

# *Diritto e processo amministrativo*

---

Poste Italiane s.p.a. - Spedire in A.P. - D.L. 35/2003 conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli

**Edizioni Scientifiche Italiane**

# Diritto e processo amministrativo

*Rivista trimestrale*

Anno VIII – n. 3/2014

#### Direttori

Luigi BENVENUTI, Giuseppe CAIA, Marcello CLARICH, Alfredo CORPACI, Vittorio DOMENICHELLI, Rosario FERRARA, Ermidio FERRARI, Enrico FOLLIERI, Carlo Emanuele GALLO, Lucio IANNOTTA, Nino LONGOBARDI, Enzo Maria MARRNGHI, Alfonso MASUCCI, Francesco MERLONI, Eugenio PICOZZA, Andrea PUBUSA e Paolo URBANI

#### Direttore responsabile

Enrico FOLLIERI

#### Comitato scientifico

Sergio AGRIFOGLIO, Nicola ATCARDI, Massimo ANDREIS, Francesco ASTONE, Stefano COGNETTI, Alfredo CONTIERI, Daniele CORLETTI, Alessandro CROSETTI, Claudio FRANCHINI, Giovanni LEONE, Sebastiano LICCIARDELLO, Alessandro LOILLI, Francesco MANGANARO, Agostino MEALE, Giorgio ORSONI, Vera PARISTO, Sergio PERONGINI, Aristide POLICE, Fabio SAITTA, Giovanni Antonio SALA, Maria Alessandra SANDULLI, Luisa TORCHIA, Diego VAIANO e Alberto ZITO

#### Redattori

Antonio BARONE, Giuseppe CAMMAROTA, Enza CARACCILO, Lucia CIMELLARO, Stefano COLOMBARI, Gabriella CREPALDI, Andrea DI LIETO, Alessandra FABRI, Vera FANTI, Fabrizio LOFOCO, Roberta LOMBARDI, Alberto MORBIDELLI, Remo MORZENTI PELLGRINI, Lucia MURGOLO, Michela MUTI, Chiara ORREI, Francesca PUBUSA, Stefania PUDDU, Anna ROMEO, Nicola SCOTTO DI VETTIMO, Stefano TATTI, Marco TIBERII, Fabrizio TIGANO, Giuseppe TROPPIA, Graziana URBANO, Cristina VERBITTA

#### Comitato scientifico per la valutazione, estraneo ed indipendente dalla direzione e gestione della rivista

Piergiorgio ALBERTI, Mario CALDARERA, José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAJÓR, Vincenzo CIRULLI IRELLI, Giovanni DUNI, Françoise PRAYSSE, Vittorio ITALIA, Gérard MARCOU, Mario Alberto QUAGLIA, Salvatore RAIMONDI, Nazareno SAITTA, Filippo SALVIA, Franco Gaetano SCOCCA, Ernesto STICCHI DAMIANI, Aldo TIGANO, Riccardo VILLATA.

I contributi inviati alla rivista sono sottoposti, in forma anonima, a due componenti del Comitato scientifico per la valutazione, scelti considerando l'affinità del tema del contributo agli interessi di studio e di ricerca dei valutatori, ed in modo da assicurare una rotazione, e coperti da anonimato; i contributi vengono pubblicati se ottengono il giudizio positivo di tutti e due i valutatori o anche di uno solo di essi, se la direzione lo riterrà. Non sono sottoposti alla valutazione i contributi degli autori di chiara fama. Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni di Diritto e processo amministrativo*.

Hanno collaborato a questo numero:

Marco CALABRÒ, ricercatore di Diritto amministrativo, Seconda Università degli Studi di Napoli; Alfredo CONTIERI, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale; Nicola DI MODUGNO, ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Sannio (Benevento); Alessandra FABRI, professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Teramo; Edoardo FERRERO, dottore in giurisprudenza; Enrico FOLLIERI, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Foggia; Fortunato GAMBARDILLA, ricercatore di Diritto costituzionale, Seconda Università degli Studi di Napoli; Giovanni IUDICA, ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli studi di Catania-Dipartimento del seminario giuridico; Fiorenzo LIGUORI, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II; Raffaele MANFRELLOTTI, ricercatore di Diritto amministrativo, Seconda Università degli Studi di Napoli; Aristide POLICE, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma Tor Vergata; Andrea RALLO, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Molise; Valentina SPAGNA, dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II.

La traduzione degli abstracts in inglese è stata eseguita dalla prof.ssa Vera FANTI, con la supervisione del prof. Christopher WILLIAMS, ordinario di lingua inglese presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia.

Gli indici della rivista e gli abstracts, in italiano ed in inglese, sono consultabili in via telematica al seguente link

[http://www.edizioniiesi.it/elenco\\_riviste.php?rivista=33&desc\\_rivista=DIRITTO\\_E\\_PROCESSO\\_AMMINISTRATIVO](http://www.edizioniiesi.it/elenco_riviste.php?rivista=33&desc_rivista=DIRITTO_E_PROCESSO_AMMINISTRATIVO)

Indirizzo redazione: Enrico Follieri Via Indipendenza, 35 - 71036 Lucera (FG)

e-mail: [prof.enrico@studiolegalefollieri.it](mailto:prof.enrico@studiolegalefollieri.it); tel.: 0881/520848; 520980.

Segretaria di redazione: Carmela Giambattista

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, n. 100 del 20 novembre 2006.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78.

## INDICE

ALESSANDRA FABRI, <i>Alcune questioni sul c.d. preavviso di rigetto</i>	661
NICOLA DI MODUGNO, <i>L'utile versione dopo la condanna per responsabilità amministrativa: il rimedio restitutorio tra diritto e processo contabile</i>	713
GIOVANNI IUDICA, <i>Spunti problematici in tema di omessa pubblicazione di bando di concorso nella Gazzetta Ufficiale</i>	739
EDOARDO FERRERO, <i>Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni</i>	759
Presentazione della ristampa del volume di FRANCESCO PUGLIESE, <i>Sull'amministrazione consensuale: Nuove regole, nuova responsabilità</i> , svoltasi a Napoli il 12 dicembre 2013 presso il Dipartimento di Giurisprudenza - Aula Pessina	
FIORENZO LIGUORI, <i>Introduzione e presidenza</i>	791
<i>Relazioni</i>	
ALFREDO CONTIERI	798
ENRICO FOLLIERI	806
ARISTIDE POLICE	814
ANDREA RALLO	819
<i>Interventi</i>	
MARCO CALABRÒ	823
RAFFAELE MANFRELLOTTI	830
FORTUNATO GAMBARDELLA	830
VALENTINA SPAGNA	834
<i>Conclusioni</i>	
Enrico FOLLIERI	836

EDOARDO FERRERO

## CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI E POTERI DISCREZIONALI DELLE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dottrina germanica e l'origine del dibattito. 3. Discrezionalità libera e discrezionalità vincolata. – 4. Il duplice significato dei concetti giuridici indeterminati. – 5. Il margine di valutazione come spazio intermedio tra discrezionalità e vincolatività. – 6. L'approccio italiano alla materia. – 7. La posizione della giurisprudenza italiana. – 8. Un esempio paradigmatico: il caso Ilva. – 9. Spunti conclusivi.

1. – I concetti giuridici a contenuto indeterminato costituiscono un tema cruciale e di perdurante attualità degli studi di diritto amministrativo, che si intreccia, a sua volta, con quello più vasto e noto della discrezionalità<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per una sia pur sommaria ricognizione bibliografica intorno al tema della discrezionalità amministrativa, si richiamano i seguenti contributi: G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, *passim*; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, *passim*; E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, III, 1998, 503 ss.; F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, 493 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, *passim*; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 1993 ss.; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif: cours, themes de reflexion, commentaires d'arret avec corriges*, Parigi, 2013, 275 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità* (voce), estratto da *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910 10 ss.; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, *passim*.

La questione concerne essenzialmente la demarcazione dell'area di riserva amministrativa da quella del controllo giurisdizionale<sup>2</sup>, investendo direttamente il principio di separazione dei poteri immanente all'ordinamento.

I concetti dal contenuto altamente vago ed indeterminato rappresentano invero una particolare tecnica legislativa, per mezzo della quale la norma – al fine di individuare il fatto produttivo di effetti giuridici – non descrive la fattispecie in maniera tassativa ed esauritiva, bensì rinvia – per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa – ad un'attività di integrazione da parte dell'interprete, il quale applicherà regole non giuridiche (l'economia, l'arte, la storia, etc...)<sup>3</sup>.

In questo modo, i concetti giuridici indeterminati assolvono una funzione preziosa, che consiste nel conferire elasticità e dinamicità all'ordinamento, nel senso che mantengono una sua attualità pur nel trascorrere del tempo<sup>4</sup>.

Questi concetti consentono all'amministrazione pubblica di rita-

<sup>2</sup> Con particolare riferimento al ripercuotersi dei concetti giuridici indeterminati sull'estensione del sindacato del giudice amministrativo, si veda S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, disponibile su <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Si tratta della relazione italiana all'XI Convegno di diritto amministrativo *Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*, organizzato a Palermo il 14 ottobre 2005 dall'Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi.

<sup>3</sup> Con riferimento al tema cruciale delle regole extragiudiche, si veda L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, III, 2013, 309 ss. In breve, l'Autore sostiene che le norme di rinvio all'esterno della legge scritta facciano riferimento non tanto alla decisione volontaristica dell'autorità o all'ordine del mercato, quanto piuttosto all'*ordine giuridico della società*, «la cui giuridicità è fondata dall'appartenenza della sovranità al popolo e dall'esistenza di posizioni giuridiche (libertà e diritti fondamentali) che vivono autonomamente in quell'ordine, tanto che la Costituzione non li crea ma li riconosce».

<sup>4</sup> Si richiama, al riguardo, l'osservazione di P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976, 87, secondo cui l'interpretazione delle norme elastiche costituisce, di certo, «la parte più dinamica e attiva della giurisprudenza stessa, che qui, meglio che in ogni altra circostanza, adempie al compito di ringiovanire il diritto obiettivo e di adattarlo alle esigenze moderne».

gliarsi un notevole spazio decisionale entro cui districarsi agevolmente, determinando ciò che è interesse pubblico nel caso concreto.

