

**Il diritto flessibile e l'effettività delle norme europee: l'ingannevole prospettiva dell'anomalia dell'offerta negli appalti pubblici.**

SOMMARIO: 1.- Il falso mito della riserva di amministrazione. 2.- L'interpretazione della norma elastica. 3.- Concetti giuridici indeterminati, esegetica *fuzzy* ed effettività delle norme UE. 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.

Costituisce *ius receptum* la ripetizione tralaticia 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»<sup>(1)</sup>; con ciò 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»<sup>(2)</sup>.

Vi è ragione di dubitare, per vero, dell'inevitabilità dogmatica di una così inappagante (in termini di effettività della tutela giurisdizionale<sup>(3)</sup>) ricostruzione della fattispecie, essendo quel (non richiesto) *self restraining* del giudice amministrativo piuttosto la conseguenza di un incomprensibile atteggiamento deferente nei confronti della pubblica amministrazione<sup>(4)</sup>.

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»<sup>(5)</sup>.

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»<sup>(6)</sup>: così che difetta, senz'altro, nella fattispecie «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»<sup>(7)</sup>.

Tant'è: la nostra giurisprudenza amministrativa è 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 riferimento alle diverse vicende dell'azione amministrativa in cui essa si rinviene): di una giurisdizione che si fa sinecura.

Per (tentare di) modificare il senso della deriva giurisprudenziale, bisogna, dunque, probabilmente cambiare prospettiva d'indagine: e l'occasione la fornisce 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»<sup>(8)</sup>.

Il cambio di prospettiva, invero, getta un fascio di luce sull'ambito oggetto d'indagine (i limiti - se vi sono - del sindacato giurisdizionale sull'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»<sup>(9)</sup>.

In questo modo appare evidente che l'indeterminatezza del precetto normativo, là dove richiama il concetto giuridico indefinito di offerta anomala, non richiama nella fattispecie un momento di discrezionalità amministrativa (insindacabile), bensì richiede proprio al giudice quella ricerca dei valori (che non è valutazione di opportunità politica<sup>(10)</sup>) che attiene all'interpretazione (e non all'applicazione) della norma<sup>(11)</sup>.

Perciò, il giudice non può (*delegata potestas non potest delegari*) lasciare che siano altri a fare, al posto suo, quella scelta (opinabile nei risultati<sup>(12)</sup>) che il legislatore gli ha delegato di compiere per rendere concreto il concetto giuridico indeterminato contenuto nel precetto normativo, altrimenti insuscettibile d'essere applicato nella concretezza della vicenda oggetto di giudizio<sup>(13)</sup>.

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 restraining* che egli voglia giustificare in conformità ad altri, più evanescenti, principi (quello di separazione dei poteri e di legittimazione democratica del potere della pubblica amministrazione<sup>(14)</sup>) difficilmente rintracciabili nella fattispecie, ma che piuttosto sono l'alibi lessicale a giustificazione di un altrimenti inammissibile atteggiamento deferente del giudice rispetto alla pubblica amministrazione.

## 2.- L'interpretazione della norma elastica.

Ancorché sia senza dubbio «il tempo delle clausole generali»<sup>(15)</sup>, il tema è sostanzialmente ancora inesplorato nel diritto amministrativo<sup>(16)</sup>; e, quantunque vi siano stati da ultimo pregevoli approfondimenti dell'argomento<sup>(17)</sup>, 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<sup>(18)</sup>: 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<sup>(19)</sup>.

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 una valutazione in senso lato politica del loro valore relativo.

Come ebbe a sostenere Giannini, «... a differenza che nella discrezionalità ammi-

nistrativa, 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» (20).

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» (21).

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 (22).

Ciò che, invece, costituisce l'intima essenza di ogni valutazione di discrezionalità amministrativa (23).

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; ciò che implica una valutazione in senso lato politica del loro valore relativo e costituisce l'intima essenza della discrezionalità amministrativa assegnata alla c.d. riserva di 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 precostituiti criteri extralegali o principi generali dell'ordinamento (24), senza però che l'interprete (giudice/amministrazione) assuma, in questo caso, il migliore perseguimento di uno di essi quale obiettivo della sua funzione (25).

