1976, i tribunali ordinari olandesi, partendo dalla formula Doetinchem, elaborarono il principio della "oggettivazione" (*principle of objectivization*). Secondo tale principio, il giudice non può sostituire la propria concezione soggettiva di buona amministrazione alle valutazioni operate dalle pubbliche amministrazioni in caso di esercizio di poteri discrezionali da parte di queste ultime<sup>304</sup>; d'altro canto, il giudice può sostituirsi all'amministrazione la quale non abbia adottato una decisione ragionevole, a seguito della comparazione di tutti gli interessi rilevanti.

### 5.5. Il sindacato giurisdizionale dal 1976 al 1994.

Il 1 giugno 1976 entra in vigore il *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen* (*Wet Arob, Administrative Jurisdiction Administrative Decisions Act*), statute sui ricorsi amministrativi giurisdizionali (poi abrogato dal *General Administrative Law Act* a partire dal 1 gennaio 1994). Come si è avuto modo di anticipare<sup>305</sup>, tale legge istituisce una Sezione del Consiglio di Stato olandese con funzione giurisdizionale in materia di diritto amministrativo. Tale giurisdizione si presentava come generale e residuale (o anche complementare) al tempo stesso: generale, in quanto la giurisdizione era estesa ai provvedimenti amministrativi

---

dell'edilizia popolare a controllo di legittimità formale e sostanziale secondo i principi fissati nella sentenza *Wednesbury*».

<sup>303</sup> H.D. VAN WIJK, W. KONIJNENBELT EN R.M. VAN MALE, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam 2011, pp. 332-337; S.E. ZIJLSTRA, R.J.N. SCHLÖSSELS, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Amsterdam 2017, 374-375.

<sup>304</sup> Sul punto, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, rilevano che «*in applying these kinds of standards* [i principi di buona amministrazione e certezza giuridica, n.d.a.], *administrative courts have found effective ways of controlling the exercise of discretionary power, without having to impose their own views on what would be the best policy*».

<sup>305</sup> Cfr., *supra*, § 2.3.

individuali afferenti l'intera area del diritto amministrativo; residuale, perché in molti casi la tutela espressamente prevista dagli *statutes* era piuttosto garantita attraverso il rimedio del ricorso alla Corona ed era, dunque, escluso un ricorso giurisdizionale in senso stretto.

In un primo momento, anche i giudici amministrativi del Consiglio di Stato hanno continuato ad esercitare un sindacato debole sugli atti discrezionali<sup>306</sup>.

Tuttavia, tale tipo di controllo giurisdizionale, col trascorrere del tempo, ha svolto un ruolo di crescente importanza, in quanto spesso è stato espressamente richiamato nelle norme statutarie delle pubbliche amministrazioni che indicavano anche i criteri per la revisione delle decisioni finali.

Infatti, il legislatore iniziò a recepire in alcuni *statutes* la formula del test di ragionevolezza riportata nella sentenza *Doetinchem*. Un esempio è proprio l'art. 8, comma 1, lett. c), del *Wet Arob*, che espressamente prevedeva la possibilità di ricorrere al Consiglio di Stato in Sezione giurisdizionale avverso quelle decisioni adottate dall'amministrazione a seguito del bilanciamento degli interessi in gioco ritenute manifestamente irragionevoli. In altri termini, lo standard dell'*arbitrariness test* o *prohibition of arbitrariness* venne codificato quale motivo di ricorso e controllo giurisdizionale. Anche se la formula riportata nello *statute* era simile a quella stabilita dalla Suprema Corte nel caso *Doetinchem*, e in quanto tale formalmente implicante un sindacato di tipo debole, nella prassi l'applicazione della disposizione normativa di cui all'art. 8, comma 1, lett. c), *Wet Arob* ha avuto un forte impatto, con una intensificazione del sindacato giurisdizionale finalizzato a garantire una maggiore tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione.

In altri termini, anche se dalla formulazione normativa dell'art. 8, comma 1, lett. c), *Wet Arob*, si evince chiaramente la volontà del legislatore olandese di codificare uno standard di sindacato di tipo debole, il giudice amministrativo, partendo proprio da quella disposizione normativa, ha iniziato ad esercitare un controllo sulla discrezionalità più intenso.

---

<sup>306</sup> Cfr., *ex multis*, sent. Consiglio di Stato, 23 ottobre 1979, AB1980/198 (St. Bavo).

### 5.5.1. Il caso *Normaal*.

Il *Normaal case*<sup>307</sup> è esemplificativo proprio della facilità con cui il giudice amministrativo olandese arriva ad esercitare un sindacato più intenso della discrezionalità sulla base dell'art. 8, comma 1, lett. c), *Wet Arob*. Nel 1979, il gruppo pop olandese *Normaal* doveva esibirsi con un concerto in un locale della città di *Hoogeveen* e, pertanto, si rendeva necessario acquisire una licenza di esercizio di pubblico spettacolo dal Comune ai sensi dell'art. 74 del regolamento comunale all'epoca vigente (*Algemene Plaatselijke Verordening*, APV). Infatti, secondo quanto stabilito dell'art. 74, comma 1, lett. a), APV *Hoogeveen*, al titolare di un luogo aperto al pubblico era vietato organizzare spettacoli musicali senza l'autorizzazione sindacale; inoltre, ai sensi del comma 3, disp. ult. cit., la richiesta di autorizzazione di cui al comma 1 poteva essere rigettata oppure la stessa, se già concessa, poteva essere revocata: a) per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico; b) per ragioni di morale e buon costume; c) per ragioni di viabilità; d) per violazione di diritti altrui.

L'organizzatore, quindi, presentava istanza per il rilascio della licenza ai sensi dell'art. 74, comma 1, lett. a), APV *Hoogeveen* e, inoltre, si preoccupava di richiedere preventivamente l'intervento della polizia al fine di supervisionare l'evento.

Il Sindaco rigettava l'istanza di licenza di esercizio di pubblico spettacolo, motivando il diniego sulla base di ragioni di tutela dell'ordine pubblico. Invero, prima di decidere di adottare il provvedimento finale di rigetto, l'amministrazione aveva svolto un'articolata istruttoria. Infatti, la polizia di *Hoogeveen* aveva assunto informazioni dalla polizia delle altre città in cui si erano già tenuti concerti dei *Normaal* ed era emerso che nei comuni di *Steenwijk* e *Slagharen* si erano verificati dei disordini. In dettaglio, come risulta dalla parte motiva del provvedimento di rigetto, l'amministrazione aveva preso in considerazione i seguenti elementi: i disordini accaduti durante le precedenti esibizioni della band, per giunta in città viciniori; le possibili reazioni violente dei fan del gruppo; la possibile presenza tra il

---

<sup>307</sup> ARRvS, 23-06-1981, nr. A-35482(1979), AB 1982, 213.

pubblico delle medesime persone violente che già avevano preso parte ai tafferugli in Steenwijk e Slagharen, site nelle immediate vicinanze di Hoogeveen, che quindi sarebbe stata facilmente raggiungibile da costoro.

Il titolare del locale ove avrebbero dovuto esibirsi i Normaal impugnò il provvedimento amministrativo di rigetto, che venne infine annullato nel 1981 dal Consiglio di Stato olandese, in Sezione giurisdizionale, per insufficienza di motivazione.

In particolare, la questione giuridica sottesa al caso di specie affrontato dalla Corte riguardava il ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dall'amministrazione: da una parte, l'interesse pubblico, costituito dalla tutela della sicurezza e dal mantenimento dell'ordine pubblico; dall'altra, l'interesse privato, rappresentato dalla libertà di iniziativa economica. In altre parole, i giudici dovevano rispondere alla domanda se nel caso in argomento il Sindaco era ragionevolmente giunto alla conclusione che a causa dell'esibizione dei Normaal sussisteva un rischio per la sicurezza e l'ordine pubblico rilevante ai sensi dell'art. 74, comma 3, lett. a), APV Hoogeveen.

A fondamento della propria impugnazione, il titolare del locale ed organizzatore di eventi adduceva, come primo motivo di ricorso, che vi era una diversità tra le circostanze di fatto relative a quanto precedentemente accaduto nei Comuni di Steenwijk e Slagharene e la manifestazione a Hoogeveen per cui era stata richiesta l'autorizzazione; che si trattava di due situazioni differenti e, pertanto, non potevano essere utilmente messe a confronto; come secondo motivo, che per prassi gli organizzatori di eventi erano soliti allertare preventivamente e precauzionalmente la polizia in occasione di manifestazioni e spettacoli musicali per cui si aspettavano una massiccia partecipazione di pubblico; come terzo motivo, che l'art. 74 APV Hoogeveen non aveva efficacia vincolante, in quanto il Consiglio Comunale non aveva alcun potere regolamentare in materia di licenza di esercizio di pubblico spettacolo, trovando piuttosto applicazione nel caso di specie la disciplina prevista in via generale dall'art. 219 della legge sul funzionamento degli Enti Locali (*Gemeentewet*) in materia di ordinanze sindacali; come quarto motivo, che, per tutto

quanto descritto nei precedenti motivi di ricorso, l'amministrazione resistente non poteva avere ragionevolmente adottato la decisione finale di rigetto, ed, in particolare, non aveva tenuto in sufficiente considerazione l'interesse del ricorrente (libertà di iniziativa economica); inoltre, secondo il ricorrente, l'amministrazione resistente non aveva considerato che al momento della presentazione della richiesta di autorizzazione erano ormai trascorsi due anni dai disordini accaduti a Steenwijk; che i tafferugli verificatisi a Slagharene avevano avuto inizio ben prima della performance dei Normaal, mentre altri gruppi stavano esibendosi; che i Normaal si erano esibiti mediamente 150 volte l'anno senza disordini. Il ricorrente chiedeva, infine, l'annullamento del provvedimento di rigetto ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. c), *Wet Arob*.

Il Consiglio di Stato ritenne il primo motivo di ricorso infondato per due ragioni: innanzitutto, secondo il Collegio, il ricorrente non aveva dato alcuna prova dell'effettiva diversità delle circostanze di fatto; poi, l'asserita differenza delle situazioni di fatto era in concreto smentita dal comportamento dello stesso ricorrente, il quale aveva richiesto in anticipo l'intervento della polizia di Hoogeveen, evidentemente preoccupato per il possibile ripetersi dei disordini in occasione dell'esibizione dei Normaal.

Anche il secondo motivo di impugnazione fu considerato dal Consiglio di Stato privo di pregio. In proposito, la Corte afferma di ben conoscere la prassi per gli organizzatori di eventi di allertare preventivamente le forze di polizia, ma specifica che tale comunicazione viene in genere effettuata soltanto per ragioni organizzative e di viabilità, vale a dire per la regolamentazione del traffico (con contestuale interdizione delle strade interessate dalla manifestazione) per motivi di sicurezza; invece, nel caso di specie – continua il Collegio – il ricorrente aveva avvertito gli agenti di polizia di Hoogeveen non soltanto (come per prassi) per ragioni organizzative ma proprio con la finalità di ricevere una supervisione dell'evento da parte delle forze dell'ordine. Inoltre – conclude sul punto il Consiglio di Stato – il ricorrente, nell'organizzare precedentemente eventi simili con l'esibizione di gruppi musicali, non aveva mai allertato in anticipo la polizia al fine di ricevere assistenza

nel corso delle manifestazioni, per cui si evince che il ricorrente nutriva delle serie preoccupazioni in merito alla possibilità che scoppiassero dei disordini durante il concerto dei Normaal.

La Corte ritenne anche il terzo motivo di ricorso infondato. Infatti, il Consiglio di Stato precisò che l'art. 219 della legge sul funzionamento degli Enti Locali (*Gemeentewet*) conferisce al Sindaco il potere di adottare ordinanze in casi di grave disordine o disastro, facendo tuttavia salva la competenza del Consiglio comunale ad adottare regolamenti, tra l'altro, in materia di ordine pubblico.

Il Consiglio di Stato ritenne però meritevole di accoglimento il quarto motivo di ricorso. Infatti, secondo il Collegio, nell'effettuare la ponderazione degli interessi, il Sindaco aveva erroneamente dato un peso eccessivo (*rectius*, decisivo) all'interesse di cui era responsabile, ovverosia il mantenimento dell'ordine pubblico (*rectius*, all'interesse della prevenzione di situazioni in cui potevano verificarsi disordini), senza addurre un'adeguata motivazione. Secondo quanto emerso dalla documentazione agli atti del giudizio e dal dibattimento in udienza, la Corte riconosce che non era del tutto escluso che al momento dell'adozione del provvedimento di rigetto esistesse un rischio di disordine; tuttavia, il Consiglio di Stato è del parere che questo pericolo fosse presente in misura molto limitata e comunque più che normale per una performance musicale di questa band rispetto ad altri gruppi di artisti.

L'amministrazione resistente si era limitata ad indicare i due precedenti concerti tenutisi presso Steenwijk e Slagharene, in cui si erano verificati dei disordini; tuttavia, i giudici hanno ritenuto che i fatti accaduti a Slagharene fossero sensibilmente diversi rispetto alle circostanze attese a Hoogeveen; allo stesso modo, non potevano essere considerati rilevanti per il caso all'esame della Corte i disordini successi a Steenwijk, in quanto avvenuti oltre un anno e mezzo prima.

La dottrina olandese ha criticato aspramente questa decisione. Infatti, alcuni studiosi hanno ritenuto che nella sentenza in esame il giudice non avesse correttamente considerato la posizione giuridicamente rilevante del Sindaco, il quale

era per legge responsabile della tutela dell'ordine pubblico<sup>308</sup>; altri hanno icasticamente affermato che con la sentenza in commento il giudice si è seduto sulla poltrona del Sindaco<sup>309</sup> ovvero sia nel caso di specie il giudice ha occupato lo spazio riservato dal legislatore alla discrezionalità amministrativa; altri ancora hanno evidenziato come fosse piuttosto singolare la circostanza che il quarto motivo di ricorso (afferente lo standard di ragionevolezza) avesse comportato il sindacato più intenso rispetto a tutti gli altri motivi di ricorso<sup>310</sup>.

Peraltro, si aggiunga che, in considerazione dell'annullamento del provvedimento di rigetto da parte del Consiglio di Stato, l'Amministrazione Comunale concesse l'autorizzazione per lo svolgimento della manifestazione di pubblico spettacolo; durante il concerto, si verificarono alcuni disordini culminati con la morte di un uomo e sette feriti.

## **5.6. Il sindacato giurisdizionale dopo l'entrata in vigore del GALA.**

Nel corso degli anni Novanta, due importanti riforme hanno riguardato il diritto amministrativo olandese: da una parte, il sistema giudiziario è stato complessivamente riorganizzato, con l'obiettivo di integrare i vari tribunali amministrativi preesistenti e, quindi, istituire un tribunale con giurisdizione generale in materia di diritto amministrativo, in aggiunta ai tribunali ordinari con competenza in materia civile e penale; dall'altra, il 1 gennaio 1994 è entrata in vigore la legge generale olandese sul procedimento e processo amministrativo (*Algemene wet bestuursrecht, Awb, General Administrative Law Act*, d'ora in poi indicato con l'acronimo GALA)<sup>311</sup>; come si è già avuto modo di anticipare<sup>312</sup>, si è quindi passati

---

<sup>308</sup> J.G. STEENBEEK, *Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen*, Den Haag, 1988, pp. 238-239.

<sup>309</sup> ARRvS, 23-06-1981, nr. A-35482(1979), AB 1982, 213, con nota di E. BREDERVELD.

<sup>310</sup> J.B.J.M. TEN BERGE, F.A.M. STROINK, *AROB in vogelvlucht*, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 116.

<sup>311</sup> La *Algemene Wet Bestuursrecht (AWB)*, anche conosciuta come *General Administrative Law Act (GALA)*, è la legge generale sul procedimento e processo amministrativo attualmente vigente nei Paesi Bassi; la dottrina olandese, al fine di sottolineare la natura organica delle norme e l'intento legislativo di regolazione

da una giustizia amministrativa a tutela oggettiva ad una giustizia amministrativa a tutela soggettiva, ossia prevalentemente con funzioni di protezione delle posizioni dei singoli.

Quindi, anche sotto questo profilo, il sistema olandese di giustizia amministrativa ha subito un'evoluzione analoga al modello di riferimento, di stampo francese. Infatti, anche la caratteristica impronta oggettiva che ha da sempre

---

sostanzialmente omnicomprensiva della materia, si riferisce alla legge in argomento anche con l'espressione «*Administrative Law Code*» (cfr., per tutti, R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative law in The Netherlands*, op. cit., p. 112); trova il proprio fondamento nell'art. 107, comma 2, della Costituzione olandese – all'uopo modificata nel 1983 – secondo cui le norme generali del diritto amministrativo sono stabilite con legge del Parlamento (in altre parole, l'art. 107, comma 2, Cost. olandese contiene una riserva di legge in materia di norme generali di diritto amministrativo), analogamente a quanto già previsto dall'art. 107, comma 1, Costituzione olandese, per il diritto civile, il diritto penale, il diritto processuale civile e penale; è stata approvata il 4 giugno 1992 ed è entrata in vigore il 1 gennaio 1994; ha una struttura «*pyramidal [...] from general to specific subject*» (J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 9); a seguito di alcune modifiche legislative, attualmente consta di 11 Capitoli, così suddivisi: 1. “Disposizioni introduttive”; 2. “Rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni”; 3. “Disposizioni generali sui provvedimenti amministrativi”; 4. “Disposizioni speciali sui provvedimenti amministrativi”; 5. “Esecuzione”; 6. “Disposizioni generali su ricorsi ed appelli”; 7. “Disposizioni speciali su ricorsi ed appelli amministrativi”; 8. “Disposizioni speciali sulla procedura dinanzi al tribunale amministrativo”; 9. “Reclami”; 10. “Disposizioni sulle pubbliche amministrazioni”; 11. “Disposizioni finali”. Come si evince dalla sequenza dei capitoli, il GALA contiene la disciplina sia del procedimento che del processo amministrativo olandese, incluse le regole sul *judicial review*. Una prima marcata differenza “di sistema” rispetto all'ordinamento giuridico italiano, in cui procedimento e processo amministrativo sono disciplinati da due differenti atti normativi, rispettivamente dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, e ss.mm.ii., recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*” e dal D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e ss.mm.ii., recante “*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo*”. Il GALA, del resto come la legge generale italiana sul procedimento amministrativo, non copre tutto il diritto amministrativo sostanziale, in quanto vi sono numerose altre leggi che regolano l'attività amministrativa nei vari settori speciali in cui questa è ripartita (diritto dell'ambiente, diritto dell'urbanistica, diritto della previdenza e della sicurezza sociale, pubblico impiego, diritto scolastico, diritto tributario, diritto finanziario, diritto sanitario, diritto dell'immigrazione). Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla legge olandese sulla somministrazione di alimenti e bevande (*Drank- en Horecawet*, DHw) oppure alla legge olandese in materia ambientale (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht*, WABO). Sul contenuto del GALA in generale, *ex multis*, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 377-381.

<sup>312</sup> cfr., *supra*, § 2.6.



connotato il contenzioso amministrativo in Francia si è nel tempo sbiadita, pur essendo ancora oggi rilevabili le tracce di tale tradizionale impostazione oggettiva, quali ad esempio l'ampiezza della portata della nozione di legittimazione a proporre il ricorso per eccesso di potere, la sua indisponibilità una volta esperito e la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice di alcuni motivi di illegittimità, come quelli di ordine pubblico; pertanto, anche nei Paesi Bassi, come «in altri sistemi continentali, l'oscillazione, storicamente immanente, fra un'impostazione di tipo oggettivo e un'impostazione di tipo soggettivo si è risolta invece nettamente con la prevalenza della seconda»<sup>313</sup>.

Con l'entrata in vigore del GALA, finalmente il giudice amministrativo olandese ha acquistato un ruolo da protagonista nell'esercizio della funzione di controllo sull'attività amministrativa, all'esito di un lungo percorso che ha avuto come tappe fondamentali l'adozione del Wet Arob nel 1976 e la sentenza della Corte EDU sul caso Benthem nel 1985, a seguito della quale è stato abolito il ricorso straordinario alla Corona, che pure aveva costituito un ostacolo ad un pieno sviluppo della giustizia amministrativa di natura giurisdizionale. Nel periodo compreso tra il 1976 e l'entrata in vigore del GALA, l'attivismo delle Corti olandesi in termini di esercizio di un sindacato forte viene generalmente spiegato dalla dottrina<sup>314</sup> sulla base della grande enfasi posta sulla tutela giurisdizionale, da un lato; dall'altro, in considerazione della scarsa attenzione (*rectius*, regolamentazione) del procedimento amministrativo. Questi due fattori hanno portato ad una vera e propria corsa al giudice, il quale ha risposto all'esigenza di tutela attraverso l'esercizio di uno scrutinio forte. Entrato in vigore il GALA, anche altri numerosi fattori di varia natura hanno condotto il giudice amministrativo ad aprirsi all'esercizio di un sindacato intenso sulla discrezionalità. Tra questi fattori è possibile annoverare, per esempio, l'inerzia dell'Amministrazione e il sentimento di diffidenza o sfiducia nutrito dai cittadini nei confronti della stessa. Infatti, premesso che nei Paesi Bassi molte

---

<sup>313</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007, p. 295.

<sup>314</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 98.

funzioni sono state attribuite o delegate<sup>315</sup> ai comuni, spesso le pubbliche amministrazioni non sono dotate di risorse umane con competenze di natura tecnico-giuridica adeguata allo svolgimento della delegata funzione di regolamentazione<sup>316</sup>. Ancora, altra ragione che ha portato ad un'espansione del sindacato intenso sulla discrezionalità è individuabile nella prassi burocratico-amministrativa invalsa a partire dall'entrata in vigore del Wet Arob nel 1976, in cui è possibile riscontrare un'Amministrazione che decide sempre meno, preferendo, al fine di spogliarsi della propria responsabilità, rimettere direttamente al giudice la risoluzione della controversia in concreto<sup>317</sup>.

### 5.6.1. Dallo standard di ragionevolezza al principio di proporzionalità.

Il GALA ha, inoltre, inciso sull'interpretazione del principio di proporzionalità ai fini dell'esercizio del sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi. In altri termini, la codificazione del diritto amministrativo olandese ha cambiato il significato del principio di proporzionalità, utilizzato come criterio di controllo giurisdizionale<sup>318</sup>.

Già agli inizi del XX secolo, una parte della dottrina<sup>319</sup> olandese, invero pionieristica, ha elaborato *in nuce* un principio di buona amministrazione, ritenendo che, laddove l'amministrazione agisca nei confronti di persone fisiche o giuridiche in

---

<sup>315</sup> Sulla funzione di regolamentazione delegata decentrata nel diritto amministrativo olandese, T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 2, in cui si evidenzia che «*in the period after the Second World War, which witnessed the sharpest increase in government action and the regulatory framework underlying it, the technique of "delegated rulemaking power" (gelede normstelling) also reached its full potential in the Netherlands. This technique means that specific rules are not just laid down in statutes but that, quite frequently, rulemaking powers are delegated to subordinate legislator*».

<sup>316</sup> Si tratta della problematica, divenuta ormai cronica anche in Italia, dell'assenza di personale altamente specializzato sotto il profilo giuridico-amministrativo nei ruoli organici della burocrazia, ed anche della problematica della non ottimale gestione ed organizzazione delle risorse umane.

<sup>317</sup> Come vedremo nel § 5.7, nei Paesi Bassi soltanto a partire dal 2015 i giudici hanno effettivamente applicato un controllo intenso sulla discrezionalità amministrativa.

<sup>318</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 109.

<sup>319</sup> J.J. BOASSON, *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, 1911.

virtù di un potere conferito dal legislatore, debba effettuare una comparazione adeguata degli interessi in gioco, bilanciando correttamente l'interesse pubblico da proteggere con l'interesse privato da esercitare.

Peraltro, la proporzionalità come principio di diritto positivo non era sconosciuta al diritto amministrativo olandese. Proprio in materia di pubblico impiego, infatti, l'art. 58 (2) del *Civil Servant Act* (AW) del 1929 disponeva che uno dei motivi di ricorso avverso un provvedimento disciplinare poteva anche essere fondato sulla mancanza di proporzionalità tra sanzione comminata e comportamento contestato; in altri termini, la proporzionalità era espressamente indicata come un criterio di sindacato giurisdizionale. Sul punto, la dottrina olandese<sup>320</sup> non nega che lo standard contenuto nell'art. 58 (2) del *Civil Servant Act* del 1929 costituisca un "precedente" del principio di proporzionalità codificato nell'art. 3:4 (2) del GALA, tuttavia tende ad evidenziare che prima dell'entrata in vigore del GALA la proporzionalità (in senso stretto) fosse certamente utilizzata come criterio di *judicial review* ma limitatamente all'ambito dei provvedimenti aventi ad oggetto sanzioni disciplinari; piuttosto, fino al 1 gennaio 1994, le Corti olandesi applicavano quale standard di sindacato il criterio della *prohibition of arbitrariness*, come delineato nei paragrafi precedenti.

---

<sup>320</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 114; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 84, nt. 8. Unico nella dottrina italiana sul punto, L. BENVENUTI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 9, nt. 14, evidenzia che la previsione, seppur esplicita, del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, era tuttavia limitato ad un ambito settoriale, prima dell'entrata in vigore della legge generale olandese sul diritto amministrativo. L'Autore sottolinea come, nell'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi, il riconoscimento normativo della necessaria proporzionalità in materia di irrogazione di sanzioni amministrative sussisteva sin dalla legge sui funzionari amministrativi del 1929, che all'art. 58 (2) stabiliva che, in caso di ricorso afferente una sanzione disciplinare, si poteva valutare se la sanzione inflitta fosse proporzionata all'infrazione commessa.

Il principio di proporzionalità è stato codificato nel GALA in primo luogo, come principio di carattere generale<sup>321</sup>, all'art. 3:4 (2); in secondo luogo, nell'ambito dell'esecuzione dei provvedimenti amministrativi, all'art. 5:13.

In particolare, il principio di proporzionalità, come codificato nel GALA all'art. 3:4 (2), non soltanto implica che la decisione adottata dalla pubblica amministrazione debba essere il prodotto di un bilanciamento degli interessi non manifestamente irragionevole<sup>322</sup>, ma sancisce anche che gli effetti negativi di un provvedimento amministrativo nei confronti delle parti interessate dalla decisione finale non possano essere sproporzionati rispetto ai fini dell'azione amministrativa<sup>323</sup> (rispetto alla causa del potere esercitato). Pertanto, il principio in esame ha tre funzioni, ed in particolare «*on the one hand, it created a statutory basis for the case law on 'arbitrariness' (willekeur), on the other, it established a standard of conduct for the administration. [...] Another objective of this disposition was to connect to developments in EU law by introducing the word proportionality into Dutch administrative law*»<sup>324</sup>. In proposito, la dottrina ha evidenziato che l'articolo in commento «*is – according to the Dutch government*<sup>325</sup> – *inspired by the Union*

---

<sup>321</sup> Sul punto, L. BENVENUTI, *La proporzionalità, op. cit.*, p. 9, nt. 13, afferma che in alcuni sistemi giuridici la proporzionalità dell'azione amministrativa è un principio [non implicito ma] espressamente riconosciuto in una norma [non di rango costituzionale ma] di legge ordinaria. L'Autore evidenzia che ciò accade, ad esempio, proprio nell'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi, ove la legge generale sul diritto amministrativo del 1994, all'art. 3:4 (2), ha stabilito che i pregiudizi derivanti, ad uno o più soggetti interessati, da una decisione amministrativa, non debbano risultare sproporzionati in rapporto al fine perseguito dalla decisione.

<sup>322</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 27, sottolineano che «*the second paragraph of section 3:4 of the Awb goes a step further than the obligation to weigh interests*».

<sup>323</sup> Secondo R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 137, «*this also implies that the administration is not allowed to take measures which will result in needless grave consequences for interested parties. If there are less severe means available the administration is obliged to use these means*».

<sup>324</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 114.

<sup>325</sup> Cfr. PG Awb 1, p. 211.

*principle of proportionality*»<sup>326</sup>; l'art. 5:13, invece, stabilisce che il responsabile dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo deve esercitare i propri poteri soltanto nella misura in cui ciò possa essere ragionevolmente ritenuto necessario per l'adempimento delle proprie funzioni.

Il principio, inoltre, riveste un ruolo importante anche come componente del più ampio principio di buona amministrazione<sup>327</sup>.

La dottrina olandese<sup>328</sup> ha subito avuto la percezione di come lo standard di proporzionalità contenuto nell'art. 3:4 (2) GALA potenzialmente consentisse al giudice amministrativo un sindacato maggiore rispetto a quello esercitato in precedenza attraverso il criterio della *prohibition of arbitrariness*.

In un primo momento, l'applicazione dello standard di ragionevolezza codificato dal GALA ha implicato un sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi alquanto limitato. Come conseguenza di ciò, soltanto in presenza di un grave errore di fatto<sup>329</sup> commesso dall'amministrazione, si riteneva che il giudice potesse procedere all'annullamento del provvedimento impugnato<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012, p. 391.

<sup>327</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 136. Il rapporto tra i principi di buona amministrazione e proporzionalità è evidenziato anche da JURGENS G., VAN OMMEREN F., *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71(1), 2012, p. 191, secondo cui «*the general principles of proper administration (...) guide the exercise of administrative action. These principles are partly codified in the GALA – for example, the principle to state reasons for decisions which are taken, the principle of due care, the principle of proportionality etc.*».

<sup>328</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 84; F.A.M. STROINK, nota a sentenza ABRvS, 9-05-1996, JB 1996/158, AB 1997/93, in cui si evidenzia che il principio di proporzionalità contenuto nell'art. 3:4 (2) GALA, nonostante il disposto letterale sia formulato in termini di una doppia negazione, dia la possibilità al giudice di esercitare un sindacato molto più intenso di quanto non fosse possibile in precedenza attraverso l'applicazione del divieto di arbitrarietà, allo stesso modo dell'ordinamento tedesco.

<sup>329</sup> Secondo un percorso analogo a quanto avvenuto in Francia. In proposito, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo*

### 5.6.2. Il caso *Maxis and Praxis*.

Con la sentenza emanata nel *leading case Maxis and Praxis*<sup>331</sup>, il Consiglio di Stato ha chiarito la relazione costituzionale tra potere giudiziario ed amministrazione ed ha, quindi, stabilito i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti discrezionali della pubblica amministrazione, con particolare riferimento all'esercizio del test di proporzionalità<sup>332</sup>. Il caso era stato il seguente. La Kwantum è un'azienda che gestisce una catena di negozi specializzati nel settore degli arredamenti a basso prezzo ed articoli casalinghi; l'azienda decise di aprire un nuovo punto vendita al dettaglio nella città di Venlo. Al fine di utilizzare un immobile ad uso commerciale,

---

*comparato*, Milano 2007, p. 307, rileva che alle origini del controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa nell'ordinamento francese «è proprio all'interno di un'interpretazione estensiva del concetto di violazione di legge, sia come *violation direct de la loi* (errore di diritto), che come *erreur relative aux faits*, che trova spazio una verifica più penetrante dell'uso del potere discrezionale. Sono particolarmente precoci gli approdi della giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine alla conoscibilità dei fatti nell'ambito dei cd. errori di fatto. Il sindacato ha ad oggetto non solo l'effettività dei fatti adottati dall'amministrazione (*erreur de fait*), ma anche la loro qualificazione (*attraverso l'erreur de qualification juridique des faits*) e la congruenza con essi dei motivi adottati a sostegno della decisione amministrativa».

<sup>330</sup> H. ADDINK, *Good governance: concept and context*, Oxford 2019, p. 103.

<sup>331</sup> Il caso è conosciuto anche come *Kwantumhal Venlo*. ABRvS, 9-05-1996, AB 1997/93; AA 1997 43; Gst 1997, 7053, 9; JB 1996/158, con nota di F.A.M. STROINK, secondo cui, a partire dall'entrata in vigore del GALA, la decisione in commento è la sentenza più importante adottata dal Consiglio di Stato, in tema di rapporto tra potere giudiziario e amministrazione con particolare riferimento all'esercizio di poteri discrezionali. Secondo l'Autore, con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato olandese si è uniformato all'orientamento giurisprudenziale del Tribunale Centrale di Appello (*Central Appeal Tribunal, Centrale Raad van Beroep*, CRvB), che ha da sempre esercitato uno scrutinio marginale. Applicare un sindacato debole – secondo l'Autore – è importante per conservare la fiducia che i cittadini ripongono nella giustizia. Infatti, fare un uso eccessivo del potere di risoluzione giurisdizionale della controversia, servirsi dell'opinione personale del giudice quando si applica il test di ragionevolezza, in definitiva, oltrepassare i limiti del potere giudiziario e invadere il campo di azione riservato all'amministrazione al di là di quanto strettamente necessario è un comportamento che influisce negativamente sulla fiducia che i cittadini nutrono nei confronti del potere giudiziario. Infine, l'Autore si dice favorevole a tale orientamento di deferenza giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione.

<sup>332</sup> Sulla sentenza in commento, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 29 e segg.; R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012, pp. 381-408.

era necessario ottenere un permesso dal consiglio comunale di Venlo; inoltre, secondo le norme locali in vigore, non era consentito l'uso dell'immobile individuato dall'azienda per la vendita al dettaglio (ovverosia direttamente al consumatore finale), salva deroga accordata dalla municipalità in presenza di determinate condizioni. La Kwantum ottenne la deroga, ma il provvedimento fu impugnato dinanzi la Corte distrettuale di Roermond da Maxis and Praxis, che si ritenevano lesi da un tale provvedimento. Secondo il ricorrente, l'amministrazione non avrebbe potuto concedere la deroga, in quanto il progetto per la realizzazione del nuovo punto vendita della Kwantum si poneva in contrasto con le norme locali vigenti in materia urbanistica e non sussistevano i presupposti per la concessione del provvedimento di deroga. In verità, il Consiglio comunale avrebbe presto deliberato un nuovo piano regolatore, ma, in ogni caso, il progetto si sarebbe posto in contrasto anche con le nuove norme. Il giudice di prima istanza accolse il ricorso e, per l'effetto, annullò il provvedimento impugnato per violazione dell'art. 3:4 (2) GALA. In dettaglio, la Corte distrettuale ha ritenuto che, al momento dell'adozione della deroga, il procedimento di modifica delle norme locali in materia urbanistica fosse in fase talmente avanzata che era giuridicamente inaccettabile concedere un provvedimento permissivo afferente una zona che sarebbe stata a breve interessata dalle modifiche del piano urbanistico. Inoltre, il giudice di primo grado ha particolarmente censurato la motivazione del provvedimento impugnato, basata sul riferimento alla futura approvazione delle modifiche del piano urbanistico da parte del Consiglio comunale, non ancora avvenuta. Per di più, secondo i giudici, concedendo la deroga, in sede discussione e definitiva approvazione delle modifiche del piano urbanistico, il Consiglio comunale si sarebbe trovato di fronte ad un fatto ormai compiuto, in tal modo frustrando le garanzie di partecipazione in favore di terzi previste dal procedimento di approvazione del piano urbanistico. Infine, secondo la Corte distrettuale, il provvedimento di deroga era illegittimo per violazione dello standard di proporzionalità di cui all'art. 3:4 (2) GALA, considerato che le conseguenze negative per Maxis and Praxis sarebbero state sproporzionate rispetto allo scopo perseguito dal provvedimento di deroga.

Il Consiglio di Stato ha ribaltato la sentenza di primo grado ed ha stabilito che l'art. 3:4 (2) GALA è relativo all'attività amministrativa e non deve essere inteso come uno strumento per intensificare il sindacato giurisdizionale. In particolare, secondo il Consiglio di Stato, la Corte Distrettuale di Roermond aveva erroneamente interpretato lo standard di cui all'art. 3:4 (2) GALA come uno strumento a disposizione del giudice per scrutinare in modo più intenso il provvedimento impugnato. Inoltre, il Collegio ha affermato che il principio di proporzionalità codificato dal GALA all'art. 3:4 (2) non ha una portata più ampia del principio del divieto di arbitarietà precedentemente elaborato dalla giurisprudenza in riferimento al controllo dei poteri amministrativi discrezionali. Di contro, una parte della dottrina<sup>333</sup> ritiene che lo standard del principio di proporzionalità come recepito nel GALA offra al giudice una migliore prospettiva per esercitare il proprio sindacato rispetto al criterio del divieto di arbitrio.

Infine, secondo il Consiglio di Stato, con la disposizione in argomento il legislatore non ha inteso attribuire al giudice il potere di valutare la proporzionalità o meno degli effetti negativi di un provvedimento amministrativo oppure se l'effettuato esito della ponderazione degli interessi in gioco sia il più bilanciato possibile; piuttosto, secondo i giudici amministrativi di appello, «*the court should have confined itself to answering the question whether there was such an imbalance in the way the interests had been weighed*»<sup>334</sup>. Tale disposizione normativa (*rectius*, interpretazione dell'art. 3:4 (2) GALA) si basa sul differente ruolo rivestito nell'architettura costituzionale dal potere giudiziario (indipendente) e dall'amministrazione (politicamente schierata). Per il Consiglio di Stato, la stessa formulazione letterale dell'art. 3:4 (2) GALA, che contiene una doppia negazione<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV., *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 406.

<sup>334</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 117

<sup>335</sup> Sulla formulazione letterale dell'art. 3:4 (2) GALA, B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 115, evidenza che «*by using this formulation, the GALA tries to combine the functions of an instrument for judicial control*



(“*not disproportionate*”), indica che il giudice deve applicare con moderazione il test (*marginal test* o *marginal control*) del corretto bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dall'amministrazione. In altre parole, il giudice amministrativo può esercitare il proprio sindacato ma limitandolo a casi di manifesto ed evidente cattivo uso del potere con violazione del principio di proporzionalità ovvero a casi di vero e proprio arbitrio<sup>336</sup> dell'amministrazione. Ciò in quanto spetta unicamente all'amministrazione il bilanciamento degli interessi nell'esercizio di un potere discrezionale e la stessa decisione in merito all'esercizio o meno di un tale potere.

È stato affermato che la sentenza in esame rappresenta un ritorno al passato, secondo una parte della dottrina<sup>337</sup>, un ritorno allo standard del *prohibition of arbitrariness* elaborato nella sentenza *Doetinchem*<sup>338</sup>; secondo altra parte della dottrina<sup>339</sup>, invece, al criterio della manifesta irragionevolezza sancito nel *Wednesbury case*<sup>340</sup> o comunque al test di ragionevolezza precedentemente elaborato dalle Corti olandesi<sup>341</sup>. In ogni caso, secondo questo orientamento giurisprudenziale,

---

*and a standard for conduct. The explanatory memorandum says that the use of the double negative indicates a type of control that fits within the limits of the judicial role. The judiciary is perfectly able to determine that a 'reasonable' relationship between purpose and means is meaning. When the court performs such a control, it does not assess what contents of the decision at hand would be fair. The memorandum says that an assessment such as the latter would exceed the limits of the judicial role».*

<sup>336</sup> Sul rapporto tra “*proportionality*” e “*arbitrariness*” cfr. anche HR, 25-02-1949, NJ 1949, p. 558.

<sup>337</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 29.

<sup>338</sup> Cfr., *supra*, § 5.3.

<sup>339</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012, p. 392, secondo cui l'intensità del sindacato giurisdizionale dipende dal grado di discrezionalità adoperato dall'Amministrazione nell'adozione della decisione ed, in particolare, in caso di attività pienamente discrezionale, il provvedimento dovrà essere dichiarato illegittimo soltanto se in concreto «*manifestly disproportionate*».

<sup>340</sup> Cfr., *supra*, § 5.3.1.

<sup>341</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 117, ritiene che, secondo il Consiglio di Stato, «*the administrative court should apply the 'old' test of reasonableness*».

il giudice potrebbe esercitare un sindacato non marginale ma intenso unicamente in merito alla determinazione in concreto della sanzione amministrativa comminata<sup>342</sup>.

La dottrina olandese ha indagato il tema della portata di una tale interpretazione dell'art. 3:4, § 2, GALA, come risultante della citata sentenza del Consiglio di Stato (ABRvS, 9-05-1996, JB 1996/158, AB 1997/93), ed in particolare se possa estendersi dalla legge generale sul procedimento e processo amministrativo olandese anche alle altre specifiche leggi che regolano l'attività amministrativa. Spesso, infatti, le ultime riempiono di contenuto la prima, che pur essendo particolarmente analitica (più della legge generale sul procedimento amministrativo italiana, meno di quella tedesca), costituisce pur sempre una legge cornice; così il Consiglio di Stato ha applicato il test di proporzionalità di cui all'art. 3:4 (2) GALA, come elaborato nel caso *Maxis and Praxis*, anche in materia di sussidi<sup>343</sup> e in materia di urbanistica ed edilizia<sup>344</sup>.

In particolare, il caso in tema di sussidi era stato il seguente. Per combattere le malattie infettive degli animali, nel 1998 il *Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* (Ministero olandese dell'Agricoltura, dell'Ambiente e della Qualità Alimentare) aveva inasprito le norme igieniche per i macelli. Di conseguenza, a partire dal 1 dicembre 1998, ogni macello doveva disporre di un sito coperto e climatizzato per la pulizia e disinfezione dei camion per il trasporto del bestiame, in

---

<sup>342</sup> ABRvS, 4-06-1996, JB 1997/172, in cui si afferma che l'art. 6 CEDU implica che il giudice debba esercitare un sindacato forte in merito alla conformità della sanzione amministrativa al principio di proporzionalità ovvero scrutinare la proporzionalità tra la gravità della violazione commessa e la severità della sanzione inflitta. In senso conforme, ABRvS, 27-01-2010, AB 2010/48, con nota di O.J.D.M.L. JANSEN, che richiama il precedente ABRvS, 9-05-1996, JB 1996/158. In proposito, è evidente la somiglianza con quanto previsto nell'ordinamento giuridico italiano dall'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., secondo cui "il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: (...) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123". Sul punto, M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 11 aprile 2018.

<sup>343</sup> ABRvS, 8-05-2002, AB 2003/137, con nota di N. VERHEIJ.

<sup>344</sup> ABRvS, 21-07-2004, AB 2004/293, con nota di J. STRUIKSMA; ABRvS, 19-01-2005, AB 2005/50, con nota di A.B. BLOMBERG.

modo che i veicoli potessero essere ripuliti e dotati di una protezione antigelo. Qualora non si fossero adeguati alle nuove prescrizioni normative, dopo il 1 dicembre 1998 i macelli sarebbero stati chiusi in caso di gelo. Allo stesso tempo, il Ministero comunicava che, a fronte dei nuovi standard igienico-sanitari richiesti dalla normativa, a partire dal 9 agosto 1998 sarebbero stati concessi finanziamenti per gli investimenti relativi alla realizzazione delle opere necessarie all'adeguamento dei siti secondo le prescrizioni normative. In dettaglio, il Ministero precisava che la sovvenzione sarebbe stata rifiutata qualora il richiedente avesse già assunto obblighi per lo stesso investimento prima di ricevere la conferma dell'accoglimento della domanda di sovvenzione (art. 6.1 dello schema di investimento). In altri termini, non era possibile ottenere un sussidio per realizzare opere già previste o già in cantiere al momento della modifica normativa. Questa prescrizione era finalizzata a garantire il "carattere incentivante" della sovvenzione, escludendo la concessione di un sussidio per la realizzazione di attività che sarebbero state comunque realizzate. Il titolare della società *Hendrix Meat Group CV* con sede in Druten, essendo venuto a conoscenza nel mese di marzo del 1998 delle nuove prescrizioni igienico-sanitarie e, conseguentemente, della necessità di realizzare gli adeguamenti richiesti, provvedeva a richiedere i permessi ambientali. Inoltre, in data 27 luglio 1998, la *Hendrix* incaricava una società di costruzioni di realizzare le nuove opere edilizie nel macello di pertinenza, in quanto riteneva che i lavori di adeguamento del sito di macellazione dovessero avere inizio sul finire di luglio, in modo da terminare entro il mese di novembre e rispettare la scadenza del 1 dicembre 1998 prevista dalla nuova norma. Tuttavia, la finestra temporale per poter richiedere i sovvenzionamenti venne aperta dal Ministero soltanto due settimane più tardi, il 9 agosto 1998. La *Hendrix* propose la domanda di sussidio, che venne accolta; nondimeno, l'amministrazione accertò che il contratto con la società di costruzioni era stato stipulato prima dell'accoglimento della richiesta di sovvenzione e quindi l'importo della stessa fu ridotto a zero, ai sensi dell'art. 4:46 (2), lett. d), GALA, secondo cui "*the subsidy may be fixed at a lower amount if the granting of the subsidy was otherwise incorrect and the subsidy recipient knew or should have know this*". La società ha impugnato il

provvedimento con cui l'amministrazione ha deciso di azzerare l'importo del sussidio.

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del giudice di prima istanza di annullare il provvedimento per violazione dell'art. 3:4 (2) GALA. In particolare, secondo i giudici amministrativi, l'amministrazione ben poteva esercitare il potere di natura discrezionale previsto dall'art. 4:46 (2) GALA. Infatti, una riduzione dell'importo sarebbe stata pienamente legittima, atteso che il contratto tra la *Hendrix* e la società di costruzioni era stato stipulato prima dell'accoglimento della richiesta di sussidio; peraltro, *Hendrix* non ha eccepito in giudizio che non era a conoscenza della prescrizione normativa secondo cui non era possibile richiedere un sussidio per un investimento già programmato o in cantiere; tuttavia, proprio perché discrezionale, il potere di riduzione dell'importo della sovvenzione doveva comunque essere esercitato in modo che le conseguenze non fossero sproporzionate rispetto allo scopo del potere stesso (secondo quanto stabilito dall'art. 3:4 (2) GALA).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la decisione amministrativa impugnata manifestamente irragionevole e quindi arbitraria, in quanto la prescrizione di cui all'art. 6.1 dello schema di investimento, di carattere incentivante, aveva l'obiettivo di stimolare l'adeguamento strutturale dei siti dei macelli in considerazione delle nuove norme in materia igienico-sanitaria, evitando al contempo che i sussidi fossero utilizzati per realizzare opere necessarie già prima dell'entrata in vigore della nuova normativa. *Henrix*, invece, aveva giustamente dato avvio alla realizzazione delle opere proprio in ottemperanza al nuovo dettato normativo e, pertanto, una riduzione dell'importo del sussidio sarebbe stata del tutto inutile ai fini del raggiungimento dell'obiettivo di cui alla prescrizione stabilita dall'art. 6.1 dello schema di investimento. Nella nota alla sentenza in commento<sup>345</sup>, l'A. afferma che l'art. 3:4 (2) GALA non sarebbe altro che una codificazione del divieto di arbitrarietà precedentemente elaborato dalla giurisprudenza olandese (e l'A. cita proprio a titolo esemplificativo il caso *Maxis and Praxis*); questa tesi si pone in aperto contrasto con

---

<sup>345</sup> ABRvS, 8-05-2002, AB 2003/137, con nota di N. VERHEIJ.

la posizione adottata da altra parte della dottrina<sup>346</sup>, secondo cui, a partire dall'entrata in vigore del GALA, il Consiglio di Stato avrebbe con sempre minore frequenza annullato provvedimenti amministrativi attraverso l'applicazione dello standard del divieto di arbitrarietà.