Si pensi all'esempio, ripreso da un noto manuale di diritto amministrativo<sup>5</sup>, della norma che impone al veterinario provinciale, in presenza di *venti capi infetti*, di ordinarne l'abbattimento.

A fronte di una simile formulazione della norma, il veterinario dovrà compiere un semplice accertamento tecnico; qualora, invece, la norma preveda come presupposto il verificarsi di un *pericolo per la salute pubblica*, lo stesso soggetto riscontrerebbe senz'altro maggiori ed inevitabili incertezze, che si tradurrebbero in un indiscusso potere di valutazione del medesimo<sup>6</sup>.

Attraverso i concetti giuridici indeterminati, gli apparati amministrativi si ritrovano nelle mani un più accentuato potere discrezionale interpretativo, che, come ovvio, rappresenta una potenziale insidia per i cittadini.

A tal proposito, si sottolinea come l'incertezza della legge costituisca da sempre il punto dolente dello Stato di diritto, come peraltro è stato dimostrato dall'intera dottrina giuspubblicistica dell'Ottocento.

Fin da allora, infatti, è stato ravvisato un nesso di consequenzialità tra la soggezione degli apparati amministrativi alla legge e la qualità dei testi normativi: tanto più questi ultimi appaiono precisi, determinati e tassativi, quanto più si restringe la quota di riserva amministrativa.

Al contrario, un'eccessiva indeterminatezza della norma scritta genera, nei confronti dei cittadini e delle imprese, l'esigenza di maggiori guarentigie e tutele, ricavabili esclusivamente in sede giurisdizionale.

E ciò fu evidenziato anche da Silvio Spaventa nel celebre discorso

<sup>5</sup> L'esempio è tratto da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 574 e, in seguito, è stato richiamato da F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 804 e da G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 150.

<sup>6</sup> Il concetto di *spazio di valutazione*, relativamente al quale si veda più diffusamente nel prosieguo del lavoro, è anche conosciuto dalla dottrina francese come *délai raisonnable* e da quella tedesca come *Beurteilungsspielraum*.

di Bergamo, in cui viene attribuito ampio risalto ai pericoli che possono derivare da un eccessivo ricorso a concetti che «*quasi non mettono alcun limite o condizione e neppure forma all'uso delle facoltà che conferiscono; ma si restringono a indicare semplicemente lo scopo a cui si ha da provvedere, sia un bisogno da soddisfare sia un inconveniente da rimuovere, lasciando all'ufficiale pubblico la scelta dei mezzi per ottenere qualsiasi di questi effetti*»<sup>7</sup>.

Al giudice spetta pertanto un arduo compito, consistente nel contrastare il ricorrente fenomeno per cui, dinanzi ad una norma vaga ed indeterminata, siano le determinazioni degli apparati amministrativi a porre, in concreto, le regole del gioco.

Tale missione è oggi resa ancor più impervia dal recepimento, a livello costituzionale (artt. 24 e 113) e legislativo (art. 1 cod. proc. amm.), del principio di effettività e pienezza della tutela.

Nel corso degli anni, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, la giurisprudenza italiana ha aperto verso un sindacato di tipo intrinseco ancorché non pieno<sup>8</sup>, dal momento che permane un certo grado di deferenza nei confronti delle valutazioni operate dagli apparati burocratici.

In altre parole, il giudice amministrativo, che è chiamato a sindacare la ragionevolezza dell'istruttoria e l'attendibilità scientifica del criterio seguito per ottenere quella decisione, non si spinge fino al punto di sovrapporre la propria valutazione a quella previamente compiuta dall'organo amministrativo, mantenendo così intatta la coerenza del sistema.

La ragion d'essere di questo atteggiamento prudente risiede nella tradizionale difformità di poteri fra il giudice amministrativo e quello ordinario: quest'ultimo, come noto, interviene in una situazione di parità tra le parti, in cui nessuna è in grado di imporre all'altra il proprio punto di vista circa l'applicazione di un concetto indeterminato; nel processo amministrativo, invece, si presume che l'apprez-

<sup>7</sup> Così S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, 30 ss.

<sup>8</sup> Sarebbe infatti corretto parlare di un sindacato «*intermedio*» tra quello estrinseco puro e quello intrinseco pieno.

zamento sottoposto al sindacato del giudice sia in qualche modo qualificato dall'analiticità istruttoria che dovrebbe precederlo.

2. – Il dibattito intorno ai concetti giuridici indeterminati affonda le radici nella dottrina germanica dell'Ottocento<sup>9</sup>, che si è mostrata particolarmente sensibile allo studio del controverso rapporto tra legge e riserva amministrativa<sup>10</sup>, in considerazione, soprattutto, dell'accentuata divergenza di interessi di cui erano portatori, a quel tempo, il potere legislativo e quello esecutivo.

Si tratta senz'altro di un assetto a geometria variabile<sup>11</sup>, alla cui instabilità ha peraltro contribuito la dottrina di quell'epoca, che è oscillata tra due orientamenti contrapposti: da un lato, accentuando il carattere originario del potere amministrativo; dall'altro, riducendo l'attività amministrativa a mera attuazione delle disposizioni di legge.

Un primo abbozzo della teoria dei concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) si rinviene nell'opera di Edmund Bernatzik, al quale si deve l'originaria riconduzione dei concetti giuridici indeterminati nell'alveo della discrezionalità.

Il potere discrezionale era inteso dall'autore in discorso come il potere di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie normativa astratta (*normative Tatbestand*)<sup>12</sup>; un potere che, in ogni caso, non doveva essere illimitato.

La teoria in discorso presuppone che gli apparati amministrativi applichino i concetti giuridici indeterminati in osservanza del comando

<sup>9</sup> Per quel che concerne lo studio delle teorie elaborate dalla dottrina austriaca e tedesca del XIX secolo, per quanto qui di interesse, si rimanda all'approfondita ed esaustiva disamina compiuta da S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, *passim*.

<sup>10</sup> Non a caso risalgono a quel periodo le teorie più fortunate e suggestive in punto di legalità dell'azione amministrativa: si pensi alla teoria weberiana dell'amministrazione libera ma soggetta alla legge, in quanto da questa ne trae, al contempo, sia la legittimazione che il limite.

<sup>11</sup> La questione è ampiamente trattata da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2005 (nuova edizione aggiornata in corso di stampa nel 2014), 37 ss.

<sup>12</sup> La teoria è ampiamente esposta in E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, 1886, *passim*.

generale dell'ordinamento, ovvero nel modo ritenuto più opportuno avuto riguardo dell'*optimum* generale<sup>13</sup>.

Si tratta quindi di una tesi soggettiva, che presuppone sia circoscritto, in capo al funzionario<sup>14</sup>, un spazio di azione entro cui districarsi al fine di applicare la norma generica e indeterminata.

Non è altro che un espediente per escludere che tale margine d'azione possa sconfinare nell'arbitrio, in quanto il limite del perseguimento del pubblico interesse costituirebbe pur sempre un dovere soggettivo.

Tale dovere non è cristallizzato in un testo normativo, sicché non può essere posto alla base del vaglio di legittimità del giudice amministrativo, ben potendo, però, rilevare in sede di ricorso gerarchico o in un giudizio penale<sup>15</sup>.

Ogni vizio dell'atto discrezionale rivelerebbe, in via esclusiva, un comportamento negligente del funzionario, colpevole di aver violato l'obbligo di dover perseguire l'*optimum* generale<sup>16</sup>.

Il postulato di tale dottrina è quindi rappresentato dalla sottrazione dei concetti giuridici indeterminati al sindacato del giudice amministrativo.

Questa teoria è stata, in seguito, fatta oggetto di feroci critiche da parte di Friedrich Tezner, sicuramente uno dei massimi esponenti di quella parte della dottrina nota per aver elaborato il principio dell'unica decisione (o soluzione) giusta.

Secondo questo orientamento, il principio dell'unica decisione giusta rappresenta un corollario logico dello Stato di diritto, nel quale deve ammettersi, in linea generale, un pieno controllo del giudice sull'applicazione dei concetti giuridici a contenuto indeterminato<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Quello che, oggigiorno, si chiamerebbe *interesse generale*, e andrebbe inteso in senso oggettivo, ovvero secondo criteri generali e astratti che, seppur talvolta implicanti un apprezzamento di merito, devono ritenersi generalmente condivisi da una comunità di riferimento, sia questa scientifica oppure no.

<sup>14</sup> Che, pertanto, va inteso alla stregua di *persona fisica*, e non di *ufficio*.

<sup>15</sup> Integrando, ad esempio, il reato di abuso d'ufficio.

<sup>16</sup> Ecco dunque spiegata la definizione di «teoria della discrezionalità conforme al dovere» coniata da C. MORTATI, *Discrezionalità* (voce), estratto da *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, 5.

<sup>17</sup> La critica alla teoria della discrezionalità conforme al dovere di Bernatzik si

L'azione amministrativa, osservava Tezner, risponde ad un principio funzionale, che le impone di perseguire alcuni interessi pubblici specializzati, astrattamente individuati ed espressi mediante concetti giuridici indeterminati.

Tali concetti dal contenuto evanescente devono necessariamente essere integrati secondo il criterio del *meglio possibile*, ovvero di ciò che si ritiene rappresenti oggettivamente l'*optimum* generale.

Contrariamente alla prima tesi, dunque, si sostiene l'oggettività del criterio di applicazione, che a sua volta implica, nei casi concreti, l'esistenza di un'unica soluzione giusta, sempre sindacabile dal giudice in sede di impugnazione dell'atto discrezionale amministrativo<sup>18</sup>.