### 3.- Concetti giuridici indeterminati, esegetica *fuzzy* ed effettività delle norme europee.

Come ha chiarito da lungo tempo la dottrina germanica, l'interpretazione del concetto giuridico indeterminato è una questione che si riferisce ai diritti (*Rechtsfrage*), perché un conto è che l'amministrazione abbia libertà di comportamento nell'applicazione di un già definitivo precetto normativo (*Handlungsermessen*), altro è la discrezionalità di valutazione (*Beurteilungsermessen*) nella individuazione del precetto e dunque dei presupposti della propria azione (26).

In coerenza 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» (27).

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.»<sup>(28)</sup>.

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<sup>(29)</sup>.

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<sup>(30)</sup>.

È, dunque, l'interpretazione e non già l'esecuzione della norma a innescare la comparazione degli interessi coinvolti nel rapporto giuridico<sup>(31)</sup>.

Sicché, 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»<sup>(32)</sup>.

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*<sup>(33)</sup> - che sfuggono alla rigida dicotomia vero/falso.

Tornando al nostro esempio: un professionista indubitabilmente 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. Ciò 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. Quindi, in tutti questi casi, il risultato dell'interpretazione non è univoco<sup>(34)</sup>: dipendendo dal criterio di selezione affidato a un 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*»<sup>(35)</sup>.

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 amministrativo <sup>(36)</sup>: 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 legalità <sup>(37)</sup>; 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 <sup>(38)</sup>. Sicché, 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 <sup>(39)</sup>, 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» <sup>(40)</sup>.

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 <sup>(41)</sup>.

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 trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma» <sup>(42)</sup>.

Sicché nelle clausole generali il meccanismo della sussunzione opera alla rovescia: è il giudizio di fatto, prevalentemente (ma non esclusivamente) espresso in conformità a canoni extralegali <sup>(43)</sup>, a riempire di contenuto e a concretizzare il precetto normativo <sup>(44)</sup> <sup>(45)</sup>.

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 gioco con risultati non pronosticabili attraverso una logica binaria vero/falso e dunque ontologicamente opinabili («*fuzzy truths*»), attenga al merito insindacabile della scelta amministrativa <sup>(46)</sup>: sicché, per questa via, si finisce col sottrarre alla Corte di giustizia il ruolo nomofilattico che i Trattati le assegnano nell'interpretazione delle norme europee <sup>(47)</sup>, perché l'interpretazione (a essa demandata) coinvolge necessariamente anche l'integrazione valutativa della clausola generale contenuta nella norma europea <sup>(48)</sup>.

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 <sup>(49)</sup>, indispensabile e irrinunciabile strumento di garanzia del basilare principio di uniforme applicazione del diritto unionale 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* <sup>(50)</sup> che conformano l'autonomia processuale in una mera competenza processuale funzionalizzata <sup>(51)</sup>), 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 direttiva, 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» <sup>(52)</sup>. Sicché, 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 unionale) 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 <sup>(53)</sup>.

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 <sup>(54)</sup>.

Il problema 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 unionale.

A ben vedere, 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 <sup>(55)</sup>.

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 unionale.

Ciò in somiglianza a quanto la Corte di Strasburgo ebbe ad affermare - nel noto caso *Hornsby* - al proposito del principio CEDU del giusto processo e della sua antinomia con il principio dottrinario della c.d. riserva di amministrazione come limite al sindacato del giudice amministrativo <sup>(56)</sup>.

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 unionale s'individuano due differenti modelli di sindacato sulle clausole generali seguiti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel corso degli anni, sia pure mantenendo sempre costante l'apparente condiscendenza all'astratto principio della giustiziabilità del solo errore manifesto commesso nella valutazio-

ne dei presupposti di applicazione della norma <sup>(57)</sup>, e, dunque, nella declamazione 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 restraining* 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 restraining* 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 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» <sup>(58)</sup>.

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» <sup>(59)</sup>.

