
L'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE e l'interpretazione valutativa delle norme di contenuto vago: una riflessione sui limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

Massimo Giavazzi

SOMMARIO: 1.- Il falso mito della riserva di amministrazione. 2.- L'interpretazione della norma elastica. 3.- L'esegetica *fuzzy*. 4.- La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle clausole generali. 5.- La giurisprudenza del Consiglio di Stato sui concetti giuridici indeterminati. 6.- Le convergenze parallele. 6.- La *full jurisdiction* della Corte di Strasburgo. 7.- Conclusioni.

1.- Il falso mito della riserva di amministrazione.

La giurisprudenza consolidata sui (pretesi) limiti del sindacato giurisdizionale sull'anomalia dell'offerta nelle procedure di evidenza pubblica m'induce a una più ampia – ancorché inevitabilmente incompleta ⁽¹⁾ – riflessione sul sindacato giurisdizionale

¹ La letteratura sull'argomento è così ampia da scoraggiare ogni ambizione di esaustività al riguardo. Tra i tanti: F. CAMMEO, La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici, in *Giur. it.* 1902, III, 275 ss., E PRESUTTI, Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in *Giur. it.* 1910, IV, 10 ss., O. RANELLETTI, Principi di diritto amministrativo, Napoli, 1912, I, 350 ss., M.S. GIANNINI, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Milano, 1939, 77, F. PIGA, Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, in *Giust. civ.*, 1956, I, 52 ss., P. VIRGA, Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica, in *Jus*, 1957, 95 ss., E. GUICCIARDI, Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica, in *Riv. dir. agr.*, 1960, II, 81 ss., F. LEVI, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, Torino, 1967, N. DANIELE, Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, III, 293 ss., V. BACHELET, L'attività tecnica della pubblica amministrazione, Milano, 1967, G. VACIRCA, Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo, in *Studi per il 150° del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, V. CERULLI IRELLI, Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475

dell'attività della pubblica amministrazione in relazione a norme di contenuto vago.

Si tratta, per vero, di problematica antica.

Risale, infatti, alla dottrina classica l'originaria intuizione del particolare atteggiarsi del sindacato giurisdizionale ogni qual volta s'incontri con l'attività della pubblica amministrazione «disciplinata da norme imprecise, la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi cioè suscettibili di un più o meno, da apprezzarsi in relazione all'interesse pubblico»⁽²⁾.

Ma già allora – nell'originaria intuizione di Cammeo – si avvertiva che il limite al sindacato giurisdizionale sulle scelte di discrezionalità tecnica non discendesse inevitabilmente da una premessa di carattere ontologico (essendo egli consapevole d'essere «in un campo alquanto diverso dalla discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca»), bensì da una contingente «considerazione di opportunità», suggerita dall'irresponsabilità dei giudici per gli errori di giudizio in una con la loro ritenuta inadeguatezza tecnica⁽³⁾.

ss., C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss., V. OTTAVIANO, *Giudice amministrativo e giudice ordinario di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II, 419 ss., G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, L. R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro. amm.*, 2000, 422 ss., A. TRAVI, *il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2004, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica, mercato*, Milano, 2005, A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 133 ss.

² F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di M.S. GIANNINI, Padova, 1992, I, 405 (l'enfasi è mia).

³ F. CAMMEO, *op. cit.*, 410, ove egli, invero, così conclude: «In altre parole in tutti questi casi l'ultima parola spetterebbe a organi incompetenti tecnicamente e irresponsabili. Tanto vale allora non istituire il controllo, lasciare arbitra l'amministrazione di applicare le norme contando

Quanto sopra ora meglio si definisce nel rapporto tra l'ineffettibile effettività della tutela giurisdizionale (oltre che delle norme stesse, secondo le occorrenze dell'effetto utile dell'effetto diretto) e la logica *fuzzy* che inevitabilmente sovrintende all'esercizio discrezionale di una potestà amministrativa ⁽⁴⁾.

Questa logica sfumata impedisce, infatti, di risolvere il giudizio sulla scelta della pubblica amministrazione secondo la logica binaria vero/falso, ancorché l'opinabilità della valutazione non impinga sulla selezione dei valori coinvolti secondo apprezzamenti di carattere politico necessariamente a essa riservati: così mettendo in crisi il ragionamento sillogistico cui si suole ricondurre l'interpretazione del precetto.

Invero, costituisce *ius receptum* la ripetizione tralascia del principio che «La sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità c.d. tecnica della stazione appaltante, che è sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà» ⁽⁵⁾.

Con ciò, dunque, si «pone una chiara limitazione ai poteri del giudice amministrativo, circoscrivendoli al sindacato estrinseco, o di ragionevolezza, che è ben inferiore al c.d. sindacato intrinseco debole, o di attendibilità, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha codificato per diverse materie, come nel diritto pubblico dell'economia, nei giudizi medico-legali, nei giudizi su prove concorsuali» ⁽⁶⁾.

sulla sua capacità e responsabilità. Ecco perché l'attività regolata da norme di discrezionalità tecnica è trattata d'ordinario come se le norme non ci fossero e se si trattasse di discrezionalità pura. Ciò non toglie che tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica una differenza ci sia: là manca la norma regolatrice, qui c'è. E l'assenza di controllo giurisdizionale è un fenomeno contingente. Se si trova un giudice speciale idoneo è sempre facile trasformare in attività vincolata quella dove ci sono norme tecniche che l'altra non ha» (l'enfasi è mia).

⁴ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 41, afferma «il carattere "sfocato" della logica *fuzzy* nell'esercizio di un potere discrezionale».

⁵ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 3/2/2014, n. 8, in *Dir. proc. amm.* 2015, 1, 329.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. III, 01/02/2017, n. 4384, in www.giustizia-amministrativa.it. Come ha bene evidenziato F. CINTIOLI, Giudice amministrativo, tecnica e mercato, *cit.*, 11, «Il filo concettuale che lega i vari passaggi sta nella distinzione tra il controllo forte e il controllo debole compiuto dal giudice amministrativo sull'attuazione dei concetti giuridici indeterminati. È forte quel controllo che consente al giudice di sostituire la propria cognizione e volontà a quella dell'amministrazione, cui pure compete, in prima battuta, la titolarità del potere decisionale. È debole

Vi è ragione di dubitare dell'inevitabilità dogmatica di una così inappagante (in termini di effettività della tutela giurisdizionale ⁽⁷⁾) ricostruzione della fattispecie, essendo quel (non richiesto) *self-restraint* del giudice amministrativo piuttosto la conseguenza di un incomprensibile atteggiamento deferente nei confronti della pubblica amministrazione ⁽⁸⁾.

Come ebbe ad ammonire lo stesso Consiglio di Stato agli inizi del secolo scorso, infatti, «Troppo spesso si abusa del concetto di discrezionalità per eludere con imprecisione di linguaggio giuridico ogni tutela giurisdizionale» ⁽⁹⁾.

In effetti, il giudizio sull'anomalia dell'offerta è certo opinabile, ma «non necessariamente e non ordinariamente i giudizi sull'anomalia dell'offerta attengono ad apprezzamenti di opportunità» ⁽¹⁰⁾; così che difetta, senz'altro, nella vicenda «L'apprezzamento di opportunità della discrezionalità amministrativa [che] consiste nella valutazione, compiuta dall'autorità, dell'interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati» ⁽¹¹⁾.

La nostra giurisprudenza amministrativa è, tuttavia, appiattita sulla stereotipata ripetizione della vuota formula della discrezionalità tecnica, che s'intende, nella vicenda d'interesse, quale mera variante lessicale di sindacato estrinseco (pur essendo, in realtà, un'etichetta inidonea a definire una disciplina di regime, tante sono le differenti latitudini di sindacato che le sono riservate, con riferi-

quel controllo che lascia invece all'amministrazione le valutazioni finali e che devolve al giudice una cognizione sì piena, ma finalizzata a un vaglio di attendibilità e ragionevolezza della scelta ultima che l'amministrazione abbia fatto, senza un potere-dovere di tipo sostitutivo».

⁷ G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, cit., 1584, sostiene che il tipo di sindacato ammesso sulle valutazioni tecniche, estrinseco e comunque debole, non è rispettoso del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

⁸ A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 610, al proposito della «riproposizione con varie formule della concezione secondo cui il giudice amministrativo deve essere deferente nei confronti dell'amministrazione [afferma che] Le formule che sono state avanzate nel tempo per esprimere questa deferenza sono varie. Quelle di tenore processuale spaziano dal c.d. sindacato debole, di moda soprattutto alcuni anni fa, al sindacato esterno (o estrinseco), che ricorre ancora con una certa frequenza».

⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 11/5/1938, 267, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, II, 463.

¹⁰ T.A.R. Calabria, sez. I, 22/01/2014, n. 54, in *Rivista giur. edil.*, 2014, 2, I, 414.

¹¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., 102.

mento alle diverse vicende dell'azione amministrativa in cui essa si rinviene): di una giurisdizione che si fa, dunque, sinecura.

Per (tentare di) modificare il senso della deriva giurisprudenziale, bisogna, dunque, probabilmente cambiare prospettiva d'indagine.

L'occasione la dà la perspicace osservazione dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Secap*: «La nozione di offerta anormalmente bassa non è determinata astrattamente, ma si definisce con riferimento all'appalto che deve essere aggiudicato e in rapporto alla prestazione in questione. Essa riunisce quindi le caratteristiche di un concetto giuridico indeterminato, impreciso a priori, ma prevedibile in base alle particolarità dell'oggetto dell'appalto»⁽¹²⁾.

Il cambio di prospettiva, invero, getta un fascio di luce sull'ambito oggetto d'indagine (i limiti – se vi sono – del sindacato giurisdizionale sul giudizio di anomalia dell'offerta), se solo si riflette che «Nelle clausole generali vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono ... nelle clausole generali opera ... la delega a ricercare “valori” fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo»⁽¹³⁾.

In questo modo appare evidente che l'indeterminatezza del precetto normativo, là dove richiama il concetto giuridico indefinito di offerta anomala, non attrae nella fattispecie un momento di discrezionalità amministrativa (insindacabile), bensì richiede proprio al giudice quella ricerca dei valori (che non è valutazione di opportunità politica⁽¹⁴⁾) che attiene all'interpretazione (e non all'applicazione) della norma⁽¹⁵⁾.

¹² Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, in causa C-148/06 (l'enfasi è mia).

¹³ P. RESCIGNO, Appunti sulle clausole generali, in Riv. dir. comm., 1998, 1.

¹⁴ M. NIGRO, Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza, in Foro it., 1985, V, 125, ritiene che l'unica scelta riservata al giudice amministrativo sia quella che attiene all'opportunità, dovendo tutte le restanti valutazioni della P.A. essere apprezzate dal giudice.

¹⁵ In effetti, non condivido l'affermazione di R. VILLATA e M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, *cit.*, 69, ove essi sostengono che «l'attività interpretativa ha rispetto alla norma scritta un compito di integrazione, mai di innovazione, non comportando alcun giudizio di valore ... pure nell'ipotesi in cui l'accertamento del fatto esiga la ricerca dei caratteri del fatto stesso indicato dalla legge tramite concetti indeterminati». Ciò che, invece, caratterizza l'integrazione valutativa di un concetto giuridico indeterminato è, infatti, proprio la definizione della fattispecie

Perciò, il giudice non può lasciare che siano altri a fare, al posto suo, quella scelta (opinabile nei risultati ⁽¹⁶⁾) che il legislatore gli ha delegato di compiere per rendere concreto il concetto giuridico indeterminato contenuto nel precetto normativo, altrimenti insuscettabile d'essere applicato nella concretezza della vicenda oggetto di giudizio ⁽¹⁷⁾.

Così, in sintesi, si definisce la *pars destruens* della confutazione del mito della riserva di amministrazione sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta: è il principio di legalità a imporre al giudice un'ampia latitudine di sindacato su (il concetto giuridico indeterminato del) l'anomalia dell'offerta; e non può, dunque, quel sindacato essere dal giudice rifiutato in ragione di un *self-restraint* che si voglia giustificare in conformità ad altri, più evanescenti, principi (quello di separazione dei poteri e di legittimazione democratica del potere della pubblica amministrazione ⁽¹⁸⁾).

normativa attraverso una scelta tra i valori che la concreta vicenda oggetto d'interpretazione coinvolge. Invero, le clausole generali sono «norme nelle quali ... vi è un'eccedenza di valori di contenuto assiologico rispetto ai contenuti abituali delle regole [sicché] nelle clausole generali vi è una delega al giudice ... a ricercare valori fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo» (P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, *cit.*, 1). Sicché, la c.d. «integrazione valutativa» che la clausola generale richiede al giudice di fare è proprio un giudizio di valore da realizzare attraverso la tecnica del bilanciamento (V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 77).

