

CLAUSOLE GENERALI E DIRITTO AMMINISTRATIVO

GENERAL CLAUSES AND ADMINISTRATIVE LAW

MARCELLO CLARICH

Dottorato di Ricerca in Legislazione e Diritto Bancario presso l'Università di Siena.
Ordinario di diritto amministrativo presso Sapienza Università di Roma.

marcello.clarich@uniroma1.it
Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-6450-6145>].
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.30.clarich>].

Received: 03.04.2024. Received: April 3rd, 2024.
Approved: 05.05.2024. Approved: May 5th, 2024.

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

RIEPILOGO: Abstract: Si tratta di uno studio sul tema delle clausole generali, o concetti giuridici indeterminati, di elementare importanza per i problemi fondamentali nella dinamica tra autorità dello Stato e libertà dei cittadini e nei rapporti tra giudice e amministrazione. A tal fine si mette in relazione alla discrezionalità, si stabiliscono le origini del discorso e si rinvigorisce il tema della legalità sostanziale.

PAROLE CHIAVE: Clausole Generali – Concetti Giuridici Indeterminati – Riservatezza – Legalità Sostanziale – Decisione Amministrativa.

ABSTRACT: This is a study on the topic of general clauses, or indeterminate legal concepts, of elementary importance for the fundamental problems in the dynamics between State authority and citizens' freedom and in the relationships between judges and administration. To this end, it is related to discretion, the origins of the discussion are established and the theme of substantial legality is reinvigorated.

KEYWORDS: General Clauses – Indeterminate Legal Concepts – Confidentiality – Substantial Legality – Administrative Decision.

SUMÁRIO: 1. Il problema e un esempio. 2. Clausole generali e discrezionalità. 3. Alle origini della discussione. 4. Clausole generali e recupero della legalità sostanziale. 5. Spunti conclusivi. 6. Riferimenti.

1. IL PROBLEMA E UN ESEMPIO

Il¹ tema delle clausole generali o, secondo un'altra terminologia utilizzata dai giuspubblicisti, dei concetti giuridici indeterminati si colloca al centro della teoria e della prassi del diritto amministrativo perché involge problemi fondamentali nella dinamica tra autorità dello Stato e libertà del cittadino e nei rapporti tra giudice e amministrazione.

Per dar subito concretezza al tema con un esempio recente, basta richiamare la regola contenuta nei provvedimenti di tipo prescrittivo a carattere generale adottati in piena emergenza sanitaria da Covid-19 in base alla quale “è consentita individualmente attività motoria in prossimità dell’abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona”², disposizione la cui violazione comporta l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

La questione che si è posta immediatamente è come debba essere interpretata questa disposizione. Infatti, mentre la distanza personale di almeno un metro offre un parametro ad applicazione univoca, il concetto di “prossimità dell’abitazione” lascia il destinatario della disposizione in una situazione di incertezza insuperabile. Alcuni provvedimenti adottati a livello locale hanno peraltro provveduto a precisare la nozione, per esempio, stabilendo che deve trattarsi di “distanza non superiore a 200 metri” e che essa deve essere “misurata in termini radiali rispetto alla residenza o dimora”³.

In assenza di questo tipo di specificazioni, il cittadino finisce per essere per così dire alla mercé del vigile urbano o del carabiniere di turno che può far prevalere la propria interpretazione del concetto di prossimità e contestare la violazione della norma. Vero è che il provvedimento sanzionatorio può essere impugnato in sede

1. Como citar este artigo | How to cite this article: CLARICH, Marcelo. Clausole generali e diritto amministrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 293-315, jul./set. 2024. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.30.clarich].

2. Art. 1, comma 1, lett. f) del Dpcm 10 aprile 2020 emanato in base al d.l. 25 marzo 2020, n. 19 che autorizza, per finalità di contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, tra l’altro misure di “limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni” (art. 1, comma 2, lett. a). Già a livello di fonte primaria viene attribuita all’autorità governativa un’amplissima discrezionalità in sede di individuazione di misure più puntuali da imporre con un atto amministrativo generale, la cui applicazione nei singoli casi è rimessa agli organi di polizia che, in caso di violazione accertata, possono irrogare sanzioni amministrative pecuniarie.

3. Cfr. Ordinanze del Presidente della Giunta Regionale del Veneto 20 marzo, n. 33 e del 3 aprile 2020, n. 37.

giurisdizionale, ma risulta pressoché impossibile prevedere *ex ante* quale possa essere l'interpretazione fatta propria dal giudice e comunque non vi è alcuna certezza che il parametro sia applicato in modo omogeneo da altri giudici.

Poiché definiscono il perimetro del potere amministrativo e incidono su diritti di libertà garantiti dalla Costituzione, si tratta di prescrizioni che non soddisfano il principio della legalità sostanziale, cioè una delle componenti più rilevanti dello Stato di diritto.

2. CLAUSOLE GENERALI E DISCREZIONALITÀ

Il punto di equilibrio tra regole e discrezionalità amministrativa attribuita dalla legge all'amministrazione attraverso l'uso di clausole generali è sempre stato problematico.

Da un lato, infatti, il massimo di legalità sostanziale e di prevedibilità delle decisioni pubbliche è garantito da norme che configurano i poteri amministrativi come poteri rigidamente vincolati. In un mondo ideale la norma attributiva del potere deve cioè individuare in modo univoco, in particolare, i presupposti e i requisiti per l'esercizio del potere nonché il contenuto (effetti giuridici) del provvedimento che può essere emanato. Solo in questo modo i poteri dell'amministrazione diventano "calcolabili" da parte dei cittadini (e delle imprese) che così sono in grado di assumere comportamenti e prendere decisioni in modo più consapevole⁴.

Dall'altro lato, ragioni di funzionalità del sistema rendono inevitabile l'attribuzione da parte del legislatore di spazi più o meno ampi di valutazione e di decisione in capo alle pubbliche amministrazioni alle quali è affidata la cura di interessi pubblici che richiede l'adozione delle misure concrete (provvedimenti individuali) di volta in volta più adatte alla situazione e alle circostanze specifiche.

Infatti, pretendere che il legislatore utilizzi una sorta di metodo casistico, prefigurando in modo preciso tutte le situazioni possibili che si possono presentare nella vita sociale ed economica, definendo per ciascuna di esse le modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, significherebbe assumere una onniscienza e prevegenza eccedente i limiti delle possibilità umane.

Si spiega così perché le leggi amministrative diventano inevitabilmente "leggi d'indirizzo poggianti su incerta prognosi" o meri "programmi legislativi aperti" che si

4. Secondo Max Weber "ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina" e a questo fine è essenziale la prevedibilità dell'azione amministrativa all'interno di un quadro di regole precise secondo il modello ideal-tipico del potere razionale fondato sulla legalità dell'ordinamento statuito: Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995, pag. 472.

limitano ad assumere “*decisioni di metalivello*” le quali lasciano spazio a un “*amministrazione autoprogrammata*”⁵.