Come anticipato, il test di proporzionalità di cui all'art. 3:4 (2) GALA, come interpretato nel giudizio *Maxis and Praxis*, è stato applicato anche in materia di urbanistica ed edilizia. In particolare, ne costituisce una esemplificazione il seguente caso. Una società otteneva un permesso di costruire per la ristrutturazione e la realizzazione *ex novo* di alcuni appartamenti nel Comune di Nederweert. Al permesso di costruire era apposta una prescrizione, secondo cui la società avrebbe dovuto piantare una fila di alberi da siepe ad un metro di distanza dal muro che separava la particella oggetto dei lavori edilizi da quella confinante, in modo da interdire la vista nel giardino sul retro dei vicini. Gli alberi vennero piantati ma ad una distanza inferiore rispetto a quella stabilita nel permesso di costruire, e precisamente a sessanta centimetri di distanza dal muro anziché ad un metro. Il proprietario del fondo viciniore, pertanto, propose ricorso all'amministrazione, chiedendo alla stessa l'adozione di un'ordinanza con la quale intimare alla società di costruzioni la rimozione degli alberi e la ripiantumazione degli stessi alla distanza prescritta nel permesso di costruire. L'amministrazione adottò un provvedimento di rigetto, in cui evidenziava che un'eventuale ordinanza di rimozione degli alberi da siepe avrebbe violato il principio di proporzionalità di cui all'art. 3:4 (2) GALA. Prima la Corte distrettuale e poi il Consiglio di Stato, aditi dal ricorrente, hanno ritenuto legittima (*rectius*, «reasonable»<sup>347</sup>) la decisione dell'autorità amministrativa di non ordinare la rimozione degli alberi, in quanto un tale provvedimento avrebbe violato il principio di proporzionalità stabilito dall'art. 3:4 (2) GALA<sup>348</sup>. Infatti, secondo i giudici amministrativi, la prescrizione contenuta nel permesso di costruire aveva l'obiettivo di impedire la veduta sul fondo confinante. La piantumazione degli

---

<sup>346</sup> A.Q.C. TAK, *Nederlands beestuurproceesrecht in theorie en praktijk*, V. 1, Den Haag, 2002, p. 50.

<sup>347</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 119.

<sup>348</sup> ABRvS, 21-07-2004, AB 2004/293, con nota di J. STRUIKSMA.

alberi come realizzata dalla impresa edile, seppure ad una distanza di sessanta centimetri invece di un metro dal muro di confine, aveva comunque realizzato lo scopo della prescrizione; pertanto, uno spostamento degli alberi si sarebbe rivelato del tutto inutile ai fini del raggiungimento dell'obiettivo sotteso alla condizione prevista nel permesso di costruire – in quanto quest'ultimo era stato già soddisfatto – nonché inutilmente gravoso per la controparte.

### 5.6.3. Proporzionalità e sanzioni.

Il principio di proporzionalità svolge un ruolo importante anche nella determinazione delle sanzioni<sup>349</sup>, ed anzi in tale materia al giudice olandese è concesso esercitare un sindacato pieno (*full review*). Peraltro, secondo quanto stabilito dall'art. 8:72a GALA, “*in the case of administrative fines, if the Courts concludes that a contested fine, imposed by an administrative body, is justified but disproportionate, the court is obliged to determine the amount of the fine itself*”.

Il rapporto tra la severità della sanzione comminata e la gravità del fatto commesso deve essere connotato da proporzionalità. In proposito, è esemplificativa di questa particolare applicazione del test di proporzionalità la decisione Rb Alkmaar 19-03-1997, 96/792. Il caso era stato il seguente. Una donna con due figli piccoli (di cui uno neonato) era stata costretta a lasciare il lavoro per trasferirsi con il marito, il quale aveva trovato una nuova occupazione in un'altra città. In linea di principio, alla

---

<sup>349</sup> Sul rapporto tra principio di proporzionalità e sanzioni punitive, P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions of government by administrative courts and tribunal in The Netherland*, § 3.4 *The powers of the administrative courts: review of the exercise of discretionary powers*, relazione tenuta al *10th Congress of the International Association of Supreme Administrative Jurisdiction (IASAJ)*, Sydney, March 2010, p. 36, osserva che «*if application is made for judicial review of an order imposing punitive sanctions (i.e. sanctions that are intended not only to end a situation inconsistent with a particular rule but also to punish the person concerned), the proportionality of imposing the sanction must be reviewed in full by the administrative court. This is because the Dutch administrative courts treat punitive sanctions as criminal charges within the meaning of article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It follows that the criminal law safeguards are applicable to such sanctions. The restraint which the administrative courts must observe in reviewing other orders made pursuant to a discretionary power does not apply in this case*».

donna spettava comunque il trattamento di disoccupazione; tuttavia, pur riconoscendo il diritto della richiedente ad ottenere l'indennità di disoccupazione, l'amministrazione comminava la sanzione più elevata possibile, riducendo l'importo del cento per cento per l'intero periodo di spettanza, pari a due anni. La motivazione del provvedimento di riduzione dell'indennità (che in concreto veniva in tal modo azzerata) era fondata sul fatto che la donna non era stata licenziata ma si era volontariamente dimessa dal lavoro. In accoglimento dell'impugnazione proposta dalla ricorrente avverso il provvedimento sanzionatorio, sia nel giudizio cautelare (Pres. Rb Alkmaar 2-07-1996, 96/971) sia nel giudizio di merito (Rb Alkmaar 19-03-1997, 96/792), la Corte distrettuale affermò che l'amministrazione non aveva sufficientemente preso in considerazione la particolare situazione personale della ricorrente; inoltre, secondo i giudici, l'applicazione della sanzione più elevata era anche del tutto sproporzionata rispetto alla gravità della colpa che poteva essere attribuita alla ricorrente.

#### **5.6.4. I poteri di risoluzione giurisdizionale definitiva della controversia.**

La dottrina<sup>350</sup> ha rilevato come, dall'entrata in vigore del GALA, ben presto il giudice olandese abbia iniziato ad esercitare un sindacato più intenso sui provvedimenti amministrativi che apparissero, anche ad un esame soltanto sommario, irragionevoli. In altre parole, anche in presenza di un mero sospetto di irragionevolezza, i tribunali olandesi si sono spinti attraverso l'uso del criterio della proporzionalità<sup>351</sup> ad un controllo più incisivo sull'operato dell'amministrazione, arrivando anche a sostituirsi ad essa nei casi e alle condizioni previsti dall'art. 8:72

---

<sup>350</sup> In tal senso, H. ADDINK, *Good governance: concept and context*, Oxford, 2019, p. 103; T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998, p. 406; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 84.

<sup>351</sup> ABRvS, 21-04-1998, JB 1998/133; ABRvS, 4-02-1999, JB 1999/66.

(3) e (4). Sul punto, secondo un costante orientamento giurisprudenziale<sup>352</sup>, sia il Consiglio di Stato sia le Corti distrettuali devono verificare la possibilità di concludere direttamente la controversia, in modo da evitare – se del caso – un’inutile riedizione del potere da parte dall’Amministrazione.

In ogni caso, l’affermarsi di tale indirizzo giurisprudenziale ha portato ad un incremento del ricorso agli strumenti previsti dal GALA per la risoluzione sostanziale delle controversie già in sede giurisdizionale.

In particolare, l’art. 8:72 (3) GALA prevede il potere del giudice di stabilire nella sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo impugnato la conservazione degli effetti del provvedimento stesso. In altre parole, il GALA riconosce al giudice il potere di differire gli effetti della sentenza di annullamento del provvedimento impugnato, risultato illegittimo, ovvero di non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo<sup>353</sup>. Il giudice può quindi disporre la salvezza degli effetti del

---

<sup>352</sup> ABRvS, 10-12-2008, JB 2009/39; ABRvS, 12-08-2009, AB 2009/368, con nota di B. DE WAARD. Sul punto, A.T. MARSEILLE, R.R. VAN DER HEIDE, *De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter*, in JBplus, 2, 2008, pp. 78-92, hanno evidenziato come l’originaria sottoutilizzazione dei poteri di risoluzione definitiva della controversia riconosciuti nel GALA al giudice amministrativo fosse stata finalmente scalfita dalla sentenza in esame, che ha stabilito la regola generale secondo cui il giudice deve sempre esaminare la possibilità di una risoluzione definitiva della controversia.

<sup>353</sup> Analogamente al potere riconosciuto al giudice amministrativo italiano con la sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755. Sul punto, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019, p. 148, in cui si legge che nel caso di specie la giurisprudenza «si è limitata a dichiarare illegittimo l’atto, senza annullarlo con effetto retroattivo: il ricorso consisteva nella richiesta di annullamento di un calendario venatorio da parte di un’associazione ambientalista. Secondo il Giudice amministrativo, qualora fosse stato annullato il predetto calendario si sarebbe creato il paradossale effetto contrario agli interessi dell’associazione ricorrente, potendosi dare il “via libera” incondizionato a tutti i cacciatori, senza alcuna programmazione calendarizzata». Sull’argomento anche C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d’Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in Foro amm. CDS, fasc. 2, 2012, p. 427, in cui si evidenzia che «a suffragio di tale assunto viene valorizzata, innanzitutto, l’assenza di alcun riferimento normativo al carattere inevitabile della retroattività degli effetti propri dell’annullamento di un atto amministrativo»; viceversa, la deroga al principio dell’annullamento con integrale eliminazione degli effetti prodotti dall’atto illegittimo è sostenuta dall’espressa previsione nel rito degli appalti di un potere valutativo del giudice in ordine alla determinazione degli effetti concreti della propria pronuncia. Tali disposizioni normative sono rinvenibili negli artt. 121 e 122 c.p.a., che



provvedimento illegittimo impugnato, nonostante sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, anche in caso di difetto di motivazione o di istruttoria o di vizi sostanziali relativi alle tecniche di bilanciamento degli interessi in gioco. Sotto questo profilo, la dottrina<sup>354</sup> olandese ha affermato che in linea di principio il giudice può disporre la salvezza degli effetti giuridici del provvedimento illegittimo solo in caso di attività amministrativa vincolata; diversamente, in un primo momento la giurisprudenza<sup>355</sup> ha ritenuto che la conservazione degli effetti del provvedimento illegittimo potesse essere disposta ai sensi dell'art. 8:72 (3) GALA non necessariamente in caso di attività amministrativa vincolata; solo a pochi mesi di distanza da quella importante sentenza, la giurisprudenza<sup>356</sup> ha affermato – questa volta, esplicitamente – che il giudice può stabilire la conservazione degli effetti del provvedimento illegittimo anche in caso di attività amministrativa discrezionale.

Quale ulteriore importante elemento di novità, l'art. 8:72 (3b) GALA riconosce al giudice il potere di sostituire la propria decisione al provvedimento amministrativo annullato.

---

disciplinano rispettivamente l'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni e l'inefficacia del contratto negli altri casi. In particolare, l'art. 121, comma 1, stabilisce: “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva”; il comma 2 disp. ult. cit. prevede che “il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al primo comma, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”; l'art. 122 c.p.a., invece, dispone che “fuori dai casi indicati dall'articolo 121, primo comma, e dall'articolo 123, terzo comma, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti (...)”. A livello comunitario, tale giurisprudenza trova anche un fondamento testuale nell'art. 264 (ex 231), comma 2, del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti. In particolare, la norma in esame dispone che “se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”.

<sup>354</sup> M. SCHREUDER-VLASBLOM, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer, 2008, p. 439.

<sup>355</sup> ABRvS, 26-03-2008, case n. 200705490/1.

<sup>356</sup> ABRvS, 10-12-2008, JB 2009/39.

In dettaglio, l'art. 8:72 (3b) GALA stabilisce che se il giudice ritiene il ricorso fondato, allora può ordinare direttamente all'amministrazione resistente di adottare un nuovo provvedimento oppure di modificare il provvedimento impugnato in conformità a quanto stabilito nella sentenza oppure ancora decidere di sostituire con la sentenza il provvedimento annullato o la parte di esso annullata. Pertanto, il giudice amministrativo può anche non limitarsi a sindacare il provvedimento impugnato e ad annullarlo, se ritenuto illegittimo, ma può anche spingersi a decidere il caso in via definitiva, sostituendosi all'amministrazione, esclusivamente ove si tratti di un'attività amministrativa a carattere vincolato<sup>357</sup>, *id est* unicamente quando vi sia soltanto una decisione possibile oppure quando, pur trattandosi di attività amministrativa di natura discrezionale in astratto, in concreto per l'applicazione di una regola di condotta tale attività si riduca in realtà ad una decisione vincolata<sup>358</sup>.

In dottrina si è aperto un acceso dibattito in merito all'utilizzo di questo potere "di sostituzione giurisdizionale", talvolta esercitato nella prassi anche prima dell'entrata in vigore del GALA<sup>359</sup>. Una parte della dottrina<sup>360</sup> ha criticato la tendenza del giudice amministrativo olandese a sostituirsi all'amministrazione nel decidere definitivamente il caso (ovverosia andando ben oltre il mero annullamento dell'atto impugnato), perché costituirebbe un pericolo per il principio della divisione

---

<sup>357</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 178, sottolinea che «*the courts only make use of this power in those cases where the administrative institutions concerned do not dispose of any discretion after the judgment*».

<sup>358</sup> ABRvS, 11-02-2009, AB 2009/224, con nota di R. ORTLEP, il quale riconosce che «*is voor het in stand laten van de rechtsgevolgen niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is*». In senso conforme, ABRvS, 16-11-1995, AB 1995/181, in cui analogamente il Consiglio di Stato, a seguito dell'applicazione del test di ragionevolezza, ha annullato la decisione impugnata e risolto definitivamente la controversia, concedendo il provvedimento autorizzatorio di abbattimento di una quercia.

<sup>359</sup> Questo potere veniva utilizzato soltanto nei casi in cui il Consiglio di Stato fungeva da organo amministrativo di appello.

<sup>360</sup> F.A.M. STROINK, A.Q.C. TAK, J.M.H.F. TEUNISSEN, *Een alalyse van één jaar TwK jurisprudentie*, NJB, 1989, p. 253; B.W.N. DE WAARD, *Samenwerkende machten: wetgeving en rechtspraak in dienst van het recht*, Zwolle, 1994.

dei poteri; altra parte della dottrina<sup>361</sup>, invece, ha apprezzato la tendenza in argomento, evidenziandone i pregi, in particolare in termini di notevole risparmio di tempi e funzione deflattiva del contenzioso. Infatti, sostituendosi all'amministrazione nei casi di attività amministrativa vincolata, il giudice evita che il provvedimento illegittimo annullato venga di fatto rieditato dall'amministrazione, magari con gli stessi vizi e comunque in maniera non conforme a quanto disposto con la sentenza, e quindi nuovamente impugnato in sede giurisdizionale.

Bisogna sottolineare, tuttavia, come la previsione di un simile potere non fosse del tutto nuova nel diritto amministrativo olandese. Infatti, da una parte, le Corti tributarie potevano decidere definitivamente il caso, sostituendo il provvedimento giurisdizionale adottato a quello dell'amministrazione finanziaria annullato; dall'altra, il Consiglio di Stato, ben prima dell'entrata in vigore del GALA, aveva già esercitato un simile potere<sup>362</sup>, sotto la vigenza dell'*Interim Crown Disputes Act (Tijdelijke Wet Kroongeschillen)* del 1988, che aveva ampliato l'ambito delle materie rimesse alla competenza della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, in conseguenza della scure abbattutasi sull'istituto del ricorso alla Corona rappresentata dalla sentenza Corte EDU Benthem c. Paesi Bassi del 1985.

In particolare, il caso affrontato dai giudici amministrativi olandesi era stato il seguente. Al fine di poter riprodurre musica di sottofondo nel centro cittadino attraverso un sistema di altoparlanti per la durata di un anno intero, un'associazione di imprenditori aveva chiesto di ottenere una deroga ad una disposizione contenuta in un'ordinanza comunale. L'autorizzazione venne concessa ma con l'apposizione di una condizione: il livello del volume della musica avrebbe dovuto essere determinato di concerto con il competente settore comunale "Ambiente e lavori pubblici".

Il Consiglio di Stato, investito della questione, ha applicato il test di ragionevolezza alla condizione posta nel provvedimento autorizzatorio, valutandola come insufficiente a contrastare il fastidio (potenzialmente) eccessivo derivante dalla diffusione della musica; per l'effetto, non si è limitato ad annullare il provvedimento

---

<sup>361</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen, Evaluatie van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen op het gebied van het Milieurecht*, Zwolle, 1991.

<sup>362</sup> ARRvS, 25-02-1993, tB/S 1993, nr. 17.

impugnato nella parte in cui prevedeva la condizione come originariamente formulata ma, esercitando un sindacato forte, si è spinto fino a riscrivere la condizione contenuta nell'autorizzazione. Infatti, nel caso di specie il giudice si è sostituito all'amministrazione ed ha stabilito che il livello del volume della musica debba essere determinato in conformità a quanto stabilito dal settore comunale "Ambiente e lavori pubblici". Parte della dottrina<sup>363</sup> ha criticato questa sentenza, affermando l'incompatibilità tra l'annullamento del provvedimento impugnato attraverso l'applicazione del test di ragionevolezza e la conclusione della controversia in maniera definitiva ad opera del giudice; tale incompatibilità deriverebbe dalla circostanza per cui l'utilizzo del test di ragionevolezza potrebbe condurre unicamente ad un sindacato marginale su un'attività amministrativa discrezionale, mentre la risoluzione giurisdizionale della controversia presupporrebbe l'esercizio di un sindacato forte su un'attività amministrativa vincolata.

### 5.7. Le tendenze recenti del sindacato giurisdizionale.

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, tradizionalmente le corti olandesi hanno mostrato una grande timidezza di fronte ai poteri discrezionali della pubblica amministrazione. Tuttavia, recentemente<sup>364</sup> si è verificata un'inversione di tendenza. In particolare, la svolta più significativa del *judicial review* riguarda l'ampiezza e l'intensità dello scrutinio sull'attività amministrativa. Quanto all'ampiezza, l'ambito del sindacato giurisdizionale si è allargato, estendendosi da un piano formale

---

<sup>363</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 85.

<sup>364</sup> Dottrina e giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del GALA (1994) svolgevano un ruolo di minore importanza nel diritto amministrativo olandese. Il sistema si è sviluppato velocemente dopo il 1994, per cui la dottrina olandese utilizza l'aggettivo "recente" per riferirsi a sentenze e pubblicazioni successive al 2010. Sulle tendenze recenti del controllo giudiziale nei Paesi Bassi, C. BACKES, M. ELIANTONIO (Eds.), *Cases, materials and text on judicial review of administrative action*, Oxford, 2019. Per una ricostruzione dettagliata del dibattito circa l'intensità del sindacato giurisdizionale, E.M.H. HIRSCH BALLIN, R. ORTLEP, A. TOLLENAAR, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Den Haag, 2015.

(limitato ad un controllo sul rispetto da parte delle autorità amministrative delle procedure preliminari alla decisione finale introdotte o comunque disciplinate per la prima volta dal GALA) ad un piano sostanziale, da cui i giudici olandesi si erano per lungo tempo astenuti; quanto all'intensità, si registra uno scrutinio sempre più penetrante degli errori di diritto e di fatto ed anche della proporzionalità della decisione finale, come avvenuto con una recente sentenza<sup>365</sup> in cui il Consiglio di Stato ha operato un sindacato forte sull'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione e sulla valutazione dei fatti dalla stessa operata nel caso di specie.

Questa evoluzione del *judicial review* nei Paesi Bassi ha contribuito ad avvicinare l'esperienza olandese – che alle origini evidenziava numerosi elementi di contatto con il modello tradizionale o classico di *judicial review* di stampo inglese<sup>366</sup> – al modello di stampo francese, comune (con differenze più o meno accentuate) agli altri ordinamenti di *civil law*. Infatti, pur senza raggiungere la profondità di sindacato a cui si spinge il giudice amministrativo francese o ancor più quello tedesco (secondo la teoria della necessità della decisione finale<sup>367</sup>), oggi il giudice amministrativo

---

<sup>365</sup> ABRvS, 26-10-2016, AB 2016/447, con nota di VAN H.E. BRÖRING.

<sup>366</sup> Cfr., *supra*, § 4.

<sup>367</sup> Sul punto, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 308, osserva che «muovendo da un'idea generale di necessaria ragionevolezza, logicità e proporzionalità dell'azione amministrativa – e quindi al di fuori di schematizzazioni formali che ingabbiano il controllo in tipologie rigide di vizi – già a partire dalla metà del Novecento i giudici tedeschi mettono a punto le tecniche di sindacato sul potere discrezionale probabilmente più incisive nel panorama europeo. L'esame della correttezza dell'uso del potere discrezionale è diretto, e si svolge attraverso la verifica del rapporto tra mezzi impiegati e scopo perseguito in applicazione del principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). Esso consente al giudice un controllo della decisione amministrativa che va al di là del test di ragionevolezza, e si estende per un verso alla verifica di idoneità, almeno entro certi limiti, della soluzione prescelta rispetto allo scopo prefissato – secondo un significato che pure in taluni casi è ricompreso nel concetto di ragionevolezza – e per altro verso – secondo un significato che è esclusivamente proprio del principio di proporzionalità nella concezione tedesca – fino al controllo della *Notwendigkeit* (necessarietà) della soluzione prescelta. Quest'ultima deve così presentarsi, per essere legittima, come l'unica possibile, nel senso che non risulti praticabile alcun'altra soluzione meno gravosa per il privato colpito dalla decisione amministrativa».

olandese attraverso il giudizio sulla proporzionalità esercita indubbiamente un sindacato molto più intenso di quanto non accadesse in passato<sup>368</sup>.

Inoltre, come evidenziato dalla dottrina<sup>369</sup>, ormai da un decennio si registra la crescente tendenza della giurisprudenza amministrativa olandese ad utilizzare ogni strumento previsto dall'ordinamento (in particolare secondo quanto disposto dagli artt. 6:22, 8:72 (3) e (4) GALA<sup>370</sup>) per addivenire ad una risoluzione definitiva della controversia, in modo da evitare che l'amministrazione riediti il provvedimento annullato. In aggiunta ai poteri di finalizzazione della controversia espressamente riconosciuti dal GALA, la dottrina<sup>371</sup> ha evidenziato la tendenza del giudice olandese

---

<sup>368</sup> In merito al sindacato giurisdizionale degli atti discrezionali delle Autorità amministrative indipendenti, S. LAVRIJSSEN, F. ÇAPKURT, *Who guards the guardians? Judicial oversight of the Authority Consumer and Market's Energy Regulations in the Netherlands*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 133-171, evidenziano che «initially the Appeals Tribunal for Trade and Industry (CBB) was very hesitant in reviewing the energy regulation defined by the Authority for Consumers and Markets (ACM). In particular, the CBB scrutinized administrative energy decisions of the ACM based on its discretionary powers very marginally in the period between 2002-2013. However, in more recent judgments from 2014 and onwards, the CBB has become stricter in reviewing ACM's energy regulation. According to the authors, the CBB has done this by reviewing the substance of decisions more intensely on procedural grounds». In particolare, il CBB applicherebbe un procedural-proportionality test per intensificare il proprio sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

<sup>369</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 26; T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 7, che sottolineano come «over the last years courts have adapted their line of case law and now as general rule to try to settle disputes definitively. To that end, the court have recently granted the power to render an interim decision, after ruling that an order is unlawful, requiring the administrative authority to issue a new order or to provide better reasons for its old order (during the process)»; O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 172.

<sup>370</sup> Per un confronto tra questi strumenti di finalizzazione della controversia a disposizione del giudice olandese e quelli con finalità analoga predisposti dall'ordinamento giuridico italiano (si pensi, ad esempio, alle ordinanze cd. propulsive o di *remand*), cfr., *infra*, Cap. III.

<sup>371</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 7, in cui si legge che «the relevant case law also shows a trend, which will be put on a statutory

ad indicare dettagliatamente nella sentenza di annullamento del provvedimento impugnato anche il comportamento che l'amministrazione deve tenere successivamente nel porre in essere l'attività di adeguamento o di conformazione a quanto deciso nella sentenza stessa. Si tratta, in definitiva, dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento, attraverso cui il giudice, pur non sostituendosi direttamente all'Amministrazione nell'adozione di un nuovo provvedimento (se ed in quanto necessario, in sostituzione di quello illegittimo annullato), indica all'amministrazione la strada da seguire nel rieditare il nuovo provvedimento. È evidente che tale tecnica, al pari di quella del cd. *remand* utilizzata anche in Italia<sup>372</sup> e di derivazione comunitaria, comporta una diminuzione del contenzioso, in quanto consente di far comprendere all'amministrazione l'orientamento del giudice.

In definitiva, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, di regola il giudice amministrativo olandese non tende a limitarsi all'annullamento dell'atto illegittimo, rimettendo sostanzialmente all'amministrazione l'adozione (per la seconda volta) del provvedimento finale, ma prova a riconoscere al cittadino il bene della vita cui aspira, senza il filtro dell'amministrazione<sup>373</sup>.

Tale «attivismo giurisdizionale»<sup>374</sup> sembra basarsi su un'interpretazione (alquanto) estensiva o anche evolutiva dell'art. 8:72 (3) e (4) GALA<sup>375</sup> e presuppone

---

*footing in the future, where, after an order has been annulled, courts issue more and more specific directions to the administrative authority for the structure of the new order to be issued».*

<sup>372</sup> Sull'effetto conformativo della sentenza che accoglie il ricorso, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019, p. 266, secondo cui «una cura particolare devono avere i magistrati nella stesura della motivazione della decisione, in quanto occorre spiegare non solo perché l'Amministrazione ha sbagliato, accogliendo i motivi di ricorso proposti avverso i vizi di legittimità riscontrati, ma anche come la stessa deve agire nel rieditare il nuovo provvedimento». Sul punto anche A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012. Sulla tecnica del cd. *remand*, G. LEONE, *ivi*, p. 246.

<sup>373</sup> Ciò non si verifica spesso nella prassi. I giudici verificano la possibilità di concludere definitivamente la controversia, ma nella maggior parte dei casi è necessario che l'amministrazione riediti il potere esercitato.

<sup>374</sup> M. DE WERD, R. DE WINTER, *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 104-110. Anche se nel saggio citato gli Autori parlano espressamente di attivismo giurisdizionale, da un'analisi della giurisprudenza

un bilanciamento tra la necessità di garantire una tutela effettiva al ricorrente ed il rispetto del principio costituzionale della divisione dei poteri. In altri termini, è in gioco il rispetto da parte del giudice amministrativo dello spazio di discrezionalità che il legislatore ha riconosciuto all'amministrazione.

In dettaglio, quanto alle tecniche di scrutinio utilizzate, è possibile distinguere più fasi del processo di revisione giurisdizionale.

In primo luogo, i tribunali amministrativi olandesi esaminano se ed in quale misura la legge applicabile al caso di specie attribuisca all'amministrazione un potere discrezionale; se siano soddisfatte le condizioni eventualmente previste dalla legge per l'esercizio di tale potere; se la legge nel caso in esame consenta all'amministrazione la facoltà di effettuare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco oppure predetermini un interesse prevalente; se la legge preveda dei limiti all'esercizio del potere discrezionale ed il rispetto di tali limiti da parte dell'amministrazione al momento dell'adozione della decisione finale.

Come anticipato, principio generale dell'ordinamento olandese è che il giudice operi un sindacato moderato nel riesaminare come la pubblica amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità.

L'adozione o meno di regole vincolanti di autolimitazione del potere discrezionale<sup>376</sup> (*self-binding policy rules*) da parte della pubblica amministrazione rileva per la tipologia di sindacato che può essere esercitata dal giudice. Infatti, in assenza di tali regole, al giudice è consentito valutare come i vari interessi in gioco sono stati bilanciati dall'amministrazione nel caso di specie. In considerazione della responsabilità politica della pubblica amministrazione sottesa all'esercizio di un potere discrezionale (pertanto, attraverso l'adozione di una scelta, *id est* decisione finale, comunque lecita) e data la posizione di indipendenza del potere giudiziario nel sistema costituzionale olandese, non spetta al giudice decidere quale sarebbe stato il bilanciamento più equilibrato degli interessi concorrenti; la portata del sindacato

---

rilevante non sembra possibile ritrovare un attivismo giudiziale già nel 1995. Su questo punto, cfr. nt 364.

<sup>375</sup> Cfr., *supra*, § 5.6.

<sup>376</sup> Cfr., *supra*, § 3.



giurisdizionale, invece, è limitata a verificare se nella ponderazione degli interessi in gioco vi sia stato uno squilibrio tale da poter affermare che il potere discrezionale sia stato esercitato in modo manifestamente irragionevole. In questo caso, la discrezionalità non è sindacabile dal giudice amministrativo di propria iniziativa né è possibile richiedere al giudice un sindacato diretto e immediato della discrezionalità in astratto; la discrezionalità può essere sindacata soltanto in via indiretta e mediata nell'ambito di un ricorso amministrativo con cui si richieda la riforma del provvedimento finale per motivi afferenti l'esercizio del potere amministrativo in un caso specifico (sindacato indiretto o mediato).

Se, d'altro canto, l'amministrazione ha stabilito (*rectius*, si è vincolata ad) una linea di condotta standard da seguire in relazione all'esercizio di poteri discrezionali, la pubblica amministrazione è obbligata ad osservare le regole di condotta. Un tale obbligo non discende dal diritto positivo ma dalla necessità di rispettare il principio di buona amministrazione, ed in particolare il principio di parità di trattamento ed il principio del legittimo affidamento<sup>377</sup>. Nel caso in cui l'amministrazione decida di discostarsi dalle linee di condotta standard, il giudice amministrativo è chiamato a valutare la ragionevolezza di una tale deroga<sup>378</sup>.

Si è già detto che, una volta stabilita una regola di condotta per l'esercizio di un potere discrezionale, tale regola è vincolante per l'amministrazione che l'abbia emanata; tuttavia, l'art. 4:84 GALA prevede un'eccezione, secondo cui la pubblica amministrazione agisce in conformità alla norma di condotta a meno che, a causa di circostanze particolari, le conseguenze per una o più parti interessate dalla decisione finale sarebbero sproporzionate rispetto allo scopo della regola di condotta. In particolare, sulla base del disposto normativo dell'art. 4:84 GALA è possibile

---

<sup>377</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 31, secondo cui «*the principle of confidence [is] one of the unwritten principles of proper administration*».

<sup>378</sup> In proposito, svolge un ruolo importante anche il principio di certezza giuridica. Sul punto, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, rilevano che «*an important principle is also the principle of legal certainty, which demands, inter alia, that promises are kept and that radical changes of policy are not introduced at short notice*».

individuare le seguenti condizioni essenziali legittimanti una deroga da parte dell'amministrazione alla regola di condotta: 1. l'applicazione potenziale e in astratto delle linee guida al caso di specie; 2. la sussistenza nel caso di specie di interessi o circostanze particolari non considerate dalle linee guida in concreto; 3. la sussistenza di un pregiudizio derivante dalla decisione finale adottata secondo le linee guida ad una delle parti del procedimento, titolare di interessi sprovvisti – anche se meritevoli – di tutela nella regola di condotta ovvero in una situazione speciale non tenuta in considerazione dalle linee guida; 4. la rilevanza degli interessi o la specialità della situazione da tutelare; 5. la sproporzionalità del pregiudizio per una delle parti titolare dell'interesse pure meritevole di tutela ovvero in condizione particolare rispetto al fine sotteso alla regola di condotta. In proposito, la giurisprudenza ha affermato che il potere, previsto dall'art. 4:84 GALA, di derogare ad una regola di condotta può essere esercitato soltanto in presenza di situazioni particolari<sup>379</sup> non prevedibili al momento dell'adozione della regola di condotta stessa<sup>380</sup>. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha successivamente mutato il proprio orientamento in materia<sup>381</sup>.

Nella sua forma piena, il sindacato del giudice amministrativo olandese in ordine alla verifica della conformità dell'operato dell'amministrazione alle regole di condotta sull'esercizio di un potere discrezionale è svolto nel modo seguente.

Innanzitutto, il giudice esamina se la regola di condotta vincolante di cui si è dotata l'amministrazione rientri astrattamente nel quadro della legge nel caso di specie attributiva del potere discrezionale. Ciò significa che, in questa prima fase, il giudice valuta da una parte se la regola di condotta persegua adeguatamente

---

<sup>379</sup> ABRvS, 10-07-2002. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo l'esercizio del potere di cui all'art. 4:84 GALA da parte di un'amministrazione che aveva derogato ad una regola di condotta, ritenendo che una rigorosa applicazione della stessa anche ad un'intera categoria di imprese avrebbe prodotto conseguenze giuridiche in contrasto con l'obiettivo prefissato dalla normativa sottesa. Infatti, secondo i giudici amministrativi, trattandosi di un'intera categoria di imprese, non poteva considerarsi integrato il presupposto della sussistenza di circostanze speciali quale condizione per l'applicazione di una deroga ad una regola di condotta. Pertanto, in casi del genere, l'amministrazione non può fare altro che modificare la regola di condotta adottata.

<sup>380</sup> ABRvS, 6-02-2008.

<sup>381</sup> ABRvS 26-10-2016, AB 2016/447.

l'obiettivo della legge attributiva del potere, ovverosia il fine rispondente alla causa del potere esercitato (*rectius*, da esercitare, in quanto la regola di condotta è adottata dall'amministrazione prima dell'esercizio del potere discrezionale cui inerisce ed anzi proprio in considerazione del futuro esercizio di tale potere)<sup>382</sup>; dall'altra, se la regola di condotta rientri nel margine di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione, se la stessa sia conforme allo scopo del potere esercitando, in altre parole, se non vi sia stato uno sviamento di potere<sup>383</sup>. È di tutta evidenza che il giudice amministrativo esercita un sindacato pieno in questa prima fase.

Successivamente, il giudice valuta se il contenuto della regola di condotta sia conforme al principio di buona amministrazione<sup>384</sup>. Ciò significa che, in questa seconda fase, il giudice stabilisce se la regola di condotta sia stata formulata dall'amministrazione in modo da poter correttamente valutare tutti gli interessi in gioco nel caso di specie. Emerge, a questo punto, la grande importanza che nel diritto amministrativo olandese riveste il principio della partecipazione al procedimento amministrativo di tutte le parti interessate al provvedimento finale, anche se espressione di esercizio di un potere discrezionale. Anche in questa fase il giudice amministrativo esercita un sindacato pieno.

Infine, il giudice valuta la ragionevolezza della regola di condotta. In considerazione della relazione costituzionale sussistente tra la pubblica amministrazione e il potere giudiziario, al giudice è consentito esercitare esclusivamente un sindacato debole sul modo in cui l'amministrazione ha effettuato la ponderazione dei vari interessi; invece, nel caso in cui la regola di condotta sia

---

<sup>382</sup> Nella prassi questo tipo di test non è comunemente applicato o almeno nessuna regola di condotta è stata mai annullata in considerazione di una tale valutazione generale.

<sup>383</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions*, op. cit., p. 32.

<sup>384</sup> In proposito, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, evidenziano che «*the courts are supposed to offer sufficient protection against administrative action that do not conform to legal standards. For this purpose, general principles of proper administration have been developed in case law (...) which can be described as unwritten legal standards that limit the discretionary powers of administrative authorities. They cover the duty of care in gathering the necessary information and in weighing the interests concerned (the principle of proportionality), as well as giving (adequate) reasons for a decision*».

volta a precisare il significato di termini o concetti giuridici vaghi o indeterminati, il giudice esercita un sindacato pieno e non marginale<sup>385</sup>. In proposito, quanto allo scrutinio giurisdizionale sull'interpretazione di termini giuridici vaghi elaborata dall'amministrazione, la dottrina<sup>386</sup> ha affermato che il giudice adotta un *subtle approach* ovvero non formula premesse dogmatiche sul primato dei principi pretori sviluppati in merito all'interpretazione degli *statutes*, applicandoli indistintamente, estensivamente ed analogicamente a tutte le aree del diritto amministrativo; piuttosto, elabora la decisione sulla base del caso di specie e in considerazione del pertinente e specifico settore del diritto amministrativo rilevante per la controversia, *id est* modellando la pronuncia secondo le circostanze particolari e speciali che hanno costituito il presupposto di fatto per l'esercizio in concreto del potere discrezionale da parte dell'amministrazione.

---

<sup>385</sup> S. LAVRIJSSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 179, nt. 18. Sui termini o concetti giuridici vaghi o indeterminati, M. DE WERD, R. DE WINTER, *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 110, i quali hanno definito il lavoro del giudice una sorta di «schizophrenic occupation: on the one hand judges are openly invited to interpret vague and ambiguous statutory provisions and even render judgment in controversial cases, on the other, by doing so, the judge is accused of 'judicial activism'».

<sup>386</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 96. Cita il *subtle approach* quale particolare tecnica di sindacato giurisdizionale delle decisioni amministrative anche P. DALY, *Unreasonable Interpretation of Law*, 66 *Supreme Court Law Review* (2d)233, 2014, p. 1, secondo cui «*Courts should be ever-wary of the paradox of rationality: to subject administrative decision-makers to judicial review for rationality is to subject them to judicial standards of rationality. This can easily shade into the inappropriate imposition of lawyerly methodology. Resolving the paradox requires a subtle approach to the task of judicial review of administrative action rather than a dogmatic insistence on the primacy of judicially developed principles of statutory interpretation*». Il paradosso della ragionevolezza nel diritto amministrativo è riportato anche da D. DYZENHAUS, *The politics of deference: Judicial review and democracy*, in M. TAGGART, *The province of administrative law*, Oxford, 1997, p. 302, in cui si legge che il «*paradox of the recognition of rationality [is] that to recognise rationality in practice is always at the same time to begin to measure a practice against standards of rationality*».

Se il giudice ritiene irragionevole il contenuto della regola di condotta, allora quest'ultima è considerata illegittima<sup>387</sup> e non può costituire la linea guida da seguire per il concreto esercizio del potere discrezionale.

Se, invece, il giudice ritiene ragionevole la regola di condotta, valuta se il provvedimento impugnato è stato adottato in conformità alle linee guida, a condizione che il caso di specie rientri nei casi standard disciplinati dalla regola di condotta.

In via generale, la pubblica amministrazione non può derogare alle regole di condotta, una volta che queste ultime siano state emanate, in quanto aventi natura vincolante. D'altro canto, ripetute deroghe effettuate dall'amministrazione in casi disciplinati dalle linee guida equivarrebbero ad una modifica di fatto delle regole di condotta, anche se, come è stato giustamente affermato da autorevole dottrina togata<sup>388</sup>, per ragioni legate al rispetto del principio di certezza del diritto ogni modifica ad una regola di condotta dovrebbe essere disposta attraverso l'adozione di un atto scritto e della stessa specie di quello utilizzato per l'emanazione della regola di condotta cui si apportano modifiche<sup>389</sup>; una deroga singola, invece, alle linee guida in un caso disciplinato dalle stesse costituirebbe una violazione del principio di parità di trattamento.

Ci sono tuttavia dei casi particolari che richiedono una deroga alla regola di condotta, in considerazione della specialità della fattispecie. Come anticipato, tale facoltà di deroga ha un espresso fondamento normativo nell'art. 4:84 GALA, secondo cui la pubblica amministrazione agisce in conformità alle linee guida, a meno che, in considerazione di circostanze particolari, le conseguenze per una o più parti del procedimento siano sproporzionate rispetto al fine della regola di condotta.

---

<sup>387</sup> Il giudice è chiamato anche a valutare la compatibilità della regola di condotta adottata dall'amministrazione con altre norme di legge rilevanti nel caso di specie. Sul punto, W. VOERMANS, *Constitutional law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 348, evidenzia che «*in a few cases concerning tax matters, the courts were even prepared to enforce policy rules that were at variance with the law*».

<sup>388</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions*, op. cit., p. 33.

<sup>389</sup> Si tratta, sostanzialmente, di una applicazione del principio del *contrarius actus*.

Secondo la dottrina togata<sup>390</sup>, il disposto normativo di cui all'art. 4:84 GALA va interpretato nel senso di consentire all'amministrazione una deroga alle linee guida anche quando nella fattispecie in esame ricorrano interessi rilevanti non considerati al momento dell'adozione della regola di condotta e quindi, allo stato, privi di adeguata tutela.

La questione afferente la sussistenza o meno di circostanze particolari in un caso di specie (circostanze tali da legittimare una deroga ad una regola di condotta ai sensi dell'art. 4:84 GALA) costituisce una questione di fatto, che può essere sottoposta ad un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo.

Dal punto di vista processuale, la parte che impugni un provvedimento amministrativo, adducendo come motivo di illegittimità dello stesso la mancata applicazione di una deroga alla regola di condotta, deve indicare al tribunale in modo specifico anche le circostanze particolari che avrebbero giustificato la deroga. Il giudice amministrativo esercita un sindacato pieno (*full review*) in merito alla pertinenza ed alle rilevanza di tali circostanze per l'applicazione di una deroga alla regola di condotta; una volta accertatane la pertinenza e la rilevanza, il giudice amministrativo attraverso una valutazione *ex post* esamina ora per allora se le circostanze particolari – qualora *illo tempore* fossero state debitamente considerate dall'amministrazione procedente nel caso di specie – avrebbero determinato un diverso contenuto del provvedimento finale. Anche se il giudice esercita un sindacato pieno (*full review*), ovverosia esteso alla rilevanza ed alla pertinenza dei presupposti di fatto della decisione finale, con riferimento all'intensità del controllo la dottrina togata<sup>391</sup> ritiene che il giudice debba svolgere un sindacato moderato nel valutare il corretto uso da parte dell'amministrazione del potere di derogare alla regola di condotta. In particolare, il giudice deve applicare il test di ragionevolezza, volto ad accertare se l'amministrazione abbia o meno agito in modo ragionevole nel bilanciare tutti i diversi interessi coinvolti nel caso di specie.

---

<sup>390</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions*, op. cit., p. 33.

<sup>391</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions*, op. cit., p. 33.

Nei giudizi di appello, la Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato esamina se l'amministrazione ha agito secondo la legge. In particolare, la questione giuridica sottesa al caso di specie nei giudizi di appello è la compatibilità del provvedimento impugnato con la legge e con i principi generali di buona amministrazione, sia in termini formali che sostanziali<sup>392</sup>.

Ai fini della valutazione in merito al rispetto dei principi formali di buona amministrazione, il giudice amministrativo esamina se il provvedimento impugnato: sia stato adottato sulla base di una istruttoria completa; sia stato emanato nel rispetto del principio di imparzialità; sia fornito di un'adeguata motivazione; rechi un dispositivo chiaro e non ambiguo.

D'altra parte, ai fini della valutazione in merito al rispetto dei principi sostanziali di buona amministrazione, il giudice amministrativo esamina se nel provvedimento impugnato: l'amministrazione abbia preso in considerazione tutti gli interessi coinvolti nel caso di specie; se l'amministrazione abbia effettuato un bilanciamento ragionevole tra tutti gli interessi in gioco; se l'interesse di una delle parti sia stato sacrificato in modo irragionevole e sproporzionato; se l'amministrazione abbia perseguito il fine rispondente alla causa del potere esercitato ovvero sia non ricorra uno sviamento di potere; se sia stato rispettato il principio di legalità, di parità di trattamento e del legittimo affidamento.

Infine, merita particolare attenzione il tema del sindacato giurisdizionale sul fatto presupposto della decisione amministrativa<sup>393</sup> ovvero sia, in altri termini, la

---

<sup>392</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 6, secondo cui «in reviewing the appealed order, Dutch administrative courts attach great significance to the administrative authority's observance of the principles of due care and adequate reasoning. In its rulings the court emphasizes any mistakes the administrative authority may have made in decision-making process (...). Due to this method of review, administrative procedure law is of paramount importance and it has exhibited a higher degree of development than judicial procedure law».

<sup>393</sup> T. BARKHUYSEN, C. ADRIAANSE, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *Faciliter la mise en œuvre du droit communautaire: l'exemple du droit administratif Néerlandais*, in *Revue française d'administration publique*, 2009/1, n. 129, 2009, p. 135, evidenziano che «une décision juridictionnelle, en règle générale, n'apprécie pas de manière définitive la relation juridique entre l'administration concernée et les parties intéressées. Elle contrôle la

possibilità per il giudice di avere accesso pieno e diretto ai fatti posti alla base del provvedimento amministrativo<sup>394</sup>. La dottrina olandese ha dato avvio ad un acceso dibattito in merito all'intensità del sindacato giurisdizionale esercitabile sul fatto<sup>395</sup>, dal momento che gli interessi in gioco sono molteplici e tutti alquanto rilevanti: da un lato, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale implica anche che la decisione del giudice sia basata sulla verità sostanziale dei fatti; dall'altro, il principio di separazione dei poteri, che comporta la necessità per il giudice di rispettare la sfera di competenza riservata all'amministrazione.

In dettaglio, intorno agli anni 2000 la dottrina olandese sembra orientata a favore di un sindacato debole procedurale del fatto; tuttavia, recentemente, a partire dal 2015, la dottrina all'unanimità ammette un sindacato intenso del giudice sul fatto<sup>396</sup>.