¹⁶ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, *cit.*, 484, afferma che «in una tale logica si finisce con il trascurare senz'altro il dato, pur fondamentale, costituito da ciò che i menzionati elementi della fattispecie di potere amministrativo, pur imprecisi, come si dice, in quanto sottintendono fatti ad accertamento complesso, sono tuttavia fissi nell'ambito della fattispecie stessa, cioè non imputano in capo all'amministrazione alcun ambito di discrezionalità».

¹⁷ Non è, invero, appagante, né in termini di astratta speculazione dogmatica né tantomeno in termini di effettività della tutela giurisdizionale, la soluzione di estremo pragmatismo suggerita da F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, *cit.*, 130, ove egli tenta di dimostrare che «è la pervasività della tecnica a rendere più complicata la distinzione tra opinabilità e opportunità [sicché], nei casi in cui il confine è così labile da farle addirittura sovrapporre, la logica della piena sindacabilità dell'opinabilità (che promana dal canone di effettività della tutela giurisdizionale e di piena conoscenza del fatto) deve lasciare il passo alle tecniche consuete di sindacato della discrezionalità e del merito amministrativo».

¹⁸ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, *cit.*, 227, sostiene che «i valori espressi dall'amministrazione sono (in via generale) più rappresentativi dei valori complessivamente espressi dalla società perché essi sono filtrati influenzati dai valori dell'indirizzo politico». N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti am-*

Quanto sopra a valere con specifico riferimento al giudizio sull'anomalia dell'offerta, ma – come anticipato – anche a stimolare una più ampia riflessione sul particolare atteggiarsi del sillogismo decisionale ogni qual volta coinvolga un concetto impreciso nella fattispecie, che non trova dunque un inequivocabile riscontro fattuale nella realtà ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾.

Quando, cioè, il fatto concreto partecipa altresì alla definizione dell'astratta (ma incompleta) premessa normativa, secondo una traiettoria circolare di connessione della norma ai fatti e dei fatti alla norma ⁽²¹⁾.

Donde, qui, l'inversione del meccanismo della sussunzione ⁽²²⁾ e l'inevitabile estensione del sindacato giurisdizionale – pieno e diretto – sulle *quaestiones factis* che la pubblica amministrazione ha affrontato e risolto nell'*iter* procedurale che l'ha condotta alla deliberazione del provvedimento impugnato e che debbono quantomeno

ministrativi, in Dir. amm., 1996, 434, sostiene di contro che «se ha un senso logico, ancor prima che giuridico, ritenere che l'insindacabilità di taluni apprezzamenti costituisce la naturale conseguenza della responsabilità esclusiva della funzione – caratterizzata dalla cura in concreto di interessi pubblici – non si comprenderebbe la ragione di una riserva di apprezzamenti soggettivi in quanto tali ... sconnessi, cioè, dal processo di formazione della determinazione massimizzante un dato interesse pubblico concreto».

¹⁹ F. LEVI, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, *cit.*, 247, afferma che «la descrizione normativa dei presupposti – comunque si svolga in effetti l'operazione di applicazione della legge – si presenta sempre come premessa maggiore di un sillogisma e ... l'attività conoscitiva (nel nostro caso, della amministrazione) tende esclusivamente ad accertare i fatti ad essa corrispondenti [ma] tutto ciò è possibile a condizione che i termini della fattispecie indichino (o siano, mercé l'interpretazione, traducibili in espressioni che indichino) caratteristiche oggettivamente costatabili di fenomeni reali».

²⁰ F. FOLLIERI, Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Milano, 2017, 181, parte dall'assunto che «Se la qualificazione giuridica (inclusa la qualificazione di illegittimità del provvedimento impugnato) è relazione semantica, determinante per la sua forma logica è la capacità della fattispecie astratta di delimitare il suo riferimento corretto, ossia di "includere" una parte della realtà e di "escludere" la restante parte della realtà», per infine concludere che «Il processo di decisione può esaurirsi in una deduzione solo se la fattispecie astratta delinea in modo univoco la classe regolata dalla norma».

²¹ N. PAOLANTONIO, Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Padova, 2000, 119.

²² G. D'AMICO, Note in tema di clausole generali, in *Iure Praes.*, 1989, 446.

rendere plausibile ⁽²³⁾, secondo regole di comune esperienza, l'emersione nella vicenda in esame di un interesse pubblico concreto solo tratteggiato nel precetto astratto.

Ciò a evitare che sia la pubblica amministrazione a darsi la regola della propria azione nel caso concreto, secondo l'arbitraria opinione di chi emana l'atto amministrativo ⁽²⁴⁾.

Questo rende, per vero, evanescente il confine tra opportunità e legittimità, basato, in questa prospettiva, sul non agevole (quantomeno rispetto ai fatti complessi) distinguo tra accertamento, valutazione e qualificazione dei fatti ⁽²⁵⁾, e *funditus* nella dissezione dell'*unicum* valutativo per individuarvi due distinte attività intellettive: di giudizio – ossia di accertamento dell'interesse pubblico concreto – e volitiva – cioè di sintesi dei differenti pubblici interessi –

²³ F. FOLLIERI, Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, *cit.*, 207 ss., sostiene che qualora vi sia vaghezza della norma «Il grado della relazione fra l'intensione della fattispecie astratta e il provvedimento impugnato potrebbe essere considerato come una misura di probabilità: la probabilità che il caso giudicato corrisponda al concetto e, perciò, ricada nella classe della fattispecie astratta» e suggerisce, perciò, di sostituire il metodo sillogistico con l'inferenza induttiva o con l'analogia attributiva, in entrambi i casi rendendo opinabile la conclusione perché affidata a una valutazione di probabilità o di somiglianza (che sfugge al binomio bianco/nero) piuttosto che a una mera deduzione; donde, in questi casi, l'attribuzione del giudizio sulla legittimità di un provvedimento amministrativo alla logica *fuzzy* che mal si concilia con lo *ius dicere* che invece esige che «venga “tracciata una linea” fra ciò che ha un determinato trattamento giuridico e il resto dell'essere», rendendosi perciò qui necessaria una assimilazione per «piega[re] la (percezione della) realtà al sistema intellettuale che l'uomo ha costruito per orientarsi nel mondo e guidare le proprie azioni», e dunque in ultima analisi una scelta – questa volta affidata al giudice – tra i valori in gioco.

²⁴ F. LEVI, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, *cit.*, 540, afferma al proposito che la nozione di «concetto impreciso nella fattispecie» non costituisce «il termine maggiore di una sussunzione ma corrisponde... ad una sintesi intellettuale tratta da fatti obiettivi».

²⁵ F. LEVI, *op. cit.*, 180, così si esprime: «L'organo amministrativo, per stabilire se a una situazione concreta è applicabile una norma (che gli attribuisce un potere), compie una operazione logicamente semplice: un accertamento di fatto ed una qualificazione, alla stregua di alcuni termini della proposizione normativa (semplici, precisi). Talora una operazione più complessa; un accertamento di fatto, una valutazione, quindi una qualificazione alla stregua di altri termini della proposizione normativa (complessi, imprecisi). Conviene sottolineare che questa valutazione, che costituisce il limite al sindacato di legittimità, è portata sul singolo fatto per vedere se essa rientri nella fattispecie normativa, non si tratta, invece, della valutazione che ha per oggetto la situazione di fatto nella sua interezza, per decidere se il provvedimento emanando sia opportuno o meno».

(²⁶).

Invero, quantunque la giurisprudenza sia oggi risolutivamente ferma su di un diverso orientamento fino ad assumere un valore normativo (²⁷), ragionando «su canoni astratti di logica giuridica, ... non si potrebbe affatto escludere a priori che il giudice spinga più oltre il suo sindacato *de facto* diretto ed accetti ... di verificare se esistano situazioni (complessi eterogenei di accadimenti) rispondenti a un concetto impreciso [giacché] la distinzione tra legittimità e merito non è assoluta, ma relativa e storica» (²⁸); quantunque probabilmente non superabile, come pure da taluno da ultimo sostenuto (²⁹).

²⁶ M.S. GIANNINI, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, *cit.*, 72, ove, appunto, si legge: «Da un punto di vista logico, l'apprezzamento, come giudizio, è un momento antecedente a quello della formulazione definitiva della volontà; non esso quindi costituisce il provvedimento discrezionale».

²⁷ Sul valore normativo della giurisprudenza, M. S. GIANNINI, Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 527 ss..

²⁸ F. LEVI, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, *cit.*, 493.

²⁹ M. TRIMARCHI, La validità del provvedimento amministrativo, Pisa, 2013, *passim*, ove egli sostiene che vi è discrezionalità sia nell'accertamento dei fatti indicati dalla legge sia nella disposizione degli interessi in gioco, giacché non vi è modo di distinguere nel processo decisionale amministrativo il momento sussuntivo da quello di volontà, dovendosi accedere a una concezione anti-meccanicistica dell'interpretazione ed essendo dunque sempre richiesto all'interprete di selezionare gli interessi in gioco sin dal momento conoscitivo necessario a stabilire la rilevanza dei fatti rispetto all'interesse pubblico astratto definito dalla norma e dunque ancor prima che il problema amministrativo così accertato in sede interpretativa sia poi risolto dall'amministratore attraverso l'individuazione dell'effetto giuridico ritenuto idoneo a perseguire l'interesse pubblico concreto. Donde, il condizionamento assiologico è immanente a tutti i momenti (attività conoscitiva, individuazione del problema amministrativo e determinazione dell'effetto giuridico) dell'agire amministrativo. E ciò non solo quando sia coinvolto un potere definito da una norma vaga, contenente concetti giuridici indeterminati, bensì ogniqualvolta si tratti di sussumere la vicenda concreta alla fattispecie astratta e di individuare dunque l'interesse pubblico concreto a partire dall'interesse pubblico astratto. Da qui la negazione stessa dell'esistenza del merito amministrativo (inteso quale porzione di attività non disciplinata nel suo svolgersi da norme giuridiche e quindi quale spazio di libertà dell'amministrazione), dovendosi invece ritenere che il condizionamento assiologico sia un valore ordinamentale rispetto al quale ogni singolo aspetto del processo decisionale amministrativo deve giustificarsi, anche quando la soluzione ammissibile sia più di una e la conclusione quindi senz'altro opinabile.

2.- L'interpretazione della norma elastica.

Ancorché sia senza dubbio «il tempo delle clausole generali»⁽³⁰⁾, il tema è sostanzialmente ancora inesplorato nel diritto amministrativo⁽³¹⁾ e non ha ancora trovato una soluzione la questione fondamentale di come la concretizzazione del concetto vago di una clausola generale si ponga: rispetto alla discrezionalità amministrativa, da un lato, e alla legalità dell'azione della pubblica amministrazione, dall'altro.

Ciò che intuitivamente coinvolge la basilare problematica dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla c.d. «integrazione valutativa» di una clausola generale⁽³²⁾: vale a dire sul giudizio di valore che l'interprete (giudice/amministrazione) è chiamato a esprimere per completare il concetto giuridico volutamente (lasciato dal legislatore) indeterminato mediante il riferimento a standard prevalentemente di origine extralegale tra loro potenzialmente concorrenti⁽³³⁾.

La vicenda amministrativa, invero, solo apparentemente impinge sul merito (insindacabile) della scelta della pubblica amministrazione, giacché nella concretizzazione di un sintagma indeterminato l'interprete (in prima battuta, la pubblica amministrazione, e, poi, il giudice) deve risolvere, con la sua valutazione integrativa, un conflitto d'interessi antagonisti che la norma di legge non ha composto a priori con la definizione analitica del precetto normativo.

In ragione di ciò si distingue l'integrazione valutativa del precetto volutamente indeterminato dall'esercizio discrezionale di una potestà amministrativa che comporti invece la ponderazione d'interessi concorrenti che, in una qualche variabile misura, debbono tutti essere soddisfatti, essendo assegnati alla cura della pubblica amministrazione e che perciò debbono essere selezionati attraverso

³⁰ S. RODOTÀ, Il tempo delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1987, 709 ss..

³¹ L.R. PERFETTI, Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità, in Giur. it., 2002, 1217, afferma che «Il discorso intorno alle clausole generali nella scienza del diritto amministrativo è sembrato ritardato da ragioni profondissime che attengono alla sovranità dello Stato ed alla sostanza del potere discrezionale, ch'esse sono, invece, in grado di far descrivere in modo differente rispetto alla tradizione ...».

³² V. VELLUZZI, Le clausole generali, *cit.*, individua il tratto caratterizzante delle clausole generali nel rapporto tra indeterminatezza normativa e integrazione valutativa.