Ed è anzi una caratteristica dei sistemi giuridici moderni la dimensione assunta dal fenomeno per cui i funzionari “*prendono decisioni in assenza di standard giudici prestabiliti, relativamente chiari e vincolanti*”. La discrezionalità ha dunque “*un ruolo perenne nell’ordinamento giuridico*” a causa delle ambiguità del linguaggio, della diversità delle circostanze, nonché dell’indeterminatezza di fini pubblici⁶.

D’altra parte la discrezionalità costituisce per così dire l’essenza dell’amministrazione. Agli apparati pubblici, in quanto esperti nella cura in concreto degli interessi pubblici, deve essere riservata in molti contesti la possibilità di scegliere, nei limiti della legge, la soluzione migliore nel caso concreto. Del resto, in ambito privatistico, le decisioni manageriali non possono essere mai del tutto vincolate, ma anzi le scelte aziendali sono in gran parte scelte libere, all’interno di limiti negativi stabiliti dalla legge.

Paradossalmente, se i poteri amministrativi fossero sempre integralmente vincolati, verrebbe meno la ragione prima dell’istituzione di apparati burocratici proprio perché i cittadini sarebbero in grado di valutare da soli se un certo comportamento o attività è ad essi consentito, tutt’al più riservando all’amministrazione il compito di verificare ed eventualmente sanzionare il rispetto delle prescrizioni.

È questa per esempio la logica che presiede alla disciplina della circolazione dei veicoli posta dal Codice della strada che si concretizza in disposizioni in massima univoche (limiti di velocità stabiliti negli appositi cartelli posti ai margini della strada, divieti di ingresso nelle aree pedonali, semafori, ecc.)⁷.

La medesima logica ispira un istituto di semplificazione amministrativa (o meglio di liberalizzazione) come la segnalazione certificata d’inizio di attività (cosiddetta SCIA). Essa consente infatti ai soggetti privati di avviare l’attività sulla base di una mera comunicazione all’amministrazione (corredato da un’autocertificazione) nei casi di autorizzazioni vincolate, quelle cioè “*il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento dei requisiti e presupposti di legge*” (art. 19, della legge 7 agosto 1990, n. 241) individuati in modo univoco. Nel dibattito dottrinale sulla natura

5. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996, pag. 511.

6. Cfr. D. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, pag. 5 che richiama anche le tesi di H.L. Hart.

7. Ciò anche se il Codice della strada contiene prescrizioni strutturate con la tecnica dei concetti giuridici indeterminati. Si pensi per esempio all’art. 141 in tema di velocità che obbliga il conducente a “*regolare la velocità del veicolo in modo tale che, avuto riguardo alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione*”.

giuridica dell’istituto è emersa l’espressione, in qualche misura ossimorica, di “autoamministrazione” da parte del soggetto privato, anche se poi è stato chiarito, in via definitiva, dalla giurisprudenza e dal legislatore, che l’espressione più corretta è “libertà dei privati”, il cui esercizio non è subordinato a un’autorizzazione, anche se essa resta ancora conformata da un regime amministrativo⁸.

I controlli esercitati sull’attività avviata non avvengono più *ex ante*, bensì *ex post*, cioè ad attività avviata e i poteri esercitati dall’amministrazione non sono più di tipo autorizzatorio, bensì di tipo repressivo (in particolare sotto forma di provvedimento di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli effetti dannosi).

Di regola, invece, le norme attributive del potere amministrativo definiscono i presupposti sostanziali e i requisiti che legittimano l’esercizio del potere attraverso a un ampio ricorso a clausole generali (come sicurezza della circolazione, grave motivo, affidabilità, decoro, ecc.). E a seconda di come è strutturata la norma attributiva del potere quest’ultimo può lasciare in capo all’amministrazione margini di apprezzamento e di valutazione più o meno ampi. Il potere può essere qualificato come vincolato, oppure caratterizzato in tutto o in parte da discrezionalità amministrativa, che si sostanzia nella ponderazione e composizione degli interessi pubblici e privati in gioco, oppure ancora da quella che ancor oggi viene definita come discrezionalità tecnica, oppure infine da discrezionalità cosiddetta mista che assomma le due precedenti nozioni. La stessa discrezionalità può avere un’ampiezza variabile, a seconda della tipologia di atti, che di regola diviene particolarmente elevata nel caso degli atti amministrativi generali, come, per esempio, le ordinanze contingibili e urgenti e, per richiamare esempi recenti, i decreti del presidente del Consiglio dei ministri emanati sulla base del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, approvato per fronteggiare la pandemia da Covid-19.

Tuttavia, in tema di norme attributive dei poteri amministrativi, per quanto sia indispensabile rimettere alle pubbliche amministrazioni spazi di valutazione, per le ragioni già dette, ciò non deve vanificare il principio di legalità sostanziale che ha una precisa rilevanza costituzionale. Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale a proposito delle ordinanze contingibili e urgenti emanate dai sindaci, che sono connotate da un’amplissima discrezionalità, resta imprescindibile comunque che “venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto alla base dello Stato di

8. Cfr. Corte Cost., 6 febbraio 2019, n. 45 che accoglie questa visione. Del resto, l’art 8, comma 1, lett. f) del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 specifica che la SCIA “non costituisce regime autorizzatorio” e l’art. 19, comma 6-ter, della l. n. 241/1990 chiarisce che essa non costituisce provvedimento tacito direttamente impugnabile. Il regime della SCIA, a differenza del silenzio assenso, è di liberalizzazione dell’attività e non anche di mera semplificazione procedimentale.

diritto” Quest’ultimo “non consente l’assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa” e “non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa all’azione amministrativa”⁹.

Le leggi attributive del potere può dunque contenere clausole generali, ma non può essere una “norma in bianco”, né una delega all’arbitrio dell’autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino e insindacabile per il giudice”¹⁰.

Su questa stessa linea, anche la Corte europea dei diritti dell’uomo ha avuto modo di precisare, con riferimento alle norme che legittimano l’adozione di misure di prevenzione personali volte a contrastare la criminalità organizzata, che il principio di legalità “si riferisce anche alla qualità della legge (...), esigendo che debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili” così che “una norma non può essere considerata una “legge” se non è formulata con sufficiente precisione”. Peraltro, la stessa Corte europea è consapevole che “mentre la certezza è altamente auspicabile, essa può portare come strascico un’eccessiva rigidità, e la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze” e pertanto molte di esse “sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghi e la cui interpretazione e applicazione sono questioni di pratica”¹¹.

Il ricorso da parte del legislatore a clausole generali è particolarmente frequente nel caso dell’attribuzione dei poteri di regolazione e amministrativi alle autorità indipendenti che operano in settori economici in rapida evoluzione tecnica ed economica e la cui complessità rende pressoché impossibile al Parlamento di prefigurare un sistema completo di regole¹².