In particolare, una parte della dottrina sostiene la tesi del sindacato giurisdizionale pieno del fatto, secondo cui il giudice potrebbe sostituirsi all'amministrazione nell'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, in attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. A sostegno della propria tesi, questa parte della dottrina evidenzia che l'amministrazione non eserciterebbe alcun potere discrezionale nella fase procedimentale istruttoria tesa all'accertamento del fatto e ciò consentirebbe al giudice di esercitare un controllo pieno<sup>397</sup>; altra parte della dottrina, soprattutto quella più risalente, propende per la

---

*légalité d'une décision, y compris quant à la question de la justesse matérielle des faits sur lesquels cette décision est fondée».*

<sup>394</sup> Come si evince da varie disposizioni normative di cui al Cap. VIII del GALA, nel processo amministrativo olandese il giudice può accertare i fatti direttamente oppure ordinare alle parti di allegare prove supplementari.

<sup>395</sup> Sulla ricostruzione delle varie posizioni (e delle rispettive argomentazioni) che hanno animato la discussione sull'intensità del controllo che il giudice olandese può adoperare sul fatto, Y.E. SCHUURMANS, *Review of facts in administrative law procedures; a European Community Law perspective*, *Review of European Administrative Law*, 1(1), 2008, pp. 8-10.

<sup>396</sup> E.M.H. HIRSCH BALLIN, R. ORTLEP, A. TOLLENAAR, *Rechtsontwikkeling*, *op. cit.*; J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review*, *op. cit.*

<sup>397</sup> R.H. DE BOOK, *Waarheidsvinding in het bestuursrecht*, in *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag, 2001, p. 44; J.E.M. POLAK, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT,



tesi del sindacato marginale sul fatto, ritenendo che il giudice non possa accertare direttamente il fatto ma debba limitarsi a valutare la legittimità dell'istruttoria condotta dall'amministrazione. Secondo questo orientamento, in particolare quando la decisione amministrativa sia espressione di valutazioni tecniche adottate dall'amministrazione, il sindacato giurisdizionale dovrebbe limitarsi esclusivamente ad un controllo sulla ragionevolezza della fase istruttoria di accertamento dei fatti esperita dall'amministrazione<sup>398</sup>; infine, altra parte ancora della dottrina<sup>399</sup> distingue tre fasi, ed in dettaglio, l'accertamento dei fatti, la valutazione dei fatti alla luce della legge e l'interpretazione della legge<sup>400</sup>; secondo quest'ultimo orientamento, più recente, soltanto sull'accertamento del fatto e sull'interpretazione normativa il giudice olandese può esercitare un sindacato pieno, mentre il controllo consentito

---

R.J.N. SCHLOSSELS, N. VERHEIJ, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Tilburg, 2004, p. 112 ss.

<sup>398</sup> M.A. HELDEWEG, *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag, 1993, pp. 298-302.

<sup>399</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 178; H. LEGAL, *Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law*, in B. HAWK, *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, V. 32, 2006, pp. 107-116.

<sup>400</sup> Una simile distinzione ricorre anche nella giurisprudenza italiana (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199) sui provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti. Secondo il citato orientamento giurisprudenziale, tali provvedimenti sono articolati in più parti, corrispondenti alle fasi del controllo svolto dall'Autorità, e segnatamente: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a "concetti giuridici indeterminati" (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato (le norme in materia di concorrenza non sono di "stretta interpretazione", ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale); c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra "contestualizzato"; d) una ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente. Inoltre, la giurisprudenza italiana (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2004, n. 926) ha affermato che i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi e ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione.

sulla valutazione del fatto è di tipo marginale<sup>401</sup>, peraltro solo in alcune materie come il diritto d'asilo<sup>402</sup>, in considerazione del principio costituzionale di divisione dei poteri<sup>403</sup>. In tale ultimo caso, il giudice deve limitarsi a verificare se l'amministrazione ha individuato i fatti giuridicamente rilevanti attraverso un'istruttoria corretta e completa<sup>404</sup>, improntata al dovere di diligenza<sup>405</sup> e all'obbligo di motivazione<sup>406</sup>. Talvolta, l'esercizio di un sindacato pieno è comunque precluso al giudice, a causa della difficoltà di distinguere in concreto tra accertamento e valutazione del fatto, da una parte; dall'altra, di una insufficiente motivazione<sup>407</sup> sugli elementi in fatto della decisione amministrativa. Infine, è comunque opinione

---

<sup>401</sup> Questa tesi avanzata dalla dottrina trova conforto nella posizione della giurisprudenza sul punto (ABRvS, 27-01-2003, AB 2003, 286). In proposito, Y.E. SCHUURMANS, *Review of facts*, op. cit., p. 11, rileva che «*the Raad van State has ruled that the Court may not substitute their own assessment of the fact for the administration's assessment. In such cases, the courts must administer a limited test*».

<sup>402</sup> ABRvS, 13-04-2016, AB 2016/195, con nota di M. RENEMAN.

<sup>403</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review*, op. cit., p. 178; Y.E. SCHUURMANS, *De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief*, in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, E. STEYGER, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 116.

<sup>404</sup> Y.E. SCHUURMANS, *De toetsing*, op. cit., pp. 118-120.

<sup>405</sup> In proposito, T. BARKHUYSEN, C. ADRIAANSE, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *Faciliter la mise en œuvre du droit communautaire*, op. cit., p. 137, sottolineano che «*les juridictions administratives néerlandaises examinent en termes très généraux la constatation des faits par l'administration au regard de l'obligation de diligence, sans indiquer explicitement les éléments concrets qu'elles prennent en compte*». Sempre sul rapporto tra sindacato giurisdizionale e principio di diligenza, P. VAN DIJK, op. cit., p. 36, osserva che «*it should also be noted that an order must comply with the principles of due care and reasoning. An order may be set aside if the principle of due care has been breached because the facts were not properly examined or the authority wrongly failed to seek advice. In addition, a sound reasoning of the order should be given. This will not be deemed to have been given if the order is based on incorrect facts*».

<sup>406</sup> Y.E. SCHUURMANS, *Review of facts*, op. cit., p. 5, rileva che «*Dutch administrative law courts usually only review whether the investigation carried out by the administration has been sufficient, on the basis of principles such as the requirement of due care and the duty to state reasons*».

<sup>407</sup> La dottrina olandese ha affermato che un sindacato più intenso del giudice sulla motivazione del provvedimento amministrativo, finalizzato ad una corretta determinazione dei fatti, potrebbe contribuire al riconoscimento di una più effettiva tutela giurisdizionale. Sul punto, T. BARKHUYSEN, C. ADRIAANSE, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *Faciliter la mise en œuvre du droit communautaire*, op. cit., p. 150.

diffusa che il giudice debba esercitare un controllo marginale su tutte quelle decisioni adottate dall'amministrazione sulla base di valutazioni tecniche o economiche<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup> S. LAVRIJSSEN, *More intensive judicial review*, *op. cit.*, p. 179.

### CAPITOLO III

#### **IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NEL DIRITTO EUROPEO. PROFILI DI DIRITTO COMPARATO**

SOMMARIO: 1. L'influenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul diritto amministrativo italiano e olandese, con particolare riferimento alla proporzionalità e alla ragionevolezza quali criteri di sindacato della discrezionalità amministrativa – 2. Conclusioni.

#### **1. L'influenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul diritto amministrativo italiano e olandese, con particolare riferimento alla proporzionalità e alla ragionevolezza quali criteri di sindacato della discrezionalità amministrativa.**

Per quanto attiene all'orientamento della giurisprudenza europea in materia di sindacato del giudice amministrativo, è noto che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra orientarsi per un controllo intrinseco<sup>409</sup> sulla base della previsione di cui all'art. 6 CEDU in tema di equo processo. In realtà, come anticipato<sup>410</sup>, la formulazione letterale dell'art. 6 CEDU contiene un riferimento espresso al solo processo civile e penale; tuttavia, grazie all'interpretazione evolutiva della Carta, alla quale la Corte europea accede, tale disposizione è divenuta rilevante anche per il diritto amministrativo sostanziale e processuale. Pertanto, secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato.

D'altro canto, la posizione della Corte di Giustizia appare, sul punto, ancora oscillante. A fronte di pronunce che affermavano la necessità di assicurare una tutela piena anche nei confronti degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica, se del

---

<sup>409</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 27 settembre 2011, C-43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

<sup>410</sup> Cfr., *supra*, Cap. II, § 2.4.2., nt. 20.

caso pure mediante un sindacato intrinseco del giudice, l'orientamento attuale pare di segno diverso<sup>411</sup>. La Corte ha, in particolare, osservato che gli stessi atti comunitari contenenti valutazioni tecniche sono da essa sindacabili solo in modo estrinseco, per cui non sarebbe possibile richiedere agli Stati membri una tutela più intensa di quella che la giustizia comunitaria assicura avverso i provvedimenti amministrativi europei.

La ragionevolezza è uno dei principi generali del diritto, che deve essere applicato anche dalla pubblica amministrazione dell'Unione europea; si tratta, inoltre, di un principio «*applicable not just to administrative actors but normally to all authorities, both of the EU and of its Member States*»<sup>412</sup>. Del resto, «*such principles should be at least broadly familiar to readers acquainted with EU law generally and indeed also those familiar with the constitutional principles underlying national legal systems*»<sup>413</sup>. Unitamente ad altri principi, tra cui quello di buona amministrazione, protezione dei dati personali, competenza e buona fede, la ragionevolezza costituisce la base per un procedimento amministrativo connotato da efficienza ed equità, garantendo che i funzionari arrivino ad adottare la decisione finale in modo razionale. Pertanto, la ragionevolezza opera come garanzia per i privati avverso l'arbitrio dei pubblici poteri. In proposito, l'articolo 11 del Codice europeo di buona condotta amministrativa stabilisce che il funzionario opera in modo imparziale, equo e ragionevole, senza tuttavia fornire una definizione specifica del canone di ragionevolezza.

---

<sup>411</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. V, 21 gennaio 1999, *Upjohn*, causa C-120/97, in *Raccolta*, I-223, in cui la Corte, chiamata a sindacare atti di una istituzione comunitaria fondati su valutazioni tecniche, ha stabilito che «il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale». Sul punto, M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, p. 48 ss.; R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 503 ss.

<sup>412</sup> H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TURK, *General Principles Framing European Union Administrative Law*, in ID., *Administrative law and policy of the European Union*, 2011, p. 143.

<sup>413</sup> H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TURK, *General Principles*, op. cit., p. 143.

Come nell'ordinamento giuridico italiano, anche a livello dell'Unione Europea la ragionevolezza è considerata un principio generale di diritto<sup>414</sup> non scritto<sup>415</sup>, classificato nella categoria dei principi ispirati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri<sup>416</sup>.

I principi generali di diritto svolgono una funzione importante per il diritto amministrativo europeo<sup>417</sup>, costituendone anzi il fondamento giuridico comunemente accettato. Tali principi generali, tra cui, come anticipato, rientrano la proporzionalità e la ragionevolezza, sono stati sviluppati principalmente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>418</sup>.

---

<sup>414</sup> Sui principi generali dell'ordinamento europeo, H.C.H. HOFMANN, *General principles of EU law and EU administrative law*, in C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford, 2014; R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, M. REMAC, *General principles of law in administrative law under European influence*, in *European Review of Private Law*, n. 2-2012, pp. 381-408; G.L. GOGA, *The significance of the general principles in European Union Administrative Law*, in AUDJ, *Acta Universitatis Danubius*, Vol. 8, no. 2/2012, pp. 63-72; H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TURK, *General Principles Framing European Union Administrative Law*, in ID., *Administrative law and policy of the European Union*, 2011, pp. 143-221; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2007.

<sup>415</sup> A parte l'articolo 6 CEDU, che sancisce il principio della ragionevole durata del processo. Sul punto, cfr., *supra*, Cap. II, § 2.4.2., nt. 20. Inoltre, a livello dell'Unione Europea – diversamente dalla ragionevolezza – la proporzionalità è spesso enunciata in norme di diritto positivo, ad esempio come corollario della sussidiarietà.

<sup>416</sup> G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, *op. cit.*, p. 306. Sulla categoria dei principi generali del diritto dell'Unione ispirati alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2014, p. 227 ss. Ricorre, pertanto, un'altra differenza rispetto al principio di proporzionalità, che è piuttosto classificato nella diversa categoria dei principi generali propri del diritto dell'Unione.

<sup>417</sup> Secondo M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 121, per diritto amministrativo europeo si intende «la parte del diritto dell'Unione che disciplina l'organizzazione ed il funzionamento dell'amministrazione dell'Unione ed i suoi rapporti con i soggetti comunitari; nonché le modifiche che si sono determinate nel diritto nazionale delle pubbliche amministrazioni per effetto del processo di integrazione europea»; secondo la dottrina, la configurabilità unitaria del diritto amministrativo europeo è una conquista relativamente recente, tanto che alla fine del secolo scorso B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, affermava che «non esiste[va] un unico diritto amministrativo della Comunità europea».

<sup>418</sup> G. TESAURO, *Reasonableness in the European Court of Justice Case-Law*, in AA.VV., *The Court of Justice and the construction of Europe*, The Hague, 2013, pp. 307-327; J. WOUTERS, S. DUQUET, *The principle of reasonableness in global administrative law*, in Jean Monnet Working Paper, 12/2013; A. ADINOLFI, *The principle of reasonableness in*

A seguito della modifica apportata all'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 dall'art. 1, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 2005, n. 15, questi principi assumono immediata e diretta rilevanza per il diritto amministrativo italiano, in quanto, ai sensi della disposizione normativa citata, l'azione amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi su cui si basa l'ordinamento comunitario<sup>419</sup>. Secondo i giudici amministrativi, la necessità di privilegiare l'applicazione dei principi comunitari costituisce una

---

*European Union Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 383-404.

<sup>419</sup> Sull'applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione Europea all'attività amministrativa, Consiglio di Stato, 19 giugno 2009, n. 4035, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui «l'amministrazione è tenuta a privilegiare l'applicazione dei principi - di derivazione comunitaria e costantemente applicati dalla Corte di giustizia europea - di concorrenza, di parità di trattamento, di trasparenza, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento e proporzionalità. Tali principi, anche in virtù dell'articolo 1 della legge n. 241 del 1990, non solo si applicano direttamente nel nostro ordinamento, ma debbono informare il comportamento dell'amministrazione». In proposito, G. CARLOTTI, A. CLINI, *Diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 169, sottolinea che l'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 contiene un rinvio dinamico ai principi generali del diritto dell'UE, che sono in continua evoluzione; G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2015, p. 241, ritiene che l'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 si riferisce non soltanto ai principi già riconosciuti dalla Corte di Giustizia ma anche a quelli che saranno elaborati in futuro. Sul tema, anche A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 86-88; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, pp. 138-139; A. VALLETTI, *Il Subappalto*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Vol. 3, Milano, 2007, pp. 189-190, nt. 200; L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006, pp. 39-73; D.U. GALETTA, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2006, p. 111; F. SPAGNUOLO, *Il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario nella nuova legge sull'azione amministrativa*, in A. MASSERA (a cura di), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in [www.astridonline](http://www.astridonline), 2005, pp. 14-17.

«interpretazione “correttiva” del sistema»<sup>420</sup> che è imposta «dall’esigenza di interpretare le norme conformemente ai principi comunitari»<sup>421</sup>.

La giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell’Unione Europea rivela che l’essenza del controllo giurisdizionale risiede nel bilanciamento dei vari interessi in gioco. Questo orientamento ha influenzato anche la giurisprudenza italiana. Un esempio recente è rappresentato da una controversia in materia ambientale<sup>422</sup>. Fin dal 1973, una società gestiva un impianto chimico per la produzione di detersivi, essendo in possesso dei necessari titoli autorizzatori. A seguito dell’entrata in vigore del decreto legislativo 18 febbraio 2005, n. 59, che ha previsto per lo svolgimento di attività particolarmente inquinanti la necessità di ottenere la c.d. autorizzazione integrata ambientale (ora disciplinata dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ss.mm.ii., recante “Norme in materia ambientale”, c.d. Testo Unico Ambiente o Codice dell’Ambiente), la società richiedeva il rilascio di tale titolo. Nel 2012 l’amministrazione concedeva l’autorizzazione ma nell’allegato tecnico imponeva alla società una serie di prescrizioni finalizzate – secondo l’amministrazione – ad elevare gli standard di tutela ambientale. In dettaglio, la società – per stimare l’impatto ambientale causato dal traffico veicolare derivante dall’esercizio dell’attività commerciale nell’impianto di produzione – avrebbe dovuto comunicare entro 180 giorni: il numero e il tipo di automezzi complessivamente in arrivo e in partenza dall’impianto; per ogni automezzo, l’alimentazione e la classificazione delle emissioni secondo quanto precisato dalle direttive europee (Euro 2, 3, 4 etc.); la distribuzione tipica di arrivo e partenza degli automezzi nell’arco di un giorno feriale, prefestivo e festivo; la percorrenza media (km/viaggio) dei vari automezzi.

---

<sup>420</sup> T.A.R. Puglia, sez. I, Lecce, 21 maggio 2008, n. 1812, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>421</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>422</sup> T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 18 aprile 2018, n. 205, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una dettagliata rassegna ragionata della precedente giurisprudenza in merito alle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione in materia ambientale, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 6, 2016.



La società impugnava il provvedimento, denunciando l'illegittimità delle prescrizioni recate dall'autorizzazione. Secondo la ricorrente, tali condizioni erano irragionevoli, sproporzionate e non necessarie, risultando eccessivamente onerose. Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, facendo uso sia del test di proporzionalità che del test di ragionevolezza. In altre parole, nel caso in esame, il TAR adito ha esercitato un sindacato sul bilanciamento degli interessi in gioco (come realizzato nel provvedimento impugnato), applicando sia la proporzionalità sia la ragionevolezza come standard di controllo giurisdizionale. Infatti, da una parte, il giudice ha comparato l'interesse pubblico della protezione ambientale con l'interesse privato all'esercizio di un'attività commerciale. Sotto questo profilo, il tribunale ha stabilito che le condizioni imposte erano eccessivamente onerose e sproporzionate rispetto alle prescrizioni già previste dalla legge e allo scopo di tutela ambientale predefinito dal legislatore; dall'altra, il giudice ha affermato che le condizioni imposte erano irragionevoli in quanto i dati raccolti sul monitoraggio delle emissioni non erano in alcun modo utili a perseguire il fine della tutela ambientale; dall'altra ancora, le prescrizioni impugnate sono state ritenute irragionevoli in considerazione sia della loro difficile attuazione sia della eccessiva specificità delle informazioni richieste, la maggior parte delle quali non era direttamente disponibile e facilmente accessibile per il richiedente.

Come talvolta accade nella giurisprudenza amministrativa italiana, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il canone della ragionevolezza spesso finisce per essere assorbita nel test di proporzionalità<sup>423</sup>; ciò si verifica anche quando il ricorrente ha invocato espressamente la ragionevolezza

---

<sup>423</sup> D. DE PRETIS, *Italian administrative law, op. cit.*, p. 13, evidenzia che «*the reasonableness principle, in its traditional implementation, already allowed the Council of State to question administrative choices in some sensitive areas, such as the protection of property and the environment, using standards that were not very different from those involved in the proportionality test under Community law*»; sul punto, F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza, op. cit.*, p. 4, nt. 4.

come criterio di legittimità delle misure statali adottate in deroga alle norme europee sulla libera circolazione di merci, persone e servizi<sup>424</sup>.

D'altro canto, l'influenza del diritto eurounitario – come interpretato dalla Corte di Giustizia – sul diritto amministrativo italiano, è evidente per quanto riguarda il rapporto tra ragionevolezza e altri principi generali di diritto. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio del legittimo affidamento<sup>425</sup>, in base al quale gli amministrati devono poter contare sul mantenimento di una situazione giuridica soggettiva rispetto ad una sua improvvisa modifica che non potevano *ragionevolmente* aspettarsi<sup>426</sup>; oppure quando il comportamento dell'istituzione dell'Unione ha creato un'aspettativa *ragionevolmente* fondata nella parte interessata<sup>427</sup>. In questi casi, al fine di verificare la fondatezza della legittima aspettativa avanzata dal ricorrente, la Corte applica il test di ragionevolezza (la cui formula può essere ricostruita come segue: l'amministrato poteva ragionevolmente aspettarsi un'improvvisa modifica della situazione giuridica soggettiva? era ragionevolmente fondata l'aspettativa che il comportamento dell'istituzione dell'Unione ha generato nella parte interessata?). Pertanto, la ragionevolezza è lo strumento e la condizione per attuare altri principi

---

<sup>424</sup> 14 maggio 2009, *Azienda Disarò c. Milka*, causa C-34/08, in *Raccolta*, I- 4023, paragrafi 73 e 82-83.

<sup>425</sup> G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., p. 217.

<sup>426</sup> 13 luglio 1965, *Lemmerz-Werke*, Causa 111/63 in *Raccolta*, 835; 16 maggio 1979, *Tomadini*, causa 74/78, *ivi* 1801; 27 aprile 1978, *Stimming*, causa 90/77, *ivi* 995; 30 novembre 1983, *Ferriere San Carlo*, causa 235/82, *ivi* 3949; 24 novembre 1987, *RSV*, causa 223/85, *ivi*, 4617; 26 aprile 1988, *Krüken*, causa C-316/86, *ivi*, 2213; 19 maggio 1992, *Mulder*, causa C-104/89, *ivi*, I-3061; 19 maggio 1993, *Twijnstra*, causa C-81/91, *ivi*, I-2455. Tuttavia, il principio non può essere invocato quando il cambiamento nella situazione giuridica è prevedibile o espressione di un potere discrezionale delle istituzioni: 15 aprile 1997, *Irish Farmers*, causa C-22/94, *ivi*, I-1809; 15 luglio 2004, *Di Leonardo*, cause riunite C-37 e 38/02, *ivi*, I-6911; 27 gennaio 2011, *Flos*, causa C-168/09, *ivi* I-181.

<sup>427</sup> 14 maggio 1974, *CNTA*, causa 74/74, in *Raccolta*, 533; 19 maggio 1983, *Mavridis*, causa 289/81, *ivi*, 1731; 24 novembre 1987, *RSV*, causa 223/85, *ivi* 4617; 15 febbraio 1996, *Fintan Duff*, causa C-63/93, *ivi*, I-569; 5 febbraio 1997, *Unifruit Hellas*, causa C-51/95, *ivi*, I-727; 17 febbraio 1998, *Pharos*, causa T-105/96, *ivi*, II-285; 2 ottobre 2001, *Martinez*, cause riunite T-222/99 e T-329/99, *ivi*, II, 2823; 15 gennaio 2002, *Weidacher*, causa C-179/00, *ivi*, I-501; 6 marzo 2003, *Molkerei Wagenfeld*, causa C-14/01, *ivi*, I-2279.

generali di diritto (nell'esempio citato, il legittimo affidamento<sup>428</sup>). Allo stesso modo, nell'ordinamento giuridico italiano, la Corte costituzionale ha dichiarato che la regola che consente di dare generale attuazione al principio del legittimo affidamento è proprio la ragionevolezza, intesa come valore fondamentale di cultura giuridica, inerente a tutte le relazioni di diritto pubblico<sup>429</sup>; secondo la Corte, infatti, il principio del legittimo affidamento ha le proprie radici nello standard di ragionevolezza, soprattutto in termini di certezza giuridica e quale elemento fondamentale di uno stato di diritto<sup>430</sup>. Sullo stesso tema, sotto l'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, anche il Consiglio di Stato italiano ha stabilito che «il rispetto del principio di ragionevolezza impone che, in presenza di posizioni ormai consolidate (...), si debba suggerire, a fronte di vizi meramente formali (o addirittura di irregolarità procedimentali), un puntuale apprezzamento del *ragionevole* affidamento suscitato nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione»<sup>431</sup>.

In conclusione, nel diritto amministrativo italiano ed europeo, la ragionevolezza è un principio generale di diritto molto ampio, che intende garantire

---

<sup>428</sup> Ciò è vero anche in altri casi. Si pensi, a titolo esemplificativo, al principio di precauzione. In proposito, si veda la comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione COM/2000/0001def., punto 3, secondo cui «il principio di precauzione non è definito dal Trattato che ne parla esplicitamente solo in riferimento alla protezione dell'ambiente. Tuttavia, *in pratica*, la sua portata è molto più ampia ed esso trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi *sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante* possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità». Sul rapporto tra principio di precauzione e ragionevolezza, F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 31 Ottobre 2006; sulla ragionevolezza quale standard di prova per l'applicazione del principio di precauzione, C. WEISS, *Scientific uncertainty and science-based precaution*, in *International Environmental Agreements*, 3, 2003, pp. 157-159.

<sup>429</sup> Corte Costituzionale, 4 Novembre 1999, n. 416, in *www.cortecostituzionale.it*. Sulla relazione tra principio del legittimo affidamento e ragionevolezza, A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2018, p. 338 ss.; G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in A. DI TARANTO (a cura di), *Il nuovo modello di amministrazione tra il principio di autoritarità ed unilateralità ed i moduli consensuali nella organizzazione e nell'esercizio delle potestà pubbliche*, in *www.sna.gov.it*, 2005, p. 30.

<sup>430</sup> Corte Costituzionale, 23 Febbraio 2011, n. 71, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>431</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 14 novembre 2014, n. 5609, punto 6, in *www.giustizia-amministrativa.it* (corsivo mio nella citazione); Consiglio di Stato, sez. IV, 18 agosto 2009, n. 4958, *ivi*; Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2007, n. 5074, *ivi*.

l'equità e la correttezza delle decisioni amministrative; viene spesso utilizzato come strumento per attuare altri principi generali di diritto; è, infine, un principio fondamentale di entrambi gli ordinamenti giuridici, parametro di suprema importanza finalizzato alla tutela degli individui dall'arbitrio dei pubblici poteri.

## **2. Conclusioni.**

È stata verificata la possibilità di ricondurre alcuni istituti giuridici di diritto amministrativo in Italia e nei Paesi Bassi a modelli comuni e predefiniti di *civil law*, a partire dall'influenza della comune dogmatica giuridica classica sviluppata in area germanica, con particolare riferimento alla tematica dei concetti giuridici vaghi e indeterminati; l'esistenza, sul piano del diritto positivo, di contaminazioni, trapianti, esportazioni in/da altri ordinamenti giuridici di *civil law* oppure di *common law*; la convergenza tra i due modelli italiano e olandese di *judicial review* delle decisioni amministrative e di tutela (costitutiva e risarcitoria) delle situazioni soggettive private, sulla base della comune integrazione nell'ordinamento UE e della sottoposizione alla *full jurisdiction* della Corte EDU. Comune ai due ordinamenti comparati è la distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati, compresa la tendenza a limitare l'esercizio in concreto della discrezionalità da parte dell'Amministrazione stessa, attraverso l'adozione di regole di condotta, linee guida e di autoregolazione (Paesi Bassi) o circolari e regolamenti (Italia). Anche la nozione di discrezionalità tecnica è accolta in entrambi gli ordinamenti, anche se nell'ordinamento olandese una minore categorizzazione dogmatica del concetto il quale, piuttosto che essere inquadrato come autonomo, sembra essere ricondotto alla nozione di "valutazioni tecniche". L'analisi del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa nei due Paesi ha dimostrato un'evoluzione secondo una tendenza comune, seppur realizzata in tempi diversi in considerazione delle modifiche apportate ai rispettivi sistemi giudiziari: se in passato, il controllo giudiziale della discrezionalità è risultato essere marginale, registrandosi spesso un atteggiamento di vera e propria deferenza dei giudici nei confronti dell'Amministrazione; negli ultimi anni, anche sulla spinta dell'europeizzazione dei diritti amministrativi nazionali degli Stati membri che ha

coinvolto in maniera preponderante i principi generali dell'ordinamento, e segnatamente quelli di proporzionalità e ragionevolezza, la tendenza è nel senso di un attivismo giudiziale, che si esplicita in un sindacato intenso. Convergenze, ma anche divergenze, sono emerse in relazione all'interpretazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Se in Italia la proporzionalità è intesa secondo lo schema trifasico di derivazione tedesca, come applicato (anche se non in maniera univoca) dalla Corte di Giustizia, nei Paesi Bassi non sempre i giudici intendono la proporzionalità secondo il modello europeo tripartito, a meno che la controversia non abbia ad oggetto situazioni giuridiche rilevanti per il diritto europeo. Al descritto attivismo giudiziale si affianca l'attribuzione, ora a carattere legislativo (Paesi Bassi) ora di natura pretoria (Italia) del potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento e, in alcuni casi, in realtà ancora limitati, il potere di definizione della controversia ad opera del giudice (nei Paesi Bassi, previsto direttamente dalla legge generale sul procedimento e processo amministrativo; in Italia, secondo le più recenti decisioni che accentuano l'effetto conformativo in tema di consumazione del potere amministrativo discrezionale oppure l'uso - comune ad entrambi gli ordinamenti comparati - della tecnica del *remand*). In tale contesto, resta comunque saldo il principio di legalità e quello della separazione dei poteri, che - seppur con qualche fattore di crisi - continuano ad essere gli elementi essenziali dello Stato di diritto.

## BIBLIOGRAFIA

### ORDINAMENTO ITALIANO

- ABBAMONTE A., *La fase istruttoria*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2000.
- ADINOLFI A., *The principle of reasonableness in European Union Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 383-404.
- ALESSI R., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 49.
- ALESSI R., *Sul concetto di attività discrezionale della Pubblica Amministrazione*, in *Foro amm.*, XI, 4, 1935, pp. 62-74.
- ALLEN M., *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 25-45.
- ANGIULI A., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.
- ASPRONE M., MARASCA M., RUSCITO A., *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009.
- ASTONE F., *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018.
- ASTONE F., *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA (Eds.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 371 ss.
- AUBY J.-M., *The abuse of power in French administrative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 18, 3, 1970, p. 550.
- AUCOC L., *Le Conseil d'Etat et le recours pour excès de pouvoir*, in *Revue des deux mondes*, XLVIII, 1878.
- AUCOC L., *Conferences sur l'administration et le droit administrative*, Parigi, 1869.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.
- AZZARITI G., *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Politica del Diritto*, Milano, 1989, p. 347 ss.

## BIBLIOGRAFIA

- AZZENA A., *Potere amministrativo e discrezionalità*, in *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, II, 1993, p. 1196.
- AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976.
- BACCARINI S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2001, p. 80.
- BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904.
- BACKES C., ELIANTONIO M. (Eds.), *Cases, materials and text on judicial review of administrative action*, Oxford, 2019
- BARONE A., G.A. ANSALDI G.A., *The European "nomofilachia" and the principle of proportionality*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, no. 28 E SI/2009, pp. 209-235.
- BARONE G., *Discrezionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XI, 1989.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna. Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008.
- BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1950, p. 1 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BERNATZIK E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Vienna, 1886.
- BEUTLER B., BIEBER R., PIPKORN J., STREIL J., WEILER J., *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998.
- BORSI U., *Corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Macerata, 1914.
- BOTTINO G., *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004.
- BRIGANTE V., *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, pp. 955-991.

- BUOSO E., *Il dialogo tra Corti in Europa e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, in AA.VV., *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità. Atti del 1 Convegno dei Colloquia dei ricercatori della scuola di giurisprudenza dell'Università di Padova*, Padova, 2013, pp. 405-433.
- BUOSO E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012
- CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CAIANIELLO V., *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 6, 1998, p. 1943.
- CAMMEO F., *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, L, 1898, pt. IV, col. 373.
- CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, V.E. ORLANDO (a cura di), V. III, Milano, 1901.
- CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1909.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.
- CAPACCIOLI E., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo*, Padova, 1978, p. 310 (già in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, I, Padova, 1972).
- CAPACCIOLI E., *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960.
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, S. FAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 171 ss.
- CARANTA R., *On discretion*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND (a cura di), *The coherence of EU Law. The search for unity in divergent concepts*, Oxford, 2008, pp. 185-214.
- CARANTA R., MARCHETTI B., *Judicial review of regulatory decisions in Italy: changing the formula and keeping the substance?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, pp. 145-171.



## BIBLIOGRAFIA

- CARANTA R., *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 503.
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Vol. I, Perugia, 1983.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CARLOTTI G., CLINI A., *Diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, 2013.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019.
- CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 307.
- CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, I, Milano, 2007, pp. 1-13.
- CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006.
- CASSESE S., *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 6176 ss.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e nel Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CASSESE S., *Le prime opere di Massimo Severo Giannini*, in M.S. GIANNINI, *Scritti*, I, Milano, 2000, p. IX ss.
- CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.
- CERRI A., *Imparzialità e indirizzo politico nell'amministrazione*, Padova, 1973.

- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 1, 2004, p. 210.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1984, p. 463 ss.
- CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018.
- CHIEPPA R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 181.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013.
- CHIZZINI A., *I poteri istruttori*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge 205/2000*, Torino, 2001, p. 255.
- CIANFEROTTI G., *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 134.
- CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, p. 724.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., (voce) *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Enc. Treccani*, 2017.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio: formalismo pratico, azione amministrativa ed legalità utile*, Torino, 2006.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 6, 2016.
- CLINI A., *Potestà sanzionatoria delle Authorities e "giusto" sindacato giurisdizionale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 75-98.
- CODACCI PISANELLI G., *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

## BIBLIOGRAFIA

- CORLETTO D., *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, p. 62.
- CORRADO A., *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti*, in *Federalismi.it*, 27 February 2019.
- CORSO G., (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Treccani*, 2014.
- CORSO G., *The principle of reasonableness in administrative law*, in AA.VV., *Reasonableness and interpretation*, 2003, p. 387 ss.
- CORSO G., *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, pp. 437-451.
- CORTESE F., *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 99-114.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 197.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 130.
- CRISCUOLI A., *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Perugia*, Perugia, 1921, p. 462.
- D’ALBERTI M., *Intensity of judicial review of administrative power: changes and prospects*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2018, pp. 891-905.
- D’ALBERTI M., *Transformations of administrative law: Italy from a comparative perspective*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON, *Comparative Administrative Law*, Northampton, 2017.
- D’ALBERTI M., *La giurisprudenza amministrativa degli anni trenta*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni trenta*, Bologna, 1992.
- D’ALBERTI M., *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.
- D’ASCIA L., *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009.
- DARESTE R., *La justice administrative en France ou traité du contentieux de l’administration*, Parigi, 1898.

- DE CHIARA A., *Funzione giustiziale delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e sindacato giurisdizionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1-2, 2015, pp. 93-154.
- DE GIOVANNIS GIANQUINTO G., *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1981.
- DE FRANCESCO G.M., *Potere discrezionale della pubblica amministrazione e azione giudiziaria*, in *Foro di Lombardia*, I, 1931, pp. 516-526.
- DE LEONARDIS F., *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 31 Ottobre 2006.
- DE LA HAYE DE CORMENIN L.-M., *Droit administratif*, Parigi, 1840.
- DE LUCA P., *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 115-132.
- DE MURTAS ZICHINA P., *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883.
- DE NICTOLIS R. (Ed.), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 189, n. 200.
- DE PRETIS D., *Italian administrative law under the influence of European law*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2010, pp. 6-90.
- DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE PRETIS D., *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 331.
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917.
- DELLA CANANEA G., *Reasonableness in administrative law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 295-310.
- DENOZZA F., *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, p. 469.
- EHMKE H., *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Tubinga, 1960, (trad. it. E. ALTIERI, *Discrezionalità e concetto giuridico indeterminato nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011).

## BIBLIOGRAFIA

- FALZEA A., GROSSI P., CHELI E., COSTI R., voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milano, 2008, p. 472.
- FERRARA L., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006, pp. 39-73.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014.
- FERRARI E., RAMAJOLI M., SICA M. (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006.
- FIERRO M., *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Roma, 2013, pp. 7-17.
- FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, p. 658.
- FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 5 aprile 2017.
- FORTE P., *Full jurisdiction, arte, cultura. Un discusso confine in movimento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 163-197.
- GALETTA D.U., (voce) *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 2012.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 389 ss.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (Ed.), *Codice dell'azione amministrativa*, Collana «Le Fonti del Diritto Italiano», Milano, 2010, p. 110 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GASPARRI P., *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXX, 1946.
- GASPARRI W., *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e*

- altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- GIANNINI M.S., *Federico Cammeo il grande*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 7.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.
- GIURICKOVIC DATO A., *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2018, p. 338.
- GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012.
- GOGA G.L., *The significance of the general principles in European Union Administrative Law*, in *AUDJ, Acta Universitatis Danubius*, Vol. 8, no. 2/2012, pp. 63-72.
- GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in A. DI TARANTO (a cura di), *Il nuovo modello di amministrazione tra il principio di autoritarità ed unilateralità ed i moduli consensuali nella organizzazione e nell'esercizio delle potestà pubbliche*, in [www.sna.gov.it](http://www.sna.gov.it), 2005.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Vol. I, Milano, 1983, p. 200.
- GUASTINI R., *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996.
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, p. 84.
- HOFMANN H.C.H., *General principles of EU law and EU administrative law*, in C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford, 2014.
- HOFMANN H.C.H., ROWE G.C., TURK A.H., *General Principles Framing European Union Administrative Law*, in ID., *Administrative law and policy of the European Union*, 2011, pp. 143-221.

## BIBLIOGRAFIA

- IEVA L., *Potere tecnico-discrezionale della pubblica amministrazione e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi*, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2665.
- JELLINEK G., *Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung*, Tubinga, 1913.
- JORDÃO E., *Judicial review in a context of legal indeterminacy*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2018, pp. 879-890.
- LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administratif*, Parigi, 1888.
- LA TORRE M., *Le questioni fondamentali della Giustizia Amministrativa. Il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1927.
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1573 ss, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 637 ss.
- LAZZARA P., «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 252.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 1, p. 371.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 245.
- LEDDA F., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Milano, 1987, p. 84 ss.
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 12, p. 3303.
- LEONE G., *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019.
- LEVI F., *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, p. 124.
- LIGUORI F., *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 219-236.
- LIGUORI F., *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017.

- LOMBARDO G., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1997, p. 984 ss.
- LUNARDELLI M., *The reform of Legislative Decree no. 33/2013 in Italy: a double track for transparency*, in *Italian Journal of Public Law*, 9, 2017, pp. 143-188.
- MALINCONICO C., *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, p. 69 ss.
- MARRONE A., *Constitutional adjudication and the principle of reasonableness*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 215-241.
- MARTINICO G., SIMONCINI M., *An Italian perspective on the principle of proportionality*, in VOGENAUER S., WEATHERILL S., *General principles of law: European and comparative perspective*, Londra, 2017.
- MARZUOLI C., (voce) *Eccesso di potere*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2016.
- MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Diritto pubblico*, 1998, 1, p. 127 ss.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.
- MASUCCI A., *Il processo amministrativo in Francia*, quaderno di *Dir. proces. amm.*, 1995.
- MATTARELLA B.G., *Administrative law in Italy: an historical sketch*, in *rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2010, pp. 1009-1053.
- MATTARELLA B.G., *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1993-2003.
- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- MELLERAY F., *Les origines du recours pour excès de pouvoir*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- MERKL A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienna-Berlino, 1927.



## BIBLIOGRAFIA

- MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 1355.
- MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011.
- MERUSI F., *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2011, p. 1222.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 181.
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892.
- MIELE G., *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, p. 116.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova, 1953.
- MODUGNO F., *la ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007;
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 1187-1388.
- MORBIDELLI G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998, p. 95 ss.
- MORBIDELLI G., *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 63.
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana – Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 997 ss.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig .It.*, V, Torino, 1968, p. 1102.
- MORTATI C., *Potere discrezionale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, 1939, pp. 76-81.
- NAPOLITANO G., *The legal design of judicial review systems: a comparative overview*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2018, pp. 861-877.
- NAPOLITANO G., *The transformations of comparative administrative law*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2017, p. 997 ss.
- NAPOLITANO G., *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 695.

- NAPOLITANO G., *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.
- NASTI I., *L'abuso di posizione dominante nel sistema delle comunicazioni elettroniche e il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità di settore*, in *Corr. giur.*, 9, 2017, p. 1246.
- NEDJATIGIL Z.M., *Judicial control of administrative discretion: a comparative study*, in *Anglo-Am. Law Review*, 14, 1985, p. 97 ss.
- NICOSIA F.M., *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. V. I Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale*, Napoli, 1991.
- NICOTRA F., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017.
- NIGRO M., *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), Bologna 1994, p. 721.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1988, p. 3 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1249).
- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 913.
- PALMA G., *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un assaggio*, in *Amministrativ@mente*, 1, 2013, pp. 1-16.
- PASTORELLI M., *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 37, 2008, p. 388.
- PAJNO A., *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 617.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987, p. 3165 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, Intervento al Convegno "Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro", Parma, 4 ottobre 2019, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- PEPE G., *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2015.

## BIBLIOGRAFIA

- PERFETTI L., *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 285-296.
- PERSICO F., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1882.
- PERULLI G., *Commento all'art. 16*, in V. ITALIA (coordinato da), *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000.
- PIRAINO S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 65-91.
- POLI G., FERRARA L., *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 253-373.
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, IV, 1910, p. 10 ss.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 59.
- PROVENZANO P., *Note minime in tema di sanzioni amministrative e materia penale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, XXVIII, 6, 2018, pp. 1073-1103.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994.
- RAIMONDI G., *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 9-24.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.
- RANELLETTI O., *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1923.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912.

- RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova, 1927.
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 247.
- RESTA D., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e gli interessi legittimi dei cittadini nella legge di riforma del procedimento amministrativo e nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Tar*, 1992, II, 11, p. 411.
- RIVERA I., *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (FQC)*, 13 febbraio 2016.
- RIVERO J., *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Rev. Dr. Publ.*, 1953, p. 279.
- ROMAGNOSI G.D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835.
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1, 1999, p. 111.
- ROMANO A., *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, in *Foro amm.*, 11, 1981, p. 2162.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937
- ROTA F., *Full jurisdiction e diritto di polizia*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 285-296.
- SABBATO G., *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 297-320.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, 2009.
- SANDULLI A., *Proporzionalità*, in S. CASSESE (Ed.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. V, Milano, 2006, p. 4643 ss.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *ID.*, *Dir. Soc.*, 1975, p. 561 ss, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 665 ss.

## BIBLIOGRAFIA

- SAPORITO G., *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2001, p. 945.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.
- SAU A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2000, p. 1045 ss.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 28.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, p. 287.
- SERRIGNY D., *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière administrative*, Parigi, 1851.
- SORACE D., *Conclusioni: per continuare (gli esercizi di comparazione)*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, p. 387.
- SORACE D., *Promemoria per una nuova «voce» «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 758.
- SORDI B., *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale: la formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.
- SPAGNUOLO F., *Il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario nella nuova legge sull'azione amministrativa*, in A. MASSERA (a cura di), *La riforma della*

- Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in *www.astrid-online.it*, pp. 14-17.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Public enemy. The effectiveness of administrative judicial protection*, in *Italian Journal of Public Law*, 3, 2011, pp. 244-254.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *The protection of legitimate expectation as global principle of administrative law*, in DELLA CANANEA G., SANDULLI A., *Global standards for public authorities*, Napoli, 2012.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Eccesso di potere e sproporzionata gravità dei vincoli*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 1958, p. 626.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 1961, p. 825.
- SPAMPINATO B., *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2, 2019, p. 275.
- SPATTINI G.C., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 133.
- STAMILE N., *Ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, n. 2/2015.
- STOLLEIS M., *A history of public law in Germany, 1914-1945*, (trad. a cura di) T. DUNLOP, Oxford, 2004.
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2014.
- TARULLO S., *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, p. 1385.
- TESAURO G., *Reasonableness in the European Court of Justice Case-Law*, in AA.VV., *The Court of Justice and the construction of Europe*, The Hague, 2013, pp. 307-327.
- TEZNER F., *Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Vienna, 1888.
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, p. 91.
- TREVES G., *Judicial review in Italian administrative law*, in *The University of Chicago Law Review*, 26, 1959, pp. 419-435.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2007.

## BIBLIOGRAFIA

- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.
- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993.
- VIRGA P., *Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1992.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.
- VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1933.
- VIVIEN A.F.A., *Etudes administratives*, Parigi, 1852.
- VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2008, p. 791.
- VON LAUN R., *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Lipsia-Vienna, 1910.
- WADE H.W.R., FORSYTH C.F., *Administrative Law*, Oxford, 2000.
- WELTER H., *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Parigi, 1929.
- WEISS C., *Scientific uncertainty and science-based precaution*, in *International Environmental Agreements*, 3, 2003, pp. 137-166.
- WIDDERSHOVEN R.J.G.M., REMAC M., *General principles of law in administrative law under European influence*, in *European Review of Private Law*, n. 2-2012, pp. 381-408.
- ZAGREBELSKY G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milano, 1994, pp. 179-192.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1924, p. 281 ss, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1956, p. 25 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936.
- ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007.

**ORDINAMENTO OLANDESE**

- ADDINK G.H., *Good governance: concept and context*, Oxford 2019.
- ADDINK G.H., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Oxford 1999.
- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.
- ANTHONY G., *Article 6 ECHR, Civil Rights, and the Enduring Role of the Common Law*, in *Eur. Pub. L.*, 19, 2013.
- AUBY J.B., *About Europeanization of domestic judicial review*, in *Review of European Administrative Law* 7, 19, 2014.
- AUBY J.B., CLUZEL-METAYER L., XENOU L., *Administrative Law in France*, in R. Seerden (a cura di), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018.
- AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976.
- BARKHUYSEN T., ADRIAANSE C., DEN OUDEN W., SCHUURMANS Y.E., *Faciliter la mise en œuvre du droit communautaire: l'exemple du droit administratif Néerlandais*, in *Revue française d'administration publique*, 2009/1, n. 129, 2009, pp. 131-151.
- BARKHUYSEN T., BRENNINKMEIJER A., VAN EMMERIK M.L., *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in AA.VV. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen/Groningen, 1998.
- BARKHUYSEN T., DEN OUDEN W., SCHUURMANS Y.E., *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012.
- BARKHUYSEN T., VAN EMMERIK M.L., *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018.
- BARKHUYSEN T., VAN EMMERIK M.L., *Judicial review in Dutch environmental law: general observations*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 103-120.