Emergono così, fin dall'origine, i due orientamenti che accompagneranno l'intera evoluzione della teoria dei concetti giuridici indeterminati: da una parte, i concetti giuridici indeterminati come espediente per emancipare un'ulteriore quota di riserva amministrativa<sup>19</sup>; dall'altra, invece, i concetti giuridici indeterminati come mera *quaestio iuris*, che risolve ogni comportamento dell'amministrazione pubblica in un'attuazione della legge, da cui pertanto deve rimanere vincolata.

3. - Di poco successiva è l'elaborazione, ad opera di Rudolf von Laun<sup>20</sup>, delle categorie di discrezionalità libera (*freies Ermessen*) e discrezionalità vincolata (*gebundenes Ermessen*), che per certi versi riecheggiano gli orientamenti sovraesposti.

Il pregio di questa teoria consiste nell'aver sviluppato la tradizio-

rinviene, prevalentemente, in F. TEZNER, *Zur Lehre von freien Ermessen als Grund zur Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888, *passim*.

<sup>18</sup> La giustificazione storica del principio dell'unica decisione giusta consiste, secondo F. LEVI, *op. cit.*, 252, nel contrastare certe pericolose «tendenze del giudice ad abdicare di fronte all'amministrazione».

<sup>19</sup> Uno spazio al cui interno i giudizi resi dall'autorità amministrativa appaiono tutti giuridicamente equivalenti e corretti, e, dunque, plausibili, sicché non è consentito alcuna forma di sindacato giurisdizionale, se non quella che avviene per mezzo dei tradizionali strumenti di eccesso di potere.

<sup>20</sup> La teoria è esposta in R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Vienna, 1910, *passim*.

nale dicotomia tra discrezionalità<sup>21</sup> (*Ermessen*) e vincolatività<sup>22</sup> (*Gesetzsanwendung*), contemperando il principio dell'unica decisione giusta con l'esistenza di un insopprimibile margine di scelta in capo all'amministrazione pubblica.

In particolare, la discrezionalità libera sussiste ogniqualvolta venga conferita agli apparati amministrativi la facoltà di determinare lo scopo da perseguire, ovvero il fine immediato (*Zweck*); la legge, in questi casi, si ritrae, limitandosi a fissare il fine mediato, che è sempre un pubblico interesse generale.

In tutte le altre ipotesi, si versa in un'ipotesi di discrezionalità vincolata: anche qualora residuasse il margine di valutazione in capo alla pubblica amministrazione, si tratterebbe pur sempre di un semplice apprezzamento vincolato.

I concetti giuridici indeterminati apparirebbero pertanto alla categoria della discrezionalità legata, in quanto la loro applicazione concreta, benché connotata da ampi margini di opinabilità, non può che condurre ad un'unica soluzione giusta<sup>23</sup>.

Nonostante l'apparente somiglianza fra la discrezionalità vincolata e la più recente e familiare discrezionalità tecnica<sup>24</sup>, queste non de-

<sup>21</sup> In questo senso, stante la riconduzione dei concetti giuridici a contenuto indeterminato entro la discrezionalità, la teoria di Rudolf von Laun si presenta fortemente debitoria dell'impostazione di Edmund Bernatzik.

<sup>22</sup> Vincolatività che, in questo contesto, è intesa come attività di stretta applicazione della legge.

<sup>23</sup> Soluzione che, si tenga presente, nel pensiero giuspositivista non poteva che coincidere con la volontà del legislatore, sia questa oggettiva (*voluntas legis*) o soggettiva (*voluntas legislatoris*). Il principio dell'unica soluzione giusta è infatti ispirato alla teoria normativistica di matrice kelseniana, in base alla quale l'attività di interpretazione è raffigurata come una mera operazione sillogistica volta a determinare la volontà unica dell'enunciato normativo. Essendo ammessa una sola interpretazione vera, ne consegue che può esservi una sola applicazione da parte degli apparati amministrativi, pienamente sindacabile dal giudice.

<sup>24</sup> La letteratura italiana sul tema della discrezionalità tecnica è sterminata, a far tempo dagli studi di E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 10 ss., e di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 195 ss., che intendevano la *tecnicità* del linguaggio come mero rinvio ai criteri di tecnica amministrativa, passando per M. S. GIANNINI, *op. cit.*, per finire con le più recenti teorie, che configurano la *tecnicità* come rinvio a criteri scientifici propri di conoscenze estranee e diverse da quelle che sono oggetto dell'attività prima-

vono confondersi: la prima, da un lato, si rivela quantitativamente più ampia, comprendendo tutte quelle forme in cui non v'è nulla di tecnico; dall'altro, invece, è più limitata, in quanto è escluso tutto ciò che comporta un mero accertamento tecnico.

4. - Quest'impostazione è stata poi sviluppata da Walter Jellinek, il quale, consapevole dell'intrinseca disomogeneità della categoria dei concetti giuridici indeterminati, ha distinto tra concetti attributivi di potere discrezionale (*unbestimmte Begriffe*) e concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)<sup>25</sup>.

Nel primo caso, è richiesto all'interprete un intervento di precisazione ulteriore, caratterizzato da una forte componente soggettiva ed opinabile<sup>26</sup>, che implica un giudizio di valore<sup>27</sup>.

Nel secondo caso, invece, i concetti sono facilmente applicabili, in quanto meramente descrittivi o empirici, riferendosi questi ad oggetti o avvenimenti conoscibili solo sulla base dell'esperienza, e quindi oggettivamente presenti nella realtà<sup>28</sup>.

Si tratterebbe, pertanto, di concetti univocamente determinati se-

ria amministrativa. Con riguardo alla dottrina degli ultimi anni, si veda, fra i molti, C. VIDETTA, *op. cit.*, *passim*, alla quale si rinvia anche per il nutrito corredo di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>25</sup> Il duplice significato dei concetti giuridici a contenuto indeterminato è preannunciato per la prima volta in W. JELLINEK, *Gesetz Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tubinga, 1913, *passim*, e poi è stato ripreso, per essere sviluppato più ampiamente, in ID., *Verwaltungsrecht*, Berlino, 1931, *passim*. La stessa teoria è poi stata analizzata dalla dottrina italiana successiva, e segnatamente da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 254-255.

<sup>26</sup> L'esempio che compie Walter Jellinek è quello di *orda di zingari*: fra l'ipotesi di 1 zingaro, che sicuramente non costituisce un'orda, e quella di 50 zingari, che sicuramente lo è sempre, si frappone un ampio margine di incertezza.

<sup>27</sup> Gli *unbestimmte Begriffe* sono altresì definiti da F. LEVI, *op. cit.*, come *concetti di valore*, esprimenti la dinamicità dell'ordinamento per mezzo della relatività dei significati che possono essere ascritti al valore stesso. In questo modo, l'Autore ritiene che possa venire garantita l'adattabilità del sistema al mutare della realtà dei rapporti e degli apprezzamenti sociali. Di avviso contrario, invece, è M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 37, secondo il quale dovrebbe rifuggirsi dalla nozione di concetto di valore perché «schiettamente filosofica».

<sup>28</sup> Ad esempio, la nozione di «animale domestico».

condo il comune sentire della società (*gesellschaftlich eindeutig bestimmt*), la cui applicazione concreta potrebbe lasciare spazio a qualche dubbio soltanto in casi estremi, essendo perlopiù risolvibile facendo riferimento alla comune esperienza e scienza.

All'interprete è richiesto di discernere i casi nei quali sussiste la volontà del legislatore di conferire un potere di scelta al destinatario della norma da quelli nei quali, viceversa, questa volontà è assente.

E, contrariamente a quanto si possa pensare, specie su un piano meramente astratto e teorico, si tratta di un'operazione non sempre agevole, che sul piano pratico comporta problemi di non facile risoluzione<sup>29</sup>.

Secondo Jellinek, la volontà del legislatore non sussiste in tutti quei casi nei quali l'imprecisione della norma scritta è facilmente determinabile per mezzo dell'incontrovertibile applicazione di regole extragiuridiche<sup>30</sup>, alle quali è attribuita efficacia giuridica per mezzo del richiamo, sia pure implicito, compiuto dalla norma.

Qualora invece il legislatore abbia inteso conferire un maggiore spazio d'azione all'amministrazione pubblica, spetterebbe a quest'ultima l'adozione di una decisione che, essendo l'unica giuridicamente consentita, non potrebbe essere conosciuta dal giudice, se non nei rari

<sup>29</sup> Il discrimine fra queste due categorie di concetti giuridici indeterminati, infatti, non è fissato in modo convincente, stante anche la debolezza della nozione di «*concezione sociale media*» che dovrebbe orientare l'interprete in questa delicata operazione di separazione. Nondimeno, Jellinek riconosce che sono di gran lunga prevalenti i concetti giuridici indeterminati che comportano un'attività meramente interpretativa, e dunque sindacabili dal giudice, rispetto a quelli che attribuiscono un potere discrezionale.

<sup>30</sup> Tali regole sono chiamate ad essere applicate nel corso dell'esercizio dell'attività intellettuale propria della discrezionalità, come è stato rilevato da parte di M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 82 ss., il quale compie la seguente classificazione: le regole delle scienze morali (e.g. le regole pedagogiche e quelle estetiche), le regole sociali (che traggono spunto dall'economia, dalla demografia, dalle scienze politiche e dalla sociologia), le regole di buona e corretta amministrazione, i principi della politica (ovvero i «*criteri normativi desumibili dall'indirizzo politico contingente*»), le regole tecniche e le regole etiche. Queste due ultime classi di regole, per la verità, presentano peculiarità loro proprie: quelle tecniche, danno luogo a valutazioni scientifiche che talvolta potrebbero essere condivise da un'ampia comunità di riferimento; quelle etiche, invece, dovrebbero dominare tutto il campo del diritto, dimostrandosi, insomma, di più ampio spettro.

casi di violazione dell'interesse pubblico, da determinarsi facendo riferimento all'opinione sociale media.

Il rinvio alla concezione sociale media, nondimeno, si rivela adatto soltanto in un ambiente ove il «gruppo sociologicamente attivo»<sup>31</sup> si presenti tendenzialmente unitario ed omogeneo, non potendo essere parimenti in un ambiente sociale intrinsecamente frantumato, quale è quello delle moderne democrazie occidentali.