In questo settore si è fatta anche strada la cosiddetta teoria dei poteri impliciti, specie con riguardo ai poteri di regolazione (cioè di disciplina dei mercati e dei comportamenti degli operatori). I poteri impliciti, pur non essendo espressamente previsti dalla legge, “si desumono, all’esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all’esercizio di altri poteri”¹³. L’attribuzione di poteri di questo tipo ad apparati amministrativi che soffrono

9. Cfr. Corte costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115.

10. Cfr. Cons. St., III Sez., 5 settembre 2019, n. 6105.

11. Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, Grande Camera, Causa De Tommaso c. Italia 23 febbraio 2018 (r.n. 43395/09).

12. Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, pag. 31 e seg.

13. Cfr. Consiglio di Stato, VI Sez., 14 dicembre 2020, n. 7972. In dottrina cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino, 2019, pag. 88 e seg.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pag. 703 e seg.

di un deficit di legittimazione democratica, proprio perché indipendenti dal governo e dunque non ancorati al circuito politico rappresentativo, ha sollevato molte perplessità¹⁴.

3. ALLE ORIGINI DELLA DISCUSSIONE

Il rapporto tra regole e discrezionalità si pose in dottrina fin dagli albori della costruzione sistematica del diritto amministrativo, disciplina, com'è noto, relativamente recente che si è consolidata con le prime elaborazioni teoriche della fine del XIX secolo inizio del XX secolo anzitutto in Germania, ma anche in Italia grazie soprattutto a Vittorio Emanuele Orlando e alla sua scuola, fortemente debitrice della dogmatica tedesca¹⁵.

In Germania, la discussione fu avviata e ancora oggi è condotta all'interno delle coordinate del rapporto tra legge, giudice e amministrazione, partendo proprio dalla struttura della norma.

Questa può delimitare il potere attraverso il ricorso a concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) e può attribuire all'amministrazione poteri propriamente discrezionali (*Ermessensmächtigungen* o anche *Ermessensbegriffe*)¹⁶. Con riferimento a questi ultimi il giudice può esercitare il proprio sindacato al solo fine di accertare se l'amministrazione abbia abusato della propria discrezionalità (*Ermessensmisbrauch* o *Ermessensüberschreitung*); con riferimento all'applicazione in concreto dei primi da parte dell'amministrazione il giudice non incontra in linea di principio alcun limite. Per quanto indeterminati si tratta pur sempre di concetti giuridici sui quali spetta al giudice l'ultima parola (*Letztentscheidungsrecht*).

In verità, all'origine del dibattito in Germania, alcuni autori, e in particolare Edmund Bernatzik sostennero che, data la natura indeterminata o imprecisa di tali

14. Cfr. per tutti N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. Tar*, 2002, pag. 1900 e seg.

15. Risale al 1886 la prima edizione dell'opera fondamentale di OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*.

16. Queste ultime si caratterizzano per l'utilizzo di formule linguistiche come "può" (*kann*, *darf*) oppure "ha facoltà di" (*ist befugt*), oppure utilizza aggettivi come "opportuno", "conveniente" in relazione all'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta a curare. Sulla dottrina tedesca in tema di concetti giuridici indeterminati cfr., per tutti, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pag. 86 e seg.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, pag. 759 e seg.

concetti giuridici, i giudizi espressi sono necessariamente problematici e opinabili. Pertanto essi devono essere rimessi alla competenza tecnica e all'esperienza che solo il pubblico funzionario possiede così che a quest'ultimo e non al giudice deve essere lasciata di regola l'ultima parola¹⁷.

In epoca più recente altri autori hanno ritenuto necessario riconoscere all'amministrazione un qualche spazio di valutazione insindacabile, nel momento in cui essa applica un concetto giuridico indeterminato, (*Beurteilungsspielraum* o *Einschätzungsprärogative*) o comunque allorché la valutazione si mantenga all'interno di ciò che è oggettivamente sostenibile o “rappresentabile” (secondo la cosiddetta teoria della *Vertretbarkeit*). In questi casi il controllo esercitato dal giudice non è pieno e di tipo sostitutivo.

Si è anche ritenuto che nelle norme elastiche si possa comunque ravvisare un nucleo certo (*Begriffskern*) e un alone “indeterminabile” (*Begriffshof*), con la conseguenza che nel primo caso la sussunzione della fatti-specie concreta nel concetto ha i caratteri della necessità, mentre nel secondo caso la sussunzione è solo possibile e che comunque nel dubbio si dovrebbe presumere che la soluzione data dall'amministrazione sia corretta¹⁸.

In base alle ricostruzioni più moderne, tuttavia, l'ultima parola nell'applicazione concreta di un concetto giuridico indeterminato spetta, di regola, al giudice, anche se la giurisprudenza ha individuato una serie di casi nei quali la valutazione del giudice non può sovrapporsi a quella dell'amministrazione, a meno che quest'ultima non risulti palesemente difettosa. Si tratta di casi, come per esempio quello dei giudizi valutativi negli esami di abilitazione o altri giudizi attribuiti dalla legge a commissioni di esperti, che non si prestano a essere ripetuti nelle stesse identiche condizioni in sede giurisdizionale ed eccedono dunque “i confini funzionali dell'attribuzione giurisdizionale”¹⁹.

17. Cfr. E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Aalen, 1964 (ristampa della prima edizione del 1886). Sulla controversia tra Bernatzik e Tezner, quest'ultimo della tesi poi diventata dominante della sindacabilità piena dei concetti giuridici indeterminati da parte del giudice, cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pag. 249, in particolare nota n. 26.

18. Cfr. C. H. ULE, *Unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, Monaco 1955, pag. 326 e O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwaltungsrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1955, pag. 200. D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in “Das Archiv des öffentlichen Rechts” 82, 1957, p. 163 ss. 42; P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in “Archiv für die civilistica Praxis”, 1914, p. 173 ss.

19. Per un'ampia casistica giurisprudenziale e per le analogie e le differenze con gli orientamenti della giurisprudenza italiana cfr. M. T. RODI, *I “concetti giuridici indeterminati” –*

Dal punto di vista ricostruttivo, merita ricordare la distinzione interna alla categoria dei concetti giuridici indeterminati e cioè tra i concetti empirici o descrittivi (*empirische Begriffe*) e concetti normativi o di valore (*normative Begriffe o Wertbegriffe*). I primi si riferiscono al modo di essere di una situazione di fatto (la pericolosità di un edificio, il carattere epidemico di una malattia, l'interesse storico artistico di una villa) che può essere apprezzata in molti casi facendo ricorso a nozioni della scienza e della tecnica. I secondi, che si connotano per la presenza nel testo normativo di termini valutativi, rinviano a parametri di tipo soggettivo legati a valutazioni spesso di tipo etico, come, per esempio, una condotta contraria alla moralità pubblica, lo stato di bisogno di una persona, l'essere un film adatto ai minori. Con riguardo ai primi l'indeterminatezza della fattispecie rende problematica la sussunzione della fattispecie concreta nel parametro normativo; con riguardo ai secondi lo stesso parametro normativo si presta a interpretazioni soggettive e presenta margini di opinabilità accentuati. L'utilizzo da parte del legislatore di termini valutativi, rende dunque maggiormente controversi i criteri di applicazione che possono variare a seconda della sensibilità di chi li interpreta²⁰.