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 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 <sup>(60)</sup>.

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» <sup>(61)</sup>.

In questa seconda fase, quantunque nel formale rispetto della tradizione, si assiste a una radicale evoluzione della giurisprudenza unionale verso un tipo di sinda-

cato 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 <sup>(62)</sup>.

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 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 se ne traggono» <sup>(63)</sup>.

In tal modo, la Corte di giustizia ha chiaramente forgiato (sia pure nel concreto della pronuncia piuttosto che nell'astratta declamazione dei principi, com'è del resto tipico della giurisprudenza unionale) 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* <sup>(64)</sup> e *Chalkor* <sup>(65)</sup> ove, appunto in ambedue 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 <sup>(66)</sup>, refrattaria ad accogliere le sollecitazioni che gli provenivano dalla migliore dottrina, la svolta si è avuta nel 1999, quando il Consiglio di Stato, con una storica sentenza <sup>(67)</sup>, 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. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. 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» <sup>(68)</sup>.

Ma se di volta si può effettivamente discorrere con riferimento all'assoggettamento della discrezionalità tecnica a un sindacato intrinseco, resta 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»<sup>(69)</sup>.

Oggi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla sindacabilità dei concetti giuridici indeterminati<sup>(70)</sup>, e tra essi le regole 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. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere ... ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato ... individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità»<sup>(71)</sup>.

Nell'affermata necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale a livello unionale 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<sup>(72)</sup> - com'è per il sindacato di una scelta di discrezionalità amministrativa -, ma ha nondimeno ribadito 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»<sup>(73)</sup>.

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<sup>(74)</sup>), vi è da risolvere un contrasto tra interessi antagonisti disciplinati da una norma di

relazione intersoggettiva definita attraverso un concetto indeterminato <sup>(75)</sup>. 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.

## 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 pubblica 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 unionale, 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 <sup>(76)</sup>.

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* <sup>(77)</sup>.

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 <sup>(78)</sup>.

Senonché, la distinzione tra accertamenti e apprezzamenti tecnici è giuridicamente infondata («la tecnica è sempre una componente della norma, anche se pone questioni opinabili» <sup>(79)</sup>): perciò, 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 caso <sup>(80)</sup>.

Significativamente, l'Avvocato Generale Juliane Kokott, nella controversia *Wip-pel*, 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» <sup>(81)</sup>.

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.

Ma questa non è l'opinione del nostro giudice della nomofilachia amministrativa: perciò bisogna trovare una diversa prospettiva per (tentare di) superarla, e un approdo sicuro ci viene 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*: vale a dire, un processo affidato a giudici con giurisdizione sul merito della controversia <sup>(82)</sup> e che non si considerino in ciò vincolati dai precedenti accertamenti della pubblica amministrazione <sup>(83)</sup>: non potendosi altrimenti ritenere la causa decisa da un giudice indipendente e imparziale <sup>(84)</sup>.

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 <sup>(85)</sup>.

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 <sup>(86)</sup>.

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*» <sup>(87)</sup>.

Ed è leggendo la *concurring opinion* del giudice Morenilla 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»<sup>(88)</sup>.

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 is not the role of the courts to examine the substantive reasons for which the compulsory administration has been imposed»<sup>(89)</sup>.  
Dunque, «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»<sup>(90)</sup>.

Perciò, 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<sup>(91)</sup>.

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»<sup>(92)</sup>. 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<sup>(93)</sup>.

## 8.- Conclusioni

L'interpretazione di una clausola generale è indubbiamente attività discrezionale, poiché suscettibile di condurre a esiti opinabili (*fuzzy truths*) in conseguenza di giudizi di valore che la legge delega all'interprete, ma non impinge sul merito della scelta amministrativa; ciò che 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<sup>(94)</sup>.

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 ...»* <sup>(95)</sup>.