L'ipotesi che l'opinione media sociale riesca ad assolvere la funzione di completamento e integrazione della norma indeterminata, non in singoli casi ma addirittura in linea generale, è perlomeno utopica<sup>32</sup>.

Per questo motivo, il nucleo centrale della teoria del duplice significato dei concetti giuridici indeterminati si rivela in parte fittizio, ed è stato superato dalla dottrina del margine di valutazione.

5. — Negli anni del secondo dopoguerra, lo studio dei concetti giuridici indeterminati ha subito una svolta: il ritorno ad un regime di legalità e di democrazia ha comportato uno sforzo per circoscrivere la sfera discrezionale delle pubbliche amministrazioni, e dunque ridisegnare i tradizionali istituti di garanzia procedurale.

Il riconoscimento dei nuovi diritti sociali, in aggiunta ai classici diritti di libertà, ha ingenerato nei consociati una crescente serie di aspettative di prestazione verso la pubblica amministrazione, determinando così, in ultima istanza, un evidente allargamento della sfera pubblica.

In questo contesto, i concetti giuridici indeterminati hanno giocato (e giocano tuttora) un ruolo di prim'ordine, permettendo all'autorità amministrativa, deputata ad applicare la legge in una sempre più ampia e variegata serie di ipotesi, di muoversi agevolmente, usufruendo di una certa libertà di valutazione<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> La critica è di F. LEVI, *op. cit.*, 254.

<sup>32</sup> Senza dimenticare l'insegnamento di G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, 395, secondo il quale affermare che un'interpretazione è vera significa, agli occhi di un giurista accorto, «*indulgere in uno smaccato artificio propagandistico o retorico*».

<sup>33</sup> A tal proposito è opportuno ricordare come C. SCHMITT, *Legalità e legitti-*

Deve tuttavia rilevarsi come, alla base di tutto ciò, vi sia un sostanziale ripensamento del problema della conformazione dell'attività amministrativa alla legge.

Fino a quel momento, la soggezione dei pubblici poteri alla legge era da intendersi in senso formale, in ossequio alla logica liberale per la quale l'autorità pubblica poteva disporre di uno spazio d'azione minimo: lo scopo del legislatore era quello di limitare il potere pubblico, lo strumento attraverso cui perseguirlo era la forma<sup>34</sup>.

Il principio di legalità formale designava, infatti, uno Stato di leggi, nel quale la legalità, intesa come corrispondenza alla *lex*, prevarica la legittimità, intesa come corrispondenza allo *ius*<sup>35</sup>.

Sul piano del controverso rapporto tra legge e amministrazione, tutto ciò significa che l'esercizio del potere amministrativo poteva dirsi conforme a diritto solo laddove fossero state seguite le rigide procedure prescritte dai testi normativi.

Con l'avvento delle costituzioni di valori della seconda metà del Novecento, invece, gli strumenti normativi non si limitano più a dettare quali forme devono essere seguite dagli apparati amministrativi, bensì si spingono ad indicare l'obiettivo da raggiungere.

Questo obiettivo, non potendo essere cristallizzato in un testo di legge, necessita di essere espresso in forma generica, di modo che

*mità*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 239 abbia definito i concetti giuridici indeterminati come «*elementi di flessibilità del sistema*», che derivano il loro contenuto particolare solo a seguito di un'applicazione concreta. Ne consegue che il loro impiego possa risultare decisivo in situazioni difficili e politicamente rilevanti: applicare un concetto giuridico indeterminato significa, alle volte, decidere.

<sup>34</sup> Nel contesto ottocentesco appena delineato, lo Stato doveva essere per lo più tutore e garante dell'ordine pubblico interno, attraverso il diritto penale, e della certezza dei traffici, tramite il diritto civile. Con particolare riguardo alla funzione di garanzia riconosciuta alla legge, si rimanda alle memorabili pagine di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Bologna, 1932, 240 ss., secondo cui la *forma* non sarebbe nient'altro che la barriera eretta a garanzia del debole nei confronti del più forte.

<sup>35</sup> Per una più compiuta analisi dei tratti distintivi dello Stato di diritto, si rimanda a G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 98, il quale contrappone l'oggettività della regola giuridica alla temuta arbitrarietà del tiranno: nel primo caso, si ha un governo delle leggi per mezzo degli uomini, nel secondo caso, viceversa, un governo degli uomini per mezzo delle leggi.

possa adattarsi facilmente al periodo storico in cui la norma deve essere applicata.

Si pensi alle norme programmatiche<sup>36</sup>, che si sono diffuse solo a far tempo dalla Costituzione di Weimar<sup>37</sup>, non senza importanti ricadute sul sistema costituzionale.

Le carte costituzionali, infatti, si sono poco alla volta trasformate da insieme di limiti e regole del gioco in un vero e proprio traguardo da raggiungere, in una tavola di valori dalla quale «è possibile trarre continuamente ispirazione e orientamento nel compiere le scelte legislative o nell'interpretare e applicare le leggi nuove come le vecchie»<sup>38</sup>.

Se questo è vero, allora è palese come tutto ciò sia stato possibile ricorrendo ai concetti giuridici indeterminati, ovvero a sintagmi di natura valutativa che, essendo caratterizzati da una forte vaghezza e ambiguità di significato, consentono alla norma di mantenere una sua attualità, che le permette di essere applicata nel modo ritenuto migliore per il soddisfacimento del pubblico interesse.

L'approdo della teoria dei concetti giuridici indeterminati è dunque rappresentato dall'elaborazione teorica di un fondamentale ed insopprimibile *spazio di valutazione*, in aperto contrasto con il principio dell'unica soluzione giusta<sup>39</sup>.

Secondo questa dottrina, la pubblica amministrazione, quando applica una proposizione normativa in cui sono presenti dei concetti

<sup>36</sup> Con riguardo alla dicotomia tra norme programmatiche e norme precettive, elaborata dalla dottrina ed accolta dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Costituzionale 23 aprile 1956, n. 1), si rimanda a G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 39 ss., il quale vi intravede unicamente una «differenza di grado».

<sup>37</sup> Sia citato, come esempio eloquente di norma programmatica, l'art. 122 della Costituzione di Weimar: «La gioventù deve essere tutelata dallo sfruttamento e dall'abbandono morale, spirituale e corporeo. Lo Stato ed i Comuni devono creare le istituzioni a ciò necessarie».

<sup>38</sup> Così V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale*, Milano, 1977, 554.

<sup>39</sup> La teoria del margine di valutazione consente infatti il controllo giurisdizionale soltanto entro certi limiti, e, comunque, non si estende fino al punto di consentire al giudice di sostituire il proprio apprezzamento discrezionale a quello previamente compiuto da parte dell'amministrazione pubblica.

giuridici a contenuto indeterminato, non è mai interamente libera o vincolata, essendo tutt'al più relativamente l'uno e l'altro.

A tal proposito si rileva come le principali teorie in materia sono segnate da una medesima ispirazione, che si manifesta in due direzioni: in senso negativo, per la critica alla teoria secondo cui vi sarebbe sempre discrezionalità in presenza di concetti giuridici indeterminati; in senso positivo, per l'analisi dei problemi riscontrati dall'amministrazione pubblica al momento dell'applicazione di tali concetti.

Il primo di questi problemi è rappresentato dall'esistenza di un'inevitabile indeterminatezza di fondo della norma scritta e, più in generale, del discorso giuridico.

Il linguaggio normativo, difatti, non è gravato unicamente delle inadeguatezze del linguaggio naturale di cui si serve<sup>40</sup>, ma ne presenta altresì di proprie, in quanto il diritto necessita di essere espresso con accorta elasticità.

Il secondo problema è invece costituito dalla concreta difficoltà del giudice di ripercorrere l'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa al momento della sussunzione del fatto sotto la norma generica e indeterminata.

L'ultima questione consiste, infine, nell'oggettiva irripetibilità delle condizioni di fatto in presenza delle quali maturano abitualmente i giudizi resi dalla pubblica amministrazione.

Al contrario, le teorie del margine di valutazione si differenziano tra loro per la diversa spiegazione che offrono a sostegno dell'attività di emancipazione della quota di riserva amministrativa in discorso.

Al fine di giustificare la compatibilità dell'impostazione in discorso con i fondamenti dello Stato di diritto, la dottrina si è infatti sforzata di individuare alcuni criteri limitativi di tale fenomeno<sup>41</sup>: la sua eccezionalità, l'onere di analitica motivazione in capo all'amministra-

<sup>40</sup> Con riguardo alla sostanziale convenzionalità del segno linguistico, si rimanda a U. Eco, *Segno*, in *Enciclopedia Filosofica ISEDI*, Milano, 1973, 82, secondo cui il linguaggio naturale non sarebbe altro che il «luogo dell'equivocità, della polisemia, della sfumatura e dell'ambiguità».

<sup>41</sup> L'elaborazione dei limiti all'ammissibilità dello spazio di valutazione è opera di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 71.

zione e, per ultimo, l'ammissibilità del controllo del giudice entro certi limiti

Tornando all'esame del margine di valutazione, occorre evidenziare come questo si collochi in una posizione intermedia tra la discrezionalità e la vincolatività.

Sul piano processuale, tutto ciò significa che il sindacato giurisdizionale non è del tutto né ammesso né escluso, essendo anzi riconosciuto nella stretta misura in cui vengano oltrepassati i confini di tale spazio immaginario<sup>42</sup>.

Questi confini, tuttavia, non sono mai stati definiti in modo adeguato e sufficientemente convincente, sicché il compito di circoscrivere in concreto l'estensione del margine di valutazione è da sempre rimesso al *self-restraint* del giudice amministrativo<sup>43</sup>.

In Germania, lo spazio di valutazione è conosciuto come *Beurteilungsspielraum*, e il maggiore contributo in materia è stato offerto da Otto Bachof e Carl Hermann Ule.