Nel passaggio tra il primo e il secondo tipo di concetti giuridici indeterminati, da un lato, la valutazione tecnica tende a sovrapporsi alla discrezionalità amministrativa in senso proprio, dall'altro diventa ancor più opinabile la questione se si debba attribuire il diritto di ultima parola alla pubblica amministrazione o al giudice in sede di sindacato dei provvedimenti da essa emanati.

La dottrina italiana, pur attenta al dibattito sviluppatosi in Germania sui concetti giuridici indeterminati, ha posto al centro della discussione teorica la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, ovvero tra amministrazione e tecnica piuttosto che, in modo più diretto, il rapporto tra potere dell'amministrazione e norma attributiva del potere, ovvero tra legge e amministrazione²¹.

comparazione tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto, Tesi di dottorato XXV Ciclo, Luiss “Guido Carli”, 2014.

20. Sulla tipologia dei termini valutativi utilizzati dal legislatore cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pag. 378 che distingue un primo tipo costituito da termini che richiedono all'interprete (in particolare al giudice) una valutazione di tipo morale (per esempio, il buon costume), un secondo tipo che richiede un mero accertamento dei parametri più diffusi relativi a comportamenti moralmente buoni o cattivi (per esempio, il comune senso del pudore), un terzo tipo che richiede insieme valutazioni e accertamenti (come normale diligenza o stato di bisogno).
21. Su questo dibattito con ampi riferimenti agli sviluppi della dottrina tedesca e italiana cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.. Cfr. altresì C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967. Nel dibattito tedesco manca addirittura l'espressione discrezionalità tecnica.

Il perno e il punto di partenza della discussione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana è stata l'insindacabilità delle scelte amministrative e delle valutazioni tecniche dell'amministrazione (concepite come una dimensione particolare del potere) da parte del giudice soprattutto amministrativo.

Si pensi anzitutto alla ricostruzione operata alle origini del dibattito da Federico Cammeo, il quale pone una distinzione tra attività discrezionale pura laddove “*nessuna norma giuridica né precisa, né imprecisa (...) regola l'attività dell'amministrazione*” che è dunque “*libera di determinarsi*”; attività vincolata là dove “*norme precise entrano in applicazione col verificarsi di fatti semplici*”; discrezionalità tecnica là dove l'attività è disciplinata “*da norme imprecise, la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi cioè suscettibili di un più o di un meno, da valutarsi in relazione all'interesse pubblico*”. In quest'ultimo caso la discrezionalità, desumibile da norme che richiamano concetti come urgenza, insalubrità idoneità a un ufficio, gravità di un'infrazione, povertà ai fini dell'ottenimento di un sussidio, non è “*puro arbitrio*”, ma è determinata da “*criteri di tecnica amministrativa*”. All'atto pratico le norme imprecise che fondano la discrezionalità tecnica è come se “*non ci fossero ossia come se si versasse in un caso di discrezionalità pura*” poiché gli apprezzamenti richiesti non possono essere rimessi ai giudici che non avrebbero nelle norme una guida sicura e “*l'ultima parola spetterebbe a organi incompetenti tecnicamente e irresponsabili*”²².

Secondo Enrico Presutti, “*la discrezionalità si concreta nella insindacabilità da parte degli organi esercitanti il sindacato di mera legittimità*”. Questa evenienza si verifica non solo nel caso della discrezionalità amministrativa, nella quale la norma giuridica lascia all'amministrazione “*una più o meno larga libertà di apprezzamento per determinare sia se convenga emanare l'atto, sia per fissarne il contenuto*”, ma anche quando il termine di confronto c'è, perché la norma giuridica regola la fattispecie, ma “*al giudice della mera legittimità è interdetto di fare (...) il confronto tra l'atto e la norma giuridica (discrezionalità tecnica)*”²³. Ciò accade quando la norma predetermina un carattere, una qualità o un attributo ai quali riconnette il sorgere un dato effetto giuridico ma che possono presentarsi in un grado maggiore o minore nel singolo caso, e rimette all'amministrazione la valutazione se essi presentino in un grado tale da far sorgere realmente tale effetto²⁴.

22. Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, pag. 391 e seg. (ristampa, Padova, 1960, pag. 188 e seg.).

23. Cfr. E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, Parte IV, col. 10 e seg.

24. Per Enrico Presutti rimettere una siffatta valutazione in modo insindacabile all'amministrazione “non appare assurdo” in considerazione del principio fondamentale del diritto pubblico che fonda “una posizione di preminenza e di superiorità delle pubbliche

In origine, dunque, l'assenza di norme o la presenza di norme imprecise o contenenti criteri apprezzabili in termini di più o di meno, veniva sostanzialmente equiparata, al di là dell'etichetta formale di discrezionalità amministrativa o di discrezionalità tecnica²⁵.

A lungo, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, queste ultime sono state sostanzialmente omologate sotto il profilo della insindacabilità da parte del giudice amministrativo il cui potere di verifica è limitato a una valutazione di tipo estrinseco di ragionevolezza.

E ciò anche se progressivamente si affermò un orientamento volto a distinguere più nettamente da un lato la discrezionalità amministrativa, limitata ai casi nei quali la legge rimette all'amministrazione la ponderazione di interessi pubblici e privati, talora contrapposti, presenti nella fattispecie concreta, dall'altro lato la discrezionalità tecnica, nella quale la legge rimette all'amministrazione l'apprezzamento di fatti complessi alla luce di criteri tecnici e scientifici ad applicazione incerta. Secondo Massimo Severo Giannini, al quale si deve la concettualizzazione della discrezionalità amministrativa in termini di valutazione e comparazione degli interessi in gioco che ha condizionato anche gli sviluppi giurisprudenziali nei decenni successivi, la discrezionalità tecnica “va intesa non in relazione all'interesse pubblico, ma in relazione alle regole, agli insegnamenti delle discipline tecniche”²⁶.

Solo in epoca recente, grazie anche alle innovazioni legislative che hanno introdotto nel processo amministrativo l'istituto della consulenza tecnica d'ufficio²⁷, il controllo del giudice sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione e sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati si è fatto progressivamente più intenso.

Punto di svolta è considerata una pronuncia del Consiglio di Stato (IV Sez., 9 aprile 1999, n. 601) in materia di riconoscimento della dipendenza di una infermità da una causa di servizio che ha operato distinzione, da un lato, tra “riserva di amministrazione” in ordine al merito amministrativo e all'apprezzamento

amministrazioni di fronte ai singoli” (col. 51). L'insindacabilità assume dunque una valenza fortemente ideologica.