³³ V. VELLUZZI, *op. cit.*, 64, sostiene che «L'integrazione valutativa è, dunque, la scelta dello *standard* operata dall'interprete tra criteri concorrenti».

una valutazione in senso lato politica del loro valore relativo.

Come ebbe a sostenere Giannini, «... a differenza che nella discrezionalità amministrativa, non vi è qui un interesse essenziale da valutare al lume di interessi secondari: il legislatore non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il possibile urto ... onde di fronte a lui tutti gli interessi stanno in una posizione paritaria»⁽³⁴⁾.

Quello che, dunque, differenzia la valutazione comparativa degli interessi in gioco nell'interpretazione di una clausola generale e la ponderazione politica degli interessi assegnati alla cura della pubblica amministrazione nell'esercizio discrezionale di una potestà amministrativa è il rapporto dell'interprete con gli interessi coinvolti.

Invero, «fra la discrezionalità legislativa e quella amministrativa vi è ... la differenza fondamentale che la prima è strettamente determinata rispetto agli interessi, la seconda è indeterminata»⁽³⁵⁾.

Sicché, la concretizzazione del sintagma indeterminato da parte (dell'amministrazione, in prima istanza, e quindi poi da parte) del giudice – quantunque indubitabilmente ponderazione d'interessi – non impinge sul merito della scelta amministrativa, perché quel potere discrezionale non è attribuito all'interprete (giudice/amministrazione) della norma in funzione del conseguimento di un fine determinato⁽³⁶⁾.

Ciò che, invece, costituisce l'intima essenza di ogni valutazione di discrezionalità amministrativa⁽³⁷⁾.

Dunque, un conto è la ponderazione d'interessi (pubblici e privati) concorrenti che, in una qualche variabile misura, debbono tutti essere soddisfatti essendo assegnati alla cura della pubblica amministrazione.

Questo implica una valutazione in senso lato politica del valore relativo degli interessi in gioco e costituisce l'intima essenza della discrezionalità amministrativa assegnata alla c.d. riserva di

³⁴ M.S. GIANNINI, il potere discrezionale della pubblica amministrazione, *cit.*, 106.

³⁵ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 106.

³⁶ C. CUDIA, Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto, Milano, 2008, 260, ritiene, infatti, che «le clausole non rimandino in alcuna maniera a un potere funzionalizzato: sono neutrali rispetto ad un qualsiasi fine, e per questo la loro applicazione rimane saldamente agganciata alla logica del rapporto».

³⁷ L. BENVENUTI, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, Milano, 2002, 172, afferma che «il discrimine, sotto il profilo concettuale, tra interpretazione e discrezionalità sarebbe costituito dalla presenza, nel secondo caso, di valutazioni in funzione della scelta finale, assente nelle ipotesi di attività meramente interpretative, in cui sussisterebbe un rapporto soggettivo, ma mancherebbe un momento dispositivo in senso proprio».

amministrazione.

Altro è, invece, la soluzione di un conflitto latente tra interessi contrastanti, affidata al criterio selettivo della norma, quantunque – nel caso di clausole generali – vaga, e la cui concretizzazione coinvolge, perciò, un bilanciamento di quegli interessi secondo pre-costituiti criteri extralegali o principi generali dell'ordinamento (³⁸), senza però che l'interprete (giudice/amministrazione) assuma, in questo caso, il migliore perseguimento di uno di essi quale obiettivo della sua funzione (³⁹).

3.- L'esegetica *fuzzy*.

L'interpretazione del concetto giuridico indeterminato (*unbestimmter Rechtsbegriff*), nella fondamentale teorica di Bachof

³⁸ Secondo D. DE PRETIS, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, *cit.*, 244, al proposito dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, si assiste a «un progressivo e non marginale mutamento di ruolo della pubblica amministrazione, attraverso una riduzione ... del suo tradizionale ruolo di arbitro puntuale di interessi, a favore di ... compiti di concretizzazione “qualificata” del comando normativo, mediante un'attività di adeguamento della fattispecie astratta alla fattispecie concreta che, pur non involgendo una valutazione degli interessi, tuttavia comporta di necessità, irrinunciabili apprezzamenti soggettivi».

³⁹ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, *cit.*, 64, avvertono che «La tesi che considera la discrezionalità come attività essenzialmente intellettuale e la risolve nella delimitazione di categorie, o, anche di concetti imprecisi, trascura di considerare tutti gli elementi che compongono il complesso concetto di discrezionalità [giacché] Sono i caratteri della scelta demandata all'amministrazione a qualificarla. La scelta discrezionale è certo funzionalizzata, in quanto tesa alla realizzazione dell'interesse pubblico, o, con parole diverse, è vincolata nel fine, dove per fine si intende l'interesse pubblico determinato dalla legge». F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica, *cit.*, 422, ritiene che in alcune specifiche ipotesi di discrezionalità tecnica, quale il giudizio sul valore culturale di un bene da assoggettare a tutela, la valutazione della P.A. sia insindacabile perché in questi casi la scelta dell'amministrazione si basa sulle risultanze di «discipline insuscettibili di un apprezzamento neutrale», con il che «il momento tecnico perde quella evidenza propria che parrebbe imporre una disamina distinta, e si dissolve integralmente nel merito dell'atto». E, per vero, in simili ipotesi è difficile isolare ciò che attiene pur sempre al giudizio tecnico quantunque opinabile e ciò che invece impinge direttamente sulla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella concreta vicenda secondo insindacabili valutazioni di carattere, in senso lato, politico: ma ciò non consente, a livello dogmatico, di ricondurre entrambi gli aspetti dell'esercizio di una pubblica potestà indistintamente al merito amministrativo.

sullo spazio di valutazione (*Beurteilungsspielraum*), è inequivocabilmente una questione di diritto (*Rechtsfrage*): un conto, infatti, è che l'amministrazione abbia libertà di comportamento nell'applicazione di un già definitivo precetto normativo (*Handlungsermessen*), altro è la discrezionalità di valutazione (*Beurteilungsermessen*) nell'individuazione del precetto e dunque dei presupposti della propria azione⁽⁴⁰⁾.

In effetti, in accordo con quel risalente insegnamento, il nostro giudice della nomofilachia è, infine, giunto alla conclusione che, «quando una disposizione di limitato contenuto (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) delinea un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, ... tale attività di precisazione e integrazione è censurabile in sede di legittimità al pari di ogni giudizio fondato su norme giuridiche, atteso che, nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori»⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *JuristenZeitung*, 1955, 98 ss.

⁴¹ Cassazione, Sez. Unite, sentenza 22/2/2012 n. 2572. Vi è però che il giudice della nomofilachia non è sempre coerente con questa logica; e, infatti, al riguardo della latitudine del sindacato del giudice amministrativo sul giudizio della P.A. di inaffidabilità di un'impresa concorrente a un pubblico appalto ex art. 38, c. 1, lett. f, del d.lgs. n. 163 del 2006, nella sentenza 17/2/2012, n. 2312, la Corte di cassazione ha invece statuito che «in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa - esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale - il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente». Al proposito, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, *cit.*, 1602 sostiene, però, che «non è dato capire con sicurezza se la Cassazione abbia ritenuto che si trattasse di un sapere specialistico dagli esiti opinabili (in ragione della necessità di utilizzare cognizioni tecniche per capire se il servizio di pulizia fosse in linea con gli standard contrattuali), ovvero, che fossero presenti vere e proprie valutazioni discrezionali di opportunità amministrativa (per es. riguardo all'affidabilità, per l'interesse pubblico da ricostruire in concreto, del contraente), o, ancora, c.d. concetti

Vi è, dunque, discrezionalità interpretativa (ma non discrezionalità amministrativa) nella definizione del concetto giuridico indeterminato, perché «La legge in questi casi stabilisce il *nomen* di un concetto, senza determinarne i caratteri sostanziali, oppure determinandoli in modo molto generico. I criteri che intervengono nel giudizio classificatorio, che è quello di ogni sussunzione del fatto sotto la norma, sono propri o di scienze o di arti applicate, o del senso sociale medio. In quest'ultimo caso specialmente si è parlato di discrezionalità; ma per quanto laboriosa sia l'applicazione di questi criteri, discrezionalità non vi è, mancando l'opportunità, la libertà limitata positivamente, l'atto di volontà, ecc.»⁽⁴²⁾.

Il (preteso) limite del giudice ad accedere direttamente, attraverso un sindacato intrinseco, alla valutazione discrezionale dei valori extranormativi che definisce il precetto normativo impreciso non può, perciò, ricavarsi da un'asserita ontologica inconciliabilità di un sindacato giurisdizionale invasivo con la natura discrezionale del potere esercitato nella vicenda della valutazione dell'anomalia dell'offerta, perché vi è qui semmai solo una «*gebundenes Ermessen*»: un apprezzamento legato che attiene non già a una libertà di volere ma di giudicare⁽⁴³⁾.

Vi sono, invero, norme bisognevoli – per essere applicate – di essere prima integrate dall'interprete con valutazioni discrezionali (eteroguidate da canoni extralegali), impingenti sugli interessi coinvolti nel rapporto concreto in cui emerge il loro conflitto.

Si badi bene: la discrezionalità attiene, in questi casi, non già all'atto dell'applicazione in concreto della volontà astratta del legislatore (ciò che è proprio della gran parte degli atti della pubblica amministrazione), bensì – ed è questa la peculiarità della situazione – cade sulla stessa configurazione astratta del precetto⁽⁴⁴⁾.

giuridici indeterminati, i quali, come è noto, presuppongono valutazioni che, pur non attenendo a scelte di interessi in senso proprio, sono tuttavia opinabili in quanto basate su clausole generali (nel caso di specie, la correttezza nell'adempimento contrattuale), suscettibili di una pluralità di applicazioni, tutte astrattamente compatibili con il dettato normativo».

⁴² M.S. GIANNINI, il potere discrezionale della pubblica amministrazione, *cit.*, 70.

⁴³ R. LAUN, *Das richterliche Ermessen bei der Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher*, ZZP 42 (1912).

⁴⁴ L. R. PERFETTI, Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica, *cit.*, 422 ss., dopo avere precisato che si ha discrezionalità tecnica nei casi «in cui la norma di legge, nell'attribuire un dato potere all'amministrazione, inserisce nella fattispecie elementi, di tipo opinabile, assunti da una data scienza non giuridica», al proposito afferma che «non può non rilevarsi come vi sia profonda differenza tra l'attività di concretiz-

È, dunque, l'interpretazione e non già l'esecuzione della norma a innescare la comparazione degli interessi coinvolti nel rapporto giuridico ⁽⁴⁵⁾.

Donde, il significato del precetto normativo, lasciato volutamente indefinito dal legislatore, diviene intelligibile solo *ex post*, una volta che gli interessi coinvolti in un'astratta fattispecie normativa si manifestino concretamente all'interno di un rapporto giuridico reale.

A esemplificare il concetto è utile il richiamo a un sintagma normativo che (essendo del tutto indecifrabile, se non con l'ausilio di apporti extralegali) bene può essere eletto a paradigma dei concetti giuridici indeterminati: «i principi di buona fede e di lealtà ... valutati alla stregua delle esigenze di protezione ... di consumatori particolarmente vulnerabili» ⁽⁴⁶⁾.

Non vi è, infatti, proprio modo di comprendere il significato di quel sintagma normativo – e quindi di rendere operativo il precetto – se non assegnando un contenuto tangibile ai concetti (volutamente) indeterminati di «buona fede», «lealtà», «consumatori particolarmente vulnerabili».

La concretizzazione di questi concetti indeterminati avviene attraverso la selezione di uno degli alternativi approdi ermeneutici suggeriti da principi extralegali – sovente di scienze non giuridiche dominate da logiche *fuzzy* ⁽⁴⁷⁾ – che sfuggono alla rigida dicotomia

zazione dell'interesse pubblico protetto e tipizzato dalla norma e quella di applicazione di regole non giuridiche».

⁴⁵ Secondo F. CINTIOLI, Giudice amministrativo, tecnica e mercato, *cit.*, 57, l'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, «da un lato, sembra... sfuggire alla figura della discrezionalità classica, ma dall'altro ne ripet[e] il tratto genuino e qualificante: la ponderazione e mediazione degli interessi [sicché] la sfera dell'opinabilità e quella dell'opportunità non sono separate da una linea di demarcazione sicura».

⁴⁶ Così disponeva l'art. 52 del codice del consumo nella sua versione originaria.