Ad avviso del primo, l'area di questo campo di giudizio coincide con quella dei dubbi possibili circa l'applicabilità della norma indeterminata al caso concreto<sup>44</sup>, perciò l'insindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice discenderebbe dal carattere necessariamente soggettivo dell'operazione di sussunzione<sup>45</sup>.

Si discosta di poco, rispetto a quanto appena esposto, la teoria della rappresentabilità (*Vertretbarkeit*) di Carl Hermann Ule, in base alla quale sono legittime tutte le decisioni amministrative che si collocano nell'area di ciò che è oggettivamente sostenibile.

La dottrina francese, invece, ha coniato l'espressione di *délai raisonnable* per indicare quel ventaglio di soluzioni che si prospettano all'amministrazione allorquando agisca in osservanza di un vincolo di legge enunciato mediante concetti giuridici indeterminati.

<sup>42</sup> Confini che, per la verità, si presentano offuscati, e difficilmente decifrabili.

<sup>43</sup> Deve tuttavia precisarsi che, in Germania, questa sorta di autodefinizione del *Beurteilungsspielraum* ad opera dei giudici non ha avuto effetti significativi, attesa la riluttanza del potere giurisdizionale tedesco ad ammetterne in principio l'esistenza.

<sup>44</sup> Questa teoria è esposta in O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 1955, 101 ss.

<sup>45</sup> In caso contrario, vi sarebbe un accrescimento dell'incertezza del processo decisionale, che peraltro non gioverebbe alla tutela dei diritti dei cittadini.

In tutti questi casi, nei quali il dettato legislativo si presenti generico e ambiguo, gli apparati amministrativi fruiscono di un «*marge de liberté dans le choix des moyens les mieux appropriés à ce but*»<sup>46</sup>.

Nei paesi anglosassoni, il dibattito è esploso in seguito al noto caso *Chevron*<sup>47</sup>, che riguardava la sussunzione del concetto di fonte di inquinamento<sup>48</sup> da parte dell'*Environmental Protection Agency* (EPA).

Prendendo spunto da questa causa, la dottrina ha elaborato la nozione, accolta dalla giurisprudenza successiva, di *Chevron deference*, al fine di indicare l'atteggiamento che devono assumere i giudici nei confronti delle decisioni delle agenzie, e dunque dell'amministrazione pubblica.

Infatti, se la legge esprime la volontà legislativa in modo inequivocabile, il giudice la deve applicare direttamente; qualora, invece, la legge appaia poco chiara, dovrebbe ritenersi che il Congresso abbia inteso delegare all'agenzia il compito di interpretarla.

In quest'ultimo caso, il giudice deve mostrare deferenza nei confronti dell'amministrazione, limitandosi ad accettare il giudizio oggetto di impugnazione, a meno che, come ha osservato la *Supreme Court* nel medesimo caso *Chevron*, questo non sia «*arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute*».

<sup>46</sup> Queste le parole di J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif: cours, thèmes de reflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*, Parigi, 2013, 233.

<sup>47</sup> Cfr. *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), 865. La sentenza è stata seguita da un ampio dibattito dottrinale negli Stati Uniti, al punto che è stata oggetto di commento da parte di R. J. PIERCE, *Chevron and Its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, in *Vanderbilt Law Review*, 1988, 41, 301 ss.

<sup>48</sup> Il concetto giuridico indeterminato al centro della causa è: *new or modified major stationary sources of air pollution*. Tale concetto era enunciato dal *Clean Air Act Amendments* del 1977, che risultava vago in quanto non definiva il significato di *sources*, lasciando così alla competente Agenzia governativa il compito di sussumerlo. Quest'operazione di concretizzazione è quindi avvenuta nel 1981 tramite un atto dell'EPA, che è stato impugnato dal *Natural Resources Defense Council (NRDC)* in quanto considerato lesivo dell'ambiente. L'interpretazione fornita dall'EPA è stata tuttavia accolta dal giudice statunitense, il quale ha espressamente riconosciuto la prerogativa delle agenzie governative di interpretare la norma ambigua.

6. – Nell'ordinamento italiano i concetti giuridici indeterminati si rinvencono ad ogni latitudine, soprattutto nei settori sensibili dell'economia pubblica, dell'ambiente, della salute e della sicurezza.

Ed è proprio con riferimento a questi cosiddetti diritti amministrativi speciali<sup>49</sup> (*Sonderrechte*) che la scienza giuspubblicistica e la giurisprudenza hanno avuto modo di attingere e sperimentare la dottrina tedesca dei concetti giuridici indeterminati.

Prescindendo in questa sede dall'antica (e mai veramente sopita) dicotomia tra discrezionalità pura e tecnica<sup>50</sup>, si rileva in questa sede come la dottrina italiana abbia affrontato l'argomento dei concetti giuridici indeterminati soffermandosi su un punto cruciale: la delimitazione del potere discrezionale.

Fra i primi ad aver studiato la tematica vi è Massimo Severo Giannini, il quale ricorse alla nozione di *categoria* per indicare quei sintagmi vaghi e generici adoperati dal legislatore per delimitare l'ambito del potere amministrativo fissandone i presupposti per l'esercizio<sup>51</sup>.

Quest'autorevole dottrina riteneva che il carattere essenziale della discrezionalità fosse racchiuso nell'operazione di completamento della norma imprecisa, che consta di due fasi: quella intellettuale, in cui si procede ad un apprezzamento dei vari interessi in gioco, e quella volitiva, in cui viene adottata la decisione finale.

I concetti giuridici indeterminati rilevarebbero nella prima fase, du-

<sup>49</sup> L'espressione *diritti speciali* è utilizzata da R. FERRARA, *op. cit.*, 266 per definire «peculiari branche disciplinari che dal diritto amministrativo originano, e al diritto amministrativo riportano, senza aver (ancora) acquisito un statuto disciplinare autonomo e autosufficiente». Lo stesso Autore individua poi il tratto distintivo di questi diritti speciali nel «*saper anticipare problemi e soluzioni tecnico-giuridiche, rivoltando, per così dire, dall'interno istituti e principi di valenza generale, adattandoli prima a fattispecie concrete e particolari, proprie della branca disciplinare speciale per restituirli, successivamente, alla disciplina generale, e tuttavia con le innovazioni e le mutazioni (anche strutturali) che tale percorso di adattamento/aggiustamento ha reso necessarie*».

<sup>50</sup> Che, per la verità, è assente nel sistema tedesco, ove la giurisprudenza e la dottrina ritengono che le questioni tecniche siano, in definitiva, semplici questioni di diritto, da risolversi secondo i consueti canali.

<sup>51</sup> La teoria di seguito esposta è contenuta in M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 70 ss.

rante la quale l'autorità amministrativa è chiamata a compiere un numero indefinito di apprezzamenti, da cui non può sottrarsi.

Si tratterebbe, in ultima istanza, di un giudizio di opportunità.

Questo ineliminabile *spatium deliberandi*<sup>52</sup> è circoscritto da limiti che non sono di natura generale ed astratta, essendo anzi diversi da atto ad atto, al di fuori dei quali l'autorità agente è assolutamente libera<sup>53</sup>.

Una volta preso atto dell'esistenza di un indiscusso potere di valutazione, la dottrina successiva<sup>54</sup> si è focalizzata sulla connessa questione dell'estensione dei poteri del giudice in sede di esame del provvedimento impugnato.

In particolare, la scienza amministrativistica si è domandata (e, in parte, l'interrogativo è rimasto insoluto) se la necessaria integrazione dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, effettuata in sede ap-

<sup>52</sup> Questo apprezzamento politico della discrezionalità, sempre secondo l'Autore in discorso (cfr. nota precedente), consiste «in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie: se essi hanno valore zero o valore quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri, esso solo sarà soddisfatto; ma in genere si ha un temperamento dei singoli interessi».

<sup>53</sup> Nell'eventualità in cui difettino tali concetti indeterminati, la discrezionalità si presenta con la massima ampiezza, e il momento volitivo prende il sopravvento su quello intellettuale. Utilizzando la classificazione elaborata da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, *passim*, e coerentemente sviluppata da A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 ss., può dirsi che, in questi casi, le norme di azione appaiono del tutto svuotate di significato, sicché residua soltanto la norma di relazione attributiva del potere discrezionale. In altre parole: vi è un puro e semplice conferimento di discrezionalità.

<sup>54</sup> È doveroso citare, a questo proposito, l'opera di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 404 ss., la quale intravede «il fondamento di poteri amministrativi di valutazione (non discrezionale), per un verso, nell'attitudine dell'amministrazione, per la necessaria sottensione della sua organizzazione ai principi di buon andamento e di imparzialità, ad esprimere al meglio giudizi caratterizzati da un irrisolvibile grado di opinabilità e soggettività e, per altro verso, nella necessaria previsione legislativa dell'affidamento, qualificata da una consapevole volontà legislativa di attribuzione, desumibile anche in via sistematica dall'ordinamento».

plicativa dall'amministrazione, sia ascrivibile al territorio della piena cognizione da parte del giudice amministrativo oppure soltanto a quello del tradizionale sindacato di eccesso di potere.

Più in generale, si tratta di «*riconduurre ad un migliore equilibrio il rapporto fra amministrazione e giurisdizione nella soluzione del problema delle valutazioni che si connotano per il loro carattere di insopprimibile soggettività*»<sup>55</sup>.

Può sembrare superfluo aggiungere che questo punto di equilibrio sembra potersi raggiungere soltanto per mezzo dell'applicazione del principio istituzionale della ragionevolezza, l'unico astrattamente in grado di contemperare il principio di riserva amministrativa con quello di satisfattività ed effettività della tutela giurisdizionale avverso gli atti amministrativi.

In altre parole: il sindacato del giudice amministrativo sarebbe consentito soltanto nella stretta misura in cui non si spinga oltre il terreno del ragionevole e del plausibile, che rimarrebbe una prerogativa della pubblica amministrazione.