25. Cfr. O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pag. 369 secondo il quale la distinzione i due tipi di discrezionalità non ha alcuna rilevanza.

26. Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pag. 42, mentre la discrezionalità in senso proprio “va intesa in relazione al solo pubblico interesse”. La nozione di discrezionalità tecnica proposta da Cammeo invece incorporava, come si è visto, anche l'apprezzamento dell'interesse pubblico. Per il dibattito più recente sul potere discrezionale cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986. Per l'analisi più specifica del problema con riguardo alle autorità amministrative indipendenti, cfr. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

27. Cfr. art. 67 del Codice del processo amministrativo.

dell'interesse pubblico e, dall'altro lato, valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento “quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili”. Ciò atteso che “una cosa è l’opinabilità, altra cosa è l’opportunità”. In materia di apprezzamenti tecnici, pertanto, il sindacato giurisdizionale può spingersi oltre il mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, ma può sostanziarsi in una “verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”.

Questo filone giurisprudenziale, confermato da una serie pronunce successive fino all’epoca presente, è debitore, sul piano ricostruttivo, all’elaborazione teorica di Franco Ledda secondo il quale, appunto, “se è vero che gli apprezzamenti tecnici almeno in certo grado sono opinabili, ciò non giustifica alcuna riserva sull’ammissibilità del sindacato giudiziario” e non si ha sostituzione indebita allorché “l’apprezzamento tecnico dell’amministrazione venga dal giudice ritenuto inattendibile per l’inadeguatezza del criterio od il difetto delle operazioni applicative”²⁸. Nel dubbio sulla scelta dei criteri tecnici il giudice deve rispettare il limite del ragionevole, atteso che la clausola di ragionevolezza rappresenta “una sorta di “chiusura” di tutte le proposizioni giuridiche indeterminate”; nel riesame dei procedimenti applicativi il giudice “deve considerare sufficienti quei controlli e quelle “verificazioni” che secondo le cognizioni scientifiche acquisite possono assicurare l’attendibilità del risultato”²⁹.

Da ultimo, il limite del sindacato sulle valutazioni tecniche è stato spostato su una linea ancor più avanzata, poiché il giudice amministrativo ha ritenuto di poter valutare in termini di maggiore o minore attendibilità le valutazioni operate dall’amministrazione rispetto a quelle prospettate in sede di giudizio dalle parti del processo, eventualmente anche all’esito di una consulenza tecnica d’ufficio.³⁰ In questo modo, la discrezionalità tecnica perde dunque ogni dimensione di potere riservato in linea di principio all’amministrazione, perché la valutazione espressa da quest’ultima è posta su un piano tendenzialmente paritario rispetto alle valutazioni offerte dalla parte privata e il giudice, nel confronto tra valutazioni non coincidenti, è chiamato a stabilire quella che appare meglio argomentata, basata su dati empirici più solidi, su letteratura scientifica più accreditata. Verrebbe peraltro da chiedersi quanto questo tipo di confronto, operato da un giudice “inesperto” della materia possa ritenersi, in realtà, a sua volta attendibile. Ma su quest’ultima evoluzione, non consolidata in giurisprudenza, il dibattito è solo agli inizi.

28. Cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica* (1989), in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pag. 228 e pag. 229.

29. *Op. cit.*, pag. 232 e pag. 233.

30. Cfr. Consiglio di Stato, VI Sez., 5 agosto 2019, n. 5559, ma si tratta di un indirizzo non ancora consolidato.

In ogni caso, in presenza di concetti giuridici indeterminati che rinviano a valutazioni tecniche (come per esempio, l'individuazione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento di un illecito *antitrust*), il giudice amministrativo ha il potere di sindacare sia la loro “contestualizzazione” (all'interno dello specifico settore di regolamentazione), sia la corretta applicazione del parametro “contestualizzato” alla fattispecie concreta³¹, fermo restando che la verifica del giudice “è destinata a arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo”³².

In definitiva, nel dibattito italiano il tema delle clausole generali o dei concetti giuridici indeterminati si è intersecato con quello dei limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche affidate alle pubbliche amministrazioni ed è stato caratterizzato da una progressiva erosione della cosiddetta riserva di amministrazione, e dunque di insindacabilità, a favore di un controllo giurisdizionale intrinseco anche se di tipo non sostitutivo.

4. CLAUSOLE GENERALI E RECUPERO DELLA LEGALITÀ SOSTANZIALE

Come, si è detto, il rinvio da parte del legislatore a clausole generali o a concetti giuridici indeterminati allo scopo di definire i poteri attribuiti all'amministrazione comporta inevitabilmente una caduta della legalità sostanziale. Tuttavia, nel sistema giuridico sono emersi strumenti, per così dire *second best*, volti a correggere almeno in parte le conseguenze più perniciose in termini di prevedibilità delle decisioni delle pubbliche amministrazioni e di tutela delle situazioni giuridiche soggettive di soggetti privati destinatari dei provvedimenti amministrativi.

31. Cfr. Consiglio di Stato, VI Sez., 23 aprile 2002, n. 2199 che in materia di illeciti antitrust, introducendo la distinzione tra sindacato “forte” e sindacato “debole” (peraltro superata dalla giurisprudenza successiva: Consiglio di Stato, IV Sez., 2 marzo 2004, n. 926), ha suddiviso il sindacato in quattro fasi: accertamento dei fatti, contestualizzazione della norma, il confronto tra fatti accertati e parametro contestualizzato, applicazione delle sanzioni. Questa struttura argomentativa rappresenta ormai una costante nella giurisprudenza anche recente: cfr. in particolare Cons. St., VI Sez., 6 luglio 2020, n. 4322.

32. Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929, ma già Corte di Cassazione, Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013. In materia antitrust, l'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 di recepimento della direttiva 2014/104/UE ha precisato, sulla stessa lunghezza d'onda, che il sindacato del giudice “si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità”. Cfr. da ultimo, in relazione a un provvedimento dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) che aveva sospeso l'autorizzazione all'utilizzo dell'idrossiclorochina per il trattamento del Covid-19, Consiglio di Stato, III Sez., 11 dicembre 2020, n. 7097 la quale, nell'escludere che possa esistere una “riserva di scienza” a favore dell'AIFA sottratta a ogni sindacato giurisdizionale, ripercorre gli approdi giurisprudenziali.

Conviene analizzare sinteticamente tali strumenti.

a) Un primo strumento correttivo individuato dal legislatore e fatto proprio dalla giurisprudenza soprattutto con riferimento alle autorità amministrative indipendenti, alle quali, come già accennato, le leggi attribuiscono poteri di regolazione assai ampi anche per la necessità di adattare frequentemente le regole a contesti economici e tecnologici in rapida evoluzione, consiste nel rafforzamento delle garanzie procedurali.