## BIBLIOGRAFIA

- BOASSON J.J., *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, 1911.
- BOBEK M., *Reasonableness in administrative law: a comparative reflection on functional equivalence*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, p. 311-326.
- BOK A.J., *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjective? A survey including French and German Law*, in F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial lawmaking and administrative law*, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 153-179.
- BOYMANS P., ELIANTONIO M., *Europeanization of legal principles? the influence of the CJEU'S case law on the principle of legitimate expectations in The Netherlands and the United Kingdom*, in *European Public Law*, V. 19, n. 4, 2013, pp. 715-738.
- BROUWER J.G., SCHILDER A.E., *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998.
- BROWN L.N., BELL J.S., *French administrative law*, Oxford, 1993, pp. 229-235.
- BRUNNER C.J.H., *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977.
- CARANTA R., GERBRANDY A., *Introduction*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011.
- CARRÀ M., *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, pp. 153-205.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 2013.
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003.
- CHIRULLI P., *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018.
- CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996.
- CHITI M.P. (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990.

- CRAIG P., *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003.
- CRAIG P., *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in E. ELLIS (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, 1999.
- COCCONI M., *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019.
- D'ALBERTI M., *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.
- DALY P., *Unreasonable Interpretation of Law*, 66 *Supreme Court Law Review* (2d)233, 2014.
- DAVIES A.C.L., WILLIAMS J.R., *Proportionality in English law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018.
- DE BOOK R.H., *Waarheidsvinding in het bestuursrecht*, in *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag, 2001.
- DE MOOR-VAN VUGT A.J.C., DE WAARD B.W.N., *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 369-396.
- DE POORTER J., *A future perspective on judicial review of general binding regulations in the Netherlands: towards a substantive three-step proportionality test?*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 83-102.
- DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.
- DE SALVIA M., ZAGREBELSKY V., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2006.
- DE SMITH S.A., WOOLF H., JOWELL J., *Judicial review of administrative action*, Londra, 1998.

## BIBLIOGRAFIA

- DE WAARD B., *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018.
- DE WAARD B., *Samenwerkende machten: wetgeving en rechtspraak in dienst van het recht*, Zwolle, 1994.
- DE WERD M., DE WINTER R., *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, pp. 104-110.
- DELLA CANANEA G., *Reasonableness in administrative law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 295-310.
- DELLA CANANEA G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.
- DELLA CANANEA G., *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.
- DUK W., *Inleiding tot het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn, 1988.
- DYZENHAUS D., *The politics of deference: Judicial review and democracy*, in M. TAGGART, *The province of administrative law*, Oxford, 1997.
- ELIANTONIO M., *Judicial review in an integrated Administration: the case of composite procedures*, in *Review of European Administrative Law*, V. 7, n. 2, 2014, pp. 65-102.
- ELKERBOUT R., *Netherlands*, in *The Public Competition Enforcement Review*, May 2013.
- ESSENS O.F., VERHOEVEN M.J.M., *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011.
- FELIZIANI C., *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm.* CDS, fasc. 2, 2012.
- FORSYTH C., *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Camb. Law J.*, 2003.
- GALLICAN D.J., *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, §6.42 *Reasonableness and unreasonableness*, Oxford, 2011.

- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010.
- GASPARRI W., *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018.
- GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009.
- GOODWIN J., *The last defence of Wednesbury*, in *Public Law*, 2012.
- GRECO G., *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010.
- HELDEWEG M.A., *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag, 1993.
- HILSON C., *The europeanization of English administrative law: judicial review and convergence*, in *European Public Law*, V. 9, n. 1, 2003, pp. 125-145.
- HIRSCH BALLIN E.M.H., ORTLEP R., TOLLENAAR A., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Den Haag, 2015.
- JAFFE L.L., HENDERSON E.G., *Judicial review and the rule of law: historical origins*, London, 1956.
- JOWELL J.L., LESTER A., *Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law*, in *Public Law*, 1987.
- JURGENS G., VAN OMMEREN F., *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide*, in *Cambridge Law Journal*, 71(1), 2012, pp. 172-199.
- KLAP A., *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle, 1994.
- KOMESAR N.K., WAGNER W.E., *The administrative process from the bottom up: reflections on the role, if any, for judicial review*, in *Administrative Law Review*, V. 69, 2017, pp. 891-949.
- LAVRIJSSEN S., ÇAPKURT F., *Who guards the guardians? Judicial oversight of the Authority Consumer and Market's Energy Regulations in the Netherlands*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 133-171.

## BIBLIOGRAFIA

- LAVRIJSSEN S., *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, pp. 173-201.
- LAVRIJSSEN S., DE VISSER M., *Independent Administrative Authorities and the standard of judicial review*, in *Utrecht Law Review*, 1, 2006, pp. III-135.
- LEGAL H., *Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law*, in B. HAWK, *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, V. 32, 2006, pp. 107-116.
- LEONE G., *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019.
- LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 11 aprile 2018.
- LOEFF J.A., *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, Leiden, 1887.
- LOEFF J.A., *Ontwerp voor een Wetboek van Administratieve Rechtsvordering*, 1906.
- LOEFF J.A., *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, 31 *Themis*, no. 1, 1912, pp. 144-172.
- MANGIAMELI S., *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, V. 2, Milano, 2006.
- MARSCH N., TÜNSMEYER V., *The principle of proportionality in German administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, pp. 13-42.
- MARSEILLE A.T., VAN DER HEIDE R.R., *De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter*, in *JBplus*, 2, 2008.
- MARTINO P., *Centri e periferie del potere nel Regno Unito. Le nuove dimensioni di un antico confronto*, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- MIRATE S., *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. e previd.*, 2011.
- MIRATE S., *Traditional model vs dialogue model in UK Legal System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011.

- NEDJATIGIL Z.M., *Judicial control of administrative discretion: a comparative study*, 14 *Anglo-Am. Law Review*, 97, 1985.
- PACINI M., *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012.
- PEIRIS G.L., *Wednesbury unreasonableness: the expanding canvas*, in *Cambridge Law Journal*, 1987.
- PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, 2012.
- POLAK J.E.M., DE MOOR-VAN VUGT A.J.C., SCHLOSSELS R.J.N., VERHEIJ N., WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *De toekmost van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Tilburg, 2004.
- POTO M., *Judicial review of administrative action: procedure vs. substance. Germany*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 93-124.
- PRAKKE L., *Marginale toetsing*, in *Toetsing in het publiekrecht*, Assen 1972.
- PRUDENZANO L., *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Osservatorio costituzionale, 2014.
- PÜNDEH H., KLAFKI A., *Administrative Law in Germany*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018.
- RANCHORDÁS S., DE WAARD B., *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018
- RIPSTEIN A., *Reasonable Person in Private Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (a cura di), *Reasonableness and Law*, New York, 2009.
- RODRIGUEZ PONTÓN F.J., *Las articulaciones de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005.
- SANCHEZ Y., *Proportionality in French administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018.
- SCHLÖSSELS R.J.N., *Loeff versus Struycken: wie had gelijk?*, in R.J.B. SCHUTGENS, *Canon van het recht*, Nijmegen, 2010, pp. 69-74

## BIBLIOGRAFIA

- SCHREUDER-VLASBLOM M., *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer, 2008.
- SCHUTGENS R.J.B., *Het arrest Guldemon/Noordwijkerhout*, in *Ars Aequi*, 2009, pp. 772-775.
- SCHUURMANS Y.E., *De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief*, in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, E. STEYGER, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 115-142.
- SCHUURMANS Y.E., *Review of facts in administrative law procedures; a European Community Law perspective*, in *Review of European Administrative Law*, 1(1), 2008, pp. 5-34.
- SCHWARZE J., *The convergence of the administrative laws of the EU Member States*, in *European Public Law*, V. 4, n. 2, 1998, pp. 191-210.
- SEERDEN R., WENDERS D., *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018.
- SIMONATI A., *Administrative law and the dialogue model in France. The administrative Courts contribution*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011.
- STEENBEEK J.G., *Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen*, Den Haag, 1988.
- STOUTEN M., *De witwasmeldplicht*, Den Haag, 2012.
- STROINK F.A.M., *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995.
- STROINK F.A.M., TAK A.Q.C., TEUNISSEN J.M.H.F., *Een alalyse van één jaar TwK jurisprudentie*, NJB, 1989.
- STROINK F.A.M., VAN LINDEN E., *Judicial Lawmaking and administrative law, Part II Separation of powers/trias politica*, Antwerpen/Oxford, 2005.
- STRUYCKEN A.A.H., *Administratie of rechter*, Arnhem, 1910.
- STRUYCKEN A.A.H., *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, Leiden, 1912.

- SCHWARZE J., *European administrative law*, London, 2006.
- TAK A.Q.C., *Nederlands beestuurprocesrecht in theorie en praktijk*, V. 1, Den Haag, 2002.
- TEN BERGE J.B.J.M., STROINK F.A.M., *AROB in vogelvlucht*, Alphen aan den Rijn, 1989.
- THOMPSON K., *Administrative Law in the United Kingdom*, in R. Seerden (a cura di), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018.
- VAN DEN BERGE, *The relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, pp. 99-111.
- VAN DEN BRINK J.E., DEN OUDEN W., PRECHAL S., WIDDERSHOVEN R.J.G.M., J.H. JANS, *General principles of law*, in J.H. JANS, S. PRECHAL, R.J.G.M WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, Groningen, 2015, pp. 137-267.
- VAN DIJK P., *Review of administrative decisions of government by administrative courts and tribunal in The Netherland*, relazione tenuta al 10th Congress of the International Association of Supreme Administrative Jurisdiction (IASAJ), Sydney, March, 2010.
- VAN DIJK P., *The Benthem Case and its aftermath in the Netherlands*, in *Netherlands International Law Review*, 34(1), 5-24, 1987.
- VAN ETTEKOVEN B.J., *Judicial review in Dutch environmental law; from the judge's perspective*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 121-132.
- VAN KOPPEN P.J., *The Dutch Supreme Court and Parliament: political decisionmaking versus nonpolitical appointments*, in *Law and Society Review*, V. 24, n. 3, 1990, pp. 745-780.
- VAN WIJK H.D., KONIJNENBELT W., VAN MALE R.M., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam 2011.
- VERHEIJ N., *Dutch administrative law after Benthem's Case*, in *Public Law*, 1990.
- VOERMANS W., *Constitutional law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 317-368.



## BIBLIOGRAFIA

WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012.

WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen, Evaluatie van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen op het gebied van het Milieurecht*, Zwolle, 1991.

ZIJLSTRA S.E., SCHLÖSSELS R.J.N., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Amsterdam, 2017.

## TAVOLA DEI CASI CITATI

### ITALIA

Corte cost., 4 novembre 1999, n. 416, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

Corte cost., 4 maggio 2009, n. 137, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

Corte cost., 23 febbraio 2011, n. 71, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

Cass., 4 maggio 1960, n. 1006

Cass., SS.UU., 15 marzo 1972, n. 745, in *Foro it.* 1972, I, 2482

Cass. civ., SS.UU., 14 maggio 1987, n. 4442, in *Foro it.* 1988, I, 3400

Cass. civ., SS.UU., 5 agosto 1994, n. 7261, in *Giust. civ. Mass.* 1994, 1063

Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2001, n. 15414, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 2100

Cass. civ., SS.UU., 8 marzo 2012, n. 3622, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 288

Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1933, in *Giur. it.*, LXXXV, 1933

Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 1938, in *Il Foro amministrativo*, XV, 1939, I, 1, c. 40

Cons. St., sez. IV, 11 gennaio 1939, in *Il Foro amministrativo*, XV, 1939, I, 1, c. 44

Cons. St., sez. IV, 21 maggio 1958, n. 384, in *Riv. giur. ed.*, 1, 1958, p. 626.

Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1961, n. 417, in *Riv. giur. ed.*, 4, 1961, p. 825.

Cons. St., sez. V, 18 febbraio 1992, n. 132, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., Ad. Plen., 6 febbraio 1993, n. 3, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. V, n. 1514/1998, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, n. 926/2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. IV, n. 6410/2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2005, n. 1195, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 300

Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Dir. e Giust.*, 2006, 93

Cons. St., sez. V, n. 2087/2006, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2007, n. 5074, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, n. 1736/2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2008, n. 694, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3728, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. IV, 18 agosto 2009, n. 4958, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 301, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1667, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

## TAVOLA DEI CASI CITATI

Cons. St., sez. VI, 27 maggio 2014, n. 3357, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. IV, 14 novembre 2014, n. 5609, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2017, n. 493, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5060, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. V, 12 aprile 2018, 5143, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5143, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. II, 19 giugno 2019, n. 4184, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. V, 31 luglio 2019, n. 5434, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5562, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 gennaio 2007, n. 345, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 21 maggio 2008, n. 1812, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 5 agosto 2009, n. 1990, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Calabria, sez. I, 4 giugno 2015, n. 517, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 agosto 2016, n. 9086, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 13 settembre 2017, n. 4360, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 11 ottobre 2017, n. 10207, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 gennaio 2018, n. 460, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 28 febbraio 2019, n. 329, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 18 aprile 2018, n. 205, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 aprile 2019, n. 4500, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 giugno 2019, n. 452, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 luglio 2019, n. 4188, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 1 agosto 2019, n. 4223, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 26 agosto 2019, n. 10591, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)  
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 ottobre 2019, n. 12042, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Corte Appello, Catanzaro, sez. II, 7 maggio 2019, n. 981

### PAESI BASSI

HR, 31-12-1915, NJ 1916, p. 407, *Guldemon-Noordwijkerhout*

HR, 31-01-1919, NJ 1919, p. 161, *Lindenbaum c. Cohen*

HR, 14-01-1949, NJ 1949/557, p. 751, *Zandvoortse*, con nota di D.J. VEEGENS

HR, 25-02-1949, NJ 1949/558, *Doetinchem*

ARRvS, 23-06-1981, nr. A-35482(1979), AB 1982, 213 *Normaal* con nota di E. BREDERVELD

ARRvS, 25-02-1993, tB/S 1993, nr. 17

ABRvS, 16-11-1995, AB 1995/181

ABRvS, 9-05-1996, AB 1997/93; AA 1997 43; Gst 1997, 7053, 9; JB 1996/158, con nota di F.A.M. STROINK

ABRvS, 4-06-1996, JB 1997/172

ABRvS, 21-04-1998, JB 1998/133

ABRvS, 4-02-1999, JB 1999/66

## TAVOLA DEI CASI CITATI

ABRvS, 8-05-2002, AB 2003/137, con nota di N. VERHEIJ  
ABRvS, 10-07-2002  
ABRvS, 27-01-2003, AB 2003, 286  
ABRvS, 21-07-2004, AB 2004/293, con nota di J. STRUIKSMA  
ABRvS, 19-01-2005, AB 2005/50, con nota di A.B. BLOMBERG  
ABRvS, 6-02-2008  
ABRvS, 10-12-2008, JB 2009/39  
ABRvS, 26-03-2008, case n. 200705490/1  
ABRvS, 10-12-2008, JB 2009/39  
ABRvS, 11-02-2009, AB 2009/224, con nota di R. ORTLEP  
ABRvS, 12-08-2009, AB 2009/368, con nota di B. DE WAARD  
ABRvS, 27-01-2010, AB 2010/48, con nota di O.J.D.M.L. JANSEN  
ABRvS, 18-11-2015, AB 2016/82  
ABRvS, 13-04-2016, AB 2016/195, con nota di M. RENEMAN  
ABRvS, 26-10-2016, AB 2016/447, con nota di VAN H.E. BRÖRING

Pres. Rb Alkmaar, 2-07-1996, 96/971

Rb Alkmaar, 19-03-1997, 96/792

### REGNO UNITO

*R. v. Minister of Health, ex parte Yaffe*, [1931] A.C. 494

*R. v. Hendon District Council, ex parte Chorley*, [1933] 2 K.B. 696

*R. v. Minister of Transport, ex parte Grey Coaches*, [1933] 77 S.J. 301

*R v. Minister of Transport, ex parte Upminster Services Ltd*, [1934] 1 K.B. 277

*Errington v. Minister of Health*, [1935] 1 K.B. 249

*Sheffield Burgesses v. Minister of Health*, [1935] 52 T.L.R. 171

*Cooper v. Wilson*, [1937] 2 K.B. 309

*R. v. Boycott, ex parte Keasley*, [1939] 2 K.B. 651

*White and Collins v. Minister of Health*, [1939] 2 K.B. 838

*Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ. 1, [1948] 1 K.B. 223, *Court of Appeal (England and Wales)*

### ORDINAMENTO EUROPEO

#### CEDU

sez. II, 27 settembre 2011, C-43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*

#### CGUE

29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique*, causa C-8/55, in *Racc.*, 291

14 dicembre 1962, cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società Industriale Acciaierie San Michele*, in *Racc.* 449

19 marzo 1964, causa C-18/63, *Estelle Schmitz*, in *Racc.*, 85

13 luglio 1965, *Lemmerz-Werke*, Causa 111/63 in *Racc.*, 835

14 maggio 1974, *CNTA*, causa 74/74, in *Racc.*, 533

27 aprile 1978, *Stimming*, causa 90/77, in *Racc.*, 995

16 maggio 1979, *Tomadini*, causa 74/78, in *Racc.*, 1801

19 maggio 1983, *Mavridis*, causa 289/81, in *Racc.*, 1731

30 novembre 1983, *Ferriere San Carlo*, causa 235/82, in *Racc.*, 3949

24 novembre 1987, *RSV*, causa 223/85, in *Racc.*, 4617

## TAVOLA DEI CASI CITATI

- 26 aprile 1988, *Krüken*, causa C-316/86, in *Racc.*, 2213  
19 maggio 1992, *Mulder*, causa C-104/89, in *Racc.*, I-3061  
19 maggio 1993, *Twijnstra*, causa C-81/91, in *Racc.*, I-2455  
15 febbraio 1996, *Fintan Duff*, causa C-63/93, in *Racc.*, I-569  
5 febbraio 1997, *Unifruit Hellas*, causa C-51/95, in *Racc.*, I-727  
15 aprile 1997, *Irish Farmers*, causa C-22/94, in *Racc.*, I-1809  
15 gennaio 2002, *Weidacher*, causa C-179/00, in *Racc.*, I-501  
6 marzo 2003, *Molkerei Wagenfeld*, causa C-14/01, in *Racc.*, I-2279  
20 maggio 2003, *Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk*, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, in *Racc.*, I-04989  
15 luglio 2004, *Di Leonardo*, cause riunite C-37 e 38/02, in *Racc.*, I-6911  
14 maggio 2009, *Azienda Disarò c. Milka*, causa C-34/08, in *Racc.*, I- 4023  
9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke and Eifert*, cause riunite C-92/09 e 93/09, in *Racc.*, I-11063  
27 gennaio 2011, *Flos*, causa C-168/09, in *Racc.*, I-181

### TRIBUNALE

- 17 febbraio 1998, *Pharos*, causa T-105/96, in *Racc.*, II-285  
2 ottobre 2001, *Martinez*, cause riunite T-222/99 e T-329/99, in *Racc.*, II, 2823.

## CHAPTER I

### JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

#### (ABSTRACT)

TABLE OF CONTENTS: 1. Reasonableness as proportionality? An Italian perspective – 2. The many faces of the principle of reasonableness in Italian administrative law – 2.1. Reasonableness in the administrative proceeding – 2.2. Reasonableness in judicial review of administrative discretionary power – 3. Lights and shadows of Italian administrative jurisprudence.

#### 1. Reasonableness as proportionality? An Italian perspective.

On the level of Italian administrative law, part of the national doctrine considers reasonableness<sup>1</sup> a principle different from proportionality<sup>2</sup> and endowed

---

<sup>1</sup> For an historical frame of the traditional Italian reconstruction of the principle of reasonableness in the administrative action, see F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in Federalismi.it, 12 settembre 2018; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in Federalismi.it, 14 giugno 2017; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA (Eds.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 371 ff; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 295-310; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, pp. 437-451; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 421 ff.

<sup>2</sup> The literature on proportionality is vast. Specifically on the principle of proportionality in the administrative action, see M. D'ALBERTI, *Transformations of administrative law: Italy from a comparative perspective*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON, *Comparative Administrative Law*, Northampton, 2017; F. NICOTRA, *op. cit.*; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 389 ff; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI(Ed.), *Codice dell'azione amministrativa*, Collana «Le Fonti del Diritto Italiano», Milano, 2010, p. 110 ff; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (Ed.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. V, Milano, 2006, p. 4643 ff.; A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

with its own autonomy with respect to the latter, reconnecting to each of them specific fields of action and peculiarities<sup>3</sup>.

The fields of action of the two principles (reasonableness and proportionality) refers to different phases of the administrative decision making process.

In particular, reasonableness concerns the administrative proceeding, especially the preliminary phase; proportionality concerns the administrative measure, as a concrete balancing of interests at stake<sup>4</sup>.

The principle of reasonableness involves a weighting of interests inspired by the criterion of logic and congruity of the choice made by the public authority; it is independent of assessments regarding the person who suffers the administrative decision and its application involves an objective test, taking the position of a neutral person (the “reasonable man”).

On the other hand, the principle of proportionality implies a more complex evaluation, based on a three-stage scheme, testing for adequacy (which requires that a measure must be suitable to achieve a given aim.), necessity (which implies that the least oppressive measure should be used) and proportionality *stricto sensu*<sup>5</sup> (which prevents a measure imposing unreasonable burdens on the sacrificed individual

---

<sup>3</sup> Some other scholars state that the principle of proportionality belongs to the principle of reasonableness, because of their relationship of *species a genus*. On this point see P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993, p. 69 ff; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 1187 ff; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998, pp. 97-99.

<sup>4</sup> On this point, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, p. 192, argues that «the reasonableness of the administrative proceeding, and in particular of the preliminary investigation, measures the rationality of the procedure, and therefore the fact that it was conducted by resorting to rules and regularity according to logic and knowledge (according to science and experience), in the framework of a process of formation of the knowledge of the factual reality and the will characterized by information and rational evaluation, while the proportionality of the final statement, based on the principle of adequacy, gives an account of how the care of the public interest identified by the law (or more precisely, interpreted in the proceeding) is concretely satisfied with the least possible sacrifice of private interests» (my translation).

<sup>5</sup> This component of proportionality is also called *reasonableness*. See e.g. J.E. VAN DEN BRINK, W. DEN OUDEN, S. PRECHAL, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, J.H. JANS, *General principles of law*, in J.H. JANS, S. PRECHAL, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN (Eds.), *Europeanisation of public law*, Groningen, 2015, p. 184.

interests.); it directly compares the costs suffered by private interest and the pursued public interest.

Proportionality is the principle on the basis of which a public authority, in the decision making process, must choose the most appropriate and adequate solution (from all available options) with the least sacrifice for the opposite interest. In other words, proportionality concerns the quantitative balancing and the correct measure of the exercised administrative power. In this way, according to the theory of the three-pronged test, the administrative measure should be necessary, suitable and adequate to pursue the public interest, imposing reasonable burdens on affected individuals.

Instead, reasonableness concerns the qualitative balancing of interests; it involves the plausibility of the effects<sup>6</sup> and has a limited range because it excludes only decisions so unreasonable that no reasonable man could ever have come to it.

Of course, the proportionality test involves a more intensive judicial control of administrative action than the reasonableness one<sup>7</sup>. Indeed, proportionality implies the three-stage test mentioned above (checking for adequacy, necessity, proportionality *strictu sensu*); however, reasonableness implies a «must less structured test, one that is not only broader but also much vaguer»<sup>8</sup>.

In the Italian administrative law, the origin of these two principles is also different. Originated at the beginning of the 20th century<sup>9</sup> in the German legal system<sup>10</sup> and integrated into the EU legal order through the case law of the European

---

<sup>6</sup> C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, p. 69.

<sup>7</sup> A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The European "nomofilachia"*, *op. cit.*, p. 222-223, point out the vagueness of reasonableness.

<sup>8</sup> G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, *op. cit.*, p. 304.

<sup>9</sup> In the specific context of *polizierecht*, F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354, used a fortunate expression, according to which the principle of proportionality implies that "the police should not use cannons to shoot at sparrows" (my translation).

<sup>10</sup> The principle of proportionality was first developed in German constitutional and administrative case law. See on this point D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 11 ff; A. SANDULLI, *Proporzionalità*, *op. cit.*, p. 4644 ff.



Court of Justice<sup>11</sup>, the general principle of proportionality becomes a source of inspiration for the national judge<sup>12</sup>, spontaneously and without notable resistance<sup>13</sup>; also the Italian administrative courts have often ruled that proportionality test must be carried out according to the three-stage scheme<sup>14</sup>. However, the principle of reasonableness, which has been primarily used by the common law systems<sup>15</sup>, has successively been applied also in the continental legal orders; as for Italy, administrative law borrowed the concept of reasonableness from national constitutional law<sup>16</sup>.

In constitutional law, reasonableness is indeed a standard for reviewing laws<sup>17</sup>. This use of reasonableness emerged in a recent case<sup>18</sup> brought before the

---

<sup>11</sup> Since its birth and mainly in the matter of sanctions, State aid and derogations from the competition rules. See e.g. European Court of Justice, Case C-8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique v. High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1954-1956] European Court Reports (English Edn.) 291, the first case in which the ECJ dealt with the principle of proportionality; Case C-5-11 & 13-15/62 *Società Industriale Acciaierie San Michele v. High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1962] European Court Reports (English Edn.) 449; Case C-18/63 *Schmitz v. European Economic Community*, [1964] European Court Reports (English Edn.) 85.

<sup>12</sup> See M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 150.

<sup>13</sup> D. DE PRETIS, *Italian administrative law under the influence of european law*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2010, p. 13.

<sup>14</sup> This is made explicit in Council of State, Section VI, n. 1736/2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Council of State, Section V, n. 2087/2006, *ivi*; Council of State, Section VI, 22 March 2005, n. 1195, *ivi*; Council of State, Section IV, n. 6410/2004, *ivi*; Council of State, Section VI, 1 April 2000, n. 1885, *ivi*.

<sup>15</sup> On this point see H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 2000, p. 353 ff. One of the first judgments in this matter was the leading case *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223. According to the Court, judicial intervention is allowed only if a decision is so unreasonable as to be aberrant. The literature on *Wednesbury* case is vast. See, among the newest, A.C.L. DAVIES, J.R. WILLIAMS, *Proportionality in English Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 75 ff; K. THOMPSON, *Administrative law in the United Kingdom*, in R. SEERDEN, *Comparative administrative Law. Administrative law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 247.

<sup>16</sup> In the Italian legal order, constitutional law and administrative law are closely linked (as two fields of public law) but different.

<sup>17</sup> Specifically on this point, without claiming to be exhaustive, see I. RIVERA, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (FQC)*, 13 febbraio 2016; N. STAMILE, *Ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*,

Constitutional Court<sup>19</sup>. The Legislative Decree 14 March 2013 no. 33, reordered obligations of disclosure, transparency and dissemination of information by public authorities. In detail, Article 14 of the Legislative Decree no. 33/2013 provides for holders of political offices some transparency measures on asset, interest and financial data. The Legislative Decree 25 May 2016, no. 97, amending the article 14 of the Legislative Decree no. 33/2013, extended the asset and income disclosure to executive officials<sup>20</sup>. Following the amendment, the obligation applied to: holders of political offices of State, Regions and Local entities; holders of administrative, direction or Government offices, however named, except in the case of appointments without remuneration; holders of management positions, granted for whatever reason, including any appointment granted at the discretion of the political bodies without resorting to public selection procedures. This category included managerial senior positions such as Secretary General, Head of Department, General Manager

---

n. 2/2015; M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Roma, 2013, pp. 7-17; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, 2013; A. MARRONE, *Constitutional adjudication and the principle of reasonableness*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 215-241; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; F. MODUGNO, *la ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milano, 1994, pp. 179-192; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Dir. Soc.*, 1975, p. 561 ff, currently in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 665 ff; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1573 ff, currently in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 637 ff.

<sup>18</sup> Constitutional Court, 21 February 2019, n. 20, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). See A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 27 February 2019.

<sup>19</sup> According to Article 134 of the Italian Constitution, the most important task of the Italian Constitutional Court is to rule on controversies or disputes regarding the constitutional legitimacy of the laws and acts having the force of law issued by the State and Regions.

<sup>20</sup> M. LUNARDELLI, *The reform of Legislative Decree no. 33/2013 in Italy: a double track for transparency*, in *Italian Journal of Public Law*, 9, 2017, pp. 143-188.

and any other managerial position, also those conferred on subjects who do not possess the rank of employees of public administrations (external appointments).

Public officials, as above identified and without any distinction, were subject to disclosure and publishing on the websites of the administrations where they hold offices the following information related to their income and asset: a) remuneration of whatever type related to the acceptance of the office included the public money spent on business travels and missions; b) data related to the acceptance of other offices, both in public and private bodies, and the relevant remuneration received on any ground; c) other appointments, if any, remunerated with public money with an indication of the relevant amount; d) copy of the latest tax return (annually); e) a statement on his/her real rights on immovable properties and movable properties recorded in a public register, ownership of company shares and equity participations, ownership of companies, any company directorships or posts as internal company auditors (within three months from the appointment and then annually to communicate any variation).

The Constitutional Court has declared the constitutional illegitimacy of Article 14 of Legislative Decree n. 33/2013, in the part which obliges – without distinction – each civil servant holder of an executive appointment in public entities or bodies to disclose asset and income data, for violation of the Italian Constitution and EU Law, in particular the right to privacy, the protection of personal data and the principles of proportionality and reasonableness, as interpreted in the light of the case law of the European Court of Justice<sup>21</sup>.

According to the Court, the legislator should have made exceptions, because a provision stating the disclosure for all the subjects of the category (including holders of management positions granted at the discretion of the political bodies without resorting to public selection procedures) is unreasonable, disproportionate and

---

<sup>21</sup> See point 3.1 of the decision. The Constitutional Court recalls the principle of proportionality expressed in Case C-465/00, C-138/01 and C-139/01 *Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm and Joseph Lauer mann v. Österreichischer Rundfunk*, [2003] European Court Reports (English Edn.) I-04989; Case C-92/09 and 93/09 *Volker and Markus Schecke and Eifert*, [2010] European Court Reports (English Edn.) I-11063.

unnecessary and entails an excessive burden. In other words, in this case the Constitutional Court carried out a balancing test, which involved both proportionality and reasonableness as standards of reviewing law. Indeed, the court balanced the public interest of transparency and preventing corruption with the rights of privacy and data protection of individuals. Furthermore, the court established that the imposed obligation was excessively burdensome and disproportionate when balanced with the aim of preventing corruption as predefined by the legislator. For present purposes, the focal point of this judgment is paragraph 3 according to which the scrutiny of reasonableness as standard for reviewing laws makes use of the proportionality test. Therefore, from the Court's point of view, reasonableness and proportionality are two different grounds of judicial review but the latter is a component of the former; at the same time, proportionality is considered as a tool for testing reasonableness.

Reasonableness is classified by Italian scholars<sup>22</sup> in the group of typical unexpressed principles. These principles are not laid down in an explicit constitutional or legislative provision but were elaborated and developed by the doctrine and jurisprudence. Indeed, reasonableness is (not a written constitutional principle but) an unwritten principle of a constitutional nature; it means that the principle of reasonableness cannot be derogated by an act of Parliament. Not by chance, reasonableness is also defined as an «absolute principle»<sup>23</sup>, that is without exceptions. In detail, in Italian administrative law, the principle of reasonableness is a corollary of three constitutional principles, namely equality<sup>24</sup> (as contained in Article 3), impartiality and good administration<sup>25</sup> (laid down in Article 97).

---

<sup>22</sup> F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 12 September 2018, p. 3; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 3; R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 197.

<sup>23</sup> S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 248.

<sup>24</sup> F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 8, links reasonableness to the constitutional principle of equality. Such a relation is also recognized

In this regard, the Constitutional Court recognised that the principle of reasonableness, acting as a limit to the exercise of the administrative discretion, guarantees the protection of individuals affected by law, by an administrative decision and, more generally, by the legal order<sup>26</sup>.

Moreover, the principle of reasonableness is indirectly recognised by the Italian Administrative Procedure Act (Law No. 241/1990), setting, in Article 3(1) that almost<sup>27</sup> all the administrative measures must include a statement of reasons<sup>28</sup>. Indeed, the statement of reasons must set out the factual premises and the points of law that determined the authority's decision, as these emerge from the preliminary investigation; through it, the judge carries out the reasonableness test.

Since the origins of Italian administrative law, general principles of law have represented an important feature in its development. Despite the lack of rules on the binding value of the precedent (*stare decisis*), Italian administrative courts have played and still play an important role in the development of these principles and in bringing them to life; the same applies to the principle of reasonableness.

---

by the Italian Constitutional Court. This is made explicit in Constitutional Court, 4 May 2009, n. 137, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>25</sup> F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 388, states that reasonableness ensures the implementation of the constitutional principle of sound administration; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 135 and p. 152, notes that the basis of the principle of reasonableness of administrative measures is founded on the values of impartiality (as a prohibition of unequal treatment and as an obligation to weigh all the interests at stake) and sound administration (suitability, as a component of the reasonableness, relative to the choice of the most suitable means to achieve the purpose). On the relation between reasonableness, impartiality and good administration see A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The European "nomofilachia" and the principle of proportionality*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, no. 28 E SI/2009, p. 223; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, *op. cit.*, p. 1251 ff.

<sup>26</sup> Constitutional Court, 4 November 1999, n. 416, in *www.cortecostituzionale.it*. On this point see M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, S. FAITTA (Eds.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 171.

<sup>27</sup> A statement of reasons shall not be required for normative measures or for those of general application. See Article 3(2) of Law No. 241/1990 in relation to the duty to state reason.

<sup>28</sup> On this point see F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 10.

## 2. The many faces of the principle of reasonableness in Italian administrative law.

Reasonableness is a substantive and procedural standard at the same time<sup>29</sup>. It is interesting to note the new and growing attention being shown by Italian scholars to the reasonableness as standard of judicial review of administrative discretion. There are substantially three reasons for this renewed interests: firstly, the Italian crisis of the rule of law, which leaves a large margin of maneuver to the public authority for the exercise of discretionary administrative powers; secondly, the necessity of a judicial review of those discretionary powers, exercised by testing also the reasonableness of administrative action; lastly, the necessity to respect the principle of separation of powers between the executive, legislative and judicial authorities.

Indeed, in the Italian legal system, administrative power – which is manifested through administrative measures – is subordinate to legislative power and the principle of legality<sup>30</sup>. In other words, an administration can exercise only the powers explicitly provided for by specific law<sup>31</sup>. However, this positivistic theory does not reflect the reality. Excessive recourse to soft-law instruments, existence of new legal sources alien to national legal order and loss of centrality of Parliament produced a crisis of the rule of law. In this context, administrative action becomes always more autonomous (in the truest etymological sense of the word).

---

<sup>29</sup> In this regard M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 8, makes a distinction between reasonableness as principle of administrative action (called “reasonableness-standard”) and reasonableness as ground of judicial review (called “reasonableness-parameter”).

<sup>30</sup> On this point D. DE PRETIS, *Italian administrative law*, *op. cit.*, p. 10, states that «the subordination of the administration to the law is obviously in order to permit judicial review of administrative action and, as such, the justiciability of right and legitimate expectations of private parties affected by it. In this context, the notion of lawfulness of administrative action extends beyond simple compliance with the law, to include conformity of the administrative decisions to the criteria of logic, reasonableness, correspondence with the facts and substantial equity».

<sup>31</sup> G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1956, p. 25.

Therefore, whereas judicial review of administrative actions becoming increasingly full, thus «the question becomes (more accurately, necessarily implies) the identification of parameters of judgment defined by their reasonableness and proportionality, insofar as reasonableness, according to Ledda's well-known definition<sup>32</sup>, pertains "to the world of values, and therefore to the fundamental need for justice"»<sup>33</sup>.

### **2.1.Reasonableness in the administrative proceeding.**

The fundamental principle of reasonableness conditions administrative activity. It is an absolute principle of administrative proceeding, because it does not tolerate exceptions by other principles. Primary meaning of reasonableness as principle of administrative action implies a correspondence between the choice made and rules of reason.

Moreover, reasonableness is a criterion imposing the duty to weigh all interests<sup>34</sup>, including private ones, characteristic of the exercise of discretionary powers, and preventing the sacrifice of those interests, unless it is strictly necessary to do so. Therefore, reasonableness requires public authority to carry out a full assessment of all options at stake. From this point of view, «the principle of reasonableness finds advanced expression in the principle of proportionality»<sup>35</sup>.

Always referring to the administrative proceeding, reasonableness is a procedural criterion that allows to verify the completeness of the preliminary investigation, the adequacy between the preliminary investigation and the final decision, the internal consistency, the non-arbitrariness in weighing of interests at

---

<sup>32</sup> F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, p. 109.

<sup>33</sup> R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Public enemy: the effectiveness of administrative judicial protection*, in *Italian Journal of Public Law*, V. 3, 2, 2011, p. 245.

<sup>34</sup> In this respect, it is evident that reasonableness is a corollary of the constitutional principle of impartiality, in its objective meaning (while impartiality in its subjective meaning indicates prohibition of unequal treatment).

<sup>35</sup> D. DE PRETIS, *Italian administrative law, op. cit.*, p. 40.

stake and therefore the logic and the coherence of the decision-making process<sup>36</sup>. In other words, reasonableness indicates «the plausibility and the justifiability of the choice made by the public authority»<sup>37</sup>.

Lastly, reasonableness is the basis of some legal provisions on the timeframes for concluding procedures<sup>38</sup>.

## 2.2. Reasonableness in judicial review of administrative discretionary power.

From a substantial point, reasonableness is a criterion for judicial review of administrative discretion. Indeed, reasonableness is a standard of conduct which the public authority need to follow in the administrative action. According to this criterion, administrative measure must not be vitiated by a lack of logic or congruity.

As for the relation between reasonableness and administrative discretion, the former is the content and the limit of the latter at the same time. The essence of discretionary power is that a public authority can weigh public and private interests<sup>39</sup>, because the legislator did not pre-establish the prevailing interest; as unanimously stated by the Italian doctrine and jurisprudence, if discretion is particularly out of bounds, the judge may quash the administrative measure only in case of manifest unreasonableness, that is when the standards of logic or coherence<sup>40</sup> are manifestly

---

<sup>36</sup> On this point see G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo, op. cit.*, p. 1257.

<sup>37</sup> S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 248 (my translations).

<sup>38</sup> See Article 21-*nonies* of Law no. 241/1990.

<sup>39</sup> The late thirties was the defining moment for scholarly discussions on administrative discretion in Italy. In Mortati's broad reading, discretion is the room for choice left by law to the decision-maker by using open-ended and/or vague legal and/or factual words (discretion in broad sense); however, according to Giannini's stricter view, discretion is the power to choose between conflicting (primary and secondary) interests (proper discretion). On the Italian scholarly discussion about discretion see F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2000, p. 1045 ff.; G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Politica del Diritto*, Milano, 1989, p. 347 ff.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V. X, Torino, 1939, p. 76 ff.

<sup>40</sup> In a number of cases, reasonableness is conceived as logic or coherence by the Italian courts. On this point see G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*,



breached. Nevertheless, according to the principle of proportionality, a public authority must also make the decision that involves the least burden on the private interest at stake. The issue thus concerns the relation between reasonableness and proportionality as standard of judicial review.

Since the second half of the last century, the Italian doctrine<sup>41</sup> linked the manifest inconsistency and illogicality of administrative measure with the concept of reasonableness. Recently, excess of power<sup>42</sup> has become associated (if not confused) with an illogical or manifestly unreasonable decision<sup>43</sup>. Therefore, in case of a violation of the principle of reasonableness, the administrative measure is considered affected by excess of power<sup>44</sup>, with particular reference to some form of the excess of power, the so-called “symptomatic figures” (figure sintomatiche)<sup>45</sup>, classified by Italian administrative doctrine and jurisprudence, namely: conflict with standards of consistency, logic and reasonableness in administrative choices; unwarranted unequal treatment (when comparable situations are treated differently, unless such

---

*op. cit.*, pp. 298-299. However, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Enc. Treccani*, 2017, states that reasonableness used as standard of judicial review of administrative discretion does differ from mere logic and more closely reflects a sense of justice or the concept of proportionality.

<sup>41</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1950, p. 1 ff.

<sup>42</sup> In Italian administrative law, originally excess of power corresponded to the *detournement de pouvoir* of French law, that is the perverse use of official powers to attain illegitimate ends; therefore, initially excess of power was – and in part it still is – a deviation of the power, consisting in the use of power for a different purpose than that contemplated by the law (more exactly, the latter definition now indicates a misuse of power, that is only one of the many forms of excess of power classified by scholars). For an historical frame of this concept see R. CARANTA, *On discretion*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND (Eds.), *The coherence of EU Law. The search for unity in divergent concepts*, Oxford, 2008, pp. 191-192; G. CORSO, *The principle of reasonableness in administrative law*, in AA.VV., *Reasonableness and interpretation*, 2003, p. 387 ff.; G. TREVES, *Judicial review in Italian administrative law*, in *The University of Chicago Law Review*, 26, 1959, pp. 432-433.

<sup>43</sup> On this point see R. CARANTA, B. MARCHETTI, *Judicial review of regulatory decisions in Italy; changing the formula and keeping the substance?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 151.

<sup>44</sup> On this point see F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 119.

<sup>45</sup> This expression indicates that an excess of power may have occurred.

treatment is objectively justified); insufficiency or inconsistency in the statement of reasoning<sup>46</sup>.

As established recently by the Council of State<sup>47</sup>, the administrative judge can review technical discretion<sup>48</sup> also intrinsically (*id est*, making use of the same technical knowledge of the specialist science applied by public authority, especially by independent agencies) but he cannot go beyond the scrutiny of logic and reasonableness of administrative decision, otherwise he would infringe the principle of separation of powers.

In detail, the most recent administrative case law<sup>49</sup> – after getting passed several lexical disagreements concerning the first difference between weak and *de novo* (strong) judicial review – affirmed the possibility for the administrative judge to have access to the disputed facts and the formation process of the public will<sup>50</sup>; however, the Council of State ruled that the judge (although on the outcome of “intrinsic” scrutiny) cannot always be entitled to substitute its own construction to that of the public authority, when it comes to a complex evaluation on a questionable technical problem (in particular, on the so-called “contextualization” of vague and imprecise legal terms and their comparison with the established facts). If this is the case, the intervention by the judge should be limited to verifying whether the

---

<sup>46</sup> In addition to those already mentioned, there are other forms of excess of power, e.g. the lack of a proper preliminary investigation (when the process of discovery of relevant facts is deemed inadequate) and, of course, the misuse of power.

<sup>47</sup> Council of State, Section V, 31 July 2019, n. 5434, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>48</sup> For an historical frame of the traditional Italian reconstruction of the administrative technical evaluation activity see R. CARANTA, B. MARCHETTI (Eds.), *Judicial review of regulatory decisions in Italy*, § 2 *The Italian experience: the “technical discretion” and the idea of marginal review*, *op. cit.*, pp. 150-153; S. CASSESE, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (Ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 6176; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

<sup>49</sup> Council of State, Section VI, 5 August 2019, n. 5562, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Council of State, Section VI, 15 July 2019, n. 4990, *ivi*.

<sup>50</sup> On this point D. DE PRETIS, *Italian administrative law*, *op. cit.*, p. 33, argues that «naturally, a definition of the regimen and an analysis of the defective course of the administrative decision also implies an evaluation of the respect paid to the rules regarding the formation of the public will (*volontà pubblica*) under which the decision to act was taken by the administrative authority».

complex technical evaluation made by public authority is plausible, reasonable and proportional in the light of the technique, the appropriate science and all the relevant facts. Such a kind of judicial review has been defined “of technical reliability” and “non-substitute”.

### **3. Lights and shadows of Italian administrative jurisprudence.**

If most Italian scholars agree on reasonableness and proportionality to be two different and autonomous principles, in the Italian administrative case law the mentioned distinction is full of lights and shadows; sometimes, this difference is so blurred that reasonableness and proportionality are confused. In other words, in many of its judgment, national administrative jurisprudence uses reasonableness and proportionality without distinction<sup>51</sup>.

An example of these difficulties and uncertainties encountered in interpreting such standards of judicial review of administrative discretion is provided by a dispute on derogations from an administrative measure imposing a limited-traffic zone in historic center of Rome<sup>52</sup>. In the case at hand, the Plenary Assembly of Italian Council of State ruled that the weighing of the opposing interests at stake should be the outcome of a reasonable evaluation, according to which a public authority, when taking a discretionary decision, must choose the most reasonable solution (among the other available options) with the least sacrifice for the opposite interest. Therefore, as can be seen, in the present case the Court used the notion of reasonableness in a

---

<sup>51</sup> This is made quite explicit in Council of State, Section VI, 27 July 2015, n. 3669, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Council of State, Section VI, 11 January 2010, n. 14, *ivi*. On this point see, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, *op. cit.*, p. 100, nt. 47, who argues that in administrative case law reasonableness and proportionality are used confusedly; also A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The European “nomofilachia”*, *op. cit.*, p. 222, nt. 33, state that «only during the last years has Italian jurisprudence acquired the Community principle of proportionality even if sometimes it confuses this principle with the reasonableness one»; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*, p. 168, affirms that the principle of proportionality has entered the Italian jurisprudential language, although not until very recently (precisely with case Council of State, Section V, 18 February 1992, n. 132), overlapping and intertwining in an approximate and confused manner with the principle of reasonableness, interpreted in a double sense: as non-contradiction and suitability between means and ends.

<sup>52</sup> Council of State, A.P., 6 February 1993, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

meaning that scholars usually give to proportionality<sup>53</sup>. It's not only a debate on academic purity because it results in a too strict review by the courts. Indeed, as we said before, reasonableness properly so called involves a must less structured and broader test.

---

<sup>53</sup> It is highly significant that the word “proportionality” is never used by the Court in the case at hand.