Questa conclusione – si ribadisce – è imposta dal rigido sistema di *check and balance* presupposto dall'ordinamento italiano, in base al quale più una valutazione tecnica ha natura di apprezzamento discrezionale (*rectius*, soggettivo), allora meno è ammissibile che il giudice possa conoscere (o addirittura sostituire) il giudizio previamente compiuto dall'amministrazione.

7. – Sembra opportuno ora esaminare l'effettiva portata di queste teorie, e segnatamente in che misura le corti italiane hanno sindacato l'attività amministrativa di contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati.

Con riguardo a questo fenomeno, la giurisprudenza italiana è passata da un sindacato estrinseco ad uno più penetrante, mantenendo tuttavia un apparente *self-restraint*: il giudice, verificata la correttezza e la plausibilità della decisione adottata dall'autorità amministrativa<sup>56</sup>,

<sup>55</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>56</sup> Verifica che deve essere condotta per mezzo di un'autonoma ricostruzione del procedimento di applicazione del concetto giuridico indeterminato in discussione.

non può preferirne un'altra, altrettanto corretta e plausibile, dovendo piuttosto rispettare quella oggetto di impugnazione.

È stato infatti ritenuto che, «con riferimento 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'amministrazione»<sup>57</sup>.

Si tratta nondimeno di un sindacato debole, che «non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto giuridico indeterminati all'operato dell'Autorità»<sup>58</sup>.

Si pensi, infatti, al concetto giuridico indeterminato di *mercato rilevante*, che nel corso degli ultimi anni è stato al centro di accesi dibattiti, sia in dottrina che in giurisprudenza.

La contestualizzazione di tale concetto è infatti strumentale all'accertamento da parte dell'AGCM dell'illecito di abuso di posizione dominante<sup>59</sup>, e dunque appare in grado di influenzare direttamente l'adozione di provvedimenti antimonopolistici con contenuto afflittivo.

In questo contesto, la giurisprudenza ha configurato un accesso pieno al fatto, che consente al giudice di vagliare la coerenza logica dell'analisi economica previamente compiuta dall'autorità amministrativa indipendente, ferma restando l'insindacabilità di un residuo spazio di gioco amministrativo.

Peraltro, il progressivo impoverimento dell'indirizzo politico puro

<sup>57</sup> La sentenza capostipite in materia, da cui sono riprese le seguenti citazioni, è: Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482.

<sup>58</sup> In tale contesto, anche lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio è ammissibile nei limiti di un «accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto di fatto», senza che possa invece essere delegata ad un consulente la funzione di «ripercorrere (...) le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi (...) al sindacato giurisdizionale» di legittimità.

<sup>59</sup> La norma attributiva di siffatto potere di valutazione è l'art. 15 della l. 10 ottobre, n. 287, in relazione alle infrazioni di cui agli artt. 2 e 3 della legge medesima.

che deriva da questo tipo di sindacato è visto di buon grado dagli organi dell'Unione Europea, convinti che «*il merito amministrativo è di per sé nemico dell'uniformità comunitaria*»<sup>60</sup>.

Con il passaggio da un sindacato di tipo estrinseco ad uno di tipo intrinseco, i confini dello spazio di valutazione hanno dunque subito, nel corso degli ultimi decenni, un sensibile restringimento.

Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti ritengono infatti che «*il giudice amministrativo, in sostanza, deve valutare i fatti, onde accertare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate; laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice non può comunque sostituirsi nella definizione del mercato rilevante, se quella operata dall'Autorità è immune da travisamento dei fatti, da illogicità, da violazione di legge*»<sup>61</sup>.

In definitiva, al giudice italiano è consentito un accesso pieno, finalizzato a valutare la ragionevolezza dell'istruttoria procedimentale e l'attendibilità del risultato ottenuto.

Il *self-restraint* del giudice può infatti giustificarsi soltanto in ragione dalle particolari forme procedurali<sup>62</sup>, dalla peculiare competenza specialistica<sup>63</sup> attribuita all'amministrazione oppure dal rilievo costituzionale di alcuni interessi in gioco<sup>64</sup>.

Deve esservi, in ogni caso, un elevato grado di opinabilità degli

<sup>60</sup> La citazione è tratta da F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, IV, 974.

<sup>61</sup> Così TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 maggio 2013, n. 4478, in *Foro amm. Tar*, 2013, 5, 1554; in senso conforme, si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 562; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283, in *Foro amm. CDS*, 2011, 7-8, 2523; Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, 6.

<sup>62</sup> Ad esempio l'analiticità istruttoria che contraddistingue i procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità amministrative indipendenti.

<sup>63</sup> Si pensi alla particolare composizione di certi organi amministrativi, che denota una particolare attenzione per la preparazione dei funzionari stessi, in grado di qualificare il giudizio finale come autorevole.

<sup>64</sup> Siano citati, a titolo d'esempio, l'ambiente, la salute e l'iniziativa economica, che peraltro sono al centro del caso Ilva esposto al paragrafo successivo.

apprezzamenti compiuti dall'amministrazione, in grado di determinare sostanzialmente uno sconfinamento nel merito.

In questi casi, in cui non è semplice sindacare la ragionevolezza di una decisione, i concetti giuridici indeterminati rinviano a questioni controverse in scienza, che talvolta sono neppure verificabili in base al metodo scientifico.

Un esempio significativo è offerto dai possibili effetti nel tempo delle terapie mediche non ancora sperimentate<sup>65</sup>: devono essere avalate oppure proibite?

Si tratta di questioni che inevitabilmente finiscono con l'attirare l'attenzione dell'opinione pubblica<sup>66</sup>, col conseguente rischio di strumentalizzare i meccanismi logico giuridici di cui si servono l'amministrazione pubblica ed i giudici.

In questi casi, il giudice di legittimità si trova dinanzi ad un bivio: limitarsi ad una pronuncia di *non liquet* oppure spingersi oltre il razionale. Considerato che la prima alternativa è fermamente ripudiata dal nostro ordinamento, occorre ripiegare sulla seconda, fissando tuttavia dei principi guida che assistano il giudice in questo percorso arduo.

Fra questi riveste un ruolo di primo piano il principio di precauzione<sup>67</sup>, a cui l'ordinamento ricorre per far fronte a pericoli e problemi che non appaiono scientificamente definibili e risolvibili.

Persino il significato stesso del concetto di precauzione, tuttavia, appare fortemente opinabile e relativo, richiedendo necessariamente

<sup>65</sup> Si pensi alle terapie alternative del *Metodo Di Bella* e del *Metodo Stamina*, recentemente balzato agli onori della cronaca.

<sup>66</sup> Questa situazione è emblematicamente espressa da F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, cit., 979: «di ciò che non è scientificamente verificabile si nutrono le psicosi collettive, che in ogni epoca hanno cercato nel giudice lo strumento per invertere paure collettive».

<sup>67</sup> La dottrina in argomento, seppure relativamente recente, appare sterminata: si veda, *ex multis*, A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, *passim*. Sia citato, al riguardo, anche il contributo di F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *federalismi.it*, III, 2004. Con particolare riferimento al tema del rapporto con il principio di ragionevolezza, si veda, sempre dello stesso autore, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *federalismi.it*, XXI, 2006.

di essere applicato ed adeguato secondo le specificità che si presentano nel caso concreto.

Un esempio emblematico, per comprendere questo nuovo modo di concepire l'amministrazione in chiave precauzionale, è quello degli organismi geneticamente modificati.

Non ci sono, infatti, prove che gli O.G.M. possano rivelarsi nocivi per la salute. La circostanza, tuttavia, che si tratti di prodotti nuovi, e l'impossibilità di prevedere sulla base dell'esperienza pregressa quali possano essere gli effetti a lungo termine del loro utilizzo, unitamente ai timori del pubblico, hanno portato le istituzioni europee ad adottare una complessa normativa in materia, che subordini ad autorizzazione la loro immissione nel mercato e li sottoponga a controlli preventivi e successivi.

8. – Con riferimento all'utilizzo dei concetti giuridici indeterminati e alla difficile attuazione del principio di precauzione, l'esempio più recente e significativo è rappresentato dalla questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso del complesso caso Ilva di Taranto<sup>68</sup> e risolta con sentenza n. 85/2013<sup>69</sup>.

Il punto cruciale della questione è il difficile raggiungimento di un punto d'equilibrio tra i differenti interessi in gioco, di cui sono portatori, rispettivamente, le assemblee elettive, gli apparati amministrativi e la magistratura.

In particolare, oggetto della questione di legittimità costituzionale è stato il decreto c.d. salva-Ilva<sup>70</sup>, emanato in una situazione di straor-

<sup>68</sup> Per una sintesi della vicenda, si rinvia a: E. FREDIANI, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela «sistemica» nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in questa rivista, I, 2014, 83 ss.; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente* (nota a Corte Costituzionale, 9 maggio 2013, n.85), in *Giur. cost.*, III, 2013, 1494 ss.; D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>.

<sup>69</sup> La sentenza è reperibile in *Foro Amm. CDS*, 2013, 5, 1152.

<sup>70</sup> Si tratta del decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207 convertito, con modificazioni, in legge 24 dicembre 2012, n. 231 recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale.

dinaria necessità ed urgenza al fine di salvaguardare l'occupazione e la produzione di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale.

Nel caso in esame, la libertà di iniziativa economica privata è stata infatti ritenuta preminente rispetto alla tutela di altri interessi di rilievo costituzionale confliggenti, quali la salute e l'ambiente.

Ad una prima analisi, il decreto si presenta come un florilegio di concetti giuridici indeterminati, a partire già dal preambolo, ove, non a caso, vengono richiamati gli artt. 41 e 43 della Costituzione, ovvero due norme programmatiche altamente vaghe che, per essere attuate, necessitano inevitabilmente dell'intervento di un altro soggetto dell'ordinamento.

Si pensi, invero, al concetto giuridico indeterminato di «*utilità sociale*» contenuto al capoverso dell'art. 41 Cost., che è posto come limite all'esercizio del diritto di iniziativa economica privata e la cui vaghezza di significato l'ha reso bersaglio di recenti e spietate critiche<sup>71</sup>; nell'art 43 Cost., invece, i concetti giuridici indeterminati sono «*utilità generale*» e «*preminente interesse generale*».