⁴⁷ L. A. ZADEH, *Outline of a New Approach to the Analysis of Complex Systems and Decision Processes*, in *IEEE Transactions on systems, Man, and Cybernetics*, 1973, 28 ss., che così riassume la sua teoria: «By relying on the use of linguistic variables and fuzzy algorithms, the approach provides an approximate and yet effective means of describing the behaviour of systems which are too complex or too ill-defined to admit of precise mathematical analysis». Con più diretto riferimento all'ambito oggetto d'indagine, S. BALDIN, Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2012, 10, afferma che «Il ragionamento sfumato fa parte del bagaglio culturale dei teorici del diritto, avvezzi a trattare concetti vaghi, e di quanti si occupano di argomentazione e di decisione nelle aule giudiziarie, nell'intento di attri-

vero/falso.

Tornando al nostro esempio: un professionista indubbiamente non è un «consumatore particolarmente vulnerabile», sicché, assegnando il valore zero al predicato falso e uno a quello vero, il suo grado di appartenenza alla categoria definita dal concetto giuridico indeterminato assumerebbe valore zero. Una persona anziana con scolarità elementare è, di contro, sicuramente un »consumatore particolarmente vulnerabile» e la sussunzione del caso concreto alla fattispecie astratta condurrebbe ad assegnare a questa diversa ipotesi il valore uno.

Questo in un'apparente dicotomia che soddisfa i postulati della logica matematica: quale che sia l'opinione personale dell'interprete.

Non vi è nulla di opinabile, infatti, nella scelta interpretativa, in questi casi estremi.

Ma tra questi due estremi, con riferimento ai quali l'interpretazione del concetto giuridico indeterminato assume un carattere di obiettività, sicché il margine di discrezionalità dell'interprete si riduce sostanzialmente a zero (una *Reduzierung auf Null* dell'esegesi normativa), vi sono infinite possibilità intermedie con riferimento alle quali i risultati sono più sfocati (*fuzzy*) assumendo l'infinita gamma di valori tra zero e uno (⁴⁸).

Quindi, in tutti questi casi, il risultato dell'interpretazione non è univoco (⁴⁹): dipendendo dal criterio di selezione affidato a un

buire un "significato misurato" a termini indeterminati, quali la buona fede».

⁴⁸ F. FOLLIERI, Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, *cit.*, 196 ss., sostiene che «Dinanzi ad un termine vago non sempre siamo "incerti" nello stabilirne il riferimento: ci sono alcuni casi che si "avvertono" come indiscutibilmente riconducibili al termine vago, altri che "appaiono" evidentemente estranei a quel termine e altri ancora che "sembrano" disputabili», e afferma che in quest'ultimo caso la decisione del giudice è «determinata non da una deduzione, ma da una valutazione dell'esigenza assiologica sottesa alla norma e posta in relazione al contesto di interessi del caso concreto», donde qui «il giudice esercita un potere normativo interstiziale (*interstitial legislation*), delegatogli dal legislatore in misura dipendente dalla formulazione linguistica della disposizione ... Tuttavia, la distinzione fra casi semplici e complessi non dimostra che vi siano due modi di giudicare».

⁴⁹ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, *cit.*, 67, avvertono che «pure il prodotto dell'attività di interpretazione può non essere univoco e che quindi anche in siffatta ipotesi vi è possibilità di scelta [ma] la scelta che l'amministrazione è chiamata a compiere nell'esercizio del potere discrezionale è di tipo ben diverso [giacché] Tratto caratterizzante della discrezionalità è la formulazione di giudizi di valore di tipo politico».

criterio extralegale che etero-guida l'interprete: sia esso un principio normativo non codificato, un canone etico o una teoria di una scienza non giuridica. Questo percorso esegetico conduce, dunque, a risultati inevitabilmente opinabili: «*fuzzy truths*»⁵⁰.

Sicché, si pone, al proposito, il problema ingenerato dalla fallace equivalenza tra l'opinabilità della scelta tra diverse opzioni valutative («*fuzzy truths*») e il merito amministrativo⁵¹: donde, la (pretesa) insindacabilità giurisdizionale del provvedimento amministrativo che non sia sussumibile nella logica binaria vero/falso.

Tema questo (del rapporto tra la valutazione integrativa di una clausola generale e il merito dell'azione amministrativa) di stringente attualità, perché sempre più spesso il legislatore, anziché definire il precetto attraverso una fattispecie auto-esplicativa, si affida a concetti giuridici indeterminati.

Ciò, apparentemente, per lo smarrimento del principio di

⁵⁰ L. A. ZADEH, *Outline of a New Approach to the Analysis of Complex Systems and Decision Processes*, cit., ove si legge: «*Thus, to deal with such systems realistically, we need approaches which do not make a fetish of precision, rigor, and mathematical formalism, and which employ instead a methodological framework which is tolerant of imprecision and partial truths*»; invero «*... the main function of linguistic variables is to provide a systematic means for an approximate characterization of complex or ill-defined phenomena. In essence, by moving away from the use of quantified variables and toward the use of the type of linguistic descriptions employed by humans, we acquire a capability to deal with systems which are much too complex to be susceptible to analysis in conventional mathematical terms*». Come a dire, rispetto al nostro problema: l'interpretazione di un sintagma polisenso è sempre opinabile («*a fuzzy truths*»).

⁵¹ Cfr., tra le innumerevoli, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 25/11/2016, n. 4958, in www.giustizia-amministrativa.it, ove appunto si legge: «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti di carattere discrezionale ... deve arrestarsi al vaglio dell'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato, senza estendersi alla scelta tra diverse possibili opzioni valutative, il cui coefficiente più o meno ampio di opinabilità le colloca nel merito dell'attività amministrativa». E, con diretto riferimento al tema in esame, T.A.R. Lazio, Sez. II, sentenza 3/11/2015, n. 12406, in www.giustizia-amministrativa.it, ove è affermato: «Anche il superamento dell'equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito non pone nel nulla il limite del controllo giurisdizionale, dato dal fatto che l'applicazione della norma tecnica non sempre si traduce in una legge scientifica universale, caratterizzata dal requisito della certezza; anzi, quando contiene concetti giuridici indeterminati, dà luogo ad apprezzamenti tecnici ad elevato grado di opinabilità».

legalità⁽⁵²⁾, ma più verosimilmente per consentire all'ordinamento di gestire l'invecchiamento delle norme (prospettiva diacronica) e le diversità emergenti da una società plurale (prospettiva sincronica) attraverso clausole elastiche: in quella che è stata efficacemente definita la loro funzione omeostatica⁽⁵³⁾.

Quindi, se proprio, di un'evoluzione della tecnica legislativa si tratta, piuttosto che di un suo arretramento culturale.

A ogni buon conto, quale che sia l'opinione che si abbia (*de iure condendo*) sull'argomento, certo è che si tratta di una caratteristica del nostro attuale ordinamento, specie di matrice europea⁽⁵⁴⁾, caratterizzato da una «legislazione primaria ... “a maglie larghe”»; nella quale tende sempre più ad assumere un ruolo centrale l'economista con i suoi metodi ... verso un approccio caso per caso»⁽⁵⁵⁾.

Un esempio, tra i tanti: l'art. 5 della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che prescrive che i «dispositivi di governo societario e dei meccanismi di controllo, ivi comprese le procedure amministrative, di gestione del rischio [degli istituti di pagamento] ... sono proporzionati, validi ed adeguati», e che si è tradotto nel nostro ordinamento nell'art. 114-*novies* del TULB, alla stregua del quale «La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando ... non risulti garantita la sana e prudente gestione...».

Nel suo nucleo essenziale, la clausola generale è un sintagma volutamente indeterminato, il cui significato diviene intelligibile solo facendo ricorso a criteri – perlopiù extralegali – tra loro potenzialmente concorrenti⁽⁵⁶⁾.

Com'è, appunto, al proposito della «sana e prudente gestione» e dei «meccanismi di controllo ... proporzionati, validi ed efficaci», di cui si è dinanzi fatto cenno.

Ciò che, dunque, caratterizza una clausola generale è la costruzione di una fattispecie aperta intenzionalmente indeterminata; questo perché con essa il legislatore «opera un esplicito trasferimen-

⁵² F. CINTIOLI, Giudice amministrativo, tecnica e mercato, *cit.*, 321, afferma che «il *deficit* di tassatività della norma è il simbolo della crisi del principio di legalità».

⁵³ S. RODOTÀ, Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile, *cit.*, 97 ss..

⁵⁴ F. MERUSI, Variazioni su tecnica e processo, *cit.*, dichiara che «Le direttive comunitarie sono ... infarcite di concetti giuridici indeterminati; di concetti giuridici indeterminati che fanno riferimento a nozioni tecniche scientifiche e, talvolta, addirittura a formule matematiche».

⁵⁵ P. FABBIO, Sul ruolo creativo della giurisprudenza, in Riv. trim. dir. pubb., 2015, 1275.

⁵⁶ V. VELLUZZI, Le clausole generali, *cit.*, 88.

to al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma»⁽⁵⁷⁾.

Sicché, nelle clausole generali il meccanismo della sussunzione opera alla rovescia innestando un rapporto circolare tra fatto e norma: è il giudizio di fatto, prevalentemente (ma non esclusivamente) espresso in conformità a canoni extralegali⁽⁵⁸⁾, a riempire di contenuto e a concretizzare il precetto normativo⁽⁵⁹⁾, che poi condiziona la qualificazione del fatto.

Il problema di carattere generale che si vuole affrontare (e che s'innesta sullo specifico tema oggetto d'indagine del sindacato giurisdizionale sull'anomalia dell'offerta negli appalti pubblici) è, dunque, questo: sempre più spesso il legislatore europeo definisce i propri precetti attraverso clausole generali, ma la giurisprudenza nazionale è prevalentemente nel senso che l'interpretazione valutativa di un concetto giuridico indeterminato, poiché coinvolgente – per quanto sopra scritto – la valutazione discrezionale degli interessi in

⁵⁷ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *cit.*, 721.

⁵⁸ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 121, ricorda che «nel dibattito in materia di “concretizzazione delle clausole generali”, esiste anche una corrente di pensiero, che è stata definita in termini di “giuspositivismo moderato”, che ritiene che l'interpretazione delle clausole generali stesse debba avvenire non, come prevalentemente si afferma, con criteri “extragiuridici”, bensì in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall'ordinamento positivo», e conclude: «L'indicazione di metodo ... è che l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo) debba essere il criterio fondamentale di integrazione delle “clausole generali in senso lato”, lasciando un ruolo residuale – e non principale, a differenza di quanto di solito si afferma – ai criteri di “etero integrazione”, cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche».

⁵⁹ In questo senso, sembra di potersi intendere l'affermazione di B. GILIBERTI, *Public e private enforcement* nell'art. 9, comma 1, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 77 ss., al proposito dell'esercizio di discrezionalità tecnica nei provvedimenti *antitrust*, ove egli afferma «Nella costruzione del caso concreto, l'Autorità garante compie, circolarmente, l'attività di interpretazione delle norme, il giudizio di esistenza e rilevanza dei fatti, connette fatti e norme nell'istruttoria, qualificando gli uni e gli altri reciprocamente, fino ad esplicitare le risultanze dei propri convincimenti nella motivazione». Quell'attività «circolare» dell'interprete di connessione della norma ai fatti e dei fatti alla norma bene esprime quel concetto di sussunzione alla rovescia di cui si è scritto.

gioco con risultati non pronosticabili attraverso una logica binaria vero/falso e dunque ontologicamente opinabili («*fuzzy truths*»), attinga al merito insindacabile della scelta amministrativa ⁽⁶⁰⁾.

Quindi, per questa via, si finisce col sottrarre alla Corte di giustizia il ruolo nomofilattico che i Trattati le assegnano nell'interpretazione delle norme europee ⁽⁶¹⁾, perché l'interpretazione (a essa demandata) coinvolge necessariamente anche l'integrazione valutativa della clausola generale contenuta nella norma europea ⁽⁶²⁾.

Donde, l'emergenza di un problema di coerenza della disciplina processuale nazionale con l'effetto utile dell'effetto diretto (il c.d. *effet utile*) della norma europea, direttamente coinvolgente il funzionamento del fondamentale istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE ⁽⁶³⁾, indispensabile e irrinunciabile strumento di ga-

⁶⁰ F. MERUSI, Con il giusto processo sulla «scia» di Strasburgo? In Guida dir., 2011, pone il problema in questo modo: «Anche l'esercizio di un potere che normalmente è definito «discrezionale» può essere vincolato e perciò suscettibile di una sentenza di condanna ad adempiere da parte del giudice amministrativo? Nel caso si debba interpretare concetti giuridici indeterminati probabilmente sì ... Ma quando il concetto giuridico indeterminato non si riferisce all'accertamento di un presupposto, ma alla decisione fra più soluzioni possibili, basta la possibilità della soluzione per imporre all'Amministrazione l'emanazione di un determinato provvedimento?»