## CHAPTER II

### JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE DUTCH LEGAL SYSTEM

TABLE OF CONTENTS: 1. Topical issues and interests at stake. The relationship between the legislative branch and the executive branch – 2. The system for safeguards against illegitimate administrative acts established by the Dutch legal system – 2.1. The origins of the debate – 2.2. Transition from safeguards that are predominantly by administrative appeal to those that are predominantly judicial. The birth of administrative jurisdiction – 2.3. The division of jurisdiction between the ordinary judge and the administrative judge – 2.4. The development of administrative law and the reforms of the administrative appeal system from the Second World War to the 1990s – 2.4.1. Establishment of the Commerce and Industry Court - 2.4.2. The institution of the appeal to the Crown – 2.4.3. Establishment of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State – 2.5. The major reforms of the 1990s – 2.6. The current situation – 3. The distinction between discretionary and restricted administrative powers – 4. Models of judicial control over administrative acts. The case of the Dutch model – 5. Historical and technical phases of the judicial review of discretionary administrative acts in the Netherlands – 5.1. Judicial review in the first half of the 20th century – 5.2. The *Zandvoortse woonruimtevoordering* case – 5.3. The *Doetinchem* case – 5.3.1. The English precedent. The *Wednesbury* case – 5.4. Judicial review after the *Doetinchem* case and up to 1976 – 5.5. Judicial review from 1976 to 1994 – 5.5.1. The *Normaal* case – 5.6. Judicial review after the entry into force of the GALA – 5.6.1. From the reasonableness standard to the proportionality principle – 5.6.2. The *Maxis and Praxis* case – 5.6.3. Proportionality and penalties – 5.6.4. The powers of definitive judicial settlement of disputes – 5.7. Recent trends in judicial review practice.

#### **1. Topical issues and interests at stake. The relationship between the legislative branch and the executive branch.**

This chapter deals with the topic of judicial review of administrative acts, representing the implementation of discretionary powers by the public administration in the Netherlands.

Among Dutch scholars, the debate on the intensity of judicial review is as alive as ever; likewise, Dutch case law fluctuates between different approaches.

Indeed, already in the mid-1990s, scholars were<sup>54</sup> representing the public administration as suffocated between the legislative and judicial branches.

After almost a quarter of a century, attention has shifted significantly from the (analysis of the functions and prerogatives of the) administration to the (role and powers of) the judge. According to scholars<sup>55</sup>, the judges find themselves caught between opposing sides. On the one hand, if they implement reviews which are considered too deep, they could be accused of invading the sphere of competence of the public administration and usurping executive power, with a clear violation of the constitutional principle of the division of powers; on the other hand, when judges implement controls considered to be too restricted in scope, they could be accused of not guaranteeing adequate protection of the situation of the injured party, in breach of the principle of effective judicial protection. Therefore, Dutch administrative judges are constantly looking for a fair balance of the interests at stake.

In any case, it should be noted that the legislator plays a key role in determining the relationship between the judiciary and the public administration<sup>56</sup>. Indeed, it is the legislator who confers a certain power (sometimes, discretionary) to the administration and establishes the purpose that the latter must pursue by exercising the power itself.

## **2. The system for safeguards against illegitimate administrative acts established by the Dutch legal system.**

### **2.1. The origins of the debate.**

---

<sup>54</sup>F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 81.

<sup>55</sup>T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET (ED.), *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, pp. 23.

<sup>56</sup>In this respect, T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV.AA. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 405; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review*, *op. cit.*, p. 23; F.A.M. STROINK, *Judicial control*, *op. cit.*, p. 99.

At the beginning of the 20th century, Dutch scholars began a heated debate aimed at identifying, as between the judge and the administration, the role that could ensure the best protection against illegitimate administrative acts. First of all, it should be stated that this debate is still underway and has not led to a definitive and exclusive choice between the safeguards provided by administrative appeal and by judicial review.

To be more precise, some scholars<sup>57</sup> asserted the futility of controlling administrative actions by an independent judge, proposing the alternative of a review by administrative appeal<sup>58</sup>. According to this approach, as a result of the consolidation of the democratic-parliamentary regime, control of administrative activities had to be carried out essentially by the administration and not by a judge appointed for life; in any case, judges could not exercise a strong review on the discretionary acts of the public administration, as they lacked the necessary competence. The ineffectiveness of a judicial review (based on compliance with the law) of administrative acts as a manifestation of the exercise of discretionary powers assigned to the administration was evident, considering that often these discretionary powers were very broad and the law conferring power was formulated in outline terms, without placing any limits on the actual exercise of power. Indeed, a large number of administrative law statutes were adopted in the first half of the 20th century. In view of this frantic regulatory activity, the law makers had withdrawn from the scene<sup>59</sup>, refraining from indicating clear and detailed criteria to guide administrative actions. Frequently, the statutes included general and abstract rule and the actual determination of the regulatory content – with particular reference also to the procedural standards to follow – was left to the administration. Given the absence in the statutes of clear substantive criteria for carrying out administrative

---

<sup>57</sup>A.A.H. STRUYCKEN, *Administratie of rechter*, Arnhem 1910; STRUYCKEN A.A.H., *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, Leiden, 1912.

<sup>58</sup>Administrative appeal implies the implementation of a non-judicial remedy, that is, an appeal brought before the administrative authority, whether the same or a different one (in this latter case, either at the same level or hierarchically superior) with respect to the one that which issued the disputed act.

<sup>59</sup>A.A.H. STRUYCKEN, *Administratie, op. cit.*, speaks of "withdrawal of the legislator".

activity (especially of the discretionary type), Dutch judges had very few means with which to review the administration's work, also considering that, in the first half of the twentieth century, a Dutch judge could only declare the illegitimacy of an administrative act on the basis of a violation of the law. In other words, where the legislators had withdrawn, the judges had appeared in their place, therefore, discretionary power was the exclusive prerogative of the administration. On the other hand, according to the concept under examination, a judicial review "outside the law" would certainly have violated the principle of separation of state powers; therefore, the administrative measures had to be subjected to control by the administration itself, through the remedy of the administrative appeal, including appeal to a higher level.

On the other hand, some scholars<sup>60</sup> considered that, under the rule of law, administrative acts should be subjected to review by an independent impartial judge.

In this first phase, the prevailing view among scholars favoured control of administrative actions by administrative appeal only.

The reasons for resistance to the approval of a general law on administrative procedure and opposition to a review of administrative actions by judges can be explained in these terms. In the absence of a general codification of substantive and procedural administrative law, statutes were applied; each statute envisaged a remedy by administrative appeal rather than judicial review, therefore the administration held great power over the regulation, management and control of the administrative function. The approval of a general rule of administrative law could have endangered the very existence of the statutes and consequently indirectly undermined review by

---

<sup>60</sup> In particular, Jan Loeff, a lawyer and politician who, as Minister of Justice already in 1905 presented a bill concerning a general codification of administrative law. The proposal was not approved because of the opposing resistance from those scholars, *among others*, Antonius Alexis Hendrikus Struycken, who considered it inappropriate to write a code of administrative law. On this topic, J.A. LOEFF, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, Leiden, 1887; J.A. LOEFF, *Ontwerp voor een Wetboek van Administratieve Rechtsvordering*, 1906; J.A. LOEFF, *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, 31 *Themis*, no. 1, 1912, pp. 144-172. On the dispute between Loeff and Struycken, VAN DEN BERGE, *The Relational Turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, p. 102 et seq.; R.J.N. SCHLÖSSELS, *Loeff versus Struycken: wie had gelijk?*, in R.J.B. SCHUTGENS, *Canon van het recht*, Nijmegen, 2010, pp. 69-74.



the administration (more precisely, the power of control and indirectly the power of regulation and management), giving the full advantage to review undertaken by the judges<sup>61</sup>.

## **2.2. Transition from safeguards that were predominantly by administrative appeal to safeguards that were predominantly judicial. The birth of administrative jurisdiction.**

As previously discussed, at the beginning of the twentieth century, the safeguards established by the Dutch legal system with respect to administrative acts were essentially of an administrative appeal nature. From this point of view, the Dutch experience seems to be very close to the traditional or classic English model of administrative justice which "historically assigned great importance to non-judicial, or not fully judicial, ways to determine the balance between the public authorities and the interests of the governed"<sup>62</sup>; in other words, there was a strong opposition to the establishment of administrative tribunals, as it was believed that the creation of a special administrative jurisdiction could hinder the exercise of the administration and regulation function as well as the function of control of the work of the executive branch which, being essentially of an administrative appeal nature, continued to be the prerogative of the administration<sup>63</sup>.

Nevertheless, in the same period, through special legislation, some special (non-ordinary, specialised) administrative courts began to be established whose competence was limited to certain types of acts and to particular matters indicated by the law. For example, in 1902 the social security court was created (*Social Security*

---

<sup>61</sup> Also more fundamental notions of what constitutes a modern liberal democracy played a huge role. A general right to participate in elections for all citizens has just been introduced in The Netherlands, while the judiciary was mostly composed of nobleman; it was considered to be a danger to democracy to have the judiciary overturn parliamentary will.

<sup>62</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 80.

<sup>63</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 97.

*Tribunals, Raden van Beroep*) and, in 1935, the civil servants court (*Civil Servants Tribunals, Ambtenarengerechten*).

The administrative judicial system was therefore very fragmented<sup>64</sup> and characterised by a labyrinthine system<sup>65</sup> composed of numerous special administrative courts competent at first instance for certain matters. Individuals could also resort, for example, to the *Central Appeal Tribunal (Centrale Raad van Beroep, CRvB)*, as a superior court competent in social security and public employment matters, which is still in existence as the highest judicial authority for these particular matters.

### **2.3. The division of jurisdiction between the ordinary judge and the administrative judge.**

In this fragmented judicial system, the ordinary judge played a secondary and residual role. In fact, at the beginning of the twentieth century, the *Supreme Court, (Hoge Raad)* established that ordinary judges should be assigned all those disputes concerning the challenge of illegitimate administrative acts and for which the law did not specifically offer a judicial procedure before a special judge empowered to provide adequate guarantees for the appellant<sup>66</sup>. In fact, if a law pertaining to a

---

<sup>64</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 2, which highlights that "administrative law in the Netherlands has not had a long tradition of judicial review of administrative authorities. Traditionally, legal protection has been organised mainly within the administrative system. Administrative powers created and regulated in separate statutes, which frequently create special legal procedures as well. This has given rise to a highly fragmented system of administrative procedures, somewhat like the English tribunal system".

<sup>65</sup> A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 389, highlight "the labyrinth of administrative courts".

<sup>66</sup> Supreme Court, 31 December 1915, NJ 1916, p. 407, *Guldemonde/Noordwijkerhout*. On the *Guldemonde* case, JURGENS G., VAN OMMEREN F., *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependent divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71 (1), 2012, p. 182, according to which "therefore the competence of the civil courts is described as "residual". The importance of the residual competence of the civil courts should not be underestimated: the civil courts can be addressed whenever there is no competence for the administrative courts. This is rooted in the *Guldemonde/Noordwijkerhout* case, decided in 1915, which introduced private law

particular sector had provided for a specific special judicial procedure and a citizen had in any case appealed to the ordinary judge, the latter would have issued a judgement of inadmissibility due to lack of jurisdiction. If, instead, owing to the absence of a specific legislative provision, it was not possible for a citizen to bring proceedings before the administrative judge, in this case jurisdiction would have been under the ordinary judge.

According to the Supreme Court, the legal basis of this supplementary function carried out by the ordinary judge was to be found in Article 6:162 (1) of the Dutch civil code<sup>67</sup>.

## **2.4 The development of administrative law and administrative justice reforms from the Second World War to the 1990s.**

### **2.4.1. The establishment of the Trade and Industry Court.**

---

remedies. The legal basis for these remedies is often found in the concept of "wrongful acts". Although the provisions concerning "wrongful acts" can be found in the Civil Code, they also apply to public law bodies and thus provide the basis for a claim against public bodies outside the scope of administrative law"; R.J.B. SCHUTGENS, *Het arrest Guldemond/Noordwijkerhout*, in *Ars Aequi*, 2009, pp. 772-775.

<sup>67</sup> Article 6:162 (1) of the Dutch Civil Code basically corresponds to Article 2043 of the Italian Civil Code and establishes that whoever commits an unlawful act against a third party must compensate the damage that has resulted from it. In the *Guldemond vs. Noordwijkerhout* case, the Dutch Supreme Court considered it could refer to Article 6:162 (1) of the Dutch Civil Code in cases of conduct of a public administration (provinces, municipalities, public water authorities, etc.) which, although as a legal person under public law, has adopted an illegitimate act producing damages to a third party. On the (evolution of) notion of illegitimate act, see also Supreme Court, HR 31 January 1919, NJ 1919, p. 161, *Linderbaum vs. Cohen*. In this regard, M. DE WERD, R. DE WINTER, *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 104, pointed out that with this judgment "the Dutch Supreme Court (...) dramatically extended the concept of 'unlawful act' in the Civil Code: all of a sudden it not only included violating a right or statutory duty (as the text of the relevant provision suggested), but also any act or omission violating a rule of unwritten law 'pertaining to proper social conduct'". On the *Linderbaum vs. Cohen* case, also VAN DEN BERGE, *The relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, p. 101, according to which in the case under examination "the Dutch Supreme Court decided that legal subjects in private law are not only bound by formal rules and abstract principles, but also by the 'relational' notion of an unwritten standard of due care with regard to other subjects, seen in the light of all relevant facts and circumstances of a particular case"; P.J. VAN KOPPEN, *The Dutch Supreme Court and Parliament: political decision making versus non-political appointments*, in *Law and Society Review*, V. 24, no. 3, 1990, pp. 745-746.

At the end of the Second World War, Dutch administrative law developed very quickly<sup>68</sup>, as it also did in other industrialised countries.

Indeed, unsurprisingly, in that period the Court of Commerce and Industry, also known as the High Administrative Court for Trade and Industry, was established (*College van Beroep voor het bedrijfsleven* (CBb), *Trade and Industry Appeals Tribunal* or *Administrative High Court for Trade and Industry*), a specialised administrative court responsible for socio-economic disputes. The scope<sup>69</sup> of this court has been extended with subsequent legislative amendments and nowadays it also deals with disputes in matters of competition and telecommunications.

---

<sup>68</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 81. Important factors in the development of administrative law (and administrative action in particular) in the Netherlands included: the democratisation of society; the universal suffrage for men (1917) and women (1922); the consequent expansion of state intervention in the regulation of working conditions and in sectors such as public housing, health and social security. On the historical development of Dutch administrative law, T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, pp. 1-2.

<sup>69</sup> Firstly, the *Mededingingswet* (*Dutch Competition Act*), approved on 22 May 1997, which came into force on 1 January 1998 and was amended on 5 June 2012 and lastly on 25 June 2014, provided for the jurisdiction of the Commerce and Industry Court for appeals against the acts of the National Competition Authority (*Netherlands Competition Authority*, NCA), replaced in 2012 by the National Authority for Consumers and Markets (*Netherlands Authority for Consumers and Markets*, ACM). As for the judicial control of the work of Independent Administrative Authorities, the CBb can exercise a full review, for example, on the calculation of the penalties imposed on economic operators. As evidenced by R. ELKERBOUT, *Netherlands*, in *The Public Competition Enforcement Review*, May 2013, Chapter 18, pp. 222, in many cases the CBb ruled in favour of the appellant companies, annulling the provisions with which the NCA had imposed penalties for violation of the principle of equal treatment. Also, the *Telecommunicatiewet* (*Dutch Telecommunications Act*) of 19 October 1998, in Chapter 17, entitled "Appeal", Article 17.1, established the jurisdiction of the same court for telecommunications disputes. The judicial review of the acts of independent administrative authorities, S. LAVRIJSSEN, F. ÇAPKURT, *Who guards the guardians? Judicial oversight of the Consumer and Market Authority's Energy Regulations in the Netherlands*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 133-171; S. LAVRIJSSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, pp. 173-201; S. LAVRIJSSEN, M. DE VISSER, *Independent Administrative Authorities and the standard of judicial review*, in *Utrecht Law Review*, 1, 2006, pp. III-135.

#### 2.4.2. The institution of the appeal to the Crown.

In 1963, the *Wet beroep administratieve beschikkingen* (*Administrative Decisions Review Act*) established the possibility of resorting to the Crown against all those decisions adopted by the central government for which an ancillary form of protection was not envisaged by the law.

Until 1 January 1988, appeal to the Crown (*Kroonberoep*) had been the main form of protection established by the Dutch legal system against certain administrative measures, "one of the pillars of the Dutch legal protection system"<sup>70</sup>. In fact, over a hundred statutes envisaged the possibility of appealing to the Crown as the only possible administrative appeal remedy.

In particular, it was a special form of extraordinary administrative appeal<sup>71</sup> which could be lodged to challenge all those measures against which the legal system had not prepared an alternative form of judicial protection, including those relating to environment issues.

The Crown (more precisely, the Ministers) was responsible for settling disputes relating to decisions taken, for example, by municipal councils or other public administrations, in the cases established by law (more precisely, by the statutes). In fact, numerous laws provided that an administrative act could be annulled only by the Crown if contrary to the law or to the public interest.

With regard to the relevant procedure, after having conducted an investigation of all the aspects of the case, the Crown could modify the contested decision on the basis of its own assessments, once it had received the mandatory and non-binding

---

<sup>70</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 16.

<sup>71</sup> The thesis of the administrative and non-judicial nature of the extraordinary appeal to the Crown is unanimously accepted by Dutch scholars. See, among others, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 25; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 84, nt. 11, which classify the extraordinary appeal to the Crown as an "administrative appeal".

opinion of the Jurisdiction Division of the Council of State. The proceedings would end with the adoption of a royal decree, signed by the King and countersigned by the competent Minister. The Crown had the power to disregard the opinion of the Council of State, though this happened very rarely. In fact, in almost all cases the Minister adopted a decision in accordance with the position expressed by the Council of State, at the end of a quasi-judicial procedure which afforded the appellant the same protections as those provided in actual judicial proceedings. The Crown could also settle the dispute by directly amending the disputed administrative act in accordance with its own decision<sup>72</sup>, thus essentially exercising a strong review.

In 1985, with the *Benthem vs. The Netherlands* judgement<sup>73</sup>, the European Court of Human Rights established that the appeal to the Dutch Crown regarding environmental permits was contrary to Article 6 of the European Convention on Human Rights. According to the Court, with regard to environmental permits, significant subjective legal positions have been recognised as rights according to the meaning of Article 6, paragraph 1, ECHR on the right to a fair trial<sup>74</sup>, for the

---

<sup>72</sup> Z.M. NEDJATIGIL, *Judicial control of administrative discretion: a comparative study*, § *The Netherlands*, 14 *Anglo-Am. Law Review*, 97, 1985, p. 114.

<sup>73</sup> ECtHR, 23 October 1985, *Albert Benthem vs. Netherlands*, appeal 8848/80, series A, no. 97. On the *Benthem case*, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: in the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 28, where it is stated that "the Benthem judgement profoundly changed legal protection against the government in the Netherlands"; M. ALLENA, *Article 6 ECHR. Procedimento e processo amministrativo*, Naples, 2012; N. VERHEIJ, *Dutch administrative law after Benthem's Case*, in *Public Law*, 1990, pp. 23-29; P. VAN DIJK, *The Benthem Case and its aftermath in the Netherlands*, in *Netherlands International Law Review*, 34 (1), 5-24, 1987.

<sup>74</sup> This provision states that "each person has the right to have his or her case examined fairly, publicly and within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law, which is called upon to rule on disputes over his or her rights and duties of a civil nature (...)". In this regard, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milan, 2010, p. 63, specifies that "the expression 'civil rights' of the aforementioned Article 6, in the English language - *civil rights* - does not have the same meaning that is given on the Continent, where civil codes are in force and where it is normally intended as a reference to civil law "business"; in Great Britain civil rights are substantially certain emerging rights in administrative law (...). Consequently, the European Court of Human Rights – which is responsible for monitoring the correct application of the Convention - has not encountered any difficulties in extending the guarantees of the Convention to these matters". In this regard, the ECHR in its ruling gave its own

protection of which the national legal system must adopt adequate judicial protection so as to guarantee a fair trial before an independent, third-party and impartial judge<sup>75</sup>.

---

interpretation of the concept of "civil rights and obligations"; in particular, the Court acknowledged (§ 34-35) that "the notion of civil rights and obligations cannot be interpreted by a mere reference to domestic law; Article 6 does not only consider private law trials in the classical sense and the nature of the law as well as that of the competent authority are of little importance: only the nature of the right in question counts. The Court does not believe it necessary to give an abstract definition of the notion, since it is sufficient to apply the principles. The assignment of the authorisation was among the conditions required for the running of Mr Benthem's business (the applicant). This business was closely associated with the right to use his assets in accordance with the law and has a financial character". In other words, as pointed out in M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milan, 2006, p. 447, the ECtHR held "that proceedings subject to "public law" in domestic law fall within the scope of Article 6 under its "civil" profile when the outcome was decisive for rights and obligations of a private nature: in particular, to cite a few examples, concerning (...) the granting of administrative authorisations relating to the conditions for the exercise of professional activities", as in the present case. On the applicability of Article 6 ECHR to administrative proceedings, L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Osservatorio costituzionale, 2014; S. MIRATE, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in Resp. civ. e previd., 2011, p. 554; M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in Riv. it. dir. publ. com., 2010, p. 1127 et seq.; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 27 et seq.; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in Dir. proc. amm., 2009, p. 1338 et seq.; F.J. RODRIGUEZ PONTÓN, *Las articulaciones de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005; P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003, p. 753 et seq.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and Article 6 (1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Law Journ.*, 2003, p. 244 et seq.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Id. (Ed.), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milan, 2003, I, p. 239 et seq.

<sup>75</sup> On this point, M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milan, 2012, pp. 133-134, which states that "the deciding bodies must present sufficient guarantees of independence with respect to the public authorities that are parties to the dispute. In this regard, the European Court, especially with the *Benthem* case, has specified that for the purposes of respecting the right to a fair trial it is necessary not only that the decision-making body is competent to take a final decision on the merits of the dispute, but also that the body has some "common fundamental characteristics, the most important of which are independence and impartiality, as well as the existence of the guarantee of judicial proceedings". It has therefore declared opposition to this right to carry out proceedings before decision-making bodies of a governmental nature, as these are politically accountable to the Parliament, especially if they are hierarchically superior to a public authority which is party to the dispute and/or to another public authority which has intervened in the

In consideration of the decision adopted by the European Court of Human Rights in the *Bentham case*, in 1988 the *Interim Crown Disputes Act (Tijdelijke Wet Kroongeschillen)* entered into force establishing that the Jurisdiction Division of the Council of State was to be competent for most disputes previously assigned to the Crown. In 1994, the general law on Dutch administrative procedure and proceedings (General Administrative Law Act, GALA) definitively abolished appeals to the Crown.

### **2.4.3 Establishment of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State.**

As previously discussed<sup>76</sup>, at least until 1976, in the Netherlands there was neither a specific administrative court nor a set of courts with general jurisdiction in administrative law, but there were numerous administrative bodies, each with its own limited jurisdiction envisaged by the institutional statute. Hence, the judicial system was characterised by a proliferation of specific reviews, given its foundation based on the provision of statutory remedies, established by the specific laws issued by the various administrations. Each administrative action, therefore, had a specific procedural remedy established by law. As a result, the judicial system was very fragmented.

In 1976, the *Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen (Wet Arob, Administrative Decisions Appeals Act*, also known as the *Judicial Review of Administrative Action Act* or *Administrative Jurisdiction Administrative Decisions Act* or *Act governing administrative individual decisions*) also attributed a judicial function to the Council of State, which therefore became an administrative court with general jurisdiction to decide definitively on disputes between state authorities and private individuals. At the same time, this competence presented itself as residual (or even complementary), since a citizen could appeal to the Council of State only if the

---

proceedings in an advisory capacity". In the present case, in fact, the revocation of the authorisation had been adopted by the Crown, on the proposal of the Ministry of Health and the Environment, at the request of the Regional Health Inspectorate, which was hierarchically subject to the latter.

<sup>76</sup> See above, § 2.3.



jurisdiction of a special administrative court or of the Crown was not specifically envisaged by a sector law. In this case, the Council of State as the body of last (more correctly, sole) appeal was competent to judge on any kind of dispute concerning the challenge of an administrative act, that is, an act adopted by an administration, whether at municipal, provincial, central or ministerial level and which could not be considered as a private law agreement. Like the *Wet beroep administratieve beschikkingen* of 1963, also the *Wet Arob* exclusively addressed individual administrative measures (*beschikkingen*). The aforementioned law also listed the reasons for which it was possible to appeal: an administrative decision could be annulled in the event of an excess of power, abuse of power, manifest unreasonableness or violation of the principle of good administration<sup>77</sup>. Scholars added examples of manifest injustice, lack of grounds and unequal treatment as symptomatic of the violation of the principle of good administration<sup>78</sup>.

Following the 1985 judgement of the ECHR on *Bentham vs. The Netherlands*, in 1988 the *Interim Crown Disputes Act (Tijdelijke Wet Kroongeschillen)* was adopted, thus extending the scope of matters under the competence of the Jurisdiction Division of the Council of State, to which most of the disputes previously assigned to the Crown were referred.

This premise about the judiciary in The Netherlands was needed to follow the analysis in the next part of the chapter and is of relevance to the research question. Indeed, the notion of discretionary power assumes great practical importance if it is applied in the context of the control made by legal entities (the judiciary) others than those that taken the contested act (public authorities). Non by chance, the techniques

---

<sup>77</sup> On the relationship between weak judicial review and the principle of good administration, L. PRAKKE, *Marginal toetsing*, in *Toetsing in het publiekrecht*, Assen 1972. As to the function of the good administration principle, R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. Seerden (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 136, states that "*the principle of due care (...) refers to careful preparation of the decision*".

<sup>78</sup> Z.M. NEDJATIGIL, *Judicial control of administrative discretion: a comparative study*, § *The Netherlands*, 14 *Anglo-Am. Law Review*, 97, 1985, pp. 113-114 and p. 124, nt. 96.

of review change according to the judicial system and the functions performed by judges.

### 2.5. The major reforms of the 1990s.

During the 1990s, Dutch administrative law was the subject of a number of important reforms. Firstly, a comprehensive reorganisation of the judiciary was carried out with the aim of integrating a number of administrative courts into the district court system and, therefore, establishing a court with general jurisdiction in administrative law, in addition to the ordinary courts with jurisdiction in civil and criminal matters. Indeed, in 1992 the matters dealt with by two special administrative courts, namely the social security court (*Social Security Tribunals, Raden van Beroep*) and the civil servants court (*Civil Servant Tribunals, Ambtenarengerechten*) were assigned to the district courts; in 1994, the administrative section of the district courts was given first instance general jurisdiction in matters of administrative law. In other words, the Dutch district courts were designated to rule on those cases that previously had been referred to the Council of State as the first and only court.

Furthermore, in 1994 the Dutch general law on administrative procedure and proceedings (*Algemene wet bestuursrecht, Awb* or *General Administrative Law Act, GALA*) entered into force. As reported in the GALA explanatory memorandum, the function of the judicial review is to ensure the protection of individual interests<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> MvT Tweede Tranche AwB, PG AwB II, p. 170 et seq. On this point, G. JURGENS, F. VAN OMMEREN, *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependent divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71 (1), 2012, p. 189, point out that "from a Dutch perspective, two purposes of the judicial review of administrative actions can be broadly distinguished. First, judicial review could enhance the quality of administrative decision-making (thus a review serves the promotion of "good administration"). Secondly, the function of judicial review could be to guard the rights of the individual against the abuse of official power. After a decades-long debate, the Dutch legislator cut the knot: judicial review by the administrative courts is supposed to serve as the protection of citizens, not the improvement of governmental quality (although, of course, this can be seen as a by-product). This choice affects the nature of the judicial procedure. Due to the residual competence of the civil courts, the main purpose of the jurisdiction of the administrative courts is not to provide judicial protection as such, but has to be found in the special features of the administrative procedure. The competence of the administrative courts serves the aggrieved citizen by providing an informal and less expensive avenue for judicial protection. These features are held to be important in cases in which administrative

Therefore, with the entry into force of the GALA, in the Netherlands, the previous administrative justice system in an objective sense was replaced by a system of administrative justice in the subjective sense<sup>80</sup>. However, scholars<sup>81</sup> have highlighted that, even after the entry into force of the GALA, traces of the (previous) model of objective protection persist in Dutch administrative law. This is the only way to explain, for example, the broad scope of the notion of the "concerned party" contained in Article 1.2 (1) of the GALA, in order to avoid excessive limitations on the part of judges in overseeing the legitimacy of administrative action.

---

authorities are able to do things which no one else would be able to do: to determine someone's legal position by a unilateral decision".

<sup>80</sup> On the distinction between administrative justice in an objective and subjective sense, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan, 2007, p. 294, according to which "it is a tradition of administrative justice to present a double function: on the one hand, the most typical and dated, of objective protection, i.e. verification of the *legality* of the administrative action; on the other hand, of subjective protection, or protection of the individual's positions. This second function has become more and more accentuated, the more each judicial system has placed the individual and the protection of his/her rights at the centre of its justice system". On this point, also G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Chapter 2 *La giurisdizione amministrativa*, § 3 *La giurisdizione amministrativa quale giurisdizione di diritto oggettivo o di diritto soggettivo*, Milan, 2019, p. 39 et seq.

<sup>81</sup> A.J. BOK, *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjectif? A survey including French and German Law*, in F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial law making and administrative law*, Antwerp-Oxford, 2005; according to R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, § 5.3.3.4. *Recours Subjectif and/or Objectif*, in R. Seerden (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 159, if it is true that "in the Explanatory Memorandum to the Awb, it is observed that the legal protection of the right of the individual is paramount (recours subjectif, author's note) (...) however, also in the new legislation of administrative procedure, the administrative decision is the central focus (recours objectif, author's note)"; on this point, VAN DEN BERGE ALSO AGREES, *The Relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, pp. 100-101, according to who "originally directed to safeguard the legal order against unlawful infringements, judicial review of governmental decisions traditionally followed the logic of the 'recours objectif', typically directed at safeguarding the 'legalité abstraite' of government decisions erga omnes. Driven by the centrifugal forces of the ongoing 'horizontalisation' and 'fragmentation' of the public sphere, the General Administrative Law Act (GALA) of 1994 replaced legality erga omnes with the 'recours subjectif' as its main orientation, geared towards the 'protection des droits individuels des particuliers' rather than towards abstract legality. Notwithstanding some significant modifications, however, the GALA left administrative law's underlying structure untouched, adhering to the ex tunc legality test of government decisions as its unaltered 'objective' skeleton".

With the entry into force of the GALA, the two Divisions that made up the Council of State (on the one hand, the *Judicial Division, Afdeling rechtspraak*; on the other, the *Division for Disputes of Administration, Afdeling voor de geschillen van bestuur*) were integrated into a single Division (*Administrative Jurisdiction Division, Afdeling bestuursrechtspraak*), as an appellate court against decisions adopted by the district courts.

Finally, remaining in the context of a general reorganisation of the Dutch judicial system, the GALA definitively abolished the institution of appealing to the Crown, which also essentially represented an obstacle to a full and definitive development of administrative justice.

## **2.6. The current situation.**

The current judicial system in the Netherlands is a complex one. First of all, it must be noted that the decision to create a special court (judges) with generalised jurisdiction over (almost) all types of administrative acts was taken – as mentioned above in section § 2.5 – only recently, hence the non-judicial administrative appeal still has its place today as an important legal safeguard. The reference is to objections that can be made according to Article 7:1 of the GALA, that indeed is a cornerstone of legal protection; on the other hand, administrative appeal to another public body has become very rare.

The district administrative courts are competent as first instance courts only when an administrative decision is challenged. According to the combined provisions of Article 1:3 (1) and (2) of the GALA, administrative decision (*beschikking*, administrative decisions) means a written document issued by an administrative authority, with the effect of public law and not endowed with general effectiveness, including the refusal of its application. Ultimately, it is an individual or particular administrative act, which means that it addresses one or more specific recipients.

The ordinary court is assigned only residual jurisdiction, limited to cases in which the law expressly excludes the jurisdiction of the administrative court. Consider, for example, the provisions of the GALA in Article 8:3, point (a),

according to which the possibility of appealing to administrative judges against rulings which contain generically binding provisions or rules of conduct is excluded. As for appellate judges, there are currently three special courts in the Netherlands that are competent in administrative law: a. the *Central Council of Appeal*, based in Utrecht, which deals with appeals against judgements issued by the district courts in matters of social security law and public employment<sup>82</sup>; b. the *Trade and Industry Appeals Tribunal (College van Beroep voorhetbedrijfsleven, CBb)*, based in The Hague, competent for example in competition law; c. the *Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (Raad van State)*, based in The Hague, this is the second instance court of Dutch administrative justice, that is, the appellate court against decisions taken by the first instance district courts competent in administrative law. This Division has general jurisdiction for appeals in all cases for which the jurisdiction of a different court is not specifically envisaged in law (for example, regarding immigration law and financial law). Furthermore, until 1 October 2010, the date of entry into force of the Dutch environmental law (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht, WABO*), the Division was the court of first and final instance in environmental law and urban planning. Currently, exceptionally in certain cases, the Council of State is still the court of first and sole instance<sup>83</sup>.

### **3. The distinction between discretionary and restricted administrative powers.**

As happens in the Italian legal order<sup>84</sup>, also Dutch administrative law distinguishes between acts (more precisely, powers<sup>85</sup>) of a discretionary and a restricted nature<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Before the matters which were the responsibility of the two special administrative courts for social security (*Social Security Tribunals, Raden van Beroep*) and for civil servants (*Civil Servants Tribunals, Ambtenarengerechten*) were assigned to the district courts, appeals against the decisions issued by these Courts had to be lodged with the Central Appeal Council (*Central Council of Appeal, Centrale Raad van Beroep, CRvB*).

<sup>83</sup> For example, in cases concerning electoral law and some cases concerning education).

<sup>84</sup> On this point, see chapter I, § 1.1-1.2.

<sup>85</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 124.

To be more precise, the attribution of a discretionary power to the public administration by the legislator is easily recognisable by the precise provision of the law, which is expressed in terms of possibility (so-called *can-provision* or *may-provision*<sup>87</sup>, *kan*), i.e. a range of options for the administration. Indeed, in the Netherlands as in Italy<sup>88</sup>, the attribution of a discretionary administrative power is subject to a legislative policy decision, therefore to the will of the legislator and to the principle of legality.

Consider two examples of regulatory provisions contained in the aforementioned<sup>89</sup> Dutch environmental law<sup>90</sup> (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht*, WABO). The first, the power of the Mayor or Councillor to grant a building permit as an exception to the municipal general plan has a discretionary

---

<sup>86</sup> On the concept of discretion in Dutch administrative law, see, among others, R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, *op. cit.*, p. 124; O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 170; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 82 and pp. 85-86.

<sup>87</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 27, highlight that "Article 5 part 1 of the Act on Public Demonstrations provides a mayor may prohibit a demonstration. The word "may" suggests discretionary power, yet this discretion is limited. He is not allowed to prohibit a demonstration because of its subject matter. This power may not affect the core of the right to public demonstration. Hence, the mayor may only apply his power to protect health, to avoid traffic problems, and to combat or prevent disorder (Article 2 of the Act on Public Demonstration). Thus, the mayor has a discretionary power restricted by the purpose of the legislature".

<sup>88</sup> See above, chap. I.

<sup>89</sup> See above, § 2.7.

<sup>90</sup> On judicial review in Dutch environmental law, J. DE POORTER, *A future perspective on judicial review of general binding regulations in the Netherlands: towards a substantive three-step proportionality test?*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 83-102; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Judicial review in Dutch environmental law: general observations*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 103-120; B.J. VAN ETTEKOVEN, *Judicial review in Dutch environmental law; from the judge's perspective*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 121-132.

nature; the second, a request for a building permit can be rejected in the case of overriding environmental interest.

Two essential elements characterise such rules that assign discretionary administrative powers: first, the obligation for the public authority to compare the interests at stake; then, the fact that in the case in question, more than one decision is possible and, in any case, all would be legally legitimate. In fact, the final decision adopted by the administration may vary depending on the actual assessment of the balance of the interests and the result of the relevant interpretative actions.

Also in The Netherlands, a general negative limit is imposed on administrative actions – as on those of private individuals – represented by the lawfulness of the purpose. In this case, the administration will have to balance the interest of the applicant and potential recipient of the authorisation, the public interest consisting of the protection of the environment and any third-party interests.

It is always the legislator, through the legal framework, who predetermines and identifies beforehand what interests the administration must take into consideration and evaluate. However, the fact that all these interests can be balanced in various ways by the administration can lead to multiple and diverse final decisions.

Dutch scholars<sup>91</sup> distinguish between two types of administrative discretion: political discretion (*discretion in policy or interpretation freedom, beleidsvrijheid*) and evaluative discretion (*discretion in assessment, beoordelingsvrijheid*<sup>92</sup>). The first

---

<sup>91</sup> O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, § 4 *Judicial review of discretionary powers and competences liées*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 170. ALSO S. LAVRIJSSEN AGREES WITH THIS DISTINCTION, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 178. The same classification is given in F.A.M. STROINK IN, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, pp. 85-86, where also a third type of discretion, defined as "*beoordelingsruimte (scope of interpretation)* is examined".

<sup>92</sup> This term was coined by W. Duk and was used for the first time in W. DUK, *Inleiding tot het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn, 1988, pp. 34-35.

occurs when the legislator has not established the type of decision that the administration must adopt when legal requirements and conditions for the exercise of power are in place. Therefore, the exercise of this type of discretion implies the need for the Administration to balance the interests at stake in order to adopt the final decision. The second, on the other hand, indicates the administration's power to assess whether in the case in question, the factual conditions envisaged by the law for the exercise of power exist. The use of this type of discretion does not involve the weighing of interests but allows the administration to interpret legal terms and concepts with a vague or indeterminate content<sup>93</sup> and apply these to the factual circumstances of the case.

However, only one decision is possible in the case of restricted administrative activity. A classic example cited in the relevant Dutch literature refers to student financing and concerns a provision which provides for granting subsidies under certain conditions. Another example of restricted action is contained in the aforementioned<sup>94</sup> Dutch law on environmental matters (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht*, WABO), according to which the power of the Mayor or Councillor to grant a building permit complying with the general municipal plan is of a restricted nature.

The distinction between discretionary and restricted powers is relevant for the purpose of determining the depth of judicial review allowed. Indeed, in the case of a restricted decision, judges in the Netherlands exercise full power of review; conversely, in cases of discretionary decisions, in principle, judges must respect the

---

<sup>93</sup> On legal terms with vague or indeterminate content in Dutch administrative law, A. KLAP, *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle, 1994. In this regard, S. LAVRIJSSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 179, nt. 18, underlines that "*in practice it is not always easy to establish whether the powers concerned leave discretion in assessment or whether the administrative authorities concerned should interpret vague legal norms. In the latter case the courts can fully review the interpretation of the law, while in the former case they will review marginally the assessment of the facts in the light of the law*".

<sup>94</sup> See above, § 2.7.



discretion granted to the administration by the legislator<sup>95</sup> and limit themselves to marginal reviews focused on the reasonable or unreasonable nature of the final decision adopted by the administration. In other words, with respect to the relationship between judges and administrations with particular regard to the judicial review of discretionary administrative actions, according to scholars<sup>96</sup> and in accordance with a general principle, judges must respect the outcome of the interest balancing conducted by the administration and must not substitute the assessments of the administration with their own. This position of respect, almost deference<sup>97</sup>, which the courts must maintain in relation to the room for manoeuvre reserved to the administration by legislators, is unanimously adopted by scholars<sup>98</sup> and linked to the constitutional principle of the division of the powers of the State or *trias politica*<sup>99</sup>. In particular, the term "deference" refers to the attitude of the Dutch courts, which apply considerable moderation in reviewing the work of the public administration. Some scholars<sup>100</sup> look favourably on this approach in the case-law, which has been described as "moderate".

---

<sup>95</sup> On this point, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, point out that "*a basic concern for the judicial control of administrative action is that it should not interfere with the discretionary powers of the administrative powers of the administration*".

<sup>96</sup> T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV.AA. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 405.

<sup>97</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, pp. 23-35.

<sup>98</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in the Netherlands*, *op. cit.*; T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice*, *op. cit.*; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration*, *op. cit.*; B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 111.

<sup>99</sup> On the principle of the division of powers or *trias politica*, F.A.M. STROINK, E. VAN LINDEN, *Judicial law making and administrative law*, Part II *Separation of powers/trias politica*, Antwerp/Oxford, 2005.

<sup>100</sup> F.A.M. STROINK, note to ABRvS 9 May 1996, JB 1996/158, *Maxis and Praxis*. On this point see *below* §5.6.2.

Indeed, as the same scholars<sup>101</sup> have emphasised, judges can exercise full scrutiny only if violations of procedural guarantees come to light, focusing their review on the respect for the right to be heard, the obligation to state grounds, the duty of due care of preliminary investigations and, more generally, of the principle of fair proceedings.

On the other hand, as will be shown later in this chapter, administrations are never endowed with absolute discretion, to the extent of ruling on a merely arbitrary basis. In this regard, the courts have developed a series of criteria and standards aimed at ascertaining the correct use of the discretion granted by the legislator to the administration in certain matters, thus, in fact, restricting the exercise thereof.

Actually, many times it is the Dutch public administration itself that limits its discretionary power by adopting self-binding policy rules, defined by scholars as pseudo-legislation<sup>102</sup>. These rules can be adopted both by centralised administration bodies (e.g. ministerial instructions issued to tax inspectors) and by local or sector-related entities (for example for issuing authorisations); they establish how discretionary power should be exercised in standard cases (to avoid arbitrariness). They can also be used to clarify legal terms with vague or possibly indeterminate content.

The possibility for a public administration to adopt policy rules is now explicitly envisaged in general by the Dutch law on administrative procedure and proceedings of 1994 (the *General Administrative Law Act - GALA*). More specifically, Article 4:81 (1) of the GALA prescribes that administrations may adopt a policy rule regarding the powers held, conferred on or delegated by them; Article

---

<sup>101</sup> O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, § 4 *Judicial review of discretionary powers and competences liées*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 170.

<sup>102</sup>R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in the Netherlands*, *op. cit.*, p. 126. W. VOERMANS, *Constitutional law*, in JMJ CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 348, underlines that "*policy rules differ from legislative or generally binding rules in that the former are not established on an express legislative power but are adopted and followed by an administrative authority in the exercise of its discretionary powers. It follows from the general principles that the authority concerned is bound by these rules*".

4:81 (2) of the GALA prescribes that for cases not covered by point (1), administrations can issue policy rules only where this is expressly envisaged by specific statutes. Therefore, it is very rare that there aren't policy rules: whenever an administrative body has a public power, that power implies the ability to make policy rules; there are only restrictions if a certain body wants to make policy rules for another public body.

In the past, "the precise status of policy rules was rather unclear"<sup>103</sup>; formally, these rules of conduct were merely internal and were not always published in an official source. Public administration considered that its institutional rules of conduct could not be referenced by private individuals when asserting rights and claims in court, given their merely internal effectiveness. Nevertheless, in several rulings, judges began to establish that legal effects derived from said rules of conduct are also (indirectly) applicable to private individuals. The grounds for these judgements were based on the need to guarantee the position of private individuals who had acquired legitimate expectations regarding particular undertakings by the administration. In particular, according to the judges, legitimate expectations held by private individuals regarding the content of specific rules of conduct were worthy of safeguard, these having been announced in official publications or otherwise disclosed. An example of this approach in the case law is the judgement in Pres. Rb. Almelo, no. 95/136 of 30 January 1995. The case evolved as follows. The Mayor of the Municipality of Enschede had issued an order to close a *coffee shop* because the business was in contrast with provisions on the sale of soft drugs. In fact, the coffee shop had been selling drugs even to minors. The business owner challenged the closure order, stating that a police officer had assured him that the administration would not close the shop if the sale of drugs had been made to individuals who were not yet eighteen (but nearing the age). In the case in question, the District Court held that such a promise could indeed limit (as, indeed, it did) the discretionary power of the Mayor. In other words, according to the judges, a promise made by a police

---

<sup>103</sup>J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 30.

officer appointed to check tolerance criteria in the name of the Mayor (the administrative authority responsible for the matter) is binding on how the latter can operate. As such, the principle of legitimate expectation had thus been guaranteed.

Following the entry into force of the GALA and in consideration of the binding character attributed to policy rules, the latter, also for reasons of transparency, became subject to an official publication obligation as prescribed by Article 3:42 thereof.

As for the content and functions of the policy rules, Article 1:3 (4) of the GALA establishes that policy rules are those rules adopted by a public administration regarding the methods used for balancing interests, the assessment of the factual circumstances and interpretation of other legal regulations regarding the exercise of a discretionary administrative power.

Administrations can also decide to follow guidelines in exercising a discretionary power (standard courses of conduct). The difference between the rules of conduct (self-binding policy rules) and the standards of conduct (standard courses of conduct) lies in this: in performing the same function in terms of legal scope, while the rules of conduct are established in a special and express regulatory act, the standards of conduct can simply be considered as the product of a series of (similar) decisions in individual cases. In other words, the standards of conduct are not contained within the regulations adopted for this purpose by the administration but are inferred from the same decisions taken by the administration or by the constant repetition of a particular choice in the evaluation of similar situations.

As already explained at the beginning of this paragraph, in Dutch administrative law, the concept of discretion can also indicate the space reserved to the proceeding administration for assessing the relevant facts in the case in question in order to classify them according to the reference legislation and for applying the regulatory framework to the facts examined (*beoordelingsvrijheid* or *beoordelingsruimte*).

Consider the provisions of Article 31, paragraph 1, point (c) of the Dutch law on the supply of food and drink (*Drank- en Horecawet*, DHw), according to which

“an authorisation for the supply of food and drink must be withdrawn by the Mayor if [...] in the establishment concerned, facts have occurred that justify the fear that the validity of the authorisation may endanger public order, security or morality”. According to this provision, the public administration must assess whether the maintenance of the authorisation represents a threat to public order, security or morality and, if necessary, issue a revocation order. However, before proceeding with the balancing of the aforementioned interests, the administration must carry out an assessment of the facts that may have occurred while the holder of the authorisation was conducting the business, with regard to their relevance for the reference regulation. In this case, it can be said from the outset that the degree of the control (i.e. the legality test) exercised by the judges, depends on a large number of factors such as "the nature of the notions and the legislator's intentions which can be inferred from, for instance, the objective or subjective language used"<sup>104</sup>.