Tornando al testo letterale del decreto, si osserva come anch'esso si dimostri sostanzialmente vago e generico nel suo disposto, ritagliando così un notevole potere discrezionale in capo al potere esecutivo.

E ciò ha comportato, nel caso di specie, un inevitabile ridimensionamento dello spazio d'azione del potere giudiziario, e segnatamente di quello requirente: secondo la Procura di Taranto, dopo il sequestro, l'Ilva avrebbe dovuto non già proseguire l'attività produttiva, quanto semmai cooperare alla realizzazione degli interventi tecnici necessari per la messa in sicurezza degli impianti.

Il portato essenziale del sopravvenuto decreto-legge consiste nell'autorizzazione a proseguire, nonostante il provvedimento conservativo giudiziario, l'attività produttiva ritenuta dalla Procura dannosa per la salute e l'ambiente.

In particolare, l'art. 1 ne consente la prosecuzione per un tempo

<sup>71</sup> Il riferimento è alla lettera aperta dell'allora Ministro dell'Economia e delle Finanze, Giulio Tremonti, pubblicata sul Corriere della Sera dell'11 gennaio 2011, che ha suscitato un acceso dibattito.

non superiore a 36 mesi limitatamente agli stabilimenti che occupino almeno duecento persone e dei quali sia stato riconosciuto l'«*interesse strategico nazionale*», qualora ciò si riveli indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione.

Tutto ciò anche (e soprattutto) nel caso in cui sia stato disposto il sequestro giudiziario degli impianti, purché vengano rispettate le prescrizioni impartite con autorizzazione integrata ambientale rilasciata in sede di riesame, in grado di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili.

Ne consegue che il Presidente del Consiglio dei Ministri, attribuendo con proprio decreto la qualifica di «*stabilimento di interesse strategico nazionale*», avrebbe la facoltà di vanificare cautele in atto e di inibire nuove misure di protezione di specifici interessi tutelati dalla legge penale<sup>72</sup>.

Il tutto in ragione di un bilanciamento, compiuto in sede di emanazione del decreto, tra il diritto alla salute ed all'ambiente salubre, da un lato, ed il diritto all'iniziativa economica, dall'altro.

Questo bilanciamento viene rimesso in discussione ogni volta che deve applicarsi il concetto giuridico indeterminato di «*interesse strategico nazionale*», che difatti costituisce il presupposto (rispetto all'*an*) della prosecuzione dell'attività d'impresa.

È quindi evidente come quest'attività di applicazione del predetto concetto giuridico indeterminato possa avere effetti devastanti sull'economia di un'intera area geografica.

A tale riguardo, il decreto non offre alcun elemento per sussumere tale concetto, ad esclusione dell'art. 3, a norma del quale «*Gli impianti siderurgici della società ILVA s.p.a. costituiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale a norma dell'art. 1*».

Questa norma applica infatti direttamente il concetto in discorso

<sup>72</sup> Non a caso, nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale, è stato argomentato che «*l'effettività della giurisdizione è il portato del primo comma dell'art. 24 Cost. e non può essere eluso o condizionato da valutazioni amministrative di opportunità*». E, ancora, «*l'autorizzazione legislativa a condurre lo stabilimento per 36 mesi equivarrebbe ad una sospensione della effettività della tutela giurisdizionale dei beni, costituzionalmente rilevanti, lesi dai reati*».

con riferimento ad un caso concreto<sup>73</sup>, provocando a sua volta ulteriori censure di incostituzionalità per presunta lesione del principio di separazione dei poteri, avendo il decreto sostanzialmente dato vita ad una *legge provvedimento*<sup>74</sup>.

Non è tuttavia la prima volta che il legislatore interviene, in modo straordinario ed urgente, mosso dall'interesse strategico di determinate attività, essendo anzi già avvenuto, in passato, per casi analoghi. Si pensi, a titolo di esempio, al decreto legge n. 90/08, emanato in relazione all'emergenza rifiuti in Campania oppure all'art. 19 della legge n. 183/11, che appresta protezioni speciali per i cantieri della TAV.

Orbene, tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al decreto salva-Ilva sono state ritenute infondate.

Con riferimento all'art. 1, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il potere di individuare l'«*interesse strategico nazionale*» di alcuni stabilimenti non è affatto arbitrario e lesivo delle priorità costituzionali degli altri poteri, in quanto risulta ragionevolmente circoscritto dal decreto stesso.

La Corte osserva, in proposito, che «*l'interesse strategico nazionale ad una produzione, piuttosto che ad un'altra, è elemento variabile, in quanto legato alle congiunture economiche e ad un'altra serie di fattori non predeterminabili (effetti della concorrenza, sviluppo tecnologico, andamento della filiera di un certo settore industriale, etc.). Si giustifica pertanto l'ampiezza della discrezionalità che la norma censurata riconosce al Governo, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, in quanto organi che concorrono a definire la politica industriale del Paese*».

Neppure il principio di uguaglianza rimarrebbe scalfito dalla previsione di tale concetto giuridico indeterminato, in quanto consente di disciplinare in maniera diversa situazioni diverse; sarebbe, vice-

<sup>73</sup> Che, può dirsi senza alcun velo di ipocrisia, ha indubbiamente giustificato l'intervento normativo.

<sup>74</sup> Con particolare riferimento alla fattispecie di *legge-provvedimento*, e alla relativa casistica giurisprudenziale, si rimanda ad A.M. PORPORATO, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento: il controllo «stretto» di ragionevolezza*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 529 ss.

versa, irragionevole una «disciplina che parificasse tutte le aziende produttive, a prescindere dalla loro dimensione e incidenza sul mercato, e quindi, dagli effetti che la loro scomparsa determinerebbe».

Con riferimento all'art. 3, relativo all'individuazione diretta dell'impianto siderurgico della società Ilva di Taranto come «stabilimento di interesse strategico nazionale», la Corte ha sottolineato che «a Taranto si è verificata una situazione grave ed eccezionale, che ha indotto il legislatore ad omettere, per ragioni di urgenza, il passaggio attraverso un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri», facendo salva, anche in questo caso, la prescrizione contenuta nel decreto.

E, infine, la Corte ha scongiurato che potesse essere stata arrecata una lesione al principio di legalità, in quanto il decreto in questione «non azzera e neppure sospende il controllo di legalità, ma lo riconduce alla verifica dell'osservanza delle prescrizioni di tutela dell'ambiente e della salute contenute nell'AIA riesaminata».

Può dunque concludersi che, in quest'occasione, la Corte Costituzionale ha riconosciuto, più o meno implicitamente, l'esistenza di un insopprimibile potere di valutazione in capo al soggetto istituzionalmente deputato ad applicare la norma.

E questo *spatium deliberandi* si rivela certamente necessario e strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico, che, nel caso di specie, è stato fatto coincidere con la tutela dell'occupazione e della produzione, a discapito di altri interessi costituzionalmente rilevanti quali la salute e l'ambiente.

9. - Alla luce della dottrina e dei casi giudiziari appena esposti, paiono ora possibili alcune considerazioni intorno alla questione fondamentale dei rapporti tra giurisdizione ed amministrazione.

In particolare, occorre domandarsi qual è l'estensione dei confini dello *Spielraum*, ovvero dello «spazio libero entro il quale l'amministrazione può scegliere con relativa libertà la misura del suo agire»<sup>75</sup>, e quali interrelazioni sussistono con i concetti giuridici indeterminati.

A tale riguardo, già la dottrina più risalente<sup>76</sup> riteneva che tale spa-

<sup>75</sup> Così R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 69-70.

<sup>76</sup> Il riferimento è senz'altro a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pub-*

zio fosse insopprimibile ed imprescindibile<sup>77</sup>, non costituendo affatto un ampliamento anormale o da evitare della sfera dell'amministrazione, quanto piuttosto una necessità per l'attività amministrativa stessa, di cui peraltro forma l'intima essenza.

Come si è visto, sul piano processuale tutto ciò si traduce nel «c.d. nocciolo duro o nucleo compatto di insindacabilità, che (...) costituisce l'estrema frontiera segnata dall'applicazione del principio della separazione dei poteri»<sup>78</sup>.

Per poter delineare, sia pure in modo approssimativo e provvisorio, l'attuale estensione di questo *spatium deliberandi*, occorre innanzitutto rifarsi all'idea stessa di pubblica amministrazione, che – nel corso degli ultimi anni – è stata sottoposta a profonda revisione.

La concezione tradizionale dell'attività amministrativa come mera esecuzione della legge è infatti svanita, lasciando il posto ad un innovativo profilo di autonomia funzionale, implicito nelle disposizioni legislative più recenti.

Queste ultime traboccano di concetti giuridici a contenuto indeterminato, che indicano agli apparati amministrativi soltanto quali fini raggiungere, in un'ottica di *amministrazione di risultato*<sup>79</sup>, e non anche quali mezzi adoperare.

Ne consegue che l'annoso e controverso rapporto tra le preroga-

*blica amministrazione*, cit., 166; con riguardo alla dottrina più recente, invece, si veda E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, III, 503 ss. e R. FERRARA, *op. cit.*, 46 ss.

<sup>77</sup> Sia citato, a tale riguardo, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., 330, secondo il quale «Che si pensi che la discrezionalità consista in un'operazione valutativa, oppure volitiva ovvero ancora interpretativa o produttiva di un ordinamento originato dall'autonomia, la sostanza è che vi sarà un margine indeterminato o si presenteranno più alternative, sicché occorrerà una scelta ed essa sarà operata dall'amministrazione».

<sup>78</sup> Così S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 200.

<sup>79</sup> Per quanto concerne la c.d. *amministrazione di risultato*, si rimanda a L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, XXIII, 1 ss.; ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, *passim*; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.

tive delle assemblee elettive e la potestà discrezionale della pubblica amministrazione appare oggi sbilanciato a favore di quest'ultima.