⁶¹ F. MERUSI, Variazioni su tecnica e processo, *cit.*, afferma che «Se l'esercizio del potere sulla base di concetti giuridici indeterminati non fosse giustiziabile ... l'autarchia comunitaria, anziché imporre un esercizio uniforme del potere, favorirebbe soluzioni diversificate secondo la logica degli interessi nazionali o anche, più semplicemente, delle diverse «culture» nazionali».

⁶² T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Londra, 2006, 18, sostiene che «*The EC Treaty is a traité cadre. It provides no more than a framework. It is rampant with provisions overpowering in their generality and uses vague terms and expressions which are non defined. It bestows the Court with very broad powers to develop Community law*».

⁶³ P. ROTT, *What is the Role of the ECJ in EC Private Law?*, in *Hanse Law Review*, 2005, 8, afferma che l'uso di clausole generali per descrivere una fattispecie normativa che non fosse possibile definire *ex ante* potrebbe essere di ostacolo all'armonizzazione della legislazione degli Stati membri. C. U SCHMID, *Judicial governance in the European Union: the ECJ as a constitutional and a private law court*, in *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, a cura di ERIK O. ERIKSEN, C. JOERGES e F. RÖDL, Londra, 2008, 85 ss., sostiene che «*it seems that the issue of the "concretisation competence" should not be separated from the 'content of concretisation', i.e., the specific substantive law answer*». Sicché, la Corte di giustizia non può essere privata della possibilità di dare concretezza al concetto giuridico indeterminato con cui si definisce la fattispecie di

ranza del basilare principio di uniforme applicazione del diritto UE all'interno dell'ordinamento europeo.

Problema che – come ben sappiamo – deve essere risolto, prima ancora che con la disapplicazione della norma processuale nazionale (certo ammessa e anzi doverosa ogni qual volta sia pregiudicata l'effettività della norma europea, per i noti principi *Rewe* ⁽⁶⁴⁾ che conformano l'autonomia processuale in una mera competenza processuale funzionalizzata ⁽⁶⁵⁾), attraverso la sua interpretazione conforme, come conseguenza dell'obbligo di «leale cooperazione» di cui all'art. 4, comma 3, TUE.

Ebbene, proprio al riguardo dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, l'Avvocato Generale Juliane Kokott nella controversia *Adeneler*, ha affermato che «La giurisprudenza ha già chiarito che le disposizioni giuridiche e amministrative nazionali devono essere interpretate in conformità alle direttive. Pertanto, fin dove il diritto nazionale consente un'interpretazione conforme alla di-

una norma UE, perché altrimenti ne sarebbe limitata l'incidenza del diritto comunitario sugli ordinamenti degli Stati membri. Invero, A. RÖTHEL, *Missbrauchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie: Aufgabenteilung im supranationalen Konkretisierungskatalog*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2005, 422, sottolinea come, nella dottrina giuridica, sia nettamente prevalente l'opinione secondo cui la Corte di giustizia ha il potere di pronunciarsi in ultima istanza anche laddove concretizzi le clausole generali e le nozioni normative che necessitano d'integrazione. Diversamente, la finalità del procedimento pregiudiziale e l'obiettivo del ravvicinamento delle legislazioni sarebbero impossibili da realizzare. In tal modo sarebbe, dunque, compromesso l'*effet utile* del diritto UE, come giustamente obiettato da S. LEIBLE, *Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2001, 426. La Corte di giustizia, del resto, ha affermato la propria competenza a integrare con una propria valutazione i concetti giuridici indeterminati di una norma UE nella causa *Océano Grupo I* (C-240/98), in *Raccolta* 2000, I, 4041, e in quella *Pannon* (C-368/09), in *Raccolta* 2010, I, 7567, in cui la Corte ha espressamente dichiarato di avere nella sentenza *Océano Grupo* interpretato i «criteri generali» utilizzati dal legislatore comunitario per definire la nozione di clausola abusiva, proprio nell'ambito dell'esercizio della competenza a essa conferita dall'art. 234 del Trattato CE.

⁶⁴ Com'è noto, «Il sistema del rinvio pregiudiziale è un meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea, che ha per oggetto di fornire ai giudici nazionali lo strumento per assicurare un'interpretazione e un'applicazione uniformi di tale diritto in tutti gli Stati membri» (così si è espressa la Corte di giustizia nella sua «Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali», in *GUUE* 2011 n. 160).

⁶⁵ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, 39.

rettiva, in quanto le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti, il giudice nazionale deve utilizzare l'intero spazio valutativo ad esso concesso ("margine discrezionale") in favore del diritto comunitario»⁽⁶⁶⁾.

Quindi, a maggiore ragione, quello spazio di valutazione non può essere interdetto al giudice europeo della nomofilachia, impedendo il corretto funzionamento del meccanismo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ogniqualvolta il problema interpretativo coinvolga (anziché una norma nazionale d'implementazione di una norma UE) direttamente una clausola generale contenuta in una norma europea: dovendo, a maggior ragione, in simili casi la Corte di giustizia garantire un'interpretazione e un'applicazione uniformi del diritto comunitario⁽⁶⁷⁾.

Dunque, ciò che si vuole indagare è se, effettivamente, vi sia spazio per una diversa (dalla prevalente) interpretazione della norma processuale sul sindacato giurisdizionale dei concetti giuridici indeterminati da parte del giudice amministrativo, che, per tradizione dogmatica assegna la scelta (quantomeno quella opinabile) alla c.d. riserva di amministrazione⁽⁶⁸⁾.

Questa conclusione non s'impone, invero, per ragioni di carattere dogmatico.

Nel caso di una norma imprecisa, vi sono situazioni concrete che sono indiscutibilmente riconducibili al termine vago, donde l'applicazione deduttiva del precetto secondo la logica binaria (vero/falso); ma, in ogni altra ipotesi, è connaturale all'interpretazione della norma d'incerto significato la scelta tra valori concorrenti e dunque la sintesi tra interessi.

Questo perché l'interpretazione della norma vaga si realizza inevitabilmente attraverso un giudizio di assimilazione del caso concreto alla fattispecie astratta e la qualificazione giuridica della vicenda giuridica controversa (fatti salvi i casi estremi obiettivamente riconducibili al termine vago risolvibili attraverso mera deduzione sillogistica) dipende dunque sempre da un giudizio di valore che ontologicamente presiede al giudizio di assimilazione⁽⁶⁹⁾.

⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-212/04, in Raccolta, 2006, I, 6057.

⁶⁷ Corte di giustizia, sentenza 15/7/1964, in causa 6/64, Costa/Enel, in Raccolta, 1964, 1141.

⁶⁸ F. MERUSI, Il codice del giusto processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2011, 1 ss., afferma «la competenza esclusiva della pubblica amministrazione nella scelta fra più soluzioni astrattamente possibili secondo le varie manifestazioni della problematica delle clausole generali, dei concetti giuridici indeterminati e del rinvio a norme non giuridiche».

⁶⁹ F. FOLLIERI, Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, *cit.*, 267, afferma al proposito che l'interpretazione

Quindi, l'attribuzione dell'interpretazione delle clausole generali al merito amministrativo non può giustificarsi in ragione d'insuperabili necessità di carattere dogmatico, suscettive di differenziare l'interpretazione delle norme elastiche da qualsiasi altra norma di vago contenuto ⁽⁷⁰⁾.

Il problema è, dunque, di carattere pragmatico ed è didascalicamente riassumibile nella paremia “riserva di amministrazione vs. effettività della giurisdizione”, e si vuole qui affrontare, non secondo l'angusta prospettiva della tradizione (che – com'è noto – fatica persino ad ammettere il sindacato sulla discrezionalità tecnica), bensì in una visione teleologicamente orientata all'*effet utile* della norma UE).

Si tratta di un problema non nuovo, perché v'è da individuare (quantunque nella nuova prospettiva euro-funzionale) il discrimine tra l'interpretazione della norma e la discrezionalità amministrativa, e, dunque, si devono tracciare i confini del sindacato giurisdizionale.

È, appunto, la prospettiva che cambia: lo sguardo non può più essere volto al passato (la dogmatica della tradizione), ma alle esigenze attuali di effettività della norma europea ⁽⁷¹⁾.

della norma vaga «è determinata non da una deduzione ma da una valutazione dell'esigenza assiologica sottesa alla norma e posta in relazione al contesto di interessi del caso concreto [sicché] il giudice esercita un potere normativo interstiziale (*interstitial legislation*), delegatogli dal legislatore in misura dipendente dalla formulazione linguistica della disposizione [perché] La scelta di assimilare consiste nella scelta se realizzare o meno nel caso concreto l'assetto di valori cui la norma mira, per mezzo dell'irrogazione della conseguenza giuridica [e dunque] Nella contrapposizione fra valori in gran parte inconciliabili, “personificati” nelle parti del giudizio e “concretizzati” nelle circostanze del caso, il giudice preferisce quegli interessi che vengono soddisfatti per mezzo della conseguenza giuridica cui conduce l'assimilazione, a scapito degli altri che sarebbero stati soddisfatti dalla conseguenza cui conduce la differenziazione [e quindi] il giudice preferisce (più o meno consapevolmente) un assetto di interessi».

⁷⁰ Coerentemente a quanto qui sostenuto, F. FOLLIERI, *op. cit.*, 339, afferma che «la qualificazione alla stregua di clausole generali non esige forme logiche diverse da quelle già viste per l'applicazione di termini vaghi: v'è sempre il confronto fra stato-di-cose da giudicare e intensione della fattispecie (composta anche da una clausola generale) che si risolve in un'assimilazione dei due poli messi a confronto, al fine di sussumere il caso nella classe delineata (in maniera “sfumata”) dalla fattispecie astratta».

⁷¹ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, *cit.*, sostiene che «la ponderazione degli interessi conserva un margine di libertà che le varie regole sulla ponderazione elaborate dai vari Paesi della Comunità (le figure sintomatiche italiane; gli standards dell'*excès de pouvoir* francesi; le varie manifestazioni dell'*Ermessenmissbrauch* tedesco) hanno scalfito solo

Sicché, dovrà senz'altro essere abbandonata la tradizione interpretativa ogniqualvolta il principio elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza si ponga in contrasto con l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE.

Ciò in somiglianza a quanto la Corte di Strasburgo ebbe ad affermare – nel noto caso *Hornsby* – al proposito del principio CE-DU del giusto processo e della sua antinomia con il principio dottrinario della c.d. riserva di amministrazione come limite al sindacato del giudice amministrativo ⁽⁷²⁾.

dall'esterno. Il merito amministrativo è di per sé nemico dell'uniformità comunitaria».

⁷² Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sentenza 19/3/1997, *Hornsby v. Greece*, in www.hudoc.echr.coe.int, ove si legge: *»By lodging an application for judicial review with the State's highest administrative court the litigant seeks not only annulment of the impugned decision but also and above all the removal of its effects. The effective protection of a party to such proceedings and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities' part to comply with a judgment of that court. The Court observes in this connection that the administrative authorities form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice. Where administrative authorities refuse or fail to comply, or even delay doing so, the guarantees under Article 6 (art. 6) enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose». Ma, soprattutto, è rilevante quanto affermato dal giudice Morenilla nella sua «Concurring Opinion», ove, appunto, si legge «The French Conseil d'État has succeeded in turning administrative proceedings into a safeguard for the individual against excesses on the part of the public authorities by making them similar to civil proceedings, with just one difference: the review of the lawfulness of the administrative decision in issue carried out by the administrative courts ... Because of the way the system has developed over the course of time, its primary purpose is to review the lawfulness of the impugned decision (particularly by means of an application to set aside). In such proceedings the administrative court, in setting aside the unlawful decision, exhausts its powers. "Thus the judge can only set aside the unlawful administrative decision, otherwise he would infringe the principle of the separation between administrative authorities and administrative courts. He cannot, by his own judicial decisions, try to fill in the vacuum created by the decision to set aside" (see Debbasch-Ricci, *Contentieux administratif*, Paris, 1990, p. 833) ... Consequently, in spite of the difficulties of adapting it to a now outdated concept of historical administrative law (see Garcia de Enterría-Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1986, vol. II, pp. 36-54), on the effectiveness of the fundamental right of access to a court I agree with the majority's finding of a violation. This element is becoming essential for the administration of justice in a democratic society and a firm enunciation of the principle seems to me as timely as it is necessary. Administrative decisions*

Cortocircuito tra principi che, intuitivamente, s'innesta anche nel confronto tra il principio di effettività della norma europea e la (ritenuta) competenza esclusiva della pubblica amministrazione nella scelta tra più soluzioni astrattamente ammesse dalla clausola generale o dal concetto giuridico indeterminato.

4.– La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle clausole generali.

Ancorché sia nettamente distinta la discrezionalità amministrativa da quella interpretativa (l'integrazione valutativa delle clausole generali), nella giurisprudenza UE s'individuano due differenti modelli di sindacato sulle clausole generali.