#### **4. Models of judicial control over administrative acts. The case of the Dutch model.**

As for the relationship between the judiciary and public administration, already in the mid-1990s, from a comparative perspective, Dutch scholars<sup>105</sup> distinguished two different models of judicial review: on the one hand, the classical or traditional Anglo-Saxon model<sup>106</sup>, characterised by a perfect balance and a clear

---

<sup>104</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 86.

<sup>105</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>106</sup> On the judicial review of administrative discretion in Great Britain, P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità*, in S. TORRICELLI (ed.), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Turin, 2018, pp. 115-151; A.C.L. DAVIES, J.R. WILLIAMS, *Proportionality in English law*, § 4.2.1 *Judicial review*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 74 et seq.; K. THOMPSON, *Administrative Law in the United Kingdom*, § 5 *Judicial review*, in R. Seerden (ed.), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, pp. 88-90; S. MIRATE, *Traditional model vs dialogue model in the UK Legal System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp.

distinction of functions between public administration and the judiciary. According to this model, judges must limit themselves to a marginal review of administrative actions; on the other hand, the modern French model<sup>107</sup>, where the courts exercise a more intense control over the work of the executive and a review of challenged measures, almost like a superior administrative body. The continental variants of this second model have developed in a more extreme manner (Germany<sup>108</sup>), or more

---

63-92; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, § 2 *Methods of judicial control. England and Wales*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, pp. 86-92; S.A. DE SMITH, H. WOOLF, J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, London, 1998; P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Turin, 1996; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 80-87; M.P. Chiti (ed.), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milan, 1990.

<sup>107</sup> On the judicial review of administrative discretion in France, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Chap. II *La Francia*, Bologna, 2019; W. GASPARRI, *Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese*, in S. TORRICELLI (ed.), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Turin, 2018, pp. 219-242; Y. SANCHEZ, *Proportionality in French administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, pp. 43-72; J.B. AUBY, L. CLUZEL-METAYER, L. XENOU, *Administrative Law in France*, § 5 *Administrative Litigation. Protection of the Citizens against the Administration*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, pp. 28-39; A. SIMONATI, *Administrative law and the dialogue model in France. The administrative Courts contribution*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 63-92; A.J. BOK, *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjective? A survey including French and German Law*, in F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial law making and administrative law*, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 154-162; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, § 2 *Methods of judicial control. France*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, pp. 92-94.

<sup>108</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan, 2007, p. 308, states that "beginning from the middle of the twentieth century, German judges are developing what are probably the most incisive review methods on discretion in the European panorama". On the judicial review of administrative discretion in Germany, M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (ed.), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Turin, 2018, pp. 153-205; N. MARSCH, V. TÜNSMEYER, *The principle of proportionality in German administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, pp. 13-42; H. PÜNDE, A. KLAFKI, *Administrative Law in Germany*, § 5.4 *The*

moderately (Italy<sup>109</sup>, The Netherlands), preserving many similarities and presenting (inevitable) differences with respect to the original model<sup>110</sup>. In fact, the notion of the rule of law and the political-constitutional architecture of the various legal systems influence the predominant characteristics of the two models, sometimes stressing the sovereignty of Parliament and at other times the peculiar (sometimes, special) prerogatives of the executive power or the independence of the judiciary (thus highlighting the function of protecting the citizen against the administration's arbitrariness) and thus giving rise to numerous and large variations.

In any case, both models (and their derivatives) pose an underlying problem: on the one hand, a more intense judicial scrutiny can be evaluated in positive terms for the citizen who is appealing against a flawed administrative provision, since it is a mark of effective and full protection given practical effect by the legal system. On the other hand, however, a gradual and continuous erosion by the judiciary of the space reserved by the legislator to the public administration could damage the democratic order and the system of constitutional checks and balances between the branches of the State.

---

*Administration's freedom of manoeuvre and intensity of judicial review*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, pp. 88-90; M. POTO, *Judicial review of administrative action: procedure vs. substance. Germany*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 93-124; A.J. BOK, *Judicial review of administrative decisions by the Dutch administrative Court: recours objectif or recours subjective? A survey including French and German Law*, F.A.M. STROINK, E. VAN DER LINDEN, *Judicial law making and administrative law*, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 162-169; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, § 2 *Methods of judicial control. Germany*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, pp. 94-95.

<sup>109</sup> On judicial review of administrative discretion in Italy, see above Chap. I.

<sup>110</sup> On this point, see *below* Chap. III.

In more recent times, however, scholars<sup>111</sup> have proposed a different classification of *judicial review systems*, distinguishing rather between traditional and participatory models.

It is peculiar that, according to this distinction, the classical or traditional model should be understood not to be the Anglo-Saxon one but the continental one, unlike what had been previously maintained by scholars<sup>112</sup>. In particular, the traditional model of judicial review, whose historical origins are to be found in the French Revolution of 1789, takes into greater consideration the procedural rules and the form of the acts, as compared to the participatory model. Moreover, according to the traditional model: the political bodies, first of all the Parliament (more correctly, the legislature), intervenes beforehand to define the spectrum of interests at stake (often in opposition to each other) and, on occasion, to define the outcome of this weighing of interests, also identifying the overriding public interest. Administrations may adopt regulations to regulate the exercise of power in practice; judges can review administrative actions from the point of view of compliance with the law, or check compliance by the public administration with the restrictions established by legislation as limits to the exercise of power. Usually, in order to limit the risk of arbitrariness by the administration, legislators issues laws containing the procedural rules and the form of the acts to which administrations must comply with when exercising discretionary powers; the judge contributes to the preparation of these procedural rules, like those for the right to be heard or the obligation to state grounds, often too from the development of case law. At times, a judge may even go as far as to substantially revise a disputed provision following the application of the proportionality test: the judge may verify whether in the case in question the legislature has effectively given the administration a discretionary power and, in the

---

<sup>111</sup> R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Introduction*, § 2 *Two models: top-down vs. bottom-up*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, pp. 3-7.

<sup>112</sup> It was the same for F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, pp. 81-99.



absence of discretion (*i.e.*, in the case of restricted actions), can act in lieu of the administration itself in the adoption of the final provision.

The participatory model of judicial review, on the other hand, is characterised by a more marginal role played by the judge compared to the classical model. According to the participatory model: only in exceptional cases do political bodies, and Parliament in particular, intervene beforehand to identify the overriding interest; rather, the final decision is generally shared and deemed acceptable by all interested parties, who reach a compromise solution through procedural participation (think of proceedings in environmental matters). Furthermore, administrations tend to issue regulations (not so much) to regulate (the form of the acts but above all) the modes of participation of all the stakeholders in the decision-making process, according to a non-hierarchical but egalitarian relationship of the parties to the administrative procedure. Judges exercise their own review on the correct conduct of the right to be heard for all the interested parties but do not exercise substantial control over final decisions.

In consideration of the characteristics described, the traditional model is defined as "*top-down*"<sup>113</sup> or hierarchical and the participatory model is termed "*bottom-up*"<sup>114</sup> or non-hierarchical.

In any case, the same scholars<sup>115</sup> highlight how the boundaries between the two judicial review models described are actually much more nuanced and less clear-cut than appears at first sight. In fact, on the one hand, in the participatory model, the judicial review, not being able to cover the substance of the administrative decision, ends up by focusing on the administration's compliance with the procedural rules and, in particular, on the participatory guarantees to protect the integrity and completeness of the right to be heard; on the other hand, with the traditional model,

---

<sup>113</sup> R. CARANTA, A. GERBRANDY, *last book cited.*, p. 3. Similar expressions are used by N.K. KOMESAR AND W.E. WAGNER IN, *The administrative process from the bottom up: reflections on the role, if any, for judicial review*, in *Administrative Law Review*, V. 69, 2017, pp. 891-949; VAN DEN BERGE, *The Relational turn in Dutch Administrative Law*, in *Utrecht Law Review*, V. 13, 1/2017, 2017, p. 103.

<sup>114</sup> *Ibidem.*

<sup>115</sup> *Ivi*, p. 7.

and especially with the derived variants, judges do not always conduct full reviews but, at times, they limit themselves to superficial reviews. In the latter cases, judges tend to monitor compliance with the procedural rules and do not enter into the merits of administrative decisions from a substantive point of view.

The two different classifications of the judicial review models proposed by scholars (both in the past and more recently) can coexist and are still valid, considering that they emphasise different characteristics of the two judicial review systems.

According to the dichotomy of the judicial review models most recently suggested by scholars, the Dutch judicial control system can be traced back to the modern, French model, of which it constitutes a variant. However, from a diachronic perspective, retracing the various historical stages that marked the development of judicial review in the Netherlands, we can see how, at the origins of the practice, the Dutch judicial review model was anything but (or in any case, not only) attributable to the French one but rather resembled, in some respects, the Anglo-Saxon approach. Indeed, the initial Dutch model appears to borrow from the classical one, typical of common law countries, not only the original principles in terms of the prevalence of administrative non-judicial safeguards over judicial ones<sup>116</sup>, but also respect for the rule of law<sup>117</sup> and the sovereignty of the Parliament (in favour, therefore, of not being able to question the work of the administration conducted within the limits reserved to the executive branch by the legislative branch) but also and above all respect for the (very first) results of the judicial scrutiny, which takes authoritative examples, as we will shortly examine further<sup>118</sup>, from precedents in English law.

---

<sup>116</sup> As we have already said, at the beginning of the twentieth century, the protection established by the Dutch legal system with respect to the acts of the public administration was essentially of an administrative appeal nature. Therefore, from this point of view, the Dutch experience seems to be very close to the administrative justice model of *common law countries* which historically attribute great importance to methods that are non-judicial, or not fully judicial. On this point, see above, § 2.3.

<sup>117</sup> L.L. JAFFE, E.G. HENDERSON, *Judicial review and the rule of law: historical origins*, London 1956.

<sup>118</sup> On this point, see *below* § 5.3.

This is the reason why we can say that the Dutch model constitutes a "case-history", since it was originally (even if only in part) inspired by the classical common law model<sup>119</sup>, and it then evolved according to the French civil law model, while developing its own original features. However, nowadays it is impossible not to acknowledge a certain uniformity among the various judicial review models<sup>120</sup>.

Even accepting the classification of the judicial review models most recently established by scholars, it has also been observed that the Dutch judicial review system presents characteristics that are typical of both the traditional and participatory models<sup>121</sup>. Distinctive elements of both models can be found directly in Article 8:69 of the GALA, which shows that, on the one hand, the parties play a fundamental role in the Dutch administrative process; on the other hand, judges are also required to perform an active function in support of the parties. Indeed, the law in question provides that (1) judges must issue their rulings on the basis of the attachments to appeals submitted, the documents filed in court, the results of preliminary investigations and hearings; (2) judges are free to identify and apply the rules of law they consider most applicable to the specific case, completing *ex officio* the legal classification of the fact they deem correct, as an addition to the rules laid down by the parties on which their legal claim is based; (3) judges can proceed *ex officio* to prepare supplementary reconstructions of the facts of the case provided by

---

<sup>119</sup> G. JURGENS, F. VAN OMMEREN, *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependent divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71 (1), 2012, pp. 172-199.

<sup>120</sup> M. ELIANTONIO, *Judicial review in an integrated Administration: the case of composite procedures*, in *Review of European Administrative Law*, V. 7, no. 2, 2014, pp. 65-102; J.B. AUBY, *About Europeanisation of domestic judicial review*, in *Review of European Administrative Law* 7, 19, 2014; P. BOYMANS, M. ELIANTONIO, *Europeanisation of legal principles? The influence of the CJEU's case law on the principal of legitimate expectations in the Netherlands and the United Kingdom*, in *European Public Law*, V. 19, no. 4, 2013, pp. 715-738; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan, 2007, pp. 325 et seq.; C. HILSON, *The Europeanisation of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence*, in *European Public Law*, V. 9, no. 1, 2003, pp. 125-145; J. SCHWARZE, *The convergence of the administrative laws of the EU Member States*, in *European Public Law*, V. 4, no. 2, 1998, pp. 191-210.

<sup>121</sup> O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, p. 165.

involved parties. Therefore, on the one hand, the parties identify the subject of the proceedings, performing a very important propulsive function in the Dutch administrative process; on the other hand, the judges are called upon to play an active role and to extensively interpret the contents of appeal documents and the grounds at the basis of the contested action; however, the judges are not allowed to introduce new grounds of appeal in the *ex officio* process, with the exception of a very limited number of cases. To be more precise, judges are only *ex officio* allowed to determine breaches of a limited number of procedural rules, such as, for example, rules on the allocation of jurisdiction between the various administrative courts.

Furthermore, the possibility of recognising characteristics that are typical of both the traditional and participatory models in the Dutch judicial review system is directly related to the described<sup>122</sup> distinction between restricted powers and discretionary powers and, within the latter, between political discretion (discretion in policy, *beleidsvrijheid*) and evaluative discretion (discretion in assessment, *beoordelingsvrijheid*). In fact, if a given disputed administrative provision is the expression of a restricted decision, the court, in carrying its own review, will apply the traditional model, i.e. it will assess the lawfulness of the provision in question and the administration's compliance with the regulatory limits set for the exercise of power in the case in question. On the other hand, if the disputed administrative provision is the result of a discretionary decision, the court's scrutiny will follow the participatory model, without going as far as exercising a substantive control over the final decision, and this without prejudice to the administration's compliance with the procedural rules, and in particular with the participatory guarantees to protect the integrity and completeness of the right to be heard<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> See above, § 3.

<sup>123</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, in Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 6, underline that "the great emphasis on administrative procedure is reinforced by the tendency of Dutch administrative courts to defer to the administrative authority's exercise of discretionary powers, which allows the courts to carry out the "reasonableness test" (i.e. judicial review limited to whether administrative powers have been exercised reasonably) (...). Where the court carries out the reasonableness test, it tends to concentrate its review of the order on the more procedural standards the administrative authority had to observe".

As we shall examine in depth later in this chapter<sup>124</sup>, the two golden rules of the substantive intangibility of the contested measure and the impossibility for the court to replace the administration in taking the final decision have been eroded since the entry into force of the GALA and, in particular in the last decade, the intervention of case law, which has shown a growing activism in this respect.

### **5. Historical and technical phases of the judicial review of discretionary administrative acts in the Netherlands.**

The tools available to judges in the Netherlands to exercise control over discretionary administrative acts initially evolved in case law during the 1950s. The courts (initially, only the ordinary ones; then, mainly the administrative ones) acknowledged the indications and the recommendations coming from some scholars, indeed initially from only a minority of scholars, following a debate that arose at the beginning of the last century which lasted about fifty years. Only later, almost a century after the beginning of the debate among scholars on the subject, were judicial review criteria included by legislation in the *General Administrative Law Act* (GALA) of 1994.

In the mid-1990s, scholars<sup>125</sup> distinguished three phases in the history of the judicial review of discretionary administrative acts in The Netherlands, and in particular: the first phase, relating to the period between the end of World War II and 1976, year of entry in force of the *Wet Arob* (*Judicial Review of Administrative Action Act*); the second phase, between 1976 and 1994, the year in which the GALA entered into force and the third and final phase, starting in 1994.

The most recent scholarship<sup>126</sup>, on the other hand, divides the history of judicial review into two phases, before and after the entry into force of the GALA in 1994. This distinction is based on the idea that the codification of administrative law has changed the meaning of the proportionality principle.

---

<sup>124</sup> See below, § 5.7.

<sup>125</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>126</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 109.

We consider such an approach to be acceptable in part, not only because it is possible to evaluate a greater period of time *ex post* (from 1995 to the present day), but also in consideration of the fact that it is considered advantageous for research to investigate a segment of the history of judicial review *ex ante* (the first half of the twentieth century) which can be useful to understand the principles underlying the decisions taken on the subject by Dutch courts at the end of the Second World War. It is also appropriate to highlight not only the different stages of the development of judicial review practices but also the stages that, due to their importance, characterised (more correctly, changed) the course of history. Therefore, in line with this methodological approach, according to a diachronic perspective, we consider it is necessary to proceed with the analysis of the theme according to the following breakdown: judicial review practice in the first half of the 20th century; the *Zandvoortse woonruimtevoording case*; the *Doetinchem case*; judicial review after the *Doetinchem case* and up to 1976; judicial review from 1976 to 1994, with particular attention to the *Normaal case*; judicial review practice after the entry into force of the GALA, with the analysis of the *Maxis and Praxis case* and the subsequent case law and, finally, recent trends in judicial review.

### **5.1. Judicial review in the first half of the 20th century.**

From the beginning of the twentieth century until 1949, there was a debate among scholars on the possibility for a judge to carry out a review on discretionary administrative acts. Also, the depth to which the judge could proceed was controversial. The debate was based on what has been discussed regarding the safeguards against illegitimate administrative acts deemed most appropriate to meet the protection needs of citizens, in consideration of the proliferation of administrative law statutes attributing (mostly) discretionary powers to public administration bodies<sup>127</sup>. To be more precise, some scholars, indeed most of them, considered that judges were not empowered to review decisions taken by an administration in a discretionary manner, given the different constitutional positions occupied by judges

---

<sup>127</sup> See above §§ 2 – 2.2.

and the administration; on the other hand, the remaining minority of scholars considered that judges had to play an important role in reviewing discretionary administrative actions, precisely because of their independence and third-party standing with respect to administration bodies.

Throughout the first half of the 20th century, Dutch judges never went so far as to interfere with the exercise of administrative discretion. Moreover, given the content of the statutes, which often lacked precise and concrete guidelines for implementation by the administration<sup>128</sup>, Dutch judges were left with few ways to exercise control over administrative discretion. Highly respectful of the principle of separation of powers, restricted to ascertaining only breaches of the law and in the absence of clear parameters in the statutes governing administrative actions, judges in The Netherlands had no choice but to maintain an attitude of deference towards the administration, without invading the space reserved for the exercise of its discretion.

## **5.2. The *Zandvoortse woonruimtevoording* case.**

Following the liberation from the German occupation in 1945, the Netherlands had to face a major housing emergency. To tackle this problem, the Dutch government decided to proceed with a compulsory redistribution of living spaces and, to this end, in 1947 enacted the *Woonruimtetwet* (*Housing Act* or *Act on Living Accommodation*). The stated aim of this law was to improve the correct distribution of housing. In order to achieve the regulatory purpose, Mayors were granted discretionary powers to requisition dwellings from their owners and assign them to other people.

According to the provisions of the *Act on Living Accommodation*, in 1947 the Mayor of Zandvoort, a renowned Dutch seaside resort, had issued a requisition order for the use of a house and the holiday cottage owned by Mr Van Spiegel, claiming that the rental charges were too high. The Mayor intended to grant the building to Mr Douma, a newly hired police officer in the municipality. Consequently, Mr Van

---

<sup>128</sup> See above § 2.1.

Spiegelen could not have obtained a higher rent consistent with the market value. The owner therefore appealed to the ordinary court for an annulment of the requisition order, asserting that the administrative decision had been adopted (not arbitrarily<sup>129</sup> but) for a different purpose than that envisaged by the law.

The court accepted the appeal concerning the restitution of the holiday cottage but rejected the one concerning the other requisitioned house; Mr Van Spiegelen challenged the judgement before the Court of Appeal, which annulled the part of decision of the first instance court that was unfavourable to the appellant. The Mayor decided to appeal to the Supreme Court against the ruling of the Court of Appeal.

With judgement NJ 1949/557 of 14 January 1949 (with a note from D.J. Veegens), ARB 1949, 751, the Dutch Supreme Court found the review provision vitiated by excess of power, in a form that indicated an abuse of power. According to this standard, applied for the first time by the Court in proceedings of this type, administrations are prohibited from exercising a discretionary power for a purpose other than that envisaged by the legislation. On this point, scholars<sup>130</sup> consider that Dutch judges have adopted the teaching of the French Council of State on the *détournement de pouvoir*<sup>131</sup>, an expression which - not by chance - occurs several times in the text of the judgement in question.

---

<sup>129</sup> This, instead, will be the grievance presented by the appellant in the *Doetinchem case*. See *below* § 5.3.

<sup>130</sup> C.J.H. BRUNNER, *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977, p. 741.

<sup>131</sup> On the notion of *détournement de pouvoir* in French administrative law, L.N. BROWN, J.S. BELL, *French administrative law*, Oxford 1993, pp. 229-235; M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del ricorso per eccesso di potere*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milan, 1988, p. 306; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milan, 1960, p. 365, highlights that "the excess of power is linked to the revolutionary period in France and to the establishment of the Supreme Court of Cassation, one of whose functions was to prevent any trespassing by the judicial branch to the detriment of the legislative and executive branches. It was the period in which Montesquieu's political conception still dominated, inspired by the strict separation of the three powers of the State; it was then that we began to talk about '*Excès de pouvoir*' in the etymological sense of 'trespassing', of 'usurpation of foreign functions' by the judicial authority. Later, the notion of excess of power passed from the judicial field to the administrative one maintaining in principle, also in this field, a meaning similar to that assumed in the judicial field". Also A.



To be more precise, the legal question underlying the case brought to the attention of the Supreme Court was whether the Mayor had or had not abused the discretionary powers to undertake property requisitions bestowed on him by the Housing Act; in other words, the Court was asked to ascertain whether the Mayor had exercised the power assigned to him by the law to pursue the regulatory purpose, i.e. a more efficient distribution of housing, or for a different purpose. As the outcome of this examination, the Court found that the challenged review provision was unlawful. As such, according to the judges, the grounds explicitly claimed for the requisition order, i.e. the excessive rent, was completely irrelevant and inconsistent with the purpose of the powers envisaged by the laws that had bestowed them.

According to the Court, therefore, the decision taken by the Mayor of Zandvoort against Mr Van Spiegel found no legal basis in the Housing Act and was vitiated by misuse of power, as the Mayor had used the powers granted to him by law for purposes different to those intended. To be more precise, according to the judges, it was evident that the Mayor, in seizing Mr Van Spiegel's summer cottage, had in effect pursued the goal of providing housing for the new municipal employee at a modest rent and certainly not for achieving a fair redistribution of housing resources.

---

AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, p. 30 et seq., finds it interesting to examine the genesis of the misuse of power in French administrative law, noting that the French Council of State "extended its jurisdiction to hypotheses which did not appear to constitute illegality. This occurred in the hypotheses in which the administration, in the exercise of its own discretionary power, had given rise to acts which, while they appeared to be formally legitimate, that is, in conformity with the express requirements of the law, were instead in reality contrary to its spirit or to the purposes it was intended to achieve. Such a hypothesis could not have been considered a kind of illegality considering the prevailing idea in that period whereby discretion was understood as an appreciation completely unencumbered by any regulatory framework and the discretionary power was, therefore, considered unquestionable. As a consequence, acts affected by such defects should have been able to avoid the control of the legitimacy judge. In any case, the French Council of State considered that it could also include these hypotheses in its jurisdiction to sovereignly rule on applications for the annulment of excessive power, which it considered, moreover, as autonomous with respect to other '*ouvertures*' of appeal, indicating them as '*détournement de pouvoir*'".

Therefore, with this ruling, for the first time the Supreme Court acknowledged the power of Dutch judges to determine the existence of such types of illegitimate conduct, attributable to the defect of excess of power rather than a violation of the law. Indeed, before the *Zandvoortse woonruimtevoording* case, Dutch judges could only ascertain the defect of the violation of the law. This limitation can be explained in light of the fact that, until the end of the nineteenth century, administrative authorities were not endowed with so many and such discretionary powers to warrant specific and additional legal safeguards regarding the traditional defect of legitimacy constituted by the violation of the law. Only after the adoption of a large number of administrative law statutes, which took place from the beginning and throughout the first half of the 20th century, attributing broad (and in some ways unlimited) discretionary powers, was the need felt to develop methods to guarantee private individuals with respect to administrative decisions, that would sustain a review different to that concerning violations of the law and which was focused on the exercise of administrative discretion.

Some scholars<sup>132</sup> argue that the principle of *défense de détournement de pouvoir* derives from the principle of legality; other scholars<sup>133</sup>, however, state that the principle in question derives from the *principle of specificity*, in any case closely connected to the principle of legality.

In any case, the principle is developing in four possible directions. The first aspect concerns the exercise of power against the purpose for which it was attributed, for example when an environmental authorisation is granted exclusively on the basis of economic assessments and not also to provide environmental protection; the second relates to the use of power for an illegal purpose (incorrect), for example

---

<sup>132</sup> G.H. ADDINK, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford 2019, pp. 102.

<sup>133</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 137, according to which legislators must not limit themselves to conferring a power to the administration (principle of legality) but must also specify the limits of this power (principle of specificity). Therefore, the principle of specificity would not be so much a general principle of administrative law as of constitutional law, because it pertains to the rule of law.

when an authorisation is granted in exchange for money<sup>134</sup>; the third concerns the exercise of power in an adequate manner (appropriately), such as when an environmental permit is granted with the provision of certain conditions in order to prevent illicit spillage of waste; the fourth relates to the exercise of power in a manner consistent with (consistently) the regulatory purpose, such as establishing conditions for environmental protection for the granting of an environmental authorisation<sup>135</sup>.

The General Administrative Law Act (GALA) of 1994, codified both the principle of *défense de détournement de pouvoir* and the principle of specificity. The first, in Article 3:3, establishes the prohibition for the administration to use a power for a purpose other than that for which it was given, more correctly, the obligation for the administration to exercise the power attributed by law in accordance with the purpose thereof<sup>136</sup>. The second, in Article 3:4 (1), according to which, when adopting a decision, the administration must consider all the public and private interests involved, i.e. limiting itself to those specifically relevant to the individual statute conferring the power exercised<sup>137</sup>.

### 5.3. The *Doetinchem* case.

It was only with the judgement issued in the *Doetinchem case*<sup>138</sup>, again in 1949, that the Dutch Supreme Court had the opportunity to shed light on the possibility for judges to exercise a review on discretionary administrative acts and

---

<sup>134</sup> M. STOUTEN, *De witwasmeldplicht*, Den Haag, 2012.

<sup>135</sup> G.H. ADDINK, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Oxford 1999.

<sup>136</sup> On this point, J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, pp. 41-42, highlight that "there is little case law on the prohibition against the abuse of power. It is often difficult to prove that a power was used for another purpose than that which the legislature had intended. The official reasons for a decision do not show the real motivation".

<sup>137</sup> According to J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey*, *op. cit.*, p. 42, "Section 3:4, part 1 of the AWB prescribes that in making a decision, the administration always has to weigh interests, in so far as no limitation is placed on this duty by a statutory regulation or by the power to be exercised".

<sup>138</sup> Supreme Court, 25 February 1949, NJ 1949/558 (*Doetinchem housing requisition*).

to specify the extent of such control, applying the reasonableness test (more precisely, the non-manifest unreasonableness test).

As discussed in the previous paragraph, at the end of the Second World War, the Netherlands faced a serious housing shortage problem. With the *Woonruimtetwet* (*Housing Act* or *Act on Living Accommodation*) of 1947, an attempt was made to give a concrete answer to these difficulties, attributing to local government authorities the (discretionary) power to requisition for use a house or part of it and subsequently reallocate it to other people. The stated regulatory purpose was to efficiently redistribute existing housing resources and thus overcome the shortage. To be more precise, Article 32 of the statute expressly established that the provision with which an administration requisitioned a house was considered as aimed at achieving an appropriate and efficient redistribution of housing and that no evidence to the contrary was admissible in court. It was clearly a judge-proof rule, i.e. a rule that not only attributed discretionary powers to the administration, the concrete exercise of this power also presented to judges an appearance of invincible and unquestionable presumption of efficiency of the administration's operations. In other words, with this legal provision, political decision makers had manifestly taken sides: the law makers<sup>139</sup> wanted to prevent the courts from interfering in the effective exercise of power by local government in the requisitioning of buildings.

On the basis of this emergency legislation aimed at solving the pressing problem of housing shortages, the Municipality of Doetinchem adopted provisions for the requisition of real estate. The administration also requisitioned part of a large house occupied by a married couple with mental disorders. The spouses challenged the requisition order, citing their mental illness as a ground of appeal. To be more precise, with the support of a psychiatric report, the plaintiffs' defence pointed out that the mental health conditions of the couple were very unstable; that living with other people in the same house would have been a definite source of damage to their

---

<sup>139</sup> In the Netherlands as in Italy, the attribution of discretionary powers to the public administration is subject to a legislative policy decision, it is therefore a choice incumbent on the legislators and bound by the principle of legality. On the impact of regulatory policy choices regarding the relationship between public administration and the judiciary, see above chap. I.

health and potentially to the new occupants; that, therefore, they would certainly have been forced to move to another house; that, to protect their health conditions, it was important to be able to stay together in that house; that the couple had the right to continue living in that house and that the disputed provision for the requisition of part of their home had violated that right.

The administration appeared in court objecting first of all that, in order to respond to a serious public need, the special law in question had given the administration full powers of a discretionary nature in order to identify the real estate that could be requisitioned; secondly, that the decision adopted was fully efficient and fulfilling the purpose established by the law.

The spouses replied that in this case, given their particular situation of disadvantage, the administration's decision had had totally disproportionate effects with respect to the regulatory purpose.

The local court accepted the appeal, holding that the challenged requisition order was vitiated by misuse of power.

The municipal administration challenged the judgement before the Supreme Court. According to the Municipality of Doetinchem, the court of first instance had invaded the discretionary space reserved to the administration.

The Supreme Court overturned the first instance ruling, confirming the legitimacy of the disputed provision. Indeed, for the Dutch judges, in this case the prohibition of arbitrariness had not been violated; nor was it possible, according to the Court, to hold that the administration had misused its powers, since, unlike the previous *Zandvoortse woonruimtevoordering case*<sup>140</sup>, the provision actually adopted by the administration was indeed aimed at the requisition of useful space for solving the problem of the lack of housing for residential use and, therefore, was perfectly in line with the purpose established by the law attributing the power.

In particular, in the Doetinchem judgement, the Court affirmed the need to subject the disputed provision to an *arbitrary-or-capricious test* or *reasonableness*

---

<sup>140</sup> See Supreme Court, 14 January 1949, NJ 1949/557 with a note by VEEGENS, ARB 1949, 751. See above Chap. II, § 5.2.

*test*. According to this criterion, which Dutch scholars also refer to as a "prohibition of arbitrariness"<sup>141</sup>, the judge is called upon to assess whether the allegedly arbitrary decision is actually not manifestly unreasonable<sup>142</sup>. To be more precise, the test formula applied by the Court is as follows: "the judge must assess whether it is possible to affirm that the disputed decision, adopted by the administration following the balancing of the interests involved, is not manifestly unreasonable"<sup>143</sup>. On this point, scholars<sup>144</sup> have pointed out that from the judgement under review it follows that only the total disregard of private interests, i.e. their complete omission during the balancing phase, justifies the classification of the administrative decision as arbitrary.

---

<sup>141</sup> The criterion is referred to as "prohibition against arbitrariness" in T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 27. The expression "the prohibition of arbitrariness" is, instead, used in B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, § 5.2.1 *Control of administrative action in the first half of the twentieth century*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 111; in T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV.AA. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 406; R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 137. H. ADDINK, *Good governance: concept and context*, Oxford 2019, p. 103, speaks instead of "prohibition on arbitrariness". F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 82, cites the criterion as "prohibition against unreasonableness".

<sup>142</sup> On the relationship between prohibition of arbitrariness and non-manifest unreasonableness, B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 113, notes that "in the Dutch literature, the formula that an administrative act constitutes tort when the administrative body could not reasonably have reached the contested decision is often paraphrased by saying that (the outcome of) administrative decisions may not be manifestly unreasonable. If a decision is manifestly unreasonable, the 'prohibition of arbitrariness' is being violated".

<sup>143</sup> Later, this formula was expressly codified in some statutes, which were then repealed with the entry into force of the GALA in 1994. On this point, see *below* § 5.4.

<sup>144</sup> C.J.H. BRUNNER, *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977, p. 742.

According to the Court's ruling in this case, the judge must respect the administrative discretionary space in terms of decision-making and political assessments and intervene only in the presence of an arbitrary administrative act. In other words, the judge is not allowed to assess whether the administration in a given case has correctly or not balanced the public interest (in this case, a more efficient allocation of housing) with the private interest (of the owner to remain in his home), except in the case of a decision of manifestly arbitrary content, and this is because the determination of the specific weight of each interest, whether public or private, is a task assigned to the administration. In other words, it was a weak judicial review<sup>145</sup>.

In the judgement under review, the Court is also concerned with indicating the criterion for identifying an arbitrary act: an act is arbitrary not when the judge considers the decision to be unreasonable or disproportionate but when a reasonable person would never have made such a decision.

Some scholars<sup>146</sup> consider that judges in the Netherlands have adopted the approaches of the French Council of State on the notion of *abus de pouvoir*<sup>147</sup>, an expression that occurs several times in French in the text of the judgement under examination.

The criterion used by the Court to identify an arbitrary act constitutes an application of the *reasonable man*<sup>148</sup> doctrine borrowed from common law systems, "in other words, the civil law concept referred to as a good family man in civil law

---

<sup>145</sup> In this sense, T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV.AA., *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 406, classify the judicial review admitted by the Doetinchem judgement as "marginal". Also, according to F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 82, the Dutch Supreme Court applies a rather weak standard to the present case.

<sup>146</sup> C.J.H. BRUNNER, *Abuse of the right in Dutch law*, 37 *Louisiana Law Review*, 1977, p. 741.

<sup>147</sup> On the notion of *abus de pouvoir* in French administrative law, L.N. BROWN, J.S. BELL, *French administrative law*, Oxford 1998.

<sup>148</sup> On the standard of the reasonable man in English law, A. RIPSTEIN, *Reasonable Person in Private Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (ed.), *Reasonableness and Law*, 2009, p. 255.

systems"<sup>149</sup>. Indeed, some scholars<sup>150</sup> consider that the Dutch Supreme Court for the Doetinchem ruling was rather more inspired by the judgement issued in 1948 by English judges in the *Wednesbury* case<sup>151</sup>.

### 5.3.1. The English precedent. The *Wednesbury* case.

---

<sup>149</sup> S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, 2012, p. 42.

<sup>150</sup> The *Wednesbury* judgement influenced the Doetinchem judgement, according to T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 27; B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, § 5.2.1 *Control of administrative action in the first half of the twentieth century*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 111. Also F.A.M. Stroink notes the close similarities between the *Wednesbury* judgement and the Doetinchem judgement, although without explicitly stating that the former constitutes the precedent for the latter but limiting himself to stating that they were adopted at a short distance from each other. F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 91.

<sup>151</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd vs. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ. 1, [1948] 1 KB 223, *Court of Appeal (England and Wales)*. On the *Wednesbury* case, G.H. ADDINK, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford 2019, p. 102; P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, § 4 *Il controllo di ragionevolezza: dalla Wednesbury unreasonableness all 'irrationality. Il timido affacciarsi della proporzionalità*, in S. TORRICELLI (ed.), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Turin, 2018, pp. 126-132; K. THOMPSON, *Administrative law in the United Kingdom*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative administrative Law. Administrative law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 247; A.C.L. DAVIES, J.R. WILLIAMS, *Proportionality in English Law*, § 4.2.2 *The Wednesbury test and its progeny*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 75 et seq.; G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 297-298; M. BOBEK, *Reasonableness in administrative law: a comparative reflection on functional equivalence*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, p. 314; D.J. GALLICAN, *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, § 6.42 *Reasonableness and unreasonableness*, Oxford, 2011, p. 321; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 90; G.L. PEIRIS, *Wednesbury unreasonableness: the expanding canvas*, in *Cambridge Law Journal*, 1987, p. 53; J.L. JOWELL, A. LESTER, *Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law*, in *Public Law*, 1987, p. 368.



Until the end of the late 1940s, English courts limited themselves to exercising a truly modest review of administrative actions, maintaining a timid and deferential attitude towards administration bodies<sup>152</sup>.

Only since the *Wednesbury* case of 1948 have English judges been open to reasonableness reviews. The case was the following. According to the Cinematograph Act of 1909, cinemas could be open from Monday to Saturday but not on Sundays. On the basis of a specific regulation, it was possible to ask the competent local authority to obtain an authorisation to allow opening on Sundays. Subsequently, with the Sunday Entertainments Act of 1932, the Sunday opening of cinemas was generally allowed, subject to the conditions deemed appropriate by the competent local authority which were decided by a majority of the members of the council. In 1947, the Associated Provincial Picture Houses obtained a licence from the Wednesbury Corporation to operate a cinema in Staffordshire, provided that no child under the age of fifteen, accompanied by an adult or otherwise, was admitted on Sundays.

The Associated Provincial Picture Houses challenged the measure, considering it affected by an excess of power.

With the *Wednesbury* ruling, the judges did not consider the prohibition to admit children under fifteen years of age imposed by the local authority as a condition for granting the authorisation for the Sunday opening of a cinema, to be unreasonable.

Reasonableness is presented "as a principle of ancient memory in English administrative law, renewed, however, in the aftermath of the Second World War"<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> *R. vs. Minister of Health, ex parte Yaffe*, [1931] A.C. 494; *R. vs. Hendon District Council, ex parte Chorley*, [1933] 2 K.B. 696; *R. vs. Minister of Transport, ex parte Gray Coaches*, [1933] 77 S.J. 301; *R vs. Ministry of Transport, ex parte Upminster Services Ltd*, [1934] 1 K.B. 277; *Errington vs. Minister of Health*, [1935] 1 K.B. 249; *Sheffield Burgesses vs. Minister of Health*, [1935] 52 T.L.R. 171; *Cooper vs. Wilson*, [1937] 2 K.B. 309; *R. vs. Boycott, ex parte Keasley*, [1939] 2 K.B. 651; *White and Collins vs. Minister of Health*, [1939] 2 KB 838.

<sup>153</sup> S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, 2012, p. 42.

with the judgement under examination, used as a technique of judicial control of administrative action.

As for the extent of the judicial control on the merits of administrative decisions, the *Wednesbury* unreasonableness standard of review is characterised by being, indeed, "rather low"<sup>154</sup> or "skin-deep"<sup>155</sup>. Indeed, according to the manifest unreasonableness standard, applied in the *Wednesbury* case, a Court can annul an administrative decision only when the latter is so unreasonable<sup>156</sup> that no reasonable man would have taken it or, according to a more recent wording, "so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it"<sup>157</sup>. In this regard, it was noted that "according to the so-called *Wednesbury* test, a public decision is unreasonable when it contains something so absurd that no one would ever think that it could be included in the powers of a public authority"<sup>158</sup>.

Others, moreover, pointed out that according to the type of scrutiny represented by the *Wednesbury* test "a measure can be censored in court only if it is so unreasonable that no reasonable public authority would have adopted it. If it were to be rigidly applied, the *Wednesbury* test would excessively restrict the judicial review of public acts. For this reason, in practice, the rule of reason has been invoked to enable forms of balancing much more complex than those that would have been sanctioned by the formulation developed by Lord Green in the *Wednesbury* case.

---

<sup>154</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan 2007, p. 310.

<sup>155</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 90.

<sup>156</sup> Moreover, as evidenced in relation to the *Wednesbury* judgement in G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milan 2010, p. 367, "unreasonableness itself, when taken to extreme levels, can lead to bad faith". With regard to the relationship between unreasonableness and bad faith, the *Wednesbury* judgement itself refers to the example of a teacher who was fired for the colour of her hair, a hypothesis that would be "so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into another".

<sup>157</sup> Lord Diplock, in *Council of Civil Service Unions vs. Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374, 410.

<sup>158</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, § 1.1 *La ragionevolezza nella tradizione anglosassone*, Rome 2013, p. 3.

Thus, in matters concerning measures affecting fundamental rights, there is the requirement of the existence of a compelling interest of the state to justify the sacrifice of the right. The rationality test presents aspects of affinity to the canon of proportionality<sup>159</sup>.

#### 5.4. Judicial review after the *Doetinchem* case and until 1976.

Until 1976, the year the *Wet Arob* entered into force (the law establishing the Jurisdiction Division of the Council of State), the ordinary Dutch courts played a leading role in ensuring judicial protection for private individuals against unlawful administrative acts, given the lack of an administrative court with general jurisdiction in the judicial system.

To be more precise, in this period immediately following the issuance of the *Doetinchem* ruling and on the basis of the indications contained therein, the ordinary Dutch courts conducted weak reviews<sup>160</sup> of administrative acts, limiting themselves

---

<sup>159</sup> S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. The exercise of competences*, V. 2, Milan 2006, p. 226. On this point, however, it should be clarified that the principle of proportionality, used when there is a dispute over the protection of conventional human rights (S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 9), is not applied outside this sphere, while manifest unreasonableness continues to be the only method available for controlling discretion. In this regard, there is the attempt, at the moment unsuccessful, by some scholars (G. ANTHONY, *Article 6 ECHR, Civil Rights, and the Enduring Role of the Common Law*, in *Eur. Pub. Law*, 19, 2013, p. 75 et seq.; J. GOODWIN, *The last defence of Wednesbury*, in *Public Law*, 2012, p. 445 et seq.) to develop traditional *common law* remedies against administrative power towards the standard envisaged for human rights in the European Convention on Human Rights. On the differences between the reasonableness test and the proportionality test in English law, see P. CRAIG, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. ELLIS (ed.), Oxford-Portland, 1999, p. 85 et seq.

<sup>160</sup> In this respect, T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV.AA. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 406. The reaction of the Dutch courts to the *Doetinchem* judgement is the same as that of the English courts to the *Wednesbury* judgement. Also, the latter, in fact, continue to exercise weak scrutiny on discretionary administrative acts. On the judicial review of discretionary administrative powers in English law in the period immediately following the *Wednesbury* judgement, P. MARTINO, *Centri e periferie del potere nel Regno Unito. Le nuove dimensioni di un antico confronto*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 215, which in matters of public housing notes that "the 1936 Housing Act included in the discretion framework of the local authorities the "general management, regulation and control" of public housing without establishing a clear procedural or substantial limit to their work and

to verifying whether, in the cases reviewed, the administrations had made legally acceptable discretionary choices by comparing the relevant interests or had correctly interpreted vague or undefined concepts<sup>161</sup>.

Indeed, even before the *Wet Arob* entered into force in 1976, the ordinary Dutch courts, starting from the Doetinchem wording, elaborated the principle of objectivisation. According to this principle, judges cannot substitute their subjective conception of good administration for the assessments made by the public administrations in the case of exercise of discretionary powers by the latter<sup>162</sup>; on the other hand, judges can act in place of the administration which has not taken a reasonable decision, following the comparison of all relevant interests.

### 5.5. Judicial review from 1976 to 1994.

On 1 June 1976, the *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen* (*Wet Arob*, Administrative Jurisdiction Administrative Decisions Act) came into force. It was a statute on administrative judicial appeals, later repealed by the General Administrative Law Act (GALA) from 1 January 1994. As we have already said<sup>163</sup>, this law established a Division of the Dutch Council of State with a judicial function in matters of administrative law. This jurisdiction presented itself as being both general and residual (or even complementary) at the same time. It was general, since the jurisdiction was extended to individual administrative provisions concerning the entire area of administrative law. It was residual, because in many cases the protection expressly foreseen by the statutes was rather guaranteed through

---

also the Courts did not seem inclined to subject the provisions of the local authorities in the public housing sector to the control of formal and substantive legitimacy according to the principles established in the *Wednesbury* judgement".

<sup>161</sup> H.D. VAN WIJK, W. KONIJNENBELTENR.M.VANMALE, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam 2011, pp. 332-337; S.E. ZIJLSTRA, R.J.N. SCHLÖSSELS, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Amsterdam 2017, pp. 374-375.

<sup>162</sup> On this point, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, BWN DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, note that "in applying these kinds of standards [the principles of good administration and legal certainty, author's note], Administrative courts have found effective ways of controlling the exercise of discretionary power, without having imposed their own views on what would be the best policy".

<sup>163</sup> See above, § 2.3.

the remedy of the appeal to the Crown and, therefore, a judicial appeal in the strict sense was excluded.

At first, the administrative judges of the Council of State also continued to exercise a weak review on discretionary acts<sup>164</sup>.

However, over time, this type of judicial control has played an increasingly important role, as it has often been expressly referred to in the statutory regulations of public administrations that also indicated the criteria for the review of final decisions.

In fact, legislators began to incorporate in some statutes the formula of the reasonableness test given in the *Doetinchem* judgement. An effective example of this is Article 8, paragraph 1, point (c), of the *Wet Arob*, which expressly envisaged the possibility of appealing to the Council of State in the Jurisdiction Division against those decisions adopted by the administration following the balancing of interests at stake deemed to be manifestly unreasonable. In other words, the arbitrariness test or prohibition of arbitrariness standard was codified as a reason for appeal and judicial review. Even if the wording in the statute was similar to the one established by the Supreme Court in the *Doetinchem case*, and as such formally implied a weak type of review, in practice, the application of the legislative provision of Article 8, paragraph 1, point (c), *Wet Arob* has had a strong impact, with an intensification of the judicial review aimed at guaranteeing stronger safeguards of citizens against administrations.

In other words, even if the regulatory formulation of Article 8, paragraph 1, point (c), *Wet Arob*, clearly shows the will of the Dutch legislator to codify a standard of weak type of review, starting from that regulatory provision, the administrative judges began to exercise a more intense control on discretion.

### **5.5.1. The *Normaal* case.**

The *Normaal*<sup>165</sup> case is an example of the ease with which administrative judges in the Netherlands are enabled to exercise a more intense review of the

---

<sup>164</sup> See, among others, judgement Council of State, 23 October 1979, AB1980/198 (St. Bavo).

<sup>165</sup> ARRvS, 23-06-1981, no. A-35482 (1979), AB 1982, 213.

exercise of discretion on the basis of Article 8, paragraph 1, point (c), *Wet Arob*. In 1979, the Dutch pop group Normaal was to play a concert in a club in the town of Hoozeveen and, therefore, it became necessary to acquire a licence from the municipality to perform public entertainment pursuant to Article 74 of the municipal regulation in force at the time (*Algemene Plaatselijke Verordening*, APV). According to the provisions of Article 74, paragraph 1, point (a) of the APV Hoozeveen, the owner of a premises open to the public was forbidden to organise musical performances without mayoral authorisation. Furthermore, pursuant to paragraph 3 of above-mentioned regulation, the authorisation application referenced in paragraph 1 could be rejected or, if already granted, could be revoked: a) for safety and public order reasons; b) for morality reasons; c) for traffic reasons; d) for violation of other people's rights.