Il ridimensionamento del potere legislativo è indubbiamente determinato dalla crescente consapevolezza che un medesimo fine pubblico non può essere raggiunto ogni volta allo stesso modo, essendo viceversa richiesta un'opera di concreta valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, in grado di preservare le molteplici esigenze emergenti.

I concetti giuridici indeterminati palesano, quindi, l'incapacità della legge di assolvere alla tradizionale funzione di indirizzo politico e di conformazione dell'attività amministrativa.

Tale incapacità è oltremodo accentuata, oggi, sugli scenari complicati e complessi delle contemporanee «*società del rischio*»<sup>80</sup>, caratterizzati dall'inarrestabile sviluppo tecnico-scientifico e dalla gestione delle emergenze e criticità che ne derivano.

In tale contesto, «*le situazioni in cui agiscono gli uomini si modificano prima che i loro modi di agire si consolidino in abitudini e procedure*»<sup>81</sup>, e il legislatore non pare più in grado di percepire ed intercettare la realtà delle cose.

Ricorrendo ai concetti giuridici indeterminati, il legislatore rinuncia a vincolare, a monte, le scelte che, a valle, l'amministrazione deve adottare; per converso, i processi selettivi e decisionali amministrativi vengono segnati da un sempre più alto profilo discrezionale.

Questo fenomeno, tuttavia, non è privo di effetti controproducenti: parte della letteratura giuspubblicistica di fine Ottocento<sup>82</sup> aveva già segnalato l'insistente esigenza, proveniente dai cittadini, di (ritorno alla) legalità, aprendo così la strada all'istituzione, prima, ed al progressivo aumento, dopo, delle garanzie giurisdizionali nei confronti degli apparati amministrativi.

Il recente passaggio del giudice amministrativo da un sindacato

<sup>80</sup> Con riferimento al tema della *società del rischio*, si veda più diffusamente il contributo di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, *passim*.

<sup>81</sup> Così Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Bari, 2011, VIII.

<sup>82</sup> Si richiamano, a tal proposito, gli *slogan* ottocenteschi tratti da S. SPAVENTA, *op. cit.*, *passim* e S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova Antologia*, XXXII, 1897, C.I., I, 9 ss.

estrinseco a uno intrinseco, dunque, non è altro che l'ultima fase di un processo cominciato più di un secolo fa.

Deve infine osservarsi che, nel contesto attuale, sono le imprese moderne, fondamentale polo di attrazione delle politiche pubbliche di sviluppo, a risentire maggiormente di questa incertezza, come peraltro è stato messo in luce dall'eloquente caso Ilva.

Infatti, gli operatori economici necessitano, per poter districarsi agevolmente sugli scenari liquidi del mercato globale, di «una giustizia e un'amministrazione il cui funzionamento possa, almeno in linea di principio, venire calcolato razionalmente in base a norme generali e precise»<sup>83</sup>.

Orbene, i concetti giuridici indeterminati sconvolgono la razionalità del sistema, nel senso che impediscono al diritto di venire calcolato in modo puntuale e rigoroso.

A fronte di questa crescente incertezza, l'indeterminatezza della norma, che pure in origine, sotto la vigenza dello Stato di diritto ottocentesco, era stata adoperata per emancipare un'ulteriore quota di attività amministrativa dal sindacato giurisdizionale, ha finito col determinare un più marcato spazio di valutazione e di giudizio da parte della giurisdizione amministrativa.

L'ampliamento della sfera di cognizione del giudice si fonda, peraltro, su un antico e condiviso principio di civiltà giuridica, in base al quale ad ogni espansione della legalità (e, di conseguenza, dell'area delle possibili violazioni dei diritti) deve corrispondere un'espansione dei confini della giurisdizione.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, dunque, i concetti giuridici indeterminati (o, forse meglio, l'alea di opinabilità di cui sono avvolti) rappresentano l'*escamotage* utilizzato oggi dai giudici per legittimare un sindacato più penetrante, in sintonia con il principio di effettività e pienezza della tutela.

E ciò è evidente negli orientamenti giurisprudenziali più recenti, che – si è visto – propendono per un'ulteriore riduzione dello *Spielraum* dell'amministrazione pubblica a favore di un allargamento dei poteri del giudice.

<sup>83</sup> Così, quasi profeticamente, M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1968, II, 688.

Il giudice amministrativo ha oramai abbandonato il tradizionale atteggiamento di deferenza che lo contraddistingueva dinanzi alle decisioni amministrative impugnate, spingendosi a sindacare la ragionevolezza dell'istruttoria procedimentale e l'attendibilità del risultato ottenuto.

In ogni caso, sembra esser stata mantenuta una certa cautela, nel senso che - al di fuori delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito - il giudice amministrativo non ha finora mai sostituito il proprio giudizio di sussunzione del concetto giuridico indeterminato a quello previamente compiuto dall'amministrazione.

Parrebbe pertanto che, anche in un contesto fortemente dinamico ed instabile quale quello odierno, sia possibile mantenere una coerenza di fondo del sistema.

Parte della dottrina<sup>84</sup>, nondimeno, si è mostrata scettica.

La piena sindacabilità giurisdizionale dell'applicazione di tali concetti, sebbene in un'ottica di sindacato intrinseco debole e non forte, è stata infatti avvertita come l'ultima fase di un pericoloso quanto strisciante processo di subalternità del potere amministrativo a quello giurisdizionale, ancor più evidente in materia di scelte tipicamente politico-amministrative.

Si sostiene, infatti, che il tradizionale modello correttivo della funzione pubblica, rappresentato dalla giurisdizione di legittimità, composto di una fase rescindente e una rescissoria, sarebbe di per sé idoneo a garantire al cittadino una tutela adeguatamente satisfattiva ed effettiva, nel rispetto del rigido principio di separazione tra i poteri<sup>85</sup>.

Nelle fattispecie complesse tutto ciò è particolarmente evidente: non potendo spingersi a conoscere di qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà che derivi dall'applicazione di un concetto giuridico indeterminato, il giudice amministrativo deve arrestarsi di fronte al giudizio eseguito dall'amministrazione pubblica.

In caso contrario, la legittimità verrebbe a confondersi con l'opportunità, e prenderebbe forma un'amministrazione giudiziaria della

<sup>84</sup> Si tratta dell'opinione, quanto mai attuale, di D. DE PRETIS, *op. cit.*, 83.

<sup>85</sup> Questa è la conclusione di P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II, 385 ss.

cosa pubblica, al di fuori di ogni canale di legittimazione politico-democratica, che, per questo motivo, è sicuramente da respingersi.

### *Abstract*

Il presente lavoro affronta il tema dei concetti giuridici indeterminati, con particolare riferimento alla giurisprudenza italiana degli ultimi anni e alla dottrina germanica ottocentesca, che maggiormente ha contribuito allo studio dell'argomento. La questione concerne la demarcazione dell'area di riserva amministrativa da quella del controllo giurisdizionale, investendo direttamente il principio di separazione tra i poteri. In altre parole: fino a che punto l'attività amministrativa di contestualizzazione di un concetto indeterminato, inserito in un testo di legge, è sindacabile da parte del giudice amministrativo? A questo riguardo si evidenzia come al giudice sia demandato un compito arduo, consistente nel contrastare il ricorrente fenomeno per cui, dinanzi ad una norma vaga e indeterminata, siano le determinazioni degli apparati amministrativi a porre, in concreto, le regole del gioco. Nel contesto attuale, fortemente segnato da un impoverimento dei tradizionali strumenti normativi, la tematica assume un significato paradigmatico per l'intero sistema di diritto amministrativo, ove pare essere postulata l'esistenza di un imprescindibile Spielraum in capo all'amministrazione pubblica.

This paper addresses undefined legal concepts with a particular reference to the 18th century's Germanic doctrine and the judgments of Italian courts. The issue at stake here is the boundary between the exclusive power of the public administration and the jurisdictional control, directly questioning the principle of the separation of powers. In other words: until what point an administrative judge may syndicate the administrative contextualization of an undetermined concept included by a law? It appears obvious how hard the task of the judge really is in such situations, having he to oppose the frequent event of the public bodies trying to decide instead of him any time that the given norm of law is unclear. In the actual context, strongly marked by the depletion of the standard instruments of regulation, this subject assumes a paradigmatic meaning for the entire administrative law system as it is assumed by the public administration the existence of an essential «Spielraum».

Presentazione della ristampa del volume  
di Francesco Pugliese *Sull'amministrazione consensuale:  
Nuove regole, nuova responsabilità,*  
svoltasi a Napoli il 12 dicembre 2013  
presso il Dipartimento di Giurisprudenza - Aula Pessina

*Introduzione e presidenza*  
Fiorenzo Liguori

Ringrazio tutti gli intervenuti, il professor Follieri ed il professor Police, per aver accettato il mio invito, naturalmente anche i professori Contieri e Rallo, che qui sono di casa, sebbene attualmente insegnino altrove.

Saluto e ringrazio la famiglia Pugliese, riunitasi per l'occasione, anche con qualche apporto intercontinentale. Saluto poi gli illustri colleghi che hanno voluto essere presenti, tra cui il professore Luigi Labruna, caro amico del nostro, il professore Pino Acocella, tornato alla Facoltà di Scienze Politiche.

Mi hanno incaricato di porgere il loro saluto anche il Direttore del Dipartimento, professore Lucio De Giovanni, impedito da precedente e concomitante impegno nell'aula De Santis (proprio quella in corrispondenza a questa) con una lezione del professor Diliberto, la professoressa Maria Alessandra Sandulli, Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, che si trova a Roma per la cerimonia del Premio Sandulli, il professore Spagnuolo Vigorita, che non gode di una salute perfetta, per cui gli auguriamo di rimettersi quanto prima.

Questo incontro che abbiamo inteso far coincidere con la conclusione del Corso di Perfezionamento in Amministrazione e Finanza degli enti locali (ecco la ragione della presenza dei discenti) si propone di ricordare e di rimeditare l'opera di Franco Pugliese, a quindici anni dalla sua scomparsa. L'attenzione, è rivolta principalmente