Questo quantunque il giudice europeo abbia mantenuto, nel corso degli anni, sempre costante l'apparente condiscendenza all'astratto principio della giustiziabilità del solo errore manifesto commesso nella valutazione dei presupposti di applicazione della norma⁽⁷³⁾, e il *self-restraint* su di un sindacato intrinseco debole.

In un primo tempo, la Corte di giustizia, ancorché nell'affermazione dell'astratto principio della sindacabilità dell'errore manifesto, ha ogniqualvolta sbrigativamente rigettato le censure del ricorrente senza argomentare sui motivi della sua decisione, senza cioè dare conto delle ragioni per cui si fosse esclusa la ricorrenza, nel caso sottoposto al suo giudizio, del travisamento dei fatti costitutivi della fattispecie definita attraverso un concetto giuridico indeterminato. In tal modo, dunque, esercitando un *self-restraint* che l'ha condotta persino a ripiegare (*quoad ad effectum*) su di un più evanescente sindacato giurisdizionale di tipo estrinseco/formale.

Appartengono a questo primo periodo (di *self-restraint* giurisdizionale) due fondamentali sentenze.

Nella prima (*Racke*) al proposito dell'interpretazione del concetto giuridico indeterminato di «rischi di perturbazione», la Corte di giustizia ha affermato che, «dovendo dare un giudizio su una situazione economica complessa, la Commissione e il comitato di

are ceasing to occupy the dominant position in administrative proceedings and becoming merely the reason for their existence. The object of administrative proceedings is formed solely by the originating application, from which the legal situations of the individuals concerned are derived». Il caso *Hornsby* è ampiamente descritto in G. CORSO, Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali, in AA. VV., Il Giusto processo, Roma, 2003, 51 ss.

⁷³ P. CRAIG. *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 401; sue sono le utili indicazioni giurisprudenziali.

gestione dispongono in proposito di un ampio potere discrezionale [sicché] il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di detto potere deve limitarsi agli eventuali vizi di errore manifesto, sviamento di potere o palese sconfinamento dai limiti del potere discrezionale»⁽⁷⁴⁾.

Nella seconda (*Philip Morris*), la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sugli indefiniti concetti di «tenore di vita anormalmente basso», di «grave forma di sottoccupazione» e di «grave turbamento dell'economia», ha ribadito che «la Commissione è titolare di un potere discrezionale, il cui esercizio comporta valutazioni di ordine economico e sociale»⁽⁷⁵⁾.

In entrambi i casi, la Corte di giustizia ha, però, respinto la censura del ricorrente, senz'altra motivazione che il richiamo all'astratto principio, assumendo un atteggiamento deferente nei confronti della Commissione, analogo a quello del nostro Consiglio di Stato.

Dunque, in questa prima fase, il sindacato della Corte di giustizia sull'interpretazione di una clausola generale è evanescente, solo formalmente di tipo intrinseco debole, ma piuttosto, nella concretezza delle sue pronunce, di tipo estrinseco/formale.

In un secondo momento, ancorché richiamandosi alla giurisprudenza del periodo precedente (e quindi nella logica di un'apparente continuità), il giudice europeo, pur applicando il medesimo astratto criterio di un sindacato intrinseco debole sull'esercizio della discrezionalità interpretativa (alla ricorrenza di «errore manifesto, sviamento di potere o palese sconfinamento dai limiti del potere discrezionale»), ha nondimeno svolto un più penetrante controllo sull'operato delle istituzioni comunitarie, configurabile, sempre agli effetti dei risultati pratici delle decisioni, a un sindacato intrinseco di tipo forte.

Appartengono a questo periodo due basilari sentenze.

Nella prima (*Pfizer*), al proposito del «principio di precauzione» (principio che non è definito né dai Trattati né dal diritto derivato, come tale concetto giuridico indeterminato), il Tribunale ha sindacato l'esercizio della discrezionalità interpretativa, valutando se «le istituzioni comunitarie non hanno correttamente considerato tutti gli elementi di fatto pertinenti del caso di specie [e] sulla base dei dati di fatto così accertati ... abbiano oltrepassato i limiti del loro potere discrezionale», attraverso una motivazione di ben trentanove

⁷⁴ Corte di giustizia, sentenza 25/1/1979, in causa 98/78, *Racke / Hauptzollamt Mainz*, in Raccolta, 1989, 69.

⁷⁵ Corte di giustizia, sentenza 17/9/1980, in causa 730/79, *Philip Morris / Commissione*, in Raccolta, 1980, 2671, commentata da J. FLYNN, *The Philip Morris Decision Upheld by the European Court*, in *European Law Review* 1981, 208.

pagine (una sorta di procedimento in contraddittorio all'interno del processo), che l'ha poi condotto a respingere il ricorso all'esito di una sostanziale ripetizione della valutazione assegnata alle istituzioni comunitarie ⁽⁷⁶⁾.

Nella seconda (*Tetra Laval*), al proposito della «posizione dominante» (altra clausola generale), il Tribunale, sempre ribadendo il formale ossequio al principio della riserva di amministrazione, giunge a censurare la discrezionalità interpretativa della Commissione in ragione del fatto che «la decisione impugnata non fornisce elementi di prova sufficientemente convincenti a dimostrare che ... si creerebbe a favore della nuova entità ... una posizione dominante sui mercati» ⁽⁷⁷⁾.

In questa seconda fase, quantunque nel formale rispetto della tradizione, si assiste, dunque, a una radicale evoluzione della giurisprudenza UE verso un tipo di sindacato intrinseco forte; e, a rendere tangibile il senso della svolta, è oltremodo indicativa la circostanza che lo stesso presidente del Tribunale ha pubblicato un suo scritto a difesa della sentenza ⁽⁷⁸⁾.

⁷⁶ Tribunale, sentenza 11/9/2002, in causa T-13/99, *Pfizer Animal Health / Consiglio*, in Raccolta, 2002, II, 3305, commentata da A.M. PRINCIGALLI, Il principio di precauzione: danni "gravi e irreparabili" e mancanza di certezza scientifica, in *Dir. agr.*, 2004, 145.

⁷⁷ Tribunale, sentenza 25/10/2002, in causa T-5/02, *Tetra Laval / Commissione*, in *Foro. It.*, 2003, IV, 123, con nota di G. COLANGELO.

⁷⁸ B. VESTERDORF, *Certain Reflections on Recent Judgments Reviewing Commission Merger Control Decisions*, in M. HOSKINS e W. ROBINSON, *A True European, Essays for Judge David Edward*, Oxford, 2003, 118. Vi si legge: «Regarding ... the examination of what will be the likely effect of the merger on the competitive situation on the market, the CFI has stated that, as long as the facts regarding the existing situation have been proved satisfactorily, the Commission enjoys a certain margin of appreciation regarding its analysis of the immediate or future effects of the merger in question. This means in particular, as the CFI stated clearly in *Petrolensence*, that, when reviewing "complex economic assessments made by the Commission in exercising the discretion conferred on it by Regulation No 4064/89", the control exercised by the Community judicature "must be limited to ensuring compliance with the rules of procedure and the statement of reasons, as well as the substantive accuracy of the facts, the absence of manifest errors of assessment for that of the Commission". The margin of appreciation is, however, clearly a function of the degree of discretion involved. Thus ... a certain margin of appreciation will, in accordance with *Kali and Salz* (paragraph 226), be attributed to the Community judicature to that part of the Commission's assessment of the likely creation or strengthening of a dominant position (or the absence thereof) that is based upon inferences drawn for primary facts, while a greater margin will be allowed to pure economic assessments. In so far as a case turns on the

Difatti, nel caso *Tetra Laval* la Commissione ha poi impugnato la sentenza del Tribunale proprio lamentando una contraddizione tra lo standard di giudizio dichiarato, formalmente rispettoso della tradizione giudiziaria sui limiti del sindacato debole sui provvedimenti amministrativi discrezionali delle istituzioni comunitarie, e quello effettivamente applicato, che aveva condotto il Tribunale a sostituirsi alla Commissione nell'esercizio della sua potestà amministrativa.

La Corte di giustizia ha, però, respinto l'impugnazione della Commissione, affermando che «Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono»⁽⁷⁹⁾.

In tal modo, la Corte di giustizia ha chiaramente forgiato (sia pure nel concreto della pronuncia piuttosto che nell'astratta de-

completive impact of the merger (the creation or strengthening of a dominant position having been established) the margin of appreciation accorded is likely to be large as, by definition, the Community judicature will almost invariably be examining complex economic assessments made by the Commission. These principles have been unequivocally stated and, I suggest, correctly applied by the CFI in the recent cases ... When the CFI refers, as it has done in particularly in Airtours, Tetra Laval and BaByliss cases to the Commission's not having proved a claim to a sufficient legal standard or the absence of "convincing evidence", it is quite clear that CFI means that, having regard to primary facts and the direct inferences made therefrom, the particular prospective positive or negative analysis of the Commission decision at issue is so uncertain as to amount to, or form part of what amounts overall to, a manifest error of appreciation. I do see any difference of substance between this approach and that of the Court of Justice, upon which is based, in Kali and Salz ... The Airtours and Tetra Laval cases also illustrate, I believe, that the scope of the margin of assessment allowed to the Commission should be a function of the novelty and/or controversial or contested nature of economic theory(ies) upon which it bases its assessment».

⁷⁹ Corte di giustizia, sentenza 15/2/2005, in causa C-12/03, Commissione / Tetra Laval, in Foro Amm., CDS, 2005, 272, richiamata da P. GRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, 2015, quale punto di svolta dell'evoluzione verso un sindacato più penetrante della *judicial review* delle corti europee sulle scelte dell'amministrazione pubblica.

clamazione dei principi, com'è del resto tipico della giurisprudenza UE) il sindacato giurisdizionale sulle clausole generali alla stregua di un sindacato intrinseco forte.

Questa logica di sindacato intrinseco forte è divenuto *ius receptum* nelle due coeve sentenze *KME Germany* ⁽⁸⁰⁾ e *Chalkor* ⁽⁸¹⁾.

Invero, in ambedue le sentenze si legge: «Per quanto riguarda il controllo di legittimità, la Corte ha statuito che, sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte».

5.– La giurisprudenza del Consiglio di Stato sui concetti giuridici indeterminati.

Dopo decenni di atteggiamento cauto della giurisprudenza ⁽⁸²⁾, refrattaria ad accogliere le sollecitazioni che gli provenivano dalla migliore dottrina, la svolta si è avuta nel 1999, quando il Con-

⁸⁰ Corte di giustizia, sentenza 8/12/2011, in causa C-389/10, *KME Germany e a. / Commissione*, in *Raccolta*, 2011, I, 13125, commentata da A.L. SIBONY in *Common Market Law Review*, 2012, 1977 ss, la quale osserva che «*The KME judgment is a significant but somewhat disappointing contribution to the discussion regarding the compatibility of the EU regime for the public enforcement of competition law with the fundamental right to a fair trial*».

⁸¹ Corte di giustizia, sentenza 8/12/2011, in causa C-386/10, *Chalkor / Commissione*, in *Raccolta*, 2011, I, 13085, commentata da A. LACRESSE, *Recours juridictionnel effectif: La CJUE confirme l'exercice par le Tribunal d'un contrôle de pleine juridiction sur les sanctions infligées par la Commission en matière de concurrence*, in *Revue des droits de la concurrence*, 2012, 181.

⁸² A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, III, 304, definisce, quell'atteggiamento, appunto, «deferente» nei confronti della P.A..

siglio di Stato, con una storica sentenza (⁸³), dichiarò per la prima volta che «Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità ... è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato ... dunque, del merito dell'atto amministrativo. La c.d. discrezionalità tecnica, invece, è altra cosa dal merito amministrativo ... L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito ... Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, 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» (⁸⁴).

Se di svolta si può effettivamente discorrere con riferimento all'assoggettamento della discrezionalità tecnica a un sindacato intrinseco, tuttavia, restava all'epoca ancora irrisolta la questione centrale di come quel sindacato intrinseco dovesse essere: (i) di tipo forte, potendo cioè il giudice amministrativo sostituire la propria valutazione a quella della P.A.; (ii) o se invece il giudice dovesse limitarsi a un esame secondo i canoni di ragionevolezza, logicità e coerenza della valutazione tecnica, quello che appunto è definito «il paradigma classico dell'eccesso di potere» (⁸⁵).

Oggi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla sindacabilità dei concetti giuridici indeterminati (⁸⁶), e tra essi le regole

⁸³ G. MOLICA, Sulla responsabilità civile delle autorità amministrative indipendenti, in *Giur. comm.*, 2016, 256 ss., parla al proposito, addirittura di «*big bang* giurisprudenziale».