Therefore, the organiser submitted an application for the issuance of the licence pursuant to Article 74, paragraph 1, point (a), APV Hoozeveen and, furthermore, diligently requested the police intervention in advance in order to assure supervision of the event.

The Mayor rejected the application for a public performance licence, justifying the refusal on the grounds of safeguarding public order. Indeed, before deciding to issue a final rejection order, the administration had carried out a detailed investigation. In fact, the Hoozeveen police had gathered information from the police of other cities where Normaal concerts had already taken place and it had emerged that disturbances had occurred in the municipalities of Steenwijk and Slagharen. To be more precise, as appears from the reasons given for the rejection order, the administration had taken into consideration the following elements: the disturbances that occurred during the band's previous performances, which had also affected the neighbouring cities; the possible violent reactions of the group's fans; the possible presence among the public of the same violent people who had already taken part in the scuffles in Steenwijk and Slagharen, located in the immediate vicinity of Hoozeveen, which therefore could have been easily reached by them.

The owner of the premises where Normaal were supposed to perform challenged the administrative rejection order, which was finally cancelled in 1981 by the Jurisdiction Division of the Dutch Council of State for insufficient grounds.

In particular, the legal question underlying this case being addressed by the Court concerned the reasonable balance of the interests at stake carried out by the administration: on the one hand, the public interest, consisting of the assurance of security and the maintenance of public order; on the other, a private interest, represented by the freedom of financial enterprise. In other words, the judges had to answer the question of whether, in the case in question, the Mayor had reasonably come to the conclusion that due to the performance by Normaal there was a risk to safety and to public order pursuant to Article 74, paragraph 3, point (a), APV Hoogeveen.

As grounds for the appeal, the owner of the premises who was organising the event, firstly alleged that there was a difference between the factual circumstances relating to what had previously happened in the Municipalities of Steenwijk and Slagharene and the event in Hoogeveen for which the authorisation had been requested; that these were two different situations and therefore could not usefully be compared. The second reason given was that, as a matter of fact, it was customary for the event organisers to alert the police in advance as a precaution for events and musical performances for which they expected a massive audience participation. The third reason given was that Article 74 APV Hoogeveen had no binding effect, as the City Council had no regulatory power with regard to the licence to perform public entertainment, which was actually governed by the regulation provided in general by Article 219 of the law on the operation of Local Authorities (*Gemeentewet*) in matters of mayoral orders; as fourth reason, that, for everything described in the previous grounds of appeal, the defendant administration had not reasonably adopted the final rejection decision since, in particular, it had not taken into sufficient consideration the applicant's interest (freedom of economic initiative). Furthermore, according to the appellant, the defendant administration had not considered that at the time the request for authorisation was submitted, two years had already passed

since the unrest in Steenwijk; that the scuffles in Slagharene had begun well before Normaal's performance, while other groups were performing; that Normaal had performed on average 150 times per year without disorder. Finally, the appellant requested the annulment of the rejection order pursuant to Article 8, paragraph 1, point (c), *Wet Arob*.

The Council of State considered the first ground of appeal unfounded for two reasons: first, according to the panel of judges, the appellant had not given any proof of the actual difference in the factual circumstances; then, the alleged difference of the factual situations was actually rebutted by the behaviour of the appellant himself, who had requested in advance the intervention of the Hoogeveen police, obviously worried about the possible repetition of the disorders during the performance of the Normaal group.

Also, the second ground of appeal was considered by the Council of State to be without merit. In this regard, the Court stated that it was well aware that event organisers, as a routine, alert the police in advance, but specified that this notification was generally made only for organisational and traffic reasons, i.e. for regulating the traffic (with simultaneous closing of the roads involved in the event) for safety reason. Instead, in the present case - the Court continued - the applicant had alerted the police officers of Hoogeveen not only (as per routine) for organisational reasons but precisely to obtain police supervision of the event. Furthermore - the Council of State concluded on this point - in previous organisations of similar events with the performance of musical groups, the appellant had never alerted the police in advance in order to obtain assistance during the events, therefore, it can be inferred that the appellant was seriously concerned about the possibility of riots breaking out during the Normaal concert.

The Court considered that also the third ground of appeal was unfounded. Indeed, the Council of State specified that Article 219 of the law on the functioning of Local Authorities (*Gemeentewet*) confers on the Mayor the power to adopt orders in cases of serious disorder or disaster, without prejudice, however, to the



competence of the Municipal Council to adopt regulations, among other things, concerning public order.

The Council of State, however, considered the fourth ground of appeal worthy of acceptance. According to the panel of judges, in weighing the interests, the Mayor had erroneously given an excessive (more correctly, decisive) importance to the interest for which he was responsible, namely the maintenance of public order (more correctly, in the interest of prevention of situations in which disorders could occur), without providing adequate grounds. According to what emerged from the documentation in the proceedings of the trial and from the debate at the hearing, the Court acknowledged that it could not be entirely excluded that, at the time of the adoption of the rejection order, there was a risk of disorder; however, the Council of State was of the opinion that this danger was present to a very limited extent and in any case more than normal for a musical performance of this band compared to other groups of artists. The defendant administration had limited itself to indicating the two previous concerts held at Steenwijk and Slagharene, in which disturbances had occurred; however, the judges considered that the events that occurred in Slagharene were significantly different than the circumstances expected in Hoogeveen. Likewise, the disorders that occurred in Steenwijk could not be considered relevant to the case before the Court, since they had occurred over a year and a half before.

Dutch scholars have strongly criticised this decision. Some scholars have argued that, in the judgement under examination, the judge had not correctly considered the legally relevant position of the Mayor, who was by law responsible for safeguarding public order<sup>166</sup>; others have realistically maintained that, with the judgement in question, the judge had usurped the Mayor's role<sup>167</sup> or, in the case in question, the judge had taken over the role reserved by legislation to administrative discretion; others again pointed out that it was rather odd that the fourth ground of

---

<sup>166</sup> J.G. STEENBEEK, *Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen*, Den Haag, 1988, pp. 238-239.

<sup>167</sup> ARRvS, 23-06-1981, no. A-35482 (1979), AB 1982, 213, with a note by E. BREDERVELD.

appeal (relating to the standard of reasonableness) had led to a deeper review of all the other grounds of appeal<sup>168</sup>.

Moreover, it should be added that, in consideration of the cancellation of the rejection order by the Council of State, the municipal administration did grant the authorisation for the performance of the public event. During the concert, there were a number of disorders which culminated in the death of one man and seven people were injured.

### 5.6. Judicial review after the entry into force of the GALA.

Two important reforms concerned Dutch administrative law during the 1990s: on the one hand, the judicial system was reorganised with the aim of integrating the various pre-existing administrative courts and, therefore, establishing a court with general jurisdiction in administrative law, in addition to the ordinary courts with jurisdiction in civil and criminal matters; on the other hand, on 1 January 1994, the Dutch general law on administrative procedure and process came into force (*Algemene wet bestuursrecht, Awb, General Administrative Law Act*, henceforth indicated with the acronym GALA)<sup>169</sup>; as we have already had the opportunity to

---

<sup>168</sup> J.B.J.M. TEN BERGE, F.A.M. STROINK, *AROB in vogelvlucht*, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 116.

<sup>169</sup> The *Algemene Wet Bestuursrecht* (AWB), also known as the General Administrative Law Act (GALA), is the general administrative and procedural law currently in force in the Netherlands. In order to emphasise the organic nature of the rules and the legislative intent of a substantially comprehensive regulation of the subject, Dutch scholars also refer to the law in question also with the expression "Administrative Law Code" (see, for all, R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative law in The Netherlands, op. cit.*, p. 112). It finds its foundation in Article 107, paragraph 2, of the Dutch Constitution - modified for this purpose in 1983 - according to which the general rules of administrative law are established by Parliament law (in other words, Article 107, paragraph 2, Dutch Constitution contains a statutory reserve on the subject of general rules of administrative law), similarly to what is already provided for by Article 107, paragraph 1, Dutch Constitution, for civil law, criminal law, civil and criminal procedural law. It was approved on 4 June 1992 and entered into force on 1 January 1994 and has a "pyramidal [...]" structure from general to specific subject" (J.G. BROUWER, AE SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 9); following some legislative changes, it now consists of 11 Chapters arranged as follows: 1. "Introductory provisions"; 2. "Relations between individuals and public administrations"; 3. "General provisions on administrative measures"; 4. "Special provisions on administrative measures"; 5. "Execution"; 6. "General provisions on complaints and appeals"; 7. "Special provisions on complaints and administrative appeals"; 8. "Special provisions on procedures

explain<sup>170</sup>, there occurred the transition from an administrative justice system aimed at protecting objective rights, to an administrative justice system aimed at protecting subjective rights, that is to say mainly aimed at protecting the positions of private individuals.

Thus, even from this point of view, the administrative justice system of the Netherlands has undergone a development similar to the French model of reference. Indeed, also the characteristic objective imprint that has always characterised administrative litigation in France has faded over time, although traces of this traditional objective approach are still evident, such as for example the extent of the scope of the notion of legitimation to lodge an appeal for excess of power, its unavailability once accomplished and the judges' findings *ex officio* of certain grounds of illegitimacy, such as those of public order. Therefore, also in the Netherlands, as in "other continental systems, the historically inherent oscillation between an objective type of approach and a subjective type of approach has instead clearly resulted in the prevalence of the latter"<sup>171</sup>.

---

before the administrative court"; 9. "Complaints": 10. "Provisions on public administrations"; 11. "Final provisions". As can be seen from the sequence of chapters, the GALA contains the regulations for both the Dutch administrative procedure and trial, including the rules on *judicial review*. A first marked "system-level" difference with respect to the Italian legal system, in which administrative procedure and trial are governed by two different regulatory acts, respectively by Law no. 241 of 7 August 1990, as amended, containing "New regulations regarding administrative procedure and right of access to administrative documents" and by Italian Legislative Decree no. 104 of 2 July 2010, as amended, concerning "Implementation of Article 44 of Law no. 69 of 18 June 2009, authorising the Government to reorganise the administrative trial". The GALA, moreover, like the Italian general law on administrative procedure, does not cover all the substantial administrative law, as there are numerous other laws that regulate administrative activity in the various special sectors in which it is divided (environmental law, urban planning law, social security and security law, public employment, school law, tax law, financial law, health law and immigration law). Just to name a few, consider the Dutch law on the administration of food and drink (*Drank- en Horecawet*, DHw) or the Dutch environmental law (*Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht*, WABO). On the content of the GALA in general, among others, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 377-381.

<sup>170</sup> See above, § 2.6.

<sup>171</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan 2007, p. 295.

With the entry into force of the GALA, Dutch administrative judges finally acquired a leading role in exercising the function of control over administrative actions, following a long process that, as its milestones, had the adoption of the Wet Arob in 1976 and the decision of the ECHR on the Benthem case in 1985. The latter resulted in the abolition of the extraordinary appeal to the Crown which had also constituted an obstacle to a full development of administrative justice of a judicial nature. In the period between 1976 and the entry into force of the GALA, the activism of the Dutch courts in conducting strong reviews, on the one hand is generally explained by scholars<sup>172</sup> by referencing the great emphasis placed on judicial safeguards; on the other hand, in consideration of the lack of attention to (more correctly, regulation of) administrative procedure. These two factors led to nothing less than a rush for the courts, which responded to the call for safeguards by conducting strong reviews. Once the GALA entered into force, other numerous factors of a diverse nature also led administrative judges to open up to conducting intense reviews on discretionary practice. Such factors include, for example, the inertia of the Administration and the feeling of suspicion or mistrust that citizens had towards it. In fact, given that in the Netherlands many functions have been attributed or delegated<sup>173</sup> to municipalities, public administrations often do not have human resources with sufficient technical and legal expertise to carry out the delegated regulatory function<sup>174</sup>. Again, another reason that led to an increase of intense review

---

<sup>172</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 98.

<sup>173</sup> On the decentralised delegated regulatory function in Dutch administrative law, T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 2, in which it is pointed out that "in the period after the Second World War, which witnessed the sharpest increase in government action and the regulatory framework underlying it, the technique of "delegated rule-making power" (*gelede normstelling*) also reached its full potential in the Netherlands. This technique means that specific rules are not just laid down in statutes but that, quite frequently, rule-making powers are delegated to subordinate legislators".

<sup>174</sup> It deals with the issue, now also chronic in Italy, of the absence of skilled juridical-administrative experts in government offices and also with the issue of poor management and organisation of human resources.

on discretionary power can be found in the bureaucratic-administrative practice established since the entry into force of Wet Arob in 1976, where we have evidence of administration bodies that increasingly shirk taking decisions and, divesting themselves of their responsibility, preferring to directly refer the actual resolution of disputes to the courts<sup>175</sup>.

### 5.6.1. From the reasonableness standard to the principle of proportionality.

The GALA has also affected the interpretation of the proportionality principle for the purpose of conducting judicial reviews on administrative acts. In other words, the codification of Dutch administrative law has changed the meaning of the proportionality principle, used as a criterion for judicial review<sup>176</sup>.

Already at the beginning of the twentieth century, some pioneering scholars in The Netherlands<sup>177</sup> developed an embryonic principle of good administration, believing that, where an administration acts against natural or legal persons by virtue of a power conferred by legislation, it must make an adequate comparison of the interests at stake, correctly balancing the public interest to be safeguarded against the private interest to be exercised.

Furthermore, proportionality as a principle of positive law was not unknown to Dutch administrative law. In fact, in matters of public employment, Article 58 (2) of the Civil Servant Act (AW) of 1929 prescribed that one of the grounds for appeal against a disciplinary measure could also be based on the lack of proportionality between the penalty imposed and the disputed conduct; in other words, proportionality was expressly indicated as a criterion of judicial review. On this point, Dutch scholars<sup>178</sup> do not deny that the standard contained in Article 58 (2) of

---

<sup>175</sup> As we will see below in § 5.7, it was only after 2015 that a more intense judicial review really was applied.

<sup>176</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 109.

<sup>177</sup> J.J. BOASSON, *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, 1911.

<sup>178</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 114; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge*

the Civil Servant Act of 1929 constitutes a precedent of the principle of proportionality codified in Article 3:4 (2) of the GALA, however it tends to highlight that before the GALA came into force, proportionality (strictly speaking) was certainly used as a judicial review criterion but limited to the scope of the provisions concerning disciplinary sanctions; rather, until 1 January 1994, the Dutch courts applied the criterion of the prohibition of arbitrariness, as outlined in the previous paragraphs.

The proportionality principle has been codified in the GALA, first of all as a general principle, in Article 3:4 (2) and secondly, in the context of the execution of administrative measures, in Article 5:13.

In particular, the proportionality principle, as codified in the GALA under Article 3:4 (2), not only implies that the decision taken by a public administration must be the result of a balancing of interests that is not manifestly unreasonable<sup>179</sup>, but also states that the negative effects of an administrative provision against the parties affected by the final decision cannot be disproportionate with respect to the purposes of the administrative action itself<sup>180</sup> (with respect to the cause of the power exercised). Therefore, the principle in question expresses three functions and, in particular, "on the one hand, it created a statutory basis for the case on arbitrariness (*willekeur*) and on the other, it established a standard of conduct for the administration. [...] Another objective of this provision is to introduce the word proportionality into Dutch administrative law"<sup>181</sup>. In this regard, scholars have

---

*administratief*), in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 84, nt. 8.

<sup>179</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 27, point out that "the second paragraph of section 3:4 of the Awb goes a step further than the obligation to weigh interests".

<sup>180</sup> According to R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 137, "this also implies that the administration is not allowed to take measures which will result in needless serious consequences for interested parties. If there are less strict means available the administration is obliged to use these means".

<sup>181</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 114.

highlighted that the article in question "is - according to the Dutch government<sup>182</sup> - inspired by the [European] Union principle of proportionality"<sup>183</sup>; Article 5:13, on the other hand, establishes that the persons responsible for executing an administrative measure must exercise their powers only to the extent that this can reasonably be deemed necessary for the performance of their duties.

The principle also plays an important role as a component of the broader principle of good administration<sup>184</sup>.

Dutch scholars<sup>185</sup> immediately perceived how the standard of proportionality contained in Article 3:4 (2) GALA potentially endowed administrative judges with broader powers of review than those previously exercised through the prohibition of arbitrariness criterion.

At first, the application of the reasonableness standard codified by the GALA implied a judicial review on administrative provisions which was quite limited. As a consequence of this, it was considered that a judge could proceed with the annulment

---

<sup>182</sup> See PG Awb 1, p. 211.

<sup>183</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012, p. 391.

<sup>184</sup> R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 136. The relationship between the principles of good administration and proportionality is also highlighted by G. JURGENS, F. VAN OMMEREN, *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependent divide*, in *The Cambridge Law Journal*, 71 ( 1), 2012, p. 191, according to who "the general principles of proper administration (...) guide the exercise of administrative action. These principles are partly codified in the GALA – for example, the principle to state reasons for decisions which are taken, the principle of due care, the principle of proportionality etc".

<sup>185</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 84; F.A.M. STROINK, note to judgement ABRvS 9 May 1996, JB 1996/158, AB 1997/93, highlights that the principle of proportionality contained in Article 3:4 (2) GALA, despite the literal provision being formulated in terms of a double negation, gives the possibility to the judge to exercise a much more intense review than was previously possible through the application of the prohibition of arbitrariness, the same way as with German law.

of a disputed provision only in the presence of a serious factual error<sup>186</sup> committed by the administration<sup>187</sup>.

### 5.6.2. The *Maxis and Praxis* case.

With the ruling issued in the leading case of *Maxis and Praxis*<sup>188</sup>, the Council of State clarified the constitutional relationship between the power of the judiciary and that of the administration and, therefore, established the limits of judicial review of the discretionary acts of the public administration, with particular reference to the proportionality test<sup>189</sup>. The case was as follows. Kwantum is a company that runs a chain of stores specialised in low-priced furniture and household items. The

---

<sup>186</sup> Following a procedure similar the one adopted in France. In this regard, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan 2007, p. 307, notes that a more incisive verification of the use of discretionary power is found at the origins of judicial control over administrative activity in the French legal system "precisely within a broad interpretation of the concept of violation of the law, both as a *violation direct de la loi* (error of law), and as *erreur relative aux faits*, which gives scope for a more penetrating review of the use of discretionary power. References made by the Council of State case law regarding the knowledge of the facts in the context of the so-called errors of fact are particularly premature. A review has as its object not only the effective validity of the facts adduced by the administration (*erreur de fait*), but also their classification (through *l'erreur de qualification juridique des faits*) and their compliance with the grounds advanced in support of the administrative decision".

<sup>187</sup> H. ADDINK, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford 2019, pp. 103.

<sup>188</sup> The case is also known as *Kwantumhal Venlo*. ABRvS 9 May 1996, AB 1997/93; AA 1997 43; Gst 1997, 7053, 9; JB 1996/158, with a note by F.A.M. STROINK, according to whom, since the entry into force of the GALA, the decision in question is the most important judgement adopted by the Council of State, regarding the relationship between the judiciary power and the administration with particular reference to the exercise of discretionary powers. According to the Author, with the ruling under examination, the Dutch Council of State has complied with the case law approach of the Central Court of Appeal (*Central Appeal Tribunal, Centrale Raad van Beroep*, CRvB), which has always exercised a marginal scrutiny. According to the author, applying a weak review is important to preserve the trust that citizens place in justice. Indeed, making excessive use of the judicial power for settling a dispute, using the judge's personal opinion when the reasonableness test is applied, ultimately, going beyond the limits of the judiciary and invading the field of action reserved for the administration more than what is strictly necessary, is a behaviour that negatively affects the trust citizens have in the judiciary. Ultimately, the author comes down in favour of this position of judicial deference towards the administration.

<sup>189</sup> On the judgement in question, T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 29 et seq.; R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012, pp. 381-408.



company decided to open a new retail outlet in the city of Venlo. In order to use a building for commercial purposes, it was necessary to obtain a permit from the municipal council of Venlo. Furthermore, according to the prevailing local regulations, the building identified by the company was not allowed to be used for retail sales (i.e. directly to the final consumer) unless an exemption to the regulations was granted by the municipality in the presence of certain conditions. Kwantum obtained the exemption, but the decision was challenged before the Roermond District Court by Maxis and Praxis, who considered themselves to be damaged by such a decision. According to the appellant, the administration should not have granted the exemption since the project for the construction of the new Kwantum sales outlet was in conflict with the prevailing urban planning rules in force concerning and the conditions for granting the exemption decision did not exist. As it transpired, the municipal council was actually about to decide on a new zoning plan but, in any case, the project would have also been in breach of the new rules. The first instance judge accepted the appeal and, consequently, annulled the contested decision for violation of Article 3:4 (2) GALA. To be more precise, the District Court held that, when the exemption had been conceded, the procedure for modifying the local urban planning rules was in such an advanced stage that it was legally unacceptable to grant a permit concerning an area that would soon be affected by changes to the urban plan. Furthermore, the first instance judges raised particular objection to the grounds for the disputed decision, which were based on reference to the future approval of changes to the urban development plan by the municipal council, still pending. Moreover, according to the judges, by granting the exemption, during the discussion and final approval of the changes to the urban plan, the City Council would have been faced with a *fait accompli*, thereby frustrating the participation guarantees in favour of third parties envisaged by the urban planning approval procedure. Finally, according to the District Court, the exemption decision was illegitimate for violation of the proportionality standard pursuant to Article 3:4 (2) GALA, considering that the negative consequences for Maxis and Praxis would have been disproportionate with respect to the stated purpose of the decision.

The Council of State reversed the first instance ruling and established that Article 3:4 (2) GALA is related to administrative activity and should not be understood as a tool to intensify judicial review. In particular, according to the Council of State, the Roermond District Court had erroneously interpreted the regulation referenced in Article 3: 4 (2) GALA as an instrument available to judges to scrutinise the disputed provision more intensely. Furthermore, the panel of judges stated that the proportionality principle codified by GALA in Article 3:4 (2) does not have a broader scope beyond the principle of prohibition of arbitrariness previously developed in case law with reference to the control of discretionary administrative powers. On the other hand, some scholars<sup>190</sup> consider that the proportionality principle standard as implemented in the GALA, offers judges a better perspective for exercising their own reviews than the criterion of the prohibition of arbitrariness.

Finally, according to the Council of State with regard to the decision in question, the legislation did not have the intent of attributing to judges powers to assess the proportionality or otherwise of the negative effects of an administrative measure or whether the outcome of the weighing of interests at stake is as balanced as possible; rather, according to the appellate administrative judges, "the court should have confined itself to answering the question whether there was such an imbalance in the way the interests had been weighed"<sup>191</sup>. This legal provision (more correctly, interpretation of Article 3: 4 (2) GALA) is based on the different roles within the constitutional framework represented by the judiciary (an independent agent) and by the administration (politically affiliated entities). According to the Council of State, the actual wording of Article 3: 4 (2) GALA, which contains a double negative<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV. AA., *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 406.

<sup>191</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 117.

<sup>192</sup> On the literal formulation of Article 3:4 (2) GALA, B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 115, highlights that "by using this formulation, the GALA seeks to combine the functions of an instrument for judicial control and a standard for conduct. The explanatory memorandum says that the use of the double negative indicates a type of control that fits within the limits of the judicial role. The

(“not disproportionate”), indicates that the judge must apply with moderation the test (marginal test or marginal control) of the correct balance of the interests at stake conducted by the administration. In other words, administrative judges can conduct their own reviews but should restrict them to cases of manifest and evident abuse of power with violation of the proportionality principle or to cases of real arbitrariness<sup>193</sup> on the part of an administration. This applies because administrations are solely responsible for balancing the interests in the exercise of a discretionary power and for decisions regarding whether or not to exercise such a power.

It has been stated that the judgement in question represents a return to the past, according to some scholars<sup>194</sup>, a return to the standard of the prohibition of arbitrariness elaborated in the *Doetinchem*<sup>195</sup> judgement. According to other scholars<sup>196</sup>, however, it represented a return to the criterion of manifest unreasonableness enshrined in the *Wednesbury* case<sup>197</sup> or, ultimately, to the reasonableness test previously elaborated by the Dutch courts<sup>198</sup>. In any case, according to this approach in the case law, judges would only be empowered to

---

judiciary is perfectly able to determine that a 'reasonable' relationship between purpose and means is meaning. When the court performs such a control, it does not assess what contents of the decision at hand would be fair. The memorandum says that an assessment such as the latter would exceed the limits of the judicial role".

<sup>193</sup> On the relationship between proportionality and arbitrariness see also HR 25 February 1994, NJ 1994, p. 558.

<sup>194</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 29.

<sup>195</sup> See above, § 5.3.

<sup>196</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *General principles of law in administrative law under European Influence*, in *European Review of Private Law* 2, 2012, p. 392, according to whom the intensity of judicial review depends on the degree of discretion used by the Administration in the adoption of the decision and, in particular, in the case of fully discretionary activity, the provision must be declared illegitimate only if in practice it is "manifestly disproportionate".

<sup>197</sup> See above, § 5.3.1.

<sup>198</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London, 2018, p. 117, believes that, according to the Council of State, "the administrative court should apply the 'old' test of reasonableness".

conduct intense rather than marginal reviews solely in order to actually determine the applicable administrative penalty<sup>199</sup>.

Scholars in The Netherlands have investigated the impact of this interpretation of Article 3:4, § 2, GALA, resulting from the aforementioned judgement of the Council of State (ABRvS 9 May 1996, JB 1996/158, AB 1997/93), and, in particular, whether it can be extended from the general law on Dutch administrative procedure and proceedings also to other specific laws governing administrative activity. Often, in fact, the latter provide content to the former, which despite being particularly analytical (more than the general law on Italian administrative procedure, less than the German one), still only constitutes a framework law. Thus, the Council of State has applied the proportionality test pursuant to Article 3:4 (2) GALA, as elaborated in the *Maxis and Praxis* case, also in matters of subsidies<sup>200</sup> and in relation to urban planning and construction issues<sup>201</sup>.

In particular, the case concerning subsidies was as follows. In 1998, to combat infectious animal diseases, the *Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* (Netherlands Ministry of Agriculture, Environment and Food Quality) had introduced stricter hygiene standards for slaughterhouses. Consequently, starting from 1 December 1998, all slaughterhouses were obliged to have covered and air-conditioned sites for cleaning and disinfecting livestock trucks,

---

<sup>199</sup> ABRvS 4 June 1996, JB 1997/172, which states that Article. 6 ECHR implies that the judge must exercise a strong review on the compliance of the administrative penalty with the principle of proportionality or scrutinise the proportionality between the seriousness of the violation committed and the severity of the penalty imposed. In accordance, ABRvS 27 January 2010, AB 2010/48, with a note by O.J.D.M.L. JANSEN, which refers to the previous ABRvS 9 May 1996, JB 1996/158. In this regard, the similarity with the provisions of the Italian legal system is evident from Article 134, paragraph 1, point (c) of the Administrative Justice Procedure Code, according to which “the administrative judge exercises jurisdiction with extensive knowledge of the merits of the disputes concerning: (...) pecuniary penalties the dispute of which is referred to the jurisdiction of the administrative judge, including those applied by independent administrative authorities and those provided for in Article 123”. On this point, M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in *Federalismi.it*, 11 aprile 2018.

<sup>200</sup> ABRvS 8 May 2002, AB 2003/137, with a note by N. VERHEIJ.

<sup>201</sup> ABRvS 21 July 2004, AB 2004/293, with a note by J. STRUIKSMA; ABRvS 19 January 2005, AB 2005/50, with a note by A.B. BLOMBERG.

so that vehicles could be cleaned and equipped with anti-freeze protection. If they did not comply with the new regulatory requirements, after 1 December 1998 the slaughterhouses would have been forced to close in the event of icy weather. At the same time, the Ministry announced that, in view of the new health and hygiene standards required by the legislation, starting from 9 August 1998, they would have granted subsidies for investments in the construction of the facilities necessary for adapting the sites according to the regulatory requirements. To be more precise, the Ministry stated that the subsidy would be refused if the applicant had already committed to the said investment before receiving confirmation of the acceptance of the subsidy application (Article 6.1 of the investment scheme). In other words, it was not possible to obtain a subsidy to carry out works already planned or already in the pipeline at the time of the regulatory change. This requirement was aimed at guaranteeing the "incentive character" of the grant and excluded the granting of a subsidy for the implementation of activities that would have been carried out in any case. The owner of the company *Hendrix Meat Group CV* with headquarters in Druten, having become aware in March 1998 of the new hygiene-sanitary requirements and, consequently, of the need to carry out the required adjustments, submitted a request for the environmental authorisations. Furthermore, on 27 July 1998, Hendrix commissioned a construction company to build the new facilities in the relevant slaughterhouse, as it considered that the work to adapt the slaughtering site should begin at the end of July, in order to finish by the end of November and thus comply with the 1 December 1998 deadline established by the new regulation. However, the time window for requesting subsidies was opened by the Ministry only two weeks later, on 9 August 1998. Hendrix submitted the application for a grant, which was accepted. Nevertheless, the administration ascertained that the contract with the construction company had been stipulated before the grant application had been accepted and, therefore, the amount of the subsidy was reduced to zero, pursuant to Article 4:46 (2), point (d), GALA, according to which "the subsidy may be fixed at a lower amount if the granting of the subsidy was otherwise incorrect and the subsidy recipient knew or should have known this". The company challenged the

provision with which the administration had decided to cancel the subsidy amount. The Council of State confirmed the decision of the court of first instance to annul the provision for violation of Article 3:4 (2) GALA. In particular, according to the administrative judges, the administration was certainly entitled to exercise the discretionary power envisaged by Article 4:46 (2) GALA. Indeed, a reduction of the amount would have been fully legitimate, given that the contract between Hendrix and the construction company had been stipulated before the grant application had been accepted; moreover, Hendrix did not object in court that it was not aware of the regulatory requirement according to which it was not possible to request a subsidy for an investment already planned or in the pipeline. However, precisely because of its discretionary nature, the power to reduce the amount of the subsidy should have been exercised in such a way as to avoid the consequences of disproportion with respect to the purpose of the power itself (as established by Article 3:4 (2) GALA). The Council of State considered the disputed administrative decision to be manifestly unreasonable and therefore arbitrary, since the requirement of Article 6.1 of the investment scheme, intended as an incentive framework, was aimed at stimulating the structural adjustment of slaughterhouse sites in consideration of the new hygiene and health rules, at the same time avoiding that subsidies could be used for carrying out works considered as necessary actually before the new legislation came into force. Hendrix, on the other hand, had rightly initiated the construction of the facilities in order to comply with the new regulations and, therefore, a reduction in the amount of the subsidy would have been completely useless for the purpose of achieving the goal set by the requirement of Article 6.1 of the investment scheme. In the note to the judgement in question<sup>202</sup>, the Administration stated that Article 3:4 (2) GALA was nothing more than a codification of the prohibition of arbitrariness previously elaborated by Dutch case law (and the Administration cited the *Maxis and Praxis case* by way of example). This thesis stands in open contrast to the position

---

<sup>202</sup> ABRvS 8 May 2002, AB 2003/137, with a note by N. VERHEIJ.

adopted by other scholars<sup>203</sup>, according to whom the Council of State has used the prohibition of arbitrariness standard to annul administrative measures less frequently since the entry into force of the GALA.

As mentioned above, the proportionality test pursuant to Article 3:4 (2) GALA, as interpreted in the *Maxis and Praxis* case, was also applied in urban planning and construction contexts. The following case is a particular example. A company obtained a building permit for the renovation and construction of a number of new apartments in the Municipality of Nederweert. The building permit was subject to a requirement, according to which the company should have planted trees in a hedge one metre away from the wall that separated the land where the building work was being carried out from neighbouring property, in order to block the view into the neighbours' back garden. The hedging was planted, but at a shorter distance than what established in the building permit; to be precise, at a distance of sixty centimetres from the wall instead of one metre. The owner of the adjacent plot, therefore, lodged an appeal to the administration, asking it to issue an order to the construction company to remove the hedging trees and replant them at the distance established by the building permit. The administration issued a rejection order, in which it pointed out that any order to remove the hedge trees would violate the principle of proportionality pursuant to Article 3:4 (2) GALA. First the District Court and then the Council of State, appealed to by the appellant, considered the administrative authority's decision not to order the removal of the trees legitimate (more correctly, "reasonable"<sup>204</sup>), since such a provision would have violated the proportionality principle established by Article 3:4 (2) GALA<sup>205</sup>. In fact, according to the administrative judges, the requirement stated in the building permit was aimed at obscuring the view of the neighbouring property. The trees planted by the construction company, although placed at a distance of sixty centimetres instead of one metre from the separation wall, had in any case achieved the required purpose.

---

<sup>203</sup> A.Q.C. TAK, *Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, V. 1, Den Haag, 2002, p. 50.

<sup>204</sup> B. DE WAARD, *Proportionality in Dutch administrative Law*, in S. RANCHORDÁS, B. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, London 2018, p. 119.

<sup>205</sup> ABRvS 21 July 2004, AB 2004/293, with a note by J. STRUIKSMA.

Therefore, shifting the trees would have been completely useless for achieving the intention expressed in the building permit – since this purpose had already been achieved – and uselessly burdensome for the other party.

### 5.6.3. Proportionality and penalties.

The proportionality principle also plays an important role in determining penalties<sup>206</sup>, and, indeed, in this matter judges in the Netherlands are empowered to conduct full reviews. Moreover, according to the provisions of Article 8:72a GALA, "in the case of administrative fines, if the Court concludes that a disputed fine, imposed by an administrative body, is justified but disproportionate, the Court is obliged to determine the amount of the fine itself".

The relationship between the severity of the penalty imposed and the seriousness of the fact committed must comply with the proportionality principle. In this regard, the resolution Rb Alkmaar 96/792 of 19 March 1997 is an example of this particular application of the proportionality test. The case was as follows. A woman with two young children (one of whom was an infant) had been forced to leave her job to transfer to a new location with her husband, who had found a new job in another city. In principle, the woman was still entitled to unemployment benefits; however, while acknowledging the applicant's right to receive unemployment benefits, the administration imposed the highest possible penalty, reducing the amount by one hundred percent for the entire period due, equal to two

---

<sup>206</sup> On the relationship between the principle of proportionality and punitive sanctions, P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions of government by administrative courts and tribunal in The Netherlands*, § 3.4 *The powers of the administrative courts: review of the exercise of discretionary powers*, in his report to the 10th Congress of the International Association of Supreme Administrative Jurisdiction (IASAJ), Sydney, March 2010, p. 36, notes that "if the application is made for judicial review of an order imposing punitive sanctions (i.e. sanctions that are intended not only to end a situation inconsistent with a particular rule but also to punish the person concerned), the proportionality of imposing the sanction must be reviewed in full by the administrative court. This is because the Dutch administrative courts treat punitive sanctions as criminal charges within the meaning of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It follows that the criminal law safeguards are applicable to such sanctions. The restraint which the administrative courts must observe in reviewing other orders made pursuant to a discretionary power does not apply in this case".



years. The reason for the provision to reduce the indemnity (which in practice was thus zeroed) was based on the fact that the woman had not been dismissed but had voluntarily resigned from her job. Accepting the appeal brought by the appellant against the sanctioning provision, both in the interim injunction proceedings (Pres. Rb Alkmaar 96/971 of 2 July 1996) and in the trial on the merits (Rb Alkmaar 96/792 of 19 March 1997), the District Court stated that the administration had not sufficiently taken into consideration the particular personal situation of the appellant. Moreover, according to the judges, the application of the highest penalty was also completely disproportionate to the seriousness of the fault that could be attributed to the appellant.

#### **5.6.4. The powers of definitive judicial settlement of disputes.**

Scholars<sup>207</sup> have drawn attention to the fact that once the GALA had entered into force, judges in the Netherlands soon began to conduct more intense reviews on administrative measures that, even if examined superficially, appeared unreasonable. In other words, in the presence of even a mere suspicion of unreasonableness, Dutch courts adopted the use of the proportionality<sup>208</sup> criterion to apply a more intense control over the decisions of administrations, sometimes even replacing them in the cases and under the conditions envisaged in Article 8:72 (3) and (4). On this point, according to a constant approach in the case law<sup>209</sup>, both the Council of State and the

---

<sup>207</sup> In this sense, H. ADDINK, *Good governance: concept and context*, Oxford, 2019, p. 103; T. BARKHUYSEN, A. BRENNINKMEIJER, M.L. VAN EMMERIK, *Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order*, in VV.AA. *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerp/Groningen, 1998, p. 406; F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 84.

<sup>208</sup> ABRvS 21 April 1998, JB 1998/133; ABRvS 4 February 1999, JB 1999/66.

<sup>209</sup> ABRvS 10 December 2008, JB 2009/39; ABRvS 12 August 2009, AB 2009/368, with a note by B. DE WAARD. On this point, A.T. MARSEILLE, R.R. VAN DER HEIDE, *De onderbenutting van de mogelijkheden tot final beslechting door de bestuursrechter*, in JBplus, 2, 2008, pp. 78-92, pointed out that the original under-utilisation of the powers of definitive settlement of a dispute attributed by the GALA to the administrative judge had finally been affected by the judgement under examination, which established the general rule according to which the judge must always examine the possibility of a definitive resolution of the dispute.

district courts must verify the possibility of settling disputes directly in order to avoid – if possible – a further fruitless exercise of power by administrations.

In any case, this approach in the case law has led to an increase in the use of the means envisaged by the GALA for the effective settlement of disputes already in the courts.

In particular, Article 8:72 (3) GALA prescribes that courts have the power to establish, in judgements that annul disputed administrative provisions, the preservation of the effects of the provisions themselves. In other words, the GALA empowers courts to defer the effects of a judgement of annulment of a disputed provision which has been declared illegitimate, or not to apply them at all, and to order only the effects to bring it into conformity, with the intention of replacing the illegitimate provision itself<sup>210</sup>. Judges can, therefore, order the preservation of the

---

<sup>210</sup> This is similar to the power granted to the Italian administrative judge with the ruling of the Consiglio di Stato, Section VI, 10 May 2011, No. 2755. On this point, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019, p. 148, who states that, in the present case, the case law "limited itself to declaring the act illegitimate, without cancelling it with retroactive effect: the appeal consisted in the request for annulment of a hunting calendar by an environmental association. According to the administrative judge, had the aforementioned calendar been cancelled, it would have created a paradoxical effect contrary to the interests of the appealing association, since it would have given the unconditional "green light" to all hunters, without them being subject to any schedule". On this point, also C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in Foro amm. CDS, fasc. 2, 2012, p. 427, which states that "in support of this assumption, the absence of any legislative reference to the unavoidable nature of the retroactivity of the effects which the annulment of an administrative act entails, is enhanced"; vice versa, the exception to the principle of annulment with full elimination of the effects produced by the unlawful act is supported by the express provision in procurement procedures, of an evaluation power of the judge in order to determine the concrete effects of the latter's ruling. These regulatory provisions can be found in Articles 121 and 122 of the Code of Administrative Trial, which respectively govern the ineffectiveness of the contract in cases of serious violations and the ineffectiveness of the contract in other cases. In particular, Article 121, paragraph 1, establishes: "the judge who cancels a definitive award declares the ineffectiveness of the contract in the following cases, specifying, in consideration of the deductions of the parties, the evaluation of the seriousness of the contracting station's conduct and of the actual situation, whether the declaration of ineffectiveness is limited to the services still to be performed at the date of publication or whether the ruling is effective retroactively". Paragraph 2 of the last ruling cited states that "the contract remains effective, even in the presence of the violations referred to in the first paragraph, if it is ascertained that compliance with mandatory requirements connected with a general interest requires that its effects be maintained". Article 122 of the Code of Administrative Trial, on the other hand,

effects of a challenged illegitimate provision, despite its adoption in violation of procedural rules or of the formality of the acts, also in cases of insufficient stating of grounds, procedural defects or substantive defects relating to the methods used for balancing the interests at stake. In this respect, Dutch scholars<sup>211</sup> have asserted that, in principle, a judge can order the preservation of the legal effects of an illegitimate provision only in the case of restricted administrative actions. Conversely, early case law<sup>212</sup> argued that preserving the effects of an illegitimate provision could be ordered pursuant to Article 8:72 (3) GALA and not necessarily in the case of restricted administrative actions. Only a few months after that important judgement, case law<sup>213</sup> asserted – this time, explicitly – that judges can determine the preservation of the effects of illegitimate provisions also in cases of discretionary administrative practice.

As a further new important element, Article 8:72 (3b) GALA empowers judges to substitute their decision for an administrative order that has been declared null and void. To be more precise, Article 8:72 (3b) GALA establishes that if judges consider an appeal to be well-founded, then they can directly order the defendant administration to adopt a new provision or to modify the disputed one in accordance with the findings of the judgement, or even decide to replace the voided provision, or the voided part thereof, with the judgement itself. Therefore, an administrative judge is not restricted to reviewing a disputed provision and annulling it should it be considered illegitimate, but may also go so far as to rule on the case definitively, thus

---

states that "outside the cases indicated in Article 121, first paragraph, and Article 123, third paragraph, the judge who cancels the definitive award establishes whether to declare the contract ineffective, setting the starting date and taking into account, in particular, the interests of the parties (...)". At community level, this case law also finds a textual foundation in Article 264 (formerly 231), paragraph 2, of the Lisbon Treaty on the functioning of the European Union, which no longer contains the delimiting reference to the category of regulations. In particular, the provision in question provides that "If the action is well-founded, the Court of Justice of the European Union shall declare the act concerned to be void. However, the Court shall, if it considers this necessary, state which of the effects of the act which it has declared void shall be considered as definitive".

<sup>211</sup> M. SCHREUDER-VLASBLOM, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer, 2008, p. 439.

<sup>212</sup> ABRvS 26 March 2008, case No. 200705490/1.

<sup>213</sup> ABRvS 10 December 2008, JB 2009/39.

replacing the administration itself. This is possible exclusively in the case of administrative practice of a restricted nature<sup>214</sup>, i.e. only when there is just one decision possible or when the case appears to be one of discretionary administrative practice in the abstract but the application of a rule of conduct actually reduces the outcome of such practice to a restricted decision<sup>215</sup>.

Among scholars, there has been a heated debate on the use of this power of "judicial substitution", that was sometimes exercised even before the entry into force of the GALA<sup>216</sup>. Some scholars<sup>217</sup> have criticised the trend of administrative judges in the Netherlands to replace administrations and rule definitively on cases (i.e. going well beyond the mere annulment of a challenged act), because this would endanger the principle of the division of powers. However, other scholars<sup>218</sup>, have favoured the trend in question, highlighting its merits, in particular in terms of considerable savings of time and the deflationary effect it had on disputes. Indeed, by replacing an administration in cases of restricted administrative practice, a judge prevents an annulled illegitimate provision from being re-issued by the administration, maybe with the same defects and, in any case, in a manner not compliant with the provisions of the judgement, only to be challenged again before the courts.

---

<sup>214</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 178, points out that "the courts only make use of this power in those cases where the administrative institutions concerned do not dispose of any discretion after the judgement".

<sup>215</sup> ABRvS 11 February 2009, AB 2009/224, with a note by R. ORTLEP, who acknowledges that "*is voor het in stand laten van de rechtsgevolgen niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is*". In accordance, ABRvS 16 November 1995, AB 1995/181, in which the Council of State, following the application of the reasonableness test, similarly annulled the challenged decision and definitively settled the dispute, granting the authorisation for cutting down an oak tree.

<sup>216</sup> This power was only used in cases where the Council of State functioned as an administrative body of appeal; as part of the judiciary it hardly substituted.

<sup>217</sup> F.A.M. STROINK, A.Q.C. TAK, J.M.H.F. TEUNISSEN, *Een analyse van één jaar TwK jurisprudentie*, NJB, 1989, p. 253; B.W.N. DE WAARD, *Samenwerkende machten: wetgeving en rechtspraak in dienst van het recht*, Zwolle, 1994.

<sup>218</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen, Evaluatie van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen op het gebied van het Milieurecht*, Zwolle, 1991.

It must be stressed, however, that the attribution of such a power was not entirely new in Dutch administrative law. In fact, on the one hand, tax courts were empowered to definitively decide a case, substituting the adopted judicial provision for the annulled one of the financial administration; on the other, the Council of State, well before the entry into force of the GALA, had already exercised a similar power with the judgement tB/S 1993, no. 17 of 25 February 1993, when the *Interim Crown Disputes Act (Tijdelijke Wet Kroongeschillen)* of 1988 was in force, which had extended the scope of the matters referred to the Jurisdiction Division of the Council of State, as a result of the drastic suppression of the institution of the appeal to the Crown with the *Benthem* judgment of 1985.

In particular, the case<sup>219</sup> dealt with by the Dutch administrative court was as follows. In order to be able to play background music in the city centre through a loudspeaker system for an entire year, an association of entrepreneurs had applied for an exemption from a provision contained in a municipal order. The authorisation was granted but subject to a condition: the music sound level was to be determined in consultation with the municipal department responsible for "Environment and public works".

The Council of State, when it came to rule on the issue, applied the reasonableness test to the condition set in the authorisation issued and considered it as insufficient to counter any (potentially) excessive annoyance deriving from the playing of music. In consideration of this, the Council of State did not stop at cancelling the part of the disputed provision where the condition was established but, conducting a strong review, went as far as to completely rewrite the condition expressed in the authorisation. In this case, the judge had actually acted in lieu of the administration and established that the sound level of the music should be determined in compliance with the decision of the "Environment and public works" municipal department. Some scholars<sup>220</sup> have criticised this judgement, stressing the

---

<sup>219</sup> ARRvS, 25-02-1993, tB/S 1993, no. 17.

<sup>220</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive – juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 85.

incompatibility between the annulment of the disputed provision through the application of the reasonableness test and the final settlement of the dispute by the judge. This incompatibility derives from the fact that using the reasonableness test can only lead to a marginal review of a discretionary administrative action, whereas a judicial settlement of the dispute would imply the conduct of a strong review of a restricted administrative action.