Il contraddittorio procedimentale, con il coinvolgimento di tutte le parti interessate, è funzionale a un accertamento più accurato dei fatti rilevanti, alla contestualizzazione della norma attributiva del potere e, nel caso dei poteri propriamente discrezionali, alla ponderazione degli interessi.

Nel caso delle autorità indipendenti, la giurisprudenza tende ad applicare, in modo più rigoroso il principio del contraddittorio, sia nella sua dimensione verticale (con l'autorità che esercita il potere) sia in quella orizzontale (tra le parti private con interessi contrapposti)³³ e ciò anche in relazione ai principi del giusto processo sanciti a livello europeo³⁴. Il contraddittorio diventa altresì per le autorità indipendenti un fattore di legittimazione, visto che il loro legame con il circuito politico rappresentativo appare più debole.

Anche il legislatore è intervenuto a rafforzare le garanzie procedurali nel caso delle autorità indipendenti per quanto riguarda sia i poteri di regolazione attraverso meccanismi di *notice and comment* consistenti nella pubblicazione di una proposta di atto e di presentazione di osservazioni da parte degli *stakeholders*³⁵; sia i poteri amministrativi di tipo individuale prevedendo, in particolare il contraddittorio scritto sulle conclusioni istruttorie degli uffici prima della decisione finale e il contraddittorio orale innanzi all'autorità decidente³⁶.

33. Cfr., per esempio, Consiglio di Stato, VI Sez., 26 marzo 2015, n. 1596 con riguardo ai procedimenti sanzionatori della Consob che richiede un “contraddittorio rafforzato” che deve includere anche la possibilità di poter replicare alle conclusioni istruttorie degli uffici prima dell'adozione del provvedimento finale da parte del collegio.

34. In particolare, con riferimento all'art. 6, par. 1, CEDU. Cfr. M. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2015.

35. Cfr., per esempio, il regolamento sui procedimenti di regolazione generale emanato dalla Consob con delibera 5 luglio 2016, n. 19655 in attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

36. Cfr., per esempio, il regolamento sui procedimenti sanzionatori emanato dalla Consob con delibera del 24 febbraio 2016, n. 18750 che prevede l'invio da parte dell'ufficio sanzioni amministrative ai soggetti ai quali è addebitato l'illecito della relazione conclusiva dell'istruttoria con possibilità di controdedurre prima della decisione finale da parte della Commissione. Per quanto riguarda i procedimenti individuali cfr., per esempio, il Dpr 30 aprile 1998, n. 217 relativo ai procedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e

La legalità procedurale è stata dunque concepita come una sorta di compensazione della perdita di legalità sostanziale e anzi tra legalità sostanziale e legalità procedurale può essere instaurata una relazione inversa, nel senso che quanto meno è garantita la prima, tanto più deve essere rafforzata la seconda³⁷.

Nel caso limite dei poteri integralmente vincolati, a ben considerare, la stessa partecipazione al procedimento disciplinata in termini generali dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 è meno essenziale. Ciò è tanto vero che la violazione delle regole procedurali, in presenza di poteri vincolati, non determina l'illegittimità del provvedimento emanato (art. 21-*octies*) e la stessa omessa comunicazione di avvio del procedimento, funzionale alla partecipazione dei soggetti potenzialmente incisi dal provvedimento, non rende illegittimo quest'ultimo là dove l'amministrazione dimostri in giudizio che l'esito del procedimento non sarebbe stato diverso.

La partecipazione al procedimento da parte dei soggetti privati può far emergere elementi conoscitivi che non solo orientano le scelte discrezionali dell'amministrazione precedente condizionando la decisione finale, ma anche riducono progressivamente gli spazi della discrezionalità lasciati aperti dalla norma di conferimento del potere. Si allude al fenomeno della cosiddetta riduzione della discrezionalità a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*) che porta a escludere via via, sia nel corso del procedimento sia nel corso del processo in relazione alle allegazioni e alle prove acquisite, le opzioni possibili all'interno di quelle consentite dalla norma fino al punto che residua una e una sola opzione legittima, tenuto conto di tutte le circostanze emerse nel corso dell'istruttoria. La discrezionalità in astratto trapassa così in vincolatezza in concreto³⁸.

del mercato che prevede anche l'audizione orale innanzi al Collegio prima dell'assunzione della delibera finale.

37. Sulla correlazione tra legalità sostanziale e legalità procedurale cfr. in particolare Cons. Stato, VI Sez., 20 aprile 2006, n. 2201, Consiglio di Stato, VI Sez., 14 dicembre 2020, n. 7972 secondo la quale se “*la legalità sostanziale non riesce ad assolvere (...) la sua funzione di garanzia, si trarferisce questo compito alla legalità procedimentale*”. La stessa Corte costituzionale (sentenza 22 febbraio 2017, n. 69) ha sottolineato “*la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale (...) ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti*”. Ha aggiunto che “*la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti*”.
38. Anche in giurisprudenza è emersa questa nozione: cfr. Tribunale regionale della giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige, Sez. Trento, 16 dicembre 2009, n. 305 e Cons. St., VI Sez., 25 febbraio 2019, n. 1321 quest'ultima in materia di abilitazioni nazionali di aspiranti professori universitari.

b) Un secondo strumento di recupero della legalità sostanziale è costituito dal cosiddetto autovincolo alla discrezionalità. Tra la norma di conferimento del potere che utilizza la tecnica dei concetti giuridici indeterminati e il provvedimento emanato si interpongono criteri e parametri generali stabiliti in via sublegislativa dalla stessa pubblica amministrazione titolare del potere³⁹.

Questa modalità accresce l'oggettività e la trasparenza delle decisioni perché i criteri così stabiliti vincolano l'attività dell'amministrazione e la violazione dei medesimi costituisce un vizio del provvedimento emanato sindacabile da parte del giudice amministrativo in modo non dissimile dalla violazione di norme giuridiche in senso proprio.

L'autovincolo alla discrezionalità costituisce dunque un modo per recuperare in parte, sia pure in via sublegislativa, le esigenze sottese di tipizzazione sottese alla legalità sostanziale.

Si pensi in particolare all'art. 12 della l. n. 241/1990 secondo il quale la concessione di ogni forma di contributo o ausilio finanziario è subordinata “*alla predeterminazione da parte delle amministrazioni precedenti (...) dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi*”. Per massima trasparenza e prevedibilità i criteri devono essere resi pubblici.

In materia di sanzioni antitrust, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha pubblicato linee guida volte a specificare, anche sulla base degli orientamenti comunitari, i criteri di quantificazione della sanzione (durata, gravità, personalità, condizioni economiche) previsti dalla normativa primaria⁴⁰, in particolare precisando l'importo base della sanzione commisurato al valore delle vendite dei beni e servizi dell'impresa o tipizzando le circostanze attenuanti e aggravanti⁴¹.