⁸⁴ Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 9/4/1999, n. 601, in *Foro amm.*, 2000, 422, con nota di L. R. PERFETTI, Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica, *cit.*. Al proposito si veda altresì anche il commento di M. DELSIGNORE, Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185, e di P. LAZZARA, Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 212,

⁸⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 6/10/2001, n. 5287, in *Foro it.*, 2002, III, 414, con nota di E. GIARDINO.

⁸⁶ Gli *unbestimmte Rechtsbegriffe* della teoria di W. JELLINEK, in *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Berlino, 1931, che si caratterizzano e si distinguono dagli *unbestimmte Begriffe* (i

extragiuridiche che impingono sulla discrezionalità tecnica, è così compendiata: « ... il giudice amministrativo – nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità – può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato ... Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità»⁽⁸⁷⁾.

Nell'affermata necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale a livello UE e di tutelare, al contempo, anche la c.d. riserva di amministrazione, il Consiglio di Stato ha, dunque, da ultimo abbandonato la sua tradizionale giurisprudenza che consentiva, in simili casi, un controllo giurisdizionale nei limiti della ragionevolezza della scelta amministrativa, così da sanzionare solo valutazioni evidentemente irrazionali o contraddittorie ovvero fondate su elementi di fatto erronei o travisati⁽⁸⁸⁾ – com'è per il sindacato di una scelta di discrezionalità amministrativa –, ma ha nondimeno ribadito

concetti non giuridici indeterminati assegnati al merito dell'azione amministrativa) in ragione del fatto che consentono alla P.A. solo di uniformarsi all'«unica decisione giusta» della teorica di F. TEZNER (*Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888). Al proposito, si rinvia a D. DE PRETIS, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, *cit.*, ove si dà conto dell'approccio della dogmatica tedesca agli *unbestimmte Rechtsbegriffe* – tradizionalmente collocati sul versante della fattispecie normativa – tra i quali sono catalogati, in effetti, alcuni sintagmi (ordine pubblico, grave motivo, morale e buon costume) definibili quali clausole generali.

⁸⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 14/10/2016, n. 4266, in *Foro. amm.*, CDS, 2016, 2347, commentata da R. MONGILLO, *Provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust e applicabilità dell'art. 6 Cedu: necessità di un adeguato controllo da parte di "organes judiciaires de pleine jurisdiction"* su *Rass. dir. civ.*, fasc. 3, 2012, 738.

⁸⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24/12/2009, n. 8723, in www.giustizia-amministrativa.it.

il proprio rifiuto di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio della valutazione integrativa di un concetto giuridico indeterminato, quantunque ciò sia necessario alla definizione di una clausola generale e, dunque, di una astratta regola giuridica.

Diverso è, invece, l'approccio quando si tratti di applicare clausole generali del diritto privato (la buona fede, tra le altre), in questi casi affermando il Consiglio di Stato che «il governo delle regole giuridiche sia affidato alla prudente valutazione dell'autorità giurisdizionale cui è istituzionalmente affidato il delicato compito di intermediare, rispetto alle singole fattispecie concrete, le clausole generali disperse nell'ordinamento positivo»⁽⁸⁹⁾.

Il differente approccio, probabilmente, si giustifica in ragione del fatto che, nell'esercizio di una potestà amministrativa definita dalla norma di azione mediante clausole generali, la valutazione integrativa del concetto giuridico indeterminato impinge sulla valutazione discrezionale di interessi concorrenti, mentre nel caso delle clausole generali del diritto privato, ancorché operanti in rapporti di diritto amministrativo (la c.d. attività amministrazione di diritto privato⁽⁹⁰⁾), vi è da risolvere un contrasto tra interessi antagonisti disciplinati da una norma di relazione intersoggettiva definita attraverso un concetto indeterminato⁽⁹¹⁾.

Eppure, una simile differenza di disciplina del sindacato giurisdizionale, se anche può soddisfare immediate esigenze di carattere pragmatico, certo non appaga il bisogno di coerenza sistematica che la dogmatica richiede: essendo in ambedue le ipotesi sempre richiesto al giudice amministrativo di interpretare una norma definitiva attraverso concetti volutamente indeterminati, al fine di soddisfare la funzione omeostatica dell'ordinamento.

⁸⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 24/10/2006, n. 6347, in *Foro amm.*, CDS, 2006, 10, 2844.

⁹⁰ A. AMORTH, Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss

⁹¹ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Monaco, 1955, ritiene che la diversità del sindacato del giudice civile e di quello amministrativo nell'interpretazione del concetto giuridico indeterminato di buona fede si giustifica in ragione del fatto che nelle controversie tra soggetti privati nessuno di loro può imporre il proprio punto di vista in ordine all'interpretazione della clausola generale, mentre il sintagma di buona fede contenuto in una legge amministrativa è interpretato attraverso atti che per loro natura sono destinati a imporre unilateralmente il punto di vista della pubblica amministrazione, e che quindi possono essere censurati dal giudice amministrativo solo se fuoriescono dallo spazio di libera valutazione (*Beurteilungsspielraum*) delimitato dal criterio di sostenibilità (*Vertretbarkeit*) della soluzione da essa scelta.

6.– Le convergenze parallele.

L'ossimoro bene descrive il rapporto tra gli approdi ultimi dei percorsi giurisprudenziali.

La Corte di giustizia e il Consiglio di Stato convergono sull'assunto teorico: il sindacato sui concetti giuridici indeterminati delle clausole generali è di tipo intrinseco forte, spingendosi sin dove il giudice non sia costretto a sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà di natura discrezionale.

Nondimeno gli esiti di quell'apparente convergenza dogmatica conducono a risultati concreti ancora assai distanti (ancorché meno di quanto fosse in un passato assai prossimo).

A livello UE, infatti, il giudice, da ultimo, si spinge finanche a riprodurre all'interno del processo l'istruttoria procedimentale, e dunque a sostituirsi alla Commissione nell'esercizio di un'attività interpretativa (e non di discrezionalità amministrativa) ancorché dagli esiti opinabili, alla sola condizione di fare con ciò applicazione di teorie della scienza non giuridica sufficientemente sperimentate e ampiamente condivise⁽⁹²⁾.

Quindi, l'opinabilità è, qui, di ostacolo al sindacato giurisdizionale solo quando impinga sul canone extragiuridico (la teoria scientifica), non già quando l'esito di quell'interpretazione sia opinabile, perché non consegua come inevitabile dalle premesse in una logica binaria (vero o falso) di matrice matematica, bensì emerga imprevedibile in una logica *fuzzy* dagli esiti in buona parte non pronosticabili *ex ante*⁽⁹³⁾.

Il giudice nazionale, di contro – sia pure nel richiamo al medesimo astratto principio giuridico della necessità di un sindacato penetrante sull'esercizio della pubblica potestà a presidio dell'effettività del nostro sistema di giustizia amministrativa specie in funzione di tutela di situazioni giuridiche soggettive di rilevanza europea – si arresta di fronte all'opinabilità degli approdi interpretativi, in tal guisa attribuendo gli apprezzamenti tecnici (siccome opinabili, a differenza di ciò che è per gli accertamenti tecnici) al merito amministrativo⁽⁹⁴⁾.

⁹² In questo senso l'accento a «*the novelty and/or controversial or contested nature of economic theory(ies) upon which [the Commission] bases its assessment*» di B. VESTERDORF, *Certain Reflections on Recent Judgments Reviewing Commission Merger Control Decisions*, cit..

⁹³ F. MERUSI, Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa, cit..

⁹⁴ M. SIRAGUSA, L'effetto delle decisioni delle Autorità Nazionali della Concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta

Sennonché, la distinzione tra accertamenti e apprezzamenti tecnici è giuridicamente infondata («la tecnica è sempre una componente della norma, anche se pone questioni opinabili»⁹⁵).

Donde, non vi sarebbe ostacolo (nei principi di tripartizione dei poteri e nella c.d. riserva di amministrazione) alla sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione ogniqualvolta si tratti di interpretare (e non di applicare) la norma, quantunque sia definita attraverso clausole generali che richiamano nella fattispecie concetti giuridici indeterminati suscettibili di divenire intelligibili solo attraverso la selezione discrezionale di una tra le plurime soluzioni (tutte scientificamente valide) che la tecnica ritiene possibili in un determinato caso⁹⁶.

della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano, in *Conc. merc.*, 2014, 313, con riguardo all'art. 9 della direttiva 2014/104/EU, recante l'obbligo degli Stati membri di introdurre previsioni finalizzate ad assicurare che una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini di eventuali azioni risarcitorie dinanzi ai rispettivi giudici nazionali, afferma, appunto che «Il Tar e il Consiglio di Stato garantiscono infatti un completo riesame delle decisioni Agcm solo limitatamente all'ammontare della sanzione. Rispetto all'accertamento dell'infrazione, invece, i giudici amministrativi si limitano ad un sindacato c.d. “debole”, rinunciando a sostituire la propria valutazione a quella compiuta dall'Agcm per quanto concerne i “profili tecnici [in cui] siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza” Ebbene proprio questi «profili tecnici» — caratterizzati da un «margine di opinabilità» eppure sottratti ad un completo controllo giurisdizionale — sono esattamente gli stessi accertamenti che la direttiva renderebbe vincolanti per il giudice nazionale. Ora, è già difficile accettare che questi profili siano soggetti soltanto a un sindacato «debole» nell'ambito di un processo di impugnazione sulla validità dell'atto sanzionatorio, in quanto tale approccio sembra ben lungi dal soddisfare i precisi requisiti fissati dalla Corte di Strasburgo in Menarini».

⁹⁵ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato cit.*, 233.

⁹⁶ F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669, afferma: «La discrezionalità, cioè, non deve comunque costituire uno schermo ad un effettivo accesso ai fatti. Ciò con la conseguenza, tra l'altro, che le valutazioni tecniche complesse debbono essere pienamente sindacabili. Si deve cioè arrivare ad un sindacato giudiziale sulla effettiva condivisibilità delle conclusioni a cui giunge la Commissione, ossia sulla capacità dei dati economici rilevanti a corroborare gli

Significativamente, l'Avvocato Generale Juliane Kokott, nella controversia *Wippel*, ha affermato che «qualora già prima dell'emanazione di una direttiva vi siano disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che si avvalgono di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati, cade nel vuoto anche l'obiezione secondo cui i giudici non potrebbero precedere le decisioni del legislatore inerenti alla trasposizione di una direttiva. Infatti, il giudice nazionale, limitandosi attraverso un'interpretazione conforme alla direttiva a sfruttare un margine di discrezionalità a lui già riconosciuto dal legislatore nell'ambito di disposizioni nazionali esistenti, non fa che esercitare un compito in tutto e per tutto di sua competenza»⁽⁹⁷⁾.

Sicché, la valutazione discrezionale che il concetto giuridico indeterminato impone di fare tra più soluzioni concorrenti suggerite dal criterio extragiuridico (eventualmente di natura tecnica) utilizzato per interpretare una clausola generale è »in tutto e per tutto« di competenza del giudice nazionale.

Questa non è, però, l'opinione del nostro giudice della nomofilachia amministrativa.

Perciò, bisogna trovare una diversa prospettiva per (tentare di) giungere a una differente conclusione, e un approdo sicuro c'è indicato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

7.- La *full jurisdiction* della Corte di Strasburgo.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'astratto principio del giusto processo dell'art. 6 CEDU si declina, con riferimento al processo amministrativo, nel precetto concreto della *full jurisdiction*.

Ciò vale a dire, un processo affidato a giudici con giurisdizione sul merito della controversia⁽⁹⁸⁾ e che non si considerino in ciò vincolati dai precedenti accertamenti della pubblica amministra-

esiti del giudizio tecnico complesso, non bastando che tali esiti si fondino su risultanze esatte, coerenti ed attendibili». Allo stesso modo, M. ALLENA, Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse, *cit.*, sostiene che «non sono accettabili forme di accertamento definitivo da parte dell'autorità governativa, ossia non è ammissibile un approccio giudiziale che riconosca una sorta di *ipse dixit* in capo all'amministrazione».

⁹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-313/02, in Raccolta, 2004, I, 9483.

⁹⁸ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, § 82, in www.hudoc.echr.coe.int.

zione⁽⁹⁹⁾; non potendosi altrimenti ritenere la causa decisa da un giudice indipendente e imparziale⁽¹⁰⁰⁾.

Così che nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo il procedimento e il processo amministrativo si giustappongono senza soluzione di continuità, elidendo la distinzione funzionale tra giurisdizione e amministrazione, in guisa tale da imporre un sindacato giurisdizionale sulle scelte della pubblica amministrazione intrinseco, forte e diretto⁽¹⁰¹⁾.