Sicché, 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 Corte di Strasburgo <sup>(96)</sup> -, derivando poi da quelle irrinunciabili esigenze i limiti in cui è possibile conformare l'autonomia processuale degli Stati membri (nella logica di una loro «competenza procedurale funzionalizzata» <sup>(97)</sup>) 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*») <sup>(98)</sup>: ciò 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 operante come plesso decentrato di giustizia amministrativa nei giudizi sui provvedimenti di amministrazione indiretta e di coamministrazione unionale; quantunque ciò comporti l'esercizio di un sindacato forte sulla discrezionalità amministrativa .

Nell'approccio deideologizzato: poco importa la distinzione tra interpretazione e discrezionalità («*the label*»); essendo rilevante esclusivamente ciò che la Corte di giustizia ritiene assegnato alla sua competenza giudiziaria («*as to how far the court wishes to intervene*»).

Come nel caso *Hornby*, ogniquale volta il principio dottrinario della c.d. riserva di amministrazione si ponga in contrasto con l'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea <sup>(99)</sup>, la dottrina dovrà elaborarne uno nuovo: per l'ovvio motivo che è la norma (e tali sono anche i principi elaborati dalla giurisprudenza unionale all'esito del rinvio pregiudiziale) a condizionare l'interprete e non viceversa.

Ciò 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 principii 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 » <sup>(100)</sup>.

Invero, «Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, 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. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. 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» <sup>(101)</sup>.

Sicché, «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. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere ... ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato ... individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità»<sup>(102)</sup>.

Quanto affermato sul sindacato giurisdizionale sull'interpretazione delle clausole generali, sull'applicazione amministrativa dei sintagmi indeterminati e sulla valutazione intrinseca della correttezza delle scelte opinabili (*fuzzy truths*), nel superamento dell'indefinito principio della c.d. riserva di amministrazione e in ossequio al più concreto (e cogente) 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 restraining* del giudice amministrativo è sguarnito di ogni giustificazione dogmatica e viepiù in contrasto con chiari principi normativi direttamente integranti il nostro ordinamento positivo di giustizia amministrativa nella logica dell'*effet utile* della norma unionale 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.

---

<sup>1</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 3/2/2014, n. 8.

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 01/02/2017, n. 4384. Come ha bene evidenziato F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 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 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».

<sup>3</sup> 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, 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.

<sup>4</sup> 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 [sostiene 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».

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 11/5/1938, 267.

<sup>6</sup> T.A.R. Calabria, sez. I, 22/01/2014, n. 54.

<sup>7</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, 102.

<sup>8</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, in causa C-148/06.

<sup>9</sup> P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1.

<sup>10</sup> M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, V, 125, sostiene 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.

<sup>11</sup> In effetti, non condivido l'affermazione di R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 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 setto 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 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).

<sup>12</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 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».

<sup>13</sup> 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».

<sup>14</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 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 amministrativi, 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».

<sup>15</sup> S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss..

<sup>16</sup> L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, pubblicato su *Giur. It.*, 2002, 1217, sostiene 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 ...».

<sup>17</sup> Si veda, tra tutti, l'inserito a cura di A. ANGELETTI, *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, pubblicato su *Giur. It.*, 2002, con i preziosi contributi di G. SALA, F. MERUSI, S. COGNETTI, L. PERFETTI e A. ANGELETTI.

<sup>18</sup> V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, *cit.*, individua il tratto caratterizzante delle clausole generali nel rapporto tra indeterminatezza normativa e integrazione valutativa.

<sup>19</sup> V. VELLUZZI, *op. cit.*, 64, sostiene che «L'integrazione valutativa è, dunque, la scelta dello standard operata dall'interprete tra criteri concorrenti».

<sup>20</sup> M.S. GIANNINI, *il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, *cit.*, 106.

<sup>21</sup> M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 106.

<sup>22</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 260, sostiene, 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», e conclude sul punto, a 329, affermando che «le figure sintomatiche sono costruite a partire dall'interesse pubblico e si configurano come strumento di tutela plasmato dalle ragioni di uno dei soggetti della relazione giuridica, il contenuto delle clausole generali determinato con riguardo a standard di condotta comunemente accettati (o accettabili) e quindi del tutto neutri rispetto agli interessi propri di ciascuna delle parti del rapporto amministrativo».