Si pensi ancora a livello di ordinamento europeo alle comunicazioni interpretative della Commissione europea in materia di aiuti di Stato, spesso molto dettagliate, che creano un autovincolo in sede di applicazione delle norme generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Infatti, ove gli Stati membri si attengano alle indicazioni in esse contenute, la Commissione non può ritenere incompatibile con il Trattato il regime di aiuti, mentre gli Stati membri sono legittimati a discostarsi dalle linee guida medesime e in questo caso la Commissione è tenuta a valutare caso per caso il regime proposto⁴².

39. Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 2012; P. M. VIPIANA, *L'autolimito della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

40. Cfr. art. 15, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 alla quale rinvia l'art. 31 della l. n. 287/1990.

41. Cfr. Delibera 24 ottobre 2014, n. 25152.

42. Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – Grande Sezione, 19 luglio 2016 in c-526/2016 sul caso Kotnik in relazione alle Comunicazioni interpretative in materia di

La predeterminazione in via sublegislativa di parametri e criteri per la corretta applicazione delle norme e per l'esercizio della discrezionalità può avvenire non solo sotto forma di autovincolo da parte dell'autorità o organo decidente, ma anche ad opera di organi sovraordinati che siano legati ad esse da un rapporto di gerarchia o di direzione. Lo strumento utilizzato in questi casi è costituito dalle circolari interpretative⁴³, volte a promuovere l'applicazione uniforme delle norme da parte delle pubbliche amministrazioni, e dalle circolari normative, volte a orientare l'esercizio del potere discrezionale.

c) Una terza modalità per recuperare in parte la legalità perduta e per tipizzare le fattispecie a specificazione dei concetti giuridici indeterminati consiste nella stessa attività interpretativa del giudice che, in base alla casistica concreta sottoposta al suo esame, sviluppa nel tempo parametri, criteri, situazioni tipiche che nel loro insieme orientano la futura attività dell'amministrazione nell'applicazione delle norme e nell'esercizio dei poteri e la rendono più prevedibile.

La questione è stata dibattuta di recente soprattutto con riferimento all'informatica antimafia attribuita alla competenza del prefetto e che è il frutto di una valutazione, in chiave preventiva, del pericolo di infiltrazione mafiosa all'interno di un'impresa. Quest'ultimo può essere desunto da alcune situazioni fattuali tipizzate direttamente dal legislatore (art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159/2011), ma anche, più genericamente da “concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata” (art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011).

In giurisprudenza è emersa al riguardo la nozione di “tassatività sostanziale” o di “interpretazione tassativizzante” da parte dei giudici.

In particolare la Corte costituzionale, da un lato, ha ribadito in materia di responsabilità penale che “l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti, non valga, di per sé a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”, atteso che nessuna interpretazione può “surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta”; dall'altro, non ha escluso che al di fuori di tale materia la predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può limitarsi legittimamente un diritto costituzionalmente garantito possa essere soddisfatta “anche sulla base

misure di sostegno alle banche in crisi varate in occasione della crisi finanziaria del 2008. Sulle comunicazioni interpretative della Commissione Ue, cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, pag. 75.

43. Che talora possono assumere la forma più moderna delle cosiddette FAQ (*frequently asked questions*) pubblicate su siti ufficiali delle istituzioni ampiamente utilizzate nel corso della pandemia da Covid-19 per meglio specificare i contenuti dei Dpcm contenenti le misure volte a contenere i contagi.

*dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione*⁴⁴.

E proprio in materia di informativa antimafia la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha tipizzato in modo puntuale una serie di situazioni indiziarie (per esempio, rapporti di parentela, o di frequentazione colleganza o amicizia, vicende anomale nella struttura e nella gestione, ecc.), enumerate come catalogo aperto e non già un *numerus clausus*, che costituiscono “spie” dell’infiltrazione mafiosa in un’impresa⁴⁵.

Sempre nella stessa materia, la Corte costituzionale ha precisato che tali situazioni indiziarie individuate dalla giurisprudenza “sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale” e che “il dato normativo, arricchito dell’articolato quadro giurisprudenziale, esclude dunque la fondatezza dei dubbi di costituzionalità” della disposizione legislativa sotto il profilo della violazione del principio di legalità sostanziale⁴⁶.

Merita sottolineare che la Corte costituzionale perviene a questa conclusione muovendo anche dalla premessa che le modalità dell’azione criminale mafiosa “manifestano una grande ‘adattabilità alle circostanze’ variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse”.

L’utilizzo in questa materia da parte della norma di conferimento del potere di clausole generali elastiche risulta cioè necessitato per il fatto che i fenomeni da disciplinare sono variegati e mutevoli. Com’è stato efficacemente sintetizzato dal Consiglio di Stato, è necessario consentire alle prefetture l’uso di strumenti “anche atipici, come atipica, del resto, è la capacità da parte delle mafie, di perseguire i propri fini”⁴⁷.

Alla atipicità dei comportamenti l’ordinamento corrisponde, entro certo limiti, la atipicità dei poteri necessari per reprimerli.

D’altro canto, come sottolinea il Consiglio di Stato nella sentenza da ultimo citata, l’ancoraggio dell’informazione antimafia a soli elementi tipici, prefigurati dal legislatore, volti a rendere il potere interamente vincolato sarebbe “non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove

44. Cfr. Corte costituzionale, 6 marzo 2019, n. 24.

45. Il riferimento è soprattutto alla sentenza del Consiglio di Stato, III Sez., 3 maggio 2016, n. 1743.

46. Cfr. Corte costituzionale, 26 marzo 2020. n. 57.

47. Cfr. Consiglio di Stato, III Sez., 5 settembre 2019, n. 6105 che richiama e sviluppa il precedente del 2016 sopra citato e richiama anche il riferimento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso De Tommaso, alla quale si è già accennato, che sottolinea l’esigenza di “tenere il passo con il mutare delle circostanze”.

massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa’.

Il riferimento è qui al fenomeno, presente in molti altri settori di attività amministrativa, della cosiddetta fuga o paura della discrezionalità da parte degli appalti amministrativi e dei loro funzionari che preferiscono esercitare i propri poteri in modo per così dire meccanico, facendo applicazione anche formalistica di regole puntuali, piuttosto che assumersi la responsabilità delle scelte e delle decisioni, all'interno degli spazi consentiti da norme elastiche⁴⁸.

L'interpretazione tassativizzante volta integrare le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati emersi in giurisprudenza può apparire sorprendente in un ordinamento come quello italiano che non è di *common law*, anche se, per quanto riguarda il diritto amministrativo, vi è una lunga consuetudine a riconoscere al giudice amministrativo ampi spazi di creazione del diritto⁴⁹.

5. SPUNTI CONCLUSIVI

Come accennato all'inizio, il tema delle clausole generali o dei concetti giuridici indeterminati costituisce un nodo centrale nella teoria e nella pratica del diritto amministrativo.

Si tratta di un nodo che non si presta a essere sciolto con ricostruzioni semplificate perché ad esso si ricollegano problemi fondamentali anche di rango costituzionale come la questione dei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo in applicazione del principio della separazione dei poteri.