Questo principio, quantunque non direttamente operativo nel processo nazionale (com'è, invece, per i principi espressi dalla Corte di giustizia che s'impongono direttamente sull'antinomica norma nazionale, attraverso l'effetto conformativo dell'*effet utile*), nondimeno, non può essere trascurato nell'esegesi della norma processuale, così come definita dagli Stati membri nell'esercizio della loro (autonomia procedurale conformata ai principi *Rewe*, che perciò è più propriamente una) competenza procedurale funzionalizzata⁽¹⁰²⁾.

La Corte di Strasburgo, con la storica sentenza *Hornsby* ha, infatti, statuito che «*By lodging an application for judicial review with the State's highest administrative court the litigant seeks not only annulment of the impugned decision but also and above all the removal of its effects. The effective protection of a party to such proceedings and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities' part to comply with a judgment of that court. The Court observes in this connection that the administrative authorities form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice. Where administrative authorities refuse or fail to comply, or even delay doing so, the guarantees under Article 6 (art. 6) enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose*»⁽¹⁰³⁾.

Ed è leggendo la *concurring opinion* del giudice Morenilla

⁹⁹ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sez. V, 21 luglio 2011, casi nn. 32181/04 35122/05, *Sigma Radio Televisioni Ltd v. Cyprus*, § 157, in www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁰⁰ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. IV, 27 ottobre 2009, caso n. 42509/05, *Crompton v. The United Kingdom*, § 73, in www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁰¹ F. GOISIS, *La full jurisdiction* nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss., cui si devono anche gli utili riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰² D.U. GALETTA, L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea, *cit.*, p. 39.

¹⁰³ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sentenza 19/3/1997, *Hornsby V. Greece*, in www.hudoc.echr.coe.int.

che quella giurisprudenza assume il chiaro significato dell'affermazione di un'antinomia tra giustiziabilità di una situazione giuridica soggettiva e i pretesi limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione: «*The French Conseil d'État has succeeded in turning administrative proceedings into a safeguard for the individual against excesses on the part of the public authorities by making them similar to civil proceedings, with just one difference: the review of the lawfulness of the administrative decision in issue carried out by the administrative courts ... Because of the way the system has developed over the course of time, its primary purpose is to review the lawfulness of the impugned decision (particularly by means of an application to set aside). In such proceedings the administrative court, in setting aside the unlawful decision, exhausts its powers. "Thus the judge can only set aside the unlawful administrative decision, otherwise he would infringe the principle of the separation between administrative authorities and administrative courts. He cannot, by his own judicial decisions, try to fill in the vacuum created by the decision to set aside" (see Debbasch-Ricci, Contentieux administratif, Paris, 1990, p. 833) ... Consequently, in spite of the difficulties of adapting it to a now outdated concept of historical administrative law (see Garcia de Enterría-Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1986, vol. II, pp. 36-54), on the effectiveness of the fundamental right of access to a court I agree with the majority's finding of a violation. This element is becoming essential for the administration of justice in a democratic society and a firm enunciation of the principle seems to me as timely as it is necessary. Administrative decisions are ceasing to occupy the dominant position in administrative proceedings and becoming merely the reason for their existence. The object of administrative proceedings is formed solely by the originating application, from which the legal situations of the individuals concerned are derived*»¹⁰⁴).

Sicché, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, «*where, as here, decisions taken by administrative authorities ... determine civil rights and obligations ... it is necessary that such decisions be subject to subsequent control by a "judicial body that has full jurisdiction" ... the applicant ... had no effective access to a judicial tribunal satisfying the requirements of Article 6 § 1 of the Convention [if] essential function of the national courts when deciding ... is to verify that the formal conditions laid down in the relevant legislation for making such entries have been fulfilled [and] It*

¹⁰⁴ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 19/3/1997, *Case Of Hornsby v. Greece, Concurring Opinion Of Judge Morenilla*, in www.hudoc.echr.coe.int.

is not the role of the courts to examine the substantive reasons for which the compulsory administration has been imposed» (¹⁰⁵).

Donde, «*In a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts ... By way of contrast, the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently»* (¹⁰⁶).

Quindi, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, vi è violazione del principio fondamentale della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive se vi è impedimento al giudice di accedere direttamente al fatto su cui s'innesta la scelta della pubblica amministrazione, essendo recessivo rispetto al principio di effettività della giurisdizione (inteso come *full jurisdiction*) il principio di riserva di amministrazione (¹⁰⁷).

Invero, la Corte di Strasburgo, con la nota sentenza *Menarini*, ha ritenuto coerente il modello di sindacato offerto dal nostro giudice amministrativo con il principio di cui all'art. 6 CEDU, solo perché nella vicenda concreta «la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. I giudici amministrativi hanno potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l'AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico» (¹⁰⁸).

¹⁰⁵ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 21/10/2003, *Credit And Industrial Bank V. The Czech Republic*, in www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁰⁶ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 26/1/2009, *Družstevní Záložna Pria And Others V. The Czech Republic*, www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁰⁷ M. ALLENA, Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse, *cit.*, sostiene che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo «un'eventuale "riserva" di attività amministrativa in capo all'amministrazione tende ad essere ritenuta ammissibile solo ove strettamente funzionale al compimento di scelte di *policy* che, come tali, possano realisticamente coinvolgere il principio di sovranità popolare».

¹⁰⁸ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 27/9/2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. C. Italie*, in www.hudoc.echr.coe.int. Ciò quantunque, in effetti, la società ricorrente sostenesse che «il controllo giurisdizionale del TAR è "debole" e che vi è stata certamente una perdita di efficacia della difesa, dal momento che è vietato al giudice procedere ad un controllo intrinseco». Sicché la sentenza, più che affermare l'astratta coerenza del

Sicché, non si può trarre da quel precedente la conferma che il modello di sindacato offerto dal nostro sistema sui provvedimenti della P.A. sia coerente con i requisiti di un giudizio effettivo di piena giurisdizione (¹⁰⁹).

8.- Conclusioni

L'interpretazione di una clausola generale è indubbiamente attività discrezionale, perché suscettibile di condurre a esiti opinabili (*fuzzy truths*) in conseguenza di giudizi di valore che la legge delega all'interprete.

Ciò non impinge, tuttavia, sul merito della scelta amministrativa.

Questo agevolmente si spiega nel riferimento all'insegnamento di Benvenuti, che ha inteso deideologizzare il potere discrezionale, facendo riemergere ciò che lo accumuna all'interpretazione e dunque la stretta contiguità tra giurisdizione e amministrazione (¹¹⁰).

Di questa necessità di deideologizzare il potere discrezionale si trova conferma anche in autorevole dottrina straniera, ove si è affermato che «*The demarcation between law, fact, and discretion can however be problematic ... It is moreover not uncommon for courts to demarcate on functional grounds, the labels, law, fact, or discretion will be chosen to reflect judicial preconceptions as to how far the court wishes to intervene in a particular case ...*» (¹¹¹).

Donde, il punto di partenza è quello (pragmatico) di individuare quali siano le esigenze di tutela dell'ordinamento europeo, così come individuate dai principi *Rewe* di equivalenza e di effettività, per come riflessi dal prisma del principio di *full jurisdiction* della

modello di sindacato degli atti amministrativi come conformato dalla giurisprudenza nazionale, ha invece escluso che nel caso concreto vi fosse stato un *deficit* di tutela giurisdizionale, senza affrontare il tema astratto della configurazione del processo amministrativo, come pure suggerito dalla difesa erariale.

¹⁰⁹ Ciò che invece sostengono R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 153, i quali appunto affermano che «La stessa Corte EDU, con la nota sentenza Menarini, ha ritenuto conforme all'art. 1, par. 1, CEDU, e quindi ai dettami dell'«equo processo», il modello di sindacato offerto dal nostro ordinamento nei riguardi dei provvedimenti sanzionatori irrogati dall'Autorità garante della concorrenza e mercato».

¹¹⁰ L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 95.

¹¹¹ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., 401 (l'enfasi è mia).

Corte di Strasburgo (¹¹²).

In ragione di ciò, si deve, quindi, conformare l'autonomia processuale degli Stati membri (nella logica di una loro «competenza procedurale funzionalizzata» (¹¹³)) per assicurare un sindacato giurisdizionale sulle scelte della pubblica amministrazione che consenta alla Corte di giustizia di esercitare la funzione nomofilattica a essa assegnata dall'art. 267 TFUE.

Nella vicenda che c'interessa (l'interpretazione di una norma europea definita attraverso una clausola generale) è, dunque, poco rilevante distinguere (ciò che è sovente assai difficile) tra discrezionalità e interpretazione, come pure tra merito e legittimità («*the label*») (¹¹⁴).

Quello che importa («*on functional grounds*») è che in nessun modo può essere impedito alla Corte di giustizia di interpretare la norma europea sul rinvio pregiudiziale di un giudice nazionale nei giudizi sui provvedimenti di amministrazione indiretta e di coamministrazione UE.

Nell'approccio deideologizzato: si può prescindere dalla distinzione tra interpretazione e discrezionalità («*the label*»), essendo rilevante esclusivamente quello che la Corte di giustizia ritiene assegnato alla sua competenza giudiziaria («*as to how far the court wishes to intervene*»).

Come nel caso *Hornby*, ogniqualvolta il principio dottrinario della c.d. riserva di amministrazione si ponga in contrasto con

¹¹² M. ALLENA, Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse, *cit.*, afferma che «Per sanare il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. (il quale prevede l'obbligo, per l'ordinamento nazionale, di conformarsi ai «vincoli derivanti dagli obblighi internazionali»), almeno nelle controversie amministrative ricomprese nel campo di applicazione dell'art. 6 CEDU (ossia, oltre a quelle sanzionatorie, sicuramente quelle coinvolgenti gli interessi economici dei cittadini, l'approccio dei giudici nazionali dovrebbe allora profondamente cambiare: perché la «full jurisdiction» sia compiutamente attuata occorre, infatti, che almeno le questioni centrali (anche ove complesse) siano riesaminate compiutamente da parte di un giudice capace di (e in concreto disponibile a) sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione».

¹¹³ D.U. GALETTA, L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: *Paradise Lost?* *cit.*, 136.

¹¹⁴ In questo senso anche F. GOISIS, La *full jurisdiction* nel contesto della giustizia amministrativa, *cit.*, 546 ss., che, in una differente prospettiva (quella del giusto processo ex art. 6 CEDU), suggerisce «... il superamento di una distinzione organica tra giurisdizione ed amministrazione, a favore di criteri funzionali, che, come tali, consentono un'integrazione virtuosa tra procedimento e processo amministrativo».

l'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea ⁽¹¹⁵⁾, la dottrina dovrà elaborarne uno nuovo: per l'ovvio motivo che è la norma (e tali sono anche i principi elaborati dalla giurisprudenza UE all'esito del rinvio pregiudiziale) a condizionare l'interprete e non viceversa.

Questo in coerenza con quanto affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui, « anche sulla spinta evolutiva dell'ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione, si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principi fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale (*full jurisdiction*: art. 6 CEDU e art. 47 dei Diritti fondamentali dell'Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merito amministrativo, insindacabile » ⁽¹¹⁶⁾.

Il principio di effettività della giurisdizione (ora codificato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, come conformato dal precetto della piena giurisdizione di cui all'art. 6 della CEDU) esige, dunque, di superare la giurisprudenza nazionale sull'insindacabilità intrinseca dell'anomalia dell'offerta, perché quel *self-restraint* del giudice amministrativo è sguarnito di ogni giustificazione dogmatica.

Quell'ingiustificato atteggiamento deferente del giudice amministrativo si pone, infatti, vieppiù in contrasto con chiari principi normativi direttamente integranti il nostro ordinamento positivo di giustizia amministrativa nella logica dell'*effet utile* della norma UE di diritto sostanziale, secondo la giurisprudenza *Rewe* sulla competenza processuale funzionalizzata degli Stati membri, teleologicamente orientata all'obbligo d'interpretazione conforme discendente dall'obbligo di «legale cooperazione» di cui all'art. 4 TFUE.

E, perciò, non è davvero più sostenibile.

¹¹⁵ L'effettività della tutela giudiziaria intesa anche quale attuazione del principio di *full jurisdiction*, così come espresso dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, www.hudoc.echr.coe.int, ove si legge: « *it considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various facts* ». Per il diffuso commento della sentenza, si rinvia a C. MAYER e H. WUTSCHER, *The Austrian Administrative Court as a tribunal – justified double standard under Art 6 para 1 ECHR? Reflections following the judgment of the ECtHR in the case of Steininger v Austria*, in *ICL Journal*, 6, Issue, 3-4, 468 ss..

¹¹⁶ Corte di cassazione, Sez. un., sentenza 16/1/2014, n. 774, in *Giust. civ. mass.*, 2014.