<sup>23</sup> 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».

<sup>24</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 244, al proposito dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, afferma che 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».

<sup>25</sup> 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*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 422, sostiene 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. è 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.

<sup>26</sup> O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *Juristen-Zeitung*, 1955, 98

<sup>27</sup> 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*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 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 di

---

screzionali di opportunità amministrativa (per es. riguardo all'affidabilità, per l'interesse pubblico da ricostruire in concreto, del contraente), o, ancora, c.d. concetti 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».

<sup>28</sup> M.S. GIANNINI, il potere discrezionale della pubblica amministrazione, *cit.*, 70.

<sup>29</sup> R. LAUN, *Das richterliche Ermessen bei der Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher*, ZP 42 (1912).

<sup>30</sup> L. PERFETTI, Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica, in *Foro. Amm.*, 2000, 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 sostiene che «non può non rilevarsi come vi sia profonda differenza tra l'attività di concretizzazione dell'interesse pubblico protetto e tipizzato dalla norma e quella di applicazione di regole non giuridiche».

<sup>31</sup> 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 ripete 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».

<sup>32</sup> Così disponeva l'art. 52 del codice del consumo nella sua versione originaria.

<sup>33</sup> 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 attribuire un "significato misurato" a termini indeterminati, quali la buona fede».

<sup>34</sup> 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».

<sup>35</sup> L. A. ZADEH, *op. 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*»).

<sup>36</sup> Cfr., tra le innumerevoli, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 25/11/2016, n. 4958, 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, 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».

<sup>37</sup> F. CINTIOLI, Giudice amministrativo, tecnica e mercato, *cit.*, 321, sostiene che «il deficit di tassatività della norma è il simbolo della crisi del principio di legalità».

<sup>38</sup> S. RODOTÀ, Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile, *cit.*, 97 ss.

<sup>39</sup> F. MERUSI, Variazioni su tecnica e processo, *cit.*, afferma 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 ...».

<sup>40</sup> P. FABBIO, Sul ruolo creativo della giurisprudenza, in Riv. trim. dir. pubb., 2015, 1275.

<sup>41</sup> V. VELLUZZI, Le clausole generali, *cit.*, 88.

<sup>42</sup> S. RODOTÀ, Il tempo delle clausole generali, *cit.*, 721.

<sup>43</sup> 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».

<sup>44</sup> G. D'AMICO, Note in tema di clausole generali, in *Iure Praesentia*, 1989, 446.

---

<sup>45</sup> In questo senso, sembra di potersi intendere l'affermazione di B. GILBERTI, *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. pubb. 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.

<sup>46</sup> F. MERUSI, *Con il giusto processo sulla «scia» di Strasburgo?* In Guida al Diritto, 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 alle decisioni fra più soluzioni possibili, basta la possibilità della soluzione per imporre all'Amministrazione l'emanazione di un determinato provvedimento?»

<sup>47</sup> 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».

<sup>48</sup> 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*».

<sup>49</sup> 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 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 proce-

---

dimento 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, *Gerichtsklauseln 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) e in quella *Pannon* (C-368/09), 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.

<sup>50</sup> 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»).

<sup>51</sup> D.U. GALETTA, L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: *Paradise Lost?*, 39.

<sup>52</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-212/04.

<sup>53</sup> Corte di giustizia, sentenza 15/7/1964, in causa 6/64, Costa/Enel.

<sup>54</sup> 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».

<sup>55</sup> 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 dall'esterno. Il merito amministrativo è di per sé nemico dell'uniformità comunitaria».

<sup>56</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sentenza 19/3/1997, *Hornsby v. Greece*, 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 presupposes 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 adminis-*

---

trative 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». 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*, Convegno 28-29 marzo 2002, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 2003, p. 51 ss.

<sup>57</sup> P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 401; sue sono le utili indicazioni giurisprudenziali.

<sup>58</sup> Corte di giustizia, sentenza 25/1/1979, in causa 98/78, *Racke / Hauptzollamt Mainz*.