Infatti, riconoscere al giudice il “diritto di ultima decisione” nell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati significa intaccare le prerogative della pubblica amministrazione. E non a caso l'evoluzione del nostro ordinamento in tema di controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche – che, partendo dalla posizione originaria di una sostanziale insindacabilità, si è via via spostato nella direzione di un giudizio più penetrante addirittura in termini di maggiore o minore attendibilità delle valutazioni dell'amministrazione rispetto a ricostruzioni alternative – si è sviluppata in parallelo al passaggio da una concezione autoritaria dei rapporti tra Stato

48. Tipico è per esempio il settore dei contratti pubblici nel quale forte è la spinta delle stazioni appaltanti a ricevere dal legislatore indicazioni puntuali nella gestione delle procedure di gara, mentre il diritto europeo privilegia “la buona discrezionalità”, sempre nel rispetto del principio della *par condicio*.

49. Cfr. per tutti F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in AAVV, *Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*, Milano, 1983, pag. 119 e seg.

e cittadino verso a una concezione più liberale, con il rafforzamento della posizione di quest'ultimo e delle garanzie procedurali e giurisdizionali nei rapporti con le pubbliche amministrazioni⁵⁰.

La cosiddetta riserva di amministrazione è stata via via erosa, anche se permane l'esigenza di non far collassare del tutto la distinzione tra amministrazione e giurisdizione.

Del resto, non è un caso se anche nell'ordinamento tedesco, il principio della piena sindacabilità dell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati da parte dei giudici ha subito, nelle ricostruzioni dottrinali e nell'interpretazione giurisprudenziale, un'attenuazione sotto forma di eccezioni e limiti che hanno individuato una serie di situazioni nelle quali si giustifica una riserva di amministrazione⁵¹.

Anche oltre oceano, la Corte Suprema degli Stati Uniti, in uno dei casi più citati in tema di controllo giurisdizionale sulle agenzie federali (il caso *Chevron* del 1984), ha elaborato la cosiddetta “dottrina della deferenza” (*deference doctrine*) secondo la quale nei casi in cui la legge è silente o ambigua “*a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency*”⁵². La Corte enumera una serie di argomenti, ricorrenti nel dibattito anche in altri ordinamenti, quali l'elevato tecnicismo della materia (nel caso di specie la disciplina delle emissioni inquinanti in atmosfera), il fatto che i giudici non sono esperti del settore se confrontati con i componenti dell'agenzia federale, e che non sono inseriti nel circuito politico rappresentativo. Il potere esecutivo è invece “*directly accountable to the people*” ed è pertanto più legittimato a effettuare scelte di *policy* e a mediare tra interessi confliggenti.

Nell'ordinamento inglese, nel quale l'amministrazione gode di una reputazione e di un grado di fiducia particolarmente elevati, è invalso come standard del *judicial review* il cosiddetto *Wednesbury test*, secondo il quale il giudice può sindacare

50. Per i mutamenti del diritto amministrativo cfr. L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo italiano*, Bari, 2001.

51. Quest'ultima è stata addirittura espressamente riconosciuta dal legislatore in materia di diritto antitrust. Infatti, l'art. 71, quinto comma, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) prevede che la valutazione della situazione e dello sviluppo economico complessivo (“*Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung*”) è sottratta al controllo giurisdizionale, anche se l'eccezione si riferisce ad atti aventi natura politica inerenti alle operazioni di concentrazione. Cfr. F. FABBIO, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, pag. 549 e seg.

52. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Cfr. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, pag. 469 e seg.

una decisione amministrativa solo “*if it is so unreasonable that no reasonable person acting reasonably could have made it*”⁵³.

In definitiva, l’equilibrio tra giudice e amministrazione nell’applicazione delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati si colloca in tutti gli ordinamenti in un punto intermedio tra i due estremi della totale insindacabilità delle valutazioni operate dall’amministrazione, incompatibile con il principio dello Stato di diritto, e della piena sostituibilità con quelle operate dal giudice, incompatibile con il principio di separazione dei poteri. Il punto non si presta a essere fissato in modo univoco, ma la sua collocazione varia in funzione di fattori quali le tradizioni giuridiche dei singoli ordinamenti, la materia, le situazioni giuridiche coinvolte (in particolare i diritti fondamentali), la tipologia di poteri attribuiti all’amministrazione (di regolazione, individuali, sanzionatori, ecc.), il tipo di apparato amministrativo, lo stesso ruolo del giudice con gli strumenti conoscitivi di cui dispone.

Non presenta questo tipo di problemi l’applicazione delle clausole generali in campo civile (o anche penale), perché, come già osservava Enrico Presutti, per necessità logica “*la definizione dei rapporti concreti sulla base della norma giuridica è e non può non essere di esclusiva competenza del giudice*”⁵⁴.

Nel diritto amministrativo, nella sussunzione del fatto concreto nella clausola generale posta a livello di fattispecie normativa interviene un soggetto, assente nei rapporti di diritto privato e rispetto al quale il giudice opera per così dire in seconda battuta. E ciò introduce un elemento di complessità di non poco conto e che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali.

6. RIFERIMENTI

- A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 2012.
- C. H. ULE, *Unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, Monaco 1955.
- C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- D. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.
- D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in “Das Archiv des öffentlichen Rechts” 82, 1957.

53. Cfr. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223) sul quale P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, VIII ed., 2016, pag. 638 e seg.

54. Cfr. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223) sul quale P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, VIII ed., 2016, pag. 638 e seg; E. PRESUTTI, *op. cit.*, c. 51 secondo il quale “*se ciò così non fosse, nel disaccordo delle parti dovrebbe spettare ad una di esse lo stabilire in modo obbligatorio per il caso concreto in quale grado o misura la utilità, l’attributo, il carattere contemplati dalla norma*”.

- E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Aalen, 1964 (ristampa della prima edizione del 1886).
- E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*. Tecnica politica e democrazia, Torino, 2019.
- E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, Parte IV, col. 10.
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911.
- F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000.
- F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica* (1989), in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002.
- F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in AAVV, *Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*, Milano, 1983.
- F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.
- G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- G. MORBIDELLI, Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, in *Dir. amm.*, 2007.
- J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996.
- L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo italiano*, Bari, 2001.
- M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pag. 86 e seg.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014.
- M. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2015.
- M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- M. T. RODI, *I "concetti giuridici indeterminati" – comparazione tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto*, Tesi di dottorato XXV Ciclo, Luiss "Guido Carli", 2014.
- M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995.
- N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. Tar*, 2002.
- O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwaltungsrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1955.
- O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, VIII ed., 2016.
- P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in "Archiv für die civilistische Praxis", 1914.
- P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.
- P. M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites, de José Manuel Sérvelo Correia – *RDAI* 25/237-264.

Uso exclusivo – proibida a veiculação