### 5.7. Recent trends in judicial review practice.

As highlighted in the preceding paragraphs, traditionally Dutch courts have been very hesitant in the face of the discretionary powers of the public administration. However, in recent<sup>221</sup> years there has been a change of trend. In particular, the most significant breakthrough of judicial review relates to the extent and intensity of the review of administrative actions. With regard to the extent, the scope of the judicial review has expanded, going from a formal level (limited to checking compliance by the administrative authorities with the procedures in force prior to the final decision introduced or in any case regulated for the first time by the GALA), to a substantive level, from which the Dutch judges had long abstained. As for intensity, there is an increasingly deep scrutiny of legal and factual errors and also of the proportionality of the final decision, as occurred with a recent judgement<sup>222</sup> in which the Council of State conducted a strong review on the exercise of discretionary power by the administration and on the assessment of the facts carried out by the latter in the case in question.

This evolution of judicial review in the Netherlands helped to bring the Dutch experience – which originally highlighted numerous elements in common with the

---

<sup>221</sup> Scholarly works and case law before the enactment of the GALA (1994) played a minor role in Dutch administrative law. The system developed strongly after 1994, what makes that Dutch scholars would only refer to "recent" when case law and scholarly publications are from 2010 onwards. On the recent trends in judicial review practice, see C. BACKES, M. ELIANTONIO (Eds.), *Cases, materials and text on judicial review of administrative action*, Oxford, 2019. On the most recent debate on the intensity of judicial review see E.M.H. HIRSCH BALLIN, R. ORTLEP, A. TOLLENAAR, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Den Haag, 2015.

<sup>222</sup> ABRs 26 October 2016 ECLI: NL: RVS: 2016: 2840.

traditional or classic English judicial review model<sup>223</sup> – closer to the French model and in common (with varying degrees of similarity) with other civil law systems. Indeed, even without reaching the review intensity that French administrative judges or even the German ones apply (according to the theory of the need for a final decision<sup>224</sup>), nowadays Dutch administrative judges, through judgements on proportionality, undoubtedly conduct much more intense reviews than in the past<sup>225</sup>.

Moreover, as has been shown by scholars<sup>226</sup>, over the past ten years, there has been a growing tendency in the Dutch administrative legal system to use every

---

<sup>223</sup> See above, § 4.

<sup>224</sup> On this point, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (ed.), *Diritto amministrativo comparato*, Milan, 2007, p. 308, notes that "with in mind a general idea of necessary reasonableness, logic and proportionality of the administrative action – and therefore outside formal schematisations that divide control in rigid types of defects – beginning from the middle of the twentieth century, German judges develop review techniques on discretionary powers which are probably the most effective in the European panorama. Examination of the fairness of the use of the discretionary power is direct and takes place through an assessment of the relationship between the means employed and the objective pursued in application of the principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). It allows the judge a control of the administrative decision that goes beyond the reasonableness test and extends, on the one hand, to the verification of suitability, at least within certain limits, of the solution chosen with respect to the pre-established purpose – according to a meaning that even in some cases is included in the concept of reasonableness – and on the other hand – according to a meaning that belongs exclusively to the principle of proportionality in the German conception – up to the control of the *Notwendigkeit* (necessity) of the chosen solution. In order to be legitimate, the latter must thus present itself as the only possible one, in the sense that no other less burdensome solution for the private party affected by the administrative decision is possible".

<sup>225</sup> Regarding the judicial review of the discretionary acts of the independent administrative authorities, S. LAVRIJSEN, F. ÇAPKURT, *Who guards the guardians? Judicial oversight of Energy Regulations by The Netherlands Authority for Consumers and Markets*, in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag, 2019, pp. 133-171, highlight that "initially the Appeals Tribunal for Trade and Industry (CBB) was very hesitant in reviewing the energy regulation defined by the Authority for Consumers and Markets (ACM). In particular, the CBB scrutinised administrative energy decisions of the ACM based on its discretionary powers very marginally in the period between 2002-2013. However, in more recent judgements from 2014 and onwards, the CBB has become stricter in reviewing ACM's energy regulation. According to the authors, the CBB has done this by reviewing the substance of decisions on more intense procedural grounds". In particular, the CBB applies a procedural-proportionality test to intensify its own review on administrative discretion.

<sup>226</sup> T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, *Deference to the administration in judicial review: the case of The Netherlands*, in L.P.W. VAN VLIET, *Netherlands Reports to the Twentieth International Congress of Comparative Law*, Fukuoka 2018, p. 26; T.

instrument envisaged by the law (in particular the provisions of Articles 6:22, 8:72 (3) and (4) GALA<sup>227</sup>) to reach the definitive settlement of a dispute and prevent the administration from re-issuing the annulled provision. In addition to the powers to finalise a dispute expressly attributed by the GALA, scholars<sup>228</sup> have highlighted the tendency of Dutch judges to indicate in detail in the grounds for annulment of a disputed provision, also the actions that an administration must subsequently undertake to adapt or conform to what has been decided in the judgement itself. Ultimately, this is the conforming effect of the annulment judgement, through which a judge, while not directly substituting the administration in the adoption of a new provision (if and where necessary, replacing the illegitimate one that has been cancelled), indicates how an administration must proceed in reaction to the new provision. It is evident that this method, like the so-called *remand* procedure, originated in the EU and also used in Italy<sup>229</sup>, reduces litigation, as it enables an administration to understand the approach of a judge.

---

BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 7, point out how "over the last years, courts have adapted their line of case law and now, as a general rule, try to settle disputes definitively. To that end, the court has recently granted the power to issue an interim decision, after ruling that an order is unlawful, requiring the administrative authority to issue a new order or to provide better reasons for its old order (during the process)"; O.F. ESSENS, M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional Variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA, A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen 2011, p. 172.

<sup>227</sup> For a comparison between these instruments for finalising dispute which are available to Dutch judges and those with similar purposes provided by the Italian legal system (think, for example, of the so-called propulsive or *remand* judgment), see below, Chap. III.

<sup>228</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 7, which state that "the relevant case law also shows a trend, which will be put to statutory footing in the future, where, after an order has been annulled, courts issue more and more specific directions to the administrative authority for the structure of the new order to be issued".

<sup>229</sup> On the conforming effect of the ruling accepting the appeal, G. LEONE, *Elements of administrative procedural law*, Milan, 2019, p. 266, according to whom particular care must be taken by the judges in drawing up the grounds of the decision, since if they accept the grounds of the appeal lodged against the defects of legitimacy that were found, it is necessary to explain not only why the Administration was wrong, but also how the latter must act in re-writing the new provision. On this point, see also A. GIUSTI, *Il contenuto*



Ultimately, in accordance with the principle of effective judicial protection, Dutch administrative judges do not normally tend to limit themselves to cancelling the illegitimate act, effectively leaving the administrations to adopt the final provision (for the second time), rather they try to settle disputes definitively, trying to recognize individual rights directly, without the filter of administration<sup>230</sup>.

This "judicial activism"<sup>231</sup> seems to be based on an (somewhat) extensive or even evolutionary interpretation of Article 8:72 (3) and (4) GALA<sup>232</sup> and entails a balance between the need to guarantee effective protection for the appellant and respect for the constitutional principle of the division of powers. In other words, the administrative judge's respect for the discretionary scope that legislation has attributed to administration bodies is at stake.

To be more precise, with regard to the scrutiny methods used, we can distinguish several phases of the judicial review process.

Firstly, the Dutch administrative courts examine whether and to what extent the law applicable to the case under review confers a discretionary power on the administration; whether the conditions envisaged by the law for the exercise of this power are met; if the law in the present case allows the administration to carry out a balancing between the various interests involved or predetermines a prevailing interest; if the law provides for limits in exercising the discretionary power and compliance with these limits by the administration at the time of the final ruling.

As previously discussed, the general principle of the Dutch system is that a judge must operate a moderate level of scrutiny when reviewing how a public administration body has exercised its discretion.

---

*conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012. On the so-called *remand* technique, G. LEONE, *ivi*, p. 246.

<sup>230</sup> In practice, this does not happen often. The judiciary does investigate the possibility to definitely decide cases, but most times judges will decide to uphold the legal consequences of the illegal decision.

<sup>231</sup> M. DE WERD, R. DE WINTER, *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, pp. 104-110. Even if the authors expressly speak of "judicial activism", on the basis of relevant case law I find it hard to say that the Dutch judiciary in administrative law was already "activist" in 1995. On this point see footnote 218.

<sup>232</sup> See above, § 5.6.

The adoption or otherwise of binding rules for the self-limitation of discretionary powers<sup>233</sup> (self-binding policy rules) by the public administration is important for the type of review that can be conducted by a judge. In fact, in the absence of such rules, a judge may assess how the various interests at stake have been balanced by the administration in the case in question. In consideration of the political responsibility of the public administration underlying the exercise of a discretionary power (therefore, through the adoption of a choice, i.e. a final decision, however lawful) and given the independent position of the judiciary in the Dutch constitutional system, it is not incumbent on the judge to decide what would have been the most fair balancing of the interests involved; rather, the scope of the judicial review is limited to verifying whether there had been such an imbalance in weighing the interests at stake that it could be justifiably asserted that discretion had been exercised in a manifestly unreasonable manner. In this case, discretion is not subject to review by the administrative judges on their own initiative, nor can a judge be asked to directly and immediately review the discretionary context in the abstract. Discretion can be reviewed only indirectly and mediated in the context of an administrative appeal requesting the reform of the final provision for reasons pertaining to the exercise of administrative power in a specific case (indirect or mediated review).

If, on the other hand, the administration has established (more correctly, has committed itself to) a standard course of action to be followed in relation to the exercise of discretionary powers, then the public administration is obliged to observe the rules of conduct. Such an obligation does not derive from positive law but from the need to respect the principle of good administration, and in particular the principle of equal treatment and the principle of legitimate expectation<sup>234</sup>. In the event that the administration decides to depart from the standard guidelines, the

---

<sup>233</sup> See above, § 3.

<sup>234</sup> J.G. BROUWER, A.E. SCHILDER, *A survey of Dutch administrative law*, Nijmegen, 1998, p. 31, according to which "*the principle of confidence [is] one of the unwritten principles of proper administration*".

administrative judge is called upon to assess the reasonableness of such an exception<sup>235</sup>.

It has already been said that, once a rule of conduct has been established for the exercise of a discretionary power, this rule is binding for the administration that issued it. However, Article 4:84 GALA envisages an exception, according to which the public administration must act in accordance with the rule of conduct unless, due to particular circumstances, the consequences for one or more parties affected by the final decision would be disproportionate to the purpose of the rule of conduct. In particular, based on the legislative provision of Article 4:84 GALA, we can identify the following essential conditions that legitimise an exception to the rule of conduct by the administration: 1. the potential and abstract application of the guidelines to the case; 2. the existence in the case in question of particular interests or circumstances not taken into due consideration by the guidelines; 3. the existence of a prejudice to one of the parties to the procedure deriving from the final decision adopted according to the guidelines, where the said party represents interests which lack – even if entitled to them – the safeguards incorporated in the rule of conduct or in a particular situation not taken into consideration by the guidelines; 4. the relevance of the interests or the special character of the situation to be protected; 5. the disproportionality of the prejudice for one of the parties representing the interest which is worthy of protection or is in a particular condition with respect to the purpose underlying the rule of conduct. In this regard, case law has stated that the power, established by Article 4:84 GALA, to make an exemption to a rule of conduct can be exercised only in the presence of special situations<sup>236</sup> not foreseeable at the

---

<sup>235</sup> In this regard, the principle of legal certainty also plays an important role. On this point, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, BWN DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, point out that "*an important principle is also the principle of legal certainty, which demands, inter alia, that promises are kept and that radical changes of policy are not introduced at short notice*".

<sup>236</sup> ABRvS, 10-07-2002. In the case in question, the Council of State considered illegitimate the exercise of power pursuant to Article 4:84 GALA by an administration that had deviated from a rule of conduct, believing that a strict application of the latter also to a whole category of companies would have produced legal

time of the adoption of the rule of conduct itself<sup>237</sup>. However, in this regard, it should be noted that this case law has not been confirmed by the Council of State<sup>238</sup>.

In its full form, the Dutch administrative judge's review of the compliance of the administration with the rules of conduct on the exercise of a discretionary power is carried out as follows.

First of all, the judge examines whether the binding rule of conduct adopted by the administration falls abstractly within the framework of the law that attributes discretionary power in the case in question. This means that, in this first phase, the judge assesses on the one hand whether the rule of conduct adequately pursues the purpose of the law that confers the power, i.e. the purpose related to the cause of the power exercised (more correctly, to be exercised, since the rule of conduct is adopted by the administration before exercising the inherent discretionary power and, indeed, precisely in consideration of the future exercise of such power)<sup>239</sup>. On the other hand, the judge assesses whether the rule of conduct falls within the margin of discretion granted to the administration, whether it is consistent with the purpose of the power being exercised, in other words, whether there has been a misuse of power<sup>240</sup>. It is clearly evident that the administrative judge exercises a full review in this first phase.

Subsequently, the judge assesses whether the content of the rule of conduct complies with the principle of good administration<sup>241</sup>. This means that, in this second

---

consequences contrary to the objective set by the underlying regulation. In fact, according to the administrative courts, since it concerns an entire category of companies, the assumption of the existence of special circumstances could not be considered to be included as a condition for the application of an exception to a rule of conduct. Therefore, in such cases, the administration has no option but to modify the adopted rule of conduct.

<sup>237</sup> ABRvS, 6-02-2008.

<sup>238</sup> ABRvS 26 October 2016, AB 2016/447.

<sup>239</sup> In practice this test hardly takes place (at least, the policy rule has never been declared void because of a general assessment).

<sup>240</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>241</sup> In this regard, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, BWN DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 392, highlight that "*the courts are supposed to offer sufficient protection against administrative actions that do not conform to legal standards. For this purpose, general principles of proper administration have been developed in case law (...) which can be described as unwritten legal standards that limit the discretionary powers of*

phase, the judge establishes whether the rule of conduct has been formulated by the administration in order to correctly assess all the interests at stake in the case in question. This shows the great importance given by Dutch administrative law to the principle of participation in administrative proceeding of all the parties who will be affected by the final measure, even if it is a case of the exercise of a discretionary power. The administrative judge exercises a full review also in this second phase.

Finally, the judge assesses the reasonableness of the rule of conduct. In consideration of the constitutional relationship existing between the public administration and the judiciary, the judge is only allowed to exercise a weak review on the manner in which the administration has weighed the various interests at stake. Conversely, in cases in which the rule of conduct is aimed at specifying the meaning of vague or indeterminate legal terms or concepts, the judge conducts a full rather than marginal review<sup>242</sup>. In this regard, in regard to judicial scrutiny of the interpretation of vague legal terms elaborated by the administration, scholars<sup>243</sup> have

---

*administrative authorities. They cover the duty of care in gathering the necessary information and in weighing the interests concerned (the principle of proportionality), as well as giving (adequate) reasons for a decision".*

<sup>242</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 179, nt. 18. On vague or indeterminate legal terms or concepts, M. DE WERD, R. DE WINTER, *Judicial activism in the Netherlands: who cares?*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 110, who defined the work of the judge as a sort of "schizophrenic occupation: on the one hand judges are openly invited to interpret vague and ambiguous statutory provisions and even to render judgement in controversial cases, on the other, by doing so, the judge is accused of 'judicial activism'".

<sup>243</sup> F.A.M. STROINK, *Judicial control of the administration's discretionary powers (le bilan executive - juge administratif)*, in R. BAKKER, A.W. HERINGA, F.A.M. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerp/Apeldoorn, 1995, p. 96. Also P. Daly considers a subtle approach a particular technique for the judicial review of administrative decisions in , *Unreasonable Interpretation of Law*, 66 Supreme Court Law Review (2d) 233, 2014, p. 1, according to which "Courts should be ever-wary of the paradox of rationality: to subject administrative decision-makers to judicial review for rationality is to subject them to judicial standards of rationality. This can easily shade into the inappropriate imposition of lawyerly methodology. Resolving the paradox requires a subtle approach to the task of judicial review of administrative action rather than a dogmatic insistence on the primacy of judicially developed principles of statutory interpretation". The paradox of reasonableness in administrative law is also reported by D. DYZENHAUS IN, *The*

maintained that the judge should adopt a subtle approach i.e. must not formulate dogmatic positions on the primacy of the legal principles developed with regard to the interpretation of the statutes, applying them indiscriminately, extensively and analogously to all areas of administrative law. Rather, the judge should draft the decision on the basis of the case in question and in consideration of the relevant and specific area of administrative law relevant to the dispute, i.e. modelling the ruling according to the particular and special circumstances that constituted the factual starting point for the concrete exercise of discretionary power by the administration.

If the judge considers the content of the rule of conduct to be unreasonable, then the latter is considered illegitimate<sup>244</sup> and cannot constitute the guideline to be followed for the concrete exercise of the discretionary power.

If, on the other hand, the judge considers a rule of conduct to be reasonable, the judge must assess whether the disputed provision has been adopted in accordance with the guidelines, provided that the case in question falls within the standard cases governed by the rule of conduct.

In general, a public administration cannot deviate from the rules of conduct, once the latter have been issued, as they are of a binding nature. On the other hand, repeated exceptions made by the administration in cases governed by the guidelines would amount to a *de facto* modification of the rules of conduct, even if, as has been rightly stated by an authoritative scholar who was also a judge<sup>245</sup>, for reasons linked to compliance with the principle of certainty of the law, any change to a rule of conduct should be ordered through the adoption of a written act of the same kind as

---

*politics of deference: Judicial review and democracy*, in M. TAGGART'S *The province of administrative law*, Oxford, 1997, p. 302, which states that the "paradox of the recognition of rationality [is] that to recognise rationality in practice is always at the same time to begin to measure a practice against standards of rationality".

<sup>244</sup> The judge is also called to assess the compatibility of the rule of conduct adopted by the administration with other relevant laws in the case in question. On this point, W. VOERMANS, *Constitutional law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 348, highlights that "in few cases concerning tax matters, the courts were prepared to enforce policy rules that were at variance with the law".

<sup>245</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions*, *op. cit.*, p. 33.

that used for issuing the rule of conduct to which modifications are made<sup>246</sup>. However, a single exception to the guidelines in a case governed by them would constitute a violation of the principle of equal treatment.

There are special cases, however, that require an exception to the rule of conduct, in consideration of the peculiarity of the case. As previously discussed, this exemption faculty has an express legal basis in Article 4:84 GALA, according to which the public administration must act in accordance with the guidelines, unless, in view of particular circumstances, the consequences for one or more parties to the proceedings are disproportionate with respect to the purpose of the rule of conduct.

According to some part of doctrine<sup>247</sup>, the legislative provision pursuant to Article 4:84 GALA should be interpreted in the sense of allowing the administration to be exempted from the guidelines even when, in the case in question, there are significant interests which were not considered when the rule of conduct was adopted and therefore, at the present time, lack adequate protection.

The question concerning the existence or otherwise of particular circumstances in a particular case (circumstances that would legitimise an exception to a rule of conduct pursuant to Article 4:84 GALA) constitutes a question of fact, which can be submitted to a full review by the administrative judge.

From the procedural point of view, the party that challenges an administrative provision, citing the failure to apply an exception to the rule of conduct as a reason for its illegality, must also specifically indicate to the court the particular circumstances that would have justified the exception. The administrative judge must exercise a full review regarding the relevance and significance of these circumstances for the application of an exception to the rule of conduct. Once the relevance and significance have been ascertained, the administrative judge, through an *ex post* evaluation, then proceeds to examine whether the particular circumstances would have determined a different outcome of the final provision, had they been duly considered by the administration at the time of the proceedings in the case in

---

<sup>246</sup> It is essentially an application of the principle of *contrarius actus*.

<sup>247</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions, op. cit.*, p. 33.

question. Even if the judge exercises a full review, i.e. extended to the relevance of the factual assumptions of the final decision with reference to the intensity of the control, part of doctrine<sup>248</sup> considers that the judge must carry out a moderate review in assessing the correct use of the power to deviate from the rule of conduct by the administration. In particular, the judge must apply the reasonableness test, aimed at ascertaining whether the administration has acted reasonably in balancing all the different interests involved in the case in question.

In appeal proceedings, the Jurisdiction Division of the Council of State examines whether the administration acted according to the law. In particular, the legal question underlying the case in the appeal proceedings is the compatibility of the disputed provision with the law and with the general principles of good administration, both in formal and substantive terms<sup>249</sup>.

In order to assess compliance with the formal principles of good administration, the administrative judge must examine whether the disputed provision: has been adopted on the basis of a complete preliminary investigation; has been issued in compliance with the principle of impartiality; is provided with adequate grounds; issues a clear and unambiguous ordinance.

On the other hand, for assessing compliance with the substantive principles of good administration, the administrative judge must examine the disputed provision to ascertain: whether the administration has taken into consideration all the interests involved in the case in question; whether the administration has reasonably weighed up all the interests involved; whether the interest of one of the parties was sacrificed in an unreasonable and disproportionate manner; whether the administration has pursued the purpose corresponding to the cause of the exercised power, i.e. that there

---

<sup>248</sup> P. VAN DIJK, *Review of administrative decisions, op. cit.*, p. 33.

<sup>249</sup> T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, YE SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012, p. 6, according to which "in reviewing the appealed order, Dutch administrative courts attach great significance to the administrative authority's observance of the principles of due care and adequate reasoning. In its rulings the court emphasises any mistakes the administrative authority may have made in decision-making process (...). Due to this method of review, administrative procedure law is of paramount importance and it has exhibited a higher degree of development than judicial procedure law".



is no evidence of abuse of power; whether the principles of legality, equal treatment and legitimate expectations have been respected.

Finally, the judicial review of the factual starting point for the administrative decision deserves to be examined with particular attention<sup>250</sup>, in other words, the possibility for the judge to have full and direct access to the facts underlying the administrative provision<sup>251</sup>. Dutch scholars have begun a heated debate on the intensity of the judicial review that can be applied to the facts<sup>252</sup>, if there are many interests at stake and all are quite significant. On the one hand, there is the principle of effective judicial safeguard, which also implies that the judge's decision is based on the substantive truth of the facts. On the other hand, there is the principle of separation of powers, which involves the need for the judge to respect the sphere of competence reserved to the administration.

In detail, around 2000 Dutch scholars started a "new" debate in favor of a more procedural-marginal review of the facts; but recently, after 2015, the sound in literature has definitely only echoed pleas for a more intensified review of the facts<sup>253</sup>. To be more precise, some scholars support the approach of the full judicial review of the facts, according to which the judge could substitute the administration in ascertaining the facts relevant to the decision, thus implementing the principle of effective judicial safeguard. In support of their thesis, these scholars say that the

---

<sup>250</sup> T. BARKHUYSEN, C. ADRIAANSE, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *Faciliter la mise en œuvre de droit communautaire: l'exemple de droit administratif Néerlandais*, in *Revue française d'administration publique*, 2009/1, n. 129, 2009, p. 135, highlight that "*une décision juridictionnelle, en règle générale, n'apprécie pas de manière définitive la relation juridique entre l'administration concernée et les parties intéressées. Elle contrôle la légalité d'une décision, y compris quant à la question de la justesse matérielle des faits sur lesquels cette décision est fondée*".

<sup>251</sup> As can be seen from the various regulatory provisions referred to in Chap. VIII of the GALA, in Dutch administrative trials the judge can verify the facts directly or order the parties to attach additional evidence.

<sup>252</sup> On the reconstruction of the various positions (and the respective arguments) that animated the debate on the intensity of the control that the Dutch judge can use on the fact, Y.E. SCHUURMANS, *Review of facts in administrative law procedures; a European Community Law perspective*, *Review of European Administrative Law*, 1 (1), 2008, pp. 8-10.

<sup>253</sup> On the most recent debate on the intensity of judicial review see E.M.H. HIRSCH BALLIN, R. ORTLEP, A. TOLLENAAR, *Rechtsontwikkeling, op. cit.*; J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSEN, *Judicial Review, op. cit.*

administration does not exercise any discretion in the preliminary investigation phase aimed at ascertaining the facts and this allows judges to exercise full control<sup>254</sup>. Other scholars supported the approach of a marginal review of the facts, believing that judges cannot directly ascertain the facts but must limit themselves to assessing the legitimacy of the investigation conducted by an administration. According to this approach, in particular when the administrative decision is the result of technical assessments conducted by the administration, the judicial review should be limited exclusively to a check on the reasonableness of the preliminary investigation phase to ascertain the facts carried out by the administration<sup>255</sup>. Finally, yet other scholars<sup>256</sup> distinguish between three phases, namely: the ascertainment of the facts, the assessment of the facts from a legal perspective and the interpretation of the law<sup>257</sup>. According to the latter, more recent approach, Dutch judges can only conduct

---

<sup>254</sup> R.H. DE BOOK, *Waarheidsvinding in het bestuursrecht*, in *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag, 2001, p. 44; J.E.M. POLAK, A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, R.J.N. SCHLOSSELS, N. VERHEIJ, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Tilburg, 2004, p. 112 et seq.

<sup>255</sup> M.A. HELDEWEG, *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag, 1993, pp. 298-302.

<sup>256</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands. Vice or virtue?*, in O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSEN, *National Courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, 2009, p. 178; H. LEGAL, *Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law*, in B. HAWK, *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, V. 32, 2006, pp. 107-116.

<sup>257</sup> A similar distinction also occurs in Italian case law (see, among others, Consiglio di Stato, Section VI, 23 April 2002, No. 2199) on the measures adopted by the independent administrative authorities. According to the aforementioned case law approach, these measures are divided into several parts, corresponding to the phases of the control carried out by the Authority, and in particular: a) a first phase of ascertaining the facts; b) a second of "contextualisation" of the rule aimed at protecting competition, which by referring to "undetermined legal concepts" (such as the relevant market, the abuse of a dominant position, the restrictive agreements of competition) requires an exact identification of the elements constituting the alleged offence (the rules on competition are not of "strict interpretation", but affect the substantial data constituted by the collusive behaviour between companies, not previously identifiable, which have an anti-competitive aim or effect); c) a third phase in which the ascertained facts are compared with the parameter as "contextualised" above; d) a final phase of application of the sanctions as envisaged by the current regulation. In addition, Italian case law (see Consiglio di Stato, Section VI, 2004, No. 926) stated that the facts underlying the provisions of the Antitrust Authority can undoubtedly be fully verified by the administrative judge in terms of their truthfulness and

a full review on the ascertainment of the facts and on the interpretation of the law, while the control envisaged for the assessment of the facts is only marginal<sup>258</sup> and only in specific fields of law, like asylum law<sup>259</sup>, in consideration of the constitutional principle of the division of powers<sup>260</sup>. In the latter case, judges must limit themselves to verifying whether the administration has identified legally relevant facts through a correct and complete investigation<sup>261</sup> based on due diligence<sup>262</sup> and on the obligation to state grounds<sup>263</sup>. At times, judges cannot

---

this entails the evaluation of the evidence gathered by the Authority and of the defence evidence provided by the companies without any limitation on access to the court.

<sup>258</sup> This approach proposed by scholars is supported by the position of case-law on the point (Council of State, 27 January 2003, AB 2003, 286). In this regard, Y.E. SCHUURMANS, *Review of facts, op. cit.*, p. 11, notes that "*the Raad van State has ruled that the Court may not substitute their own assessment of the fact for the administration's assessment. In such cases, the courts must administer a limited test*".

<sup>259</sup> See ABRvS, 13-04-2016, AB 2016/195, m.nt. M. RENEMAN, on the influence of EU law. With this judgment, the Council of State has intensified the judicial review of administrative decision in asylum cases. The Administrative Jurisdiction Division provides its interpretation of a rule in the European Asylum Procedures Directive about the manner in which the administrative courts should review the assessment of the State Secretary of the credibility of an asylum claim. According to this judgment, in certain parts of the credibility assessment, the administrative court is just capable as the State Secretary to assess where an asylum claim is credible. In those cases the administrative judge reviews intensively. However, if the asylum seeker does not provide proof for his claims, but only gives his own account of what happened to him, then the State Secretary has a margin of discretion to assess whether the asylum seeker should be believed or not. In such cases the administrative courts may not dismiss the credibility assessment of the State Secretary and substitute it for its own assessment of the credibility. As a result of the Asylum Procedures Directive, the judicial review of the credibility assessment of an asylum claim will be more intensive than was common practice until this judgment. What doesn't change is that the administrative courts never assess an asylum claim independently, but that the starting point for their review is the State Secretary's decision on it. See also ABRvS 18-11-2015, (Gaswinning Groningen), with special attentions to points 16, 18 and 31 on the influence of human rights on the proportionality test.

<sup>260</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review, op. cit.*, p. 178; Y.E. SCHUURMANS, *De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief*, in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, E. STEYGER, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 116.

<sup>261</sup> Y.E. SCHUURMANS, *De toetsing, op. cit.*, pp. 118-120.

<sup>262</sup> In this regard, T. BARKHUYSEN, C. ADRIAANSE, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *Faciliter la mise en œuvre du droit communautaire, op. cit.*, p. 137, point out that "*les juridictions administratives néerlandaises examinent en termes très généraux la constatation des faits par l'administration au regard de l'obligation de diligence, sans indiquer explicitement les éléments concrets qu'elles prennent en compte*". Again, on the

conduct a full review, on the one hand, due to the difficulty in distinguishing concretely between ascertainment and assessment of the fact, on the other hand, owing to insufficient grounds being given<sup>264</sup> for the elements related to the administrative decision. Ultimately, it is widely believed that judges should exercise marginal control over all those decisions taken by administrations that are based on technical or financial-economic evaluations<sup>265</sup>.

---

relationship between judicial review and the principle of diligence, P. VAN DIJK, *op. cit.*, p. 36, observes that "*it should also be noted that an order must comply with the principles of due care and reasoning. An order may be set aside if the principle of care was breached because the facts were not properly examined or the authority wrongly failed to seek advice. In addition, a sound reasoning of the order should be given. This will not be deemed to have been given if the order is based on incorrect facts*".

<sup>263</sup> Y.E. SCHUURMANS, *Review of facts*, *op. cit.*, p. 5, points out that "*Dutch administrative law courts usually only review whether the investigation carried out by the administration has been sufficient, on the basis of principles such as the requirement of due care and the duty to state reasons*".

<sup>264</sup> Dutch scholars have maintained that a more intense review by the judge on the reason of the administrative provision, finalised to a correct determination of the facts, could contribute to the recognition of more effective judicial safeguards. On this point, T. BARKHUYSEN, C. ADRIAANSE, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS, *Faciliter la mise en œuvre du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>265</sup> S. LAVRIJSEN, *More intensive judicial review*, *op. cit.*, p. 179.

## CHAPTER III

### JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE EUROPEAN LEGAL SYSTEM

#### (ABSTRACT)

TABLE OF CONTENTS: 1. The influence of the European Court of Justice on the Italian and Dutch administrative (case) law, with particular regard to proportionality and reasonableness as standard of judicial review of administrative discretion – 2. Final comparative remarks.

Reasonableness is one of the general principles which in various ways provide the framework for action by the European Union public administration<sup>266</sup>. This principle is applicable not just to administrative actors but to all authorities, both of the EU and of its Member States (when implementing EU law). Reasonableness is a principle of specific application to the administration itself (as the principle of good administration, data protection, acting within power and good faith) and provides the basis for efficient and fair administrative decision-making by ensuring that officials arrive at decisions in a rational way. Indeed, reasonableness operates as guarantees for the individual against arbitrary decisions. On this point, the article 11 of European Code of Good Administrative Behaviour states that the official shall act impartially, fairly and reasonably, without giving a specific definition of reasonableness.

As in the Italian legal order, also on the EU level reasonableness is considered as an unwritten<sup>267</sup> general principle of law<sup>268</sup>, invoked under the heading of broader constitutional principles<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> As in the case of Italian administrative law, such principles should be familiar with the constitutional principles underlying national legal systems. On this point, see H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TURK, *General Principles Framing European Union Administrative Law*, in ID., *Administrative law and policy of the European Union*, 2011, pp. 143-221.

<sup>267</sup> Aside from the Article 6 ECHR, which protects the right to a hearing within a reasonable time; although this provision is currently interpreted in a broad sense, so as to also include adversary administrative procedures, this aspect is irrelevant in this regard

General principles of law perform an important function in – and can be regarded as the commonly accepted legal foundations of – EU administrative law. Surely, such general principles, including proportionality and reasonableness, have mainly been developed by the European Court of Justice<sup>270</sup>. These principles are very relevant for Italian administrative law pursuant to Article 1(1) Law No. 241/1990 (the Italian Administrative Law Act), setting that administrative action shall be also founded on the principles underpinning the EU legal order<sup>271</sup>.

---

because the requisite of reasonable time of a fair process does not concern the reasonableness as procedural or substantive ground of judicial review of administrative action covered by this paper. Moreover, on the EU level – unlike reasonableness – proportionality is frequently enounced in positive law, e.g. as a corollary of subsidiarity.

<sup>268</sup> On the general principles in the EU legal order, see H.C.H. HOFMANN, *General principles of EU law and EU administrative law*, in C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford, 2014; R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, M. REMAC, *General principles of law in administrative law under European influence*, in *European Review of Private Law*, n. 2-2012, pp. 381-408; G.L. GOGA, *The significance of the general principles in European Union Administrative Law*, in *AUDJ, Acta Universitatis Danubius*, Vol. 8, no. 2/2012, pp. 63-72; H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TURK, *General Principles Framing European Union Administrative Law*, in ID., *Administrative law and policy of the European Union*, 2011, pp. 143-221; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2007.

<sup>269</sup> G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in administrative law*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>270</sup> On this point see G. TESAURO, *Reasonableness in the European Court of Justice Case-Law*, in AA.VV., *The Court of Justice and the construction of Europe*, The Hague, 2013, pp. 307-327; J. WOUTERS, S. DUQUET, *The principle of reasonableness in global administrative law*, in Jean Monnet Working Paper, 12/2013; A. ADINOLFI, *The principle of reasonableness in European Union Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI, *Reasonableness and law*, Dordrecht, 2009, pp. 383-404.

<sup>271</sup> According to Article 1(1) Law No. 241/1990, in addition to those already mentioned, there are other principles upon which administrative action is founded, e.g. economy, effectiveness, impartiality, publicity and transparency. On the application of general principles of EU law to administrative activity see Council of State, Section V, 19 June 2009, n.4035, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), according to which the general principles of EU law consistently used by the European Court of Justice (principle of competition, equal treatment, transparency, non-discrimination, mutual recognition, proportionality) not only can be applied directly in the Italian legal system but they must also regulate the administrative activity”. On this point, G. CARLOTTI, A. CLINI, *Diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 169, point out that article 1(1) of Law no. 241/1990 contains a dynamic reference to the general principles of EU law which are constantly evolving; G. PEPE, *Principi generali dell’ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2015, p. 241, even goes so far as to say that Article 1(1) Law No. 241/1990 includes not only the principles already recognised but also those that will be developed by the European Court of Justice in the future. See also A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M.

Indeed, following the amendment made by Article 1(1), letter a), Law No. 15/2005 to Article 1(1) Law No. 241/1990, those principles become directly applicable and immediately effective in the Italian legal order. According to the case law of the Regional Administrative Courts<sup>272</sup> and the Council of State<sup>273</sup>, the need to give priority to the application of European principles in administrative activity is a «corrective interpretation of the system»<sup>274</sup> imposed by «the need to interpret the law in accordance with the general principles of EU law»<sup>275</sup>.

The ECJ's established case law reveals that the essence of judicial review lies in balancing interests. This point of view has influenced also Italian courts. A recent example<sup>276</sup> is provided by a dispute on environmental standards in Italy. Since the 1973, a company used to operate a chemical plant for the production of detergents with the necessary authorizations. Following the entry into force of Legislative Decree 3 April 2006, no. 152 approving the Italian Code on the Environment, to carry out polluting activities became obligatory to obtain an Integrated

---

RENNA, F. SAITTA (eds), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 86-88; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processuali*, Vol. 1, Milano, 2011, pp. 138-139; A. VALLETTI, *Il Subappalto*, in R. DE NICTOLIS (ed), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Vol. 3, Milano, 2007, pp. 189-190, nt. 200; L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (ed), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006, pp. 39-73; D.U. GALETTA, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (ed), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2006, p. 111; F. SPAGNUOLO, *Il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario nella nuova legge sull'azione amministrativa*, in A. MASSERA (ed), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in [www.astridonline](http://www.astridonline), 2005, pp. 14-17.

<sup>272</sup> In the Italian legal order, the Tribunale Amministrativo Regionale (hereafter referred to as "TAR") is the regional administrative Court (administrative judge of first instance).

<sup>273</sup> In Italy, the Council of State acts both as legal advisor of the executive branch and as the supreme Court for administrative justice (administrative judge of second and last instance).

<sup>274</sup> TAR Puglia, Lecce, Section I, 21 May 2008, n. 1812, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>275</sup> Council of State, Section V, 31 May 2007, n. 2825, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>276</sup> TAR Lazio, Latina, Section I, 18 April 2018, n. 205.

Environmental Authorization. In 2012, the local government administration had issued the authorization requested by the company in 2007 but decided to impose on the company some conditions designed – from the point of view of local government – to raise environmental standards. In details, the company– to verify the environmental impact of road traffic resulting from the exercise of business activity around the production plant – should have notified within 180 days: number and type of vehicles arriving and departing from the plant as a whole; for each vehicle, power supply and emissions classification according to European standards (Euro 2, 3, 4 etc.); distribution of arrival and departure of vehicles in the space of a weekday, pre-holiday and festive day; average distance (km/journey) of the various means of transportation.

The company claimed that these conditions were unreasonable, disproportionate and unnecessary and that they entailed an excessive burden. The claim was recognized as valid by the regional administrative court, precisely on the basis of both the proportionality test and the reasonableness test. In other words, in this case the regional administrative court carried out a balancing test, which involves both proportionality and reasonableness as standards of judicial review. Indeed, on the one hand, the judge balanced the public interest of environmental protection with the individual interest in conducting business activity. Furthermore, the court established that the imposed conditions were excessively burdensome and disproportionate to the limits prescribed by law and more generally to the environmental protection aim predefined by the legislator; on the other hand, the judge ruled that the imposed administrative requirements were unreasonable because the data collected on monitoring and control of emissions were of no use to the environmental protection. Finally, the challenged administrative conditions were considered unreasonable as a consequence both of their difficult implementation and of the specificity of the required information, the majority of which was not directly available and easily accessible for the claimant.

In this case, European influences are clear in two respects: first, the Court implicitly recognizes that the essence of both reasonableness and proportionality lies



in the balance of interests at stake<sup>277</sup>; second, the Court, while explicitly claiming to have applied the standards of reasonableness and proportionality, used them in a vague and indistinct manner<sup>278</sup>, without specifying in practice how the application of each of these two principles affects the disputed administrative act, as we have seen often happen in the European Court of Justice case law. Instead, if the national administrative judge had wanted to follow the teaching of classical Italian doctrine, he probably would have specified which administrative prescriptions were disproportionate and which were unreasonable, diversifying the application of the criteria of judicial review, based on a precise and clear categorization of the same.

Moreover, as sometimes happens in the Italian administrative case law<sup>279</sup>, also in the ECJ case law reasonableness often ends by being absorbed in the proportionality test<sup>280</sup>; it also occurs when the applicants expressly invoked reasonableness as standard of legality of state measures derogating from rules on free movement of goods, people and services<sup>281</sup>.

On the other hand, the influence of EU law – as interpreted by the Court of Justice – on the Italian administrative (case) law, is clear with regard to the relation

---

<sup>277</sup> This is made explicit in TAR Sardegna, Cagliari, Section II, 7 November 2019, n. 824, according to which the EU principles of reasonableness and proportionality always require to achieve a balance between public and private interests.

<sup>278</sup> M. D'ALBERTI, *Transformations of administrative law*, *op. cit.*, p. 109, nt. 19, highlights that in some cases, Italian Courts have quashed administrative measures that were deemed to be manifestly disproportionate. Obviously, to assess the manifest disproportion entails a marginal review. According to the author, in this case, the proportionality test resembles a control on reasonableness.

<sup>279</sup> D. DE PRETIS, *Italian administrative law*, *op. cit.*, p. 13, points out that «the reasonableness principle, in its traditional implementation, already allowed the [Italian] Council of State to question administrative choices in some sensitive areas, such as the protection of property and the environment, using standards that were not very different from those involved in the proportionality test under Community law»; on this point see also F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 4, nt. 4.

<sup>280</sup> J. WOUTERS, S. DUQUET, *The principle of reasonableness*, *op. cit.*, p. 29, point out that «the ECJ's long-standing practice to review administrative action using a proportionality standard complicates the successful use of reasonableness as a standard of review. The reasoning in EU case-law is to such an extent permeated with proportionality that, even where applicants invoke a violation of the reasonableness standard, the EU courts are inclined to translate that claim into the proportionality test. An interesting illustration thereof can be found in the 2008 *Moreno* judgment of the EU's Civil Service Tribunal».

<sup>281</sup> Case C-34/08, *Azienda Disarò v. Milka*, [2009] European Court Reports(English Edn.)I- 4023, points 73 and 82-83.

between reasonableness and other general principles of law. A relevant example is provided by the ECJ case law on principle of legitimate expectations<sup>282</sup>, according to which the interested parties must be able to count on the maintenance of a legal situation with respect to a sudden change that they could not *reasonably* expect<sup>283</sup>; or when the conduct of Union Institutions created a *reasonably* founded expectations in the interested parties<sup>284</sup>. In these cases, in order to verify the legitimate expectation claimed by the applicant, the Court carries out the reasonableness test (whose formula can be reconstructed as follow: could the interested parties *reasonably* expect a sudden change of legal situation? Is *reasonably* founded the expectation that conduct of Union Institutions created in the interested parties?). Therefore, reasonableness is tool and condition for implementing other general principles of law (in the above example, the legitimate expectations<sup>285</sup>). In the same way, in the Italian

---

<sup>282</sup> G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2014, p. 217.

<sup>283</sup> Case 111/63 *Lemmerz-Werkev. High Authority*, [1965] European Court Reports English Special Edition 677; Case 84/78 *Tomadini*, [1979] European Court Reports (English Edn.) 1801; Case 90/77 *Stimming CG v. Commission*, [1978] *ivi* 995; Case 235/82 *Ferriere San Carlo v. Commission*, [1983] *ivi* 3949; Case 223/85 *RSV v. Commission*, [1987] *ivi* 4617; Case C-316/86 *Krüken*, [1988] *ivi* 2213; Case C-104/89 *Mulder*, [1992] *ivi* I-3061; Case C-81/91 *Twijjnstra*, [1993] *ivi* I-2455. However, the principle cannot be invoked when the change in the legal situation is predictable or expression of a discretionary power of Institutions: Case C-22/94 *Irish Farmers Association and others*, [1997] *ivi* I-1809; Joined Case C-37 and 38/02 *Di Leonardo Adriano and Dilexport*, [2004] *ivi* I-6911; Case C-168/09 *Flos*, [2011] *ivi* I-181.

<sup>284</sup> Case 74/74 *CNTA SA v. Commission*, [1975] European Court Reports (English Edn.) 533; Case 289/81 *Mavridis v. Parliament*, [1983] *ivi* 1731; Case 223/85 *RSV v. Commission*, [1987] *ivi* 4617; Case C-63/93 *Fintan Duff*, [1996] *ivi* I-569; Case C-51/95 *Unifruit Hellas v. Commission*, [1997] *ivi* I-727; Case T-105/96 *Pharos v. Commission*, [1998] *ivi* II-285; Case T-222/99 and T-329/99 *Martinez*, [2001] *ivi* II, 2823; Case C-179/00 *Weidacher*, [2002] *ivi* I-501; Case C-14/01 *Molkerei Wagenfeld*, [2003] *ivi* I-2279.

<sup>285</sup> It's also true for other examples, like precautionary principle. On this point see the Communication from the Commission on the Precautionary principle COM/2000/0001final, point 3, according to which the precautionary principle is not defined in the Treaty, which prescribes it only once – to protect the environment. But in practice, its scope is much wider, and specifically where preliminary objective scientific evaluation, indicates that there are *reasonable* grounds for concern that the potentially dangerous effects on the environment, human animal or plant health may be inconsistent with the high level of protection chosen by Community. On the relation between precautionary principle and reasonableness, see F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 31 October 2006; on the reasonableness standard of proof for the application of

legal order, the Constitutional Court stated that the rule able to give general application to the principle of legitimate expectations is exactly the reasonableness, understood as core value of legal culture, inherent in all public law relations<sup>286</sup>; according to the Court, indeed, the principle of legitimate expectations has its roots in the standard of reasonableness, especially in terms of legal certainty, fundamental element of the rule of law<sup>287</sup>. On the same topic, under the influence of the ECJ case law, also the Italian Council of State ruled that, according to the standard of reasonableness, in case of merely formal defects and in presence of long-established legal position, should be given judicial protection to the *reasonably* founded expectations<sup>288</sup>.

In conclusion, on the one hand the European principles of reasonableness and proportionality seem to be smoothly absorbed in the Italian administrative case law; on the other, the Europeanisation process still encounter resistance from a part of the Italian doctrine that persists in categorizing reasonableness as a principle different from proportionality. However, in the Italian and EU administrative law, reasonableness is a very broad principle of law designed to ensure the fairness of administrative decisions; it is often used as a tool to operationalize other general principles of law. In any case, it is clear that reasonableness is a basic and fundamental principle of legal system, parameter of supreme importance in order to protect individuals against administrative arbitrariness.

---

precautionary principle, see C. WEISS, *Scientific uncertainty and science-based precaution*, in *International Environmental Agreements*, 3, 2003, pp. 157-159.

<sup>286</sup> Constitutional Court, 4 November 1999, n. 416, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). On the relation between the principle of legitimate expectation and reasonableness see A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2018, p. 338; G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in A. DI TARANTO (Ed.), *Il nuovo modello di amministrazione tra il principio di autoritarità ed unilateralità ed i moduli consensuali nella organizzazione e nell'esercizio delle potestà pubbliche*, in [www.sna.gov.it](http://www.sna.gov.it), 2005, p. 30.

<sup>287</sup> Constitutional Court, 23 February 2011, n. 71, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>288</sup> Council of State, Section IV, 14 November 2014, n. 5609, point 6, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Council of State, Section IV, 18 August 2009, n. 4958, *ivi*; Council of State, Section IV, 2 October 2007, n. 5074, *ivi*.