<sup>59</sup> Corte di giustizia, sentenza 17/9/1980, in causa 730/79, *Philip Morris / Commissione*.

<sup>60</sup> Tribunale, sentenza 11/9/2002, in causa T-13/99, *Pfizer Animal Health / Consiglio*.

<sup>61</sup> Tribunale, sentenza 25/10/2002, in causa T-5/02, *Tetra Laval / Commissione*.

<sup>62</sup> 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 *Petrolescence*, 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 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 had one 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».

<sup>63</sup> Corte di giustizia, sentenza 15/2/2005, in causa C-12/03, Commissione / Tetra Laval.

<sup>64</sup> Corte di giustizia, sentenza 8/12/2011, in causa C-389/10, KME Germany e a. / Commissione.

<sup>65</sup> Corte di giustizia, sentenza 8/12/2011, in causa C-386/10, Chalkor/ Commissione.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> G. MOLICA, Sulla responsabilità civile delle autorità amministrative indipendenti, in *Giur. comm.*, 2016, 256 ss., parla al proposito, addirittura di «big bang giurisprudenziale».

<sup>68</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 9/4/1999, n. 601.

<sup>69</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 6/10/2001, n. 5287.

<sup>70</sup> 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 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*, Padova, 1995, 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.

<sup>71</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 14/10/2016, n. 4266.

<sup>72</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24/12/2009, n. 8723.

---

<sup>73</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 24/10/2006, n. 6347.

<sup>74</sup> A. AMORTH, Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato, in Arch. Dir. Pubbl., 1938, 455 ss

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> In questo senso l'accenno di B. VESTERDORF, *op. loc. cit.* a »the novelty and/or controversial or contested nature of economic theory(ies) upon which [the Commission] bases its assessment«.

<sup>77</sup> F. MERUSI, Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa, Napoli, 2011, 41, afferma «il carattere "sfocato" della logica fuzzy nell'esercizio di un potere discrezionale».

<sup>78</sup> M. SIRAGUSA, L'effetto delle decisioni delle Autorità Nazionali della Concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano, in *Concorrenza e mercato*, 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».

<sup>79</sup> F. CINTIOLI, Giudice amministrativo, tecnica e mercato *cit.*, 233.

<sup>80</sup> F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali 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 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».

<sup>81</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-313/02.

<sup>82</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, § 82.

<sup>83</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sez. V, 21 luglio 2011, casi nn. 32181/04 35122/05, *Sigma Radio Televisioni Ltd v. Cyprus*, § 157.

<sup>84</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. IV, 27 ottobre 2009, caso n. 42509/05, *Crompton v. The United Kingdom*, § 73

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> D.U. GALETTA, L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea, *cit.*, p. 39.

<sup>87</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sentenza 19/3/1997, *Hornsby V. Greece*.

<sup>88</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 19/3/1997, *Case Of Hornsby V. Greece, Concurring Opinion Of Judge Morenilla*.

<sup>89</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 21/10/2003, *Credit And Industrial Bank V. The Czech Republic*.

<sup>90</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 26/1/2009, *Družstevní Záložna Pria And Others V. The Czech Republic*.

<sup>91</sup> 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».

<sup>92</sup> Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 27/9/2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. C. Italie*. 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 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.

<sup>93</sup> 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 ordi-

---

namento nei riguardi dei provvedimenti sanzionatori irrogati dall'Autorità garante della concorrenza e mercato».

<sup>94</sup> L. BENVENUTI, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, *cit.*, 95.

<sup>95</sup> P. CRAIG, *EU Administrative Law*, *cit.*, 401 (l'enfasi è mia).

<sup>96</sup> 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».

<sup>97</sup> D.U. GALETTA, L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea, *cit.*, 136.

<sup>98</sup> 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».

<sup>99</sup> 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*, § 52, § 50: «*it considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various facts*».

<sup>100</sup> Corte di cassazione, Sez. un., sentenza 16/1/2014, n. 774.

<sup>101</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 9/4/1999, n. 601.

<sup>102</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 14/10/2016, n. 